

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

**TESIS DOCTORAL PRESENTADA POR  
JUANA MARCO MOLINA**

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

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

**CAPITULO CUARTO**  
**EL "DERECHO DE DISTRIBUCION"**

## I. SU AUTONOMIA EN LA REGULACION ACTUAL

De modo más directo y aún en mayor medida que las demás formas de explotación enumeradas en el art. 17, es el "derecho de distribución" tributario de construcciones jurídicas alemanas: en este caso, ya no sólo el contenido de la facultad o poder concreto de utilización de la obra, sino la propia existencia independiente de tal facultad<sup>992</sup> tiene su origen en el Derecho alemán (vid. §17 URG).<sup>993</sup> Ya hemos tenido ocasión de referirnos a la positivización del "Verbreitungsrecht", por primera vez, en la LUG de 1901.

<sup>992</sup> "Una novedad en Derecho español es el derecho de distribución (art. 19)...". (Vid. DELGADO, A., «La nueva ley española sobre propiedad intelectual» en *Revue Internationale du Droit d'Auteur* <RIDA>, 1988, págs. 198 y s.s.; vid. pág. 219).

<sup>993</sup> La influencia alemana que venimos asignando a la Ley española de 1987 se ve, si cabe, incrementada en este punto, si se tiene en cuenta que la facultad de "distribución" ni siquiera goza de reconocimiento explícito en el Convenio de Berna: "A la Conference de Stockholm de 1967 pour la revision de la Convention de Berne, une proposition de la délégation italienne, appuyée par la délégation de la République fédérale d'Allemagne, tendant à l'introduction du droit de mise en circulation, n'a pas abouti."

(vid. REIMER, Dietrich, «Le droit de mise en circulation, en particulier la location et le prêt des livres et des disques», en la revista *Le Droit d'auteur*, marzo de 1973, págs. 56 y s.s.; vid. pág. 61).

Sobre la contraposición entre textos legales, que, siguiendo al alemán, destacan independientemente el "derecho de distribución" y los que, siguiendo al francés, reconocen únicamente un "derecho de reproducción" entendido en sentido particularmente amplio, vid., además del artículo citado, ULMER, Eugen, *Urheber- und Verlagsrecht*, Berlín 1980 <3a. ed.>, pág. 235; STROMHOLM, Stig, «Le droit de mise en circulation dans le droit d'auteur. Etude de droit comparé», en *Droit d'auteur*, noviembre de 1967, págs. 279 y s.s.; KEREVER, A., «Le droit d'auteur en Europe occidentale» en *Hommage a Henri Desbois. Etudes de propriété intellectuelle*, Toulouse 1974, págs. 35 y s.s.; vid. pág. 52; DIETZ, Adolf, *Copyright Law in the European Community*, Alphen aan den Rijn, 1978, págs. 91 y s.s.

Sin embargo, la necesidad de una valoración independiente de tal actividad respecto a la de impresión o reproducción mecánica de la obra había sido ya puesta de relieve aun antes de dicha plasmación legal. Unánimemente,<sup>994</sup> se atribuye a Josef KOHLER la propuesta de la autonomía del "Verbreitungsrecht" o "derecho de distribución". Ya durante la vigencia de la Ley de 1870, antecesora de la LUG, había señalado KOHLER cómo la correlación, entonces siempre necesaria, entre la actividad de reproducción y la de distribución, conducía a menudo a situaciones de desprotección para el titular de un derecho de autor,<sup>995</sup> puesto que sólo si la distribución de la obra sucedía a una

<sup>994</sup> No sólo en la órbita jurídica alemana (vid. ULMER, op. cit., pág. 235), sino también fuera de ella, se atribuye a KOHLER la actual configuración del "derecho de distribución": vid. así COMEN JEHORAM, Herman, *L'épuisement du droit d'auteur aux Pays-Bas*, en RIDA, 1988, págs. 58 y s.s.

<sup>995</sup> "...ware es keine Autorverletzung, wenn jemand eine Partitur zuerst zu seiner Belehrung nachschreibt und dann gewerblich veraussert; ware es keine Kunstwerksrechtsverletzung, wenn jemand ein Bild zuerst für sich copiert\* und später in den Handel bringt?; denn hier ist überall die Anfertigung nicht unberechtigt gewesen, und doch ist die Verbreitung ganz entschieden unerlaubt." Se suele citar como escrito central de KOHLER sobre la construcción del "Verbreitungsrecht" un artículo en el *Archiv für die civilistische Praxis* de 1896 (AfdCP 85, págs. 435 y s.s.), con el título «Verbreitung von Schriftwerken». No obstante, hemos encontrado referencias anteriores del autor en su extensa monografía de 1880 *Das Autorrecht. Eine civilistische Abhandlung*, Jena 1880 <Separatabdruck aus Ihering's Jahrbucher XVIII N. F. VI>. El fragmento que transcribimos en texto procede de dicha obra (vid. pág. 275).

\* No es error de transcripción: suprime la "e" del diptongo final en otros muchos verbos de origen latino (p. ej. más adelante: "interpretiren", por "interpretieren").

reproducción ilícita o no autorizada, era tenida en cuenta por el legislador (vid. §25 "Reichsgesetz" de 1870);<sup>996</sup> y, en cambio, no se reconocía al autor la posibilidad de excluir la circulación de ejemplares de su obra obtenidos lícitamente o sin necesidad de autorización, por tratarse de reproducciones para uso personal (arg. ex §5 a) Reichsgesetz 1870).

A la vista de tales situaciones, KOHLER se manifiesta partidario de forzar la literalidad del texto legal de 1870 y, con la contundencia y la convicción de crear reglas que caracteriza todas sus afirmaciones,<sup>997</sup> enuncia el principio que mas tarde se encargará de positivizar el legislador de 1901:<sup>998</sup> "auch wenn die Herstellung <producción de los ejemplares> eine berechnete war, so kann doch die Verbreitung eine unberechnete sein. Dies ist ein sicheres

<sup>996</sup> Vid. §25 "Reichsgesetz" ("Gesetz betr. das Urheberrecht an Schriftwerken..." vom 11. Juni 1870): "Wer vorsätzlich Exemplare eines Werkes, welche den Vorschriften des gegenwertigen Gesetzes zuwider angefertigt worden sind...feilhalt, verkauft, oder in sonstiger Weise verbreitet..." Podemos considerar esta disposición equivalente a las disposiciones penales de nuestra Ley de 1879, a las que enseguida nos referiremos brevemente.

<sup>997</sup> "Die mangelhafte Fassung des Gesetzes ist fur uns nicht bindend: das Gesetz ist ausdehnend zu interpretieren; die Bestimmung meint: wer dem Gesetze zuwider Exemplare des Werkes verbreitet..." (vid. AfdrP no. 85, de 1896 cit., pág. 436).

<sup>998</sup> Nuestro relato de cómo la opinión de un jurista se convierte en precepto legal puede, ciertamente, parecer simplista, pero, por si hubiese sido poca la influencia de KOHLER en toda la construcción alemana y europea del derecho de autor, nos hemos encontrado, además, en el caso concreto del "Verbreitungsrecht", que, más que de influencia, se trata de dictado de opinión.

autorrechtliches Prinzip, und es gilt,<sup>999</sup> wenn auch die Ausdrucksweise unseres Gesetzes unvollkommen ist".<sup>1000</sup>

Entre nosotros, la Ley de 1987, en su contemplación de la "distribución" (art. 17; art. 19) como actividad diferente y susceptible de explotación separada respecto a la "reproducción" de la obra, realiza una vez más un salto en el vacío, al adherirse al sistema alemán.<sup>1001</sup>

En el régimen de la propiedad intelectual hasta ahora vigente, este concreto poder de actuación sobre la obra se presentaba todo lo más como complementario del "derecho de reproducir" o "publicar" (vid. así los arts. 7; 8; 11; 16; 17; 18; 21; 23,1 de la Ley de 1879; y 64,3; 79,2 del Regi.). Y, - análogamente a lo señalado para la legislación alemana del siglo XIX - también en las disposiciones de índole penal del texto de 1879 (vid. sus arts. 45 y s.s., que llevan la rúbrica "Penalidad") se observaba la falta de autonomía de la facultad de distribución respecto a la de reproducción: el art. 47, 4o. consideraba "defraudadores de la propiedad intelectual" "A los que importen del extranjero obras en las que se haya cometido la defraudación <vid. el art. 45:

---

<sup>999</sup> El subrayado es mío.

<sup>1000</sup> Vid. el citado artículo en la AfdcP de 1896, pág. 436.

<sup>1001</sup> "Die Tatsache, dass daneben ausdrücklich auch ein Verbreitungsrecht ("derecho de distribución") gewahrt ist, deutet...darauf hin, dass die spanische Regelung hier dem deutschen System folgt..." (DIETZ, *Das Urheberrecht in Spanien...* cit. pág. 129).

"defraudación por medio de la publicación">..."; y en el art. 48,2o. de la Ley se contemplaba como circunstancia agravante: "La reproducción en el extranjero, si después se introduce en España...". Es decir, no se valoraba de modo independiente la conducta de la distribución, sino sólo como complemento de una reproducción ilícita o no autorizada.<sup>1002</sup>

¿Qué significado tiene que, por el contrario, en el texto legal que ahora nos rige<sup>1003</sup> se mencione explícitamente (art. 17) y se defina por separado de la "reproducción" (art. 18) a la actividad de "distribución" (art. 19)?<sup>1004</sup>

<sup>1002</sup> El Proyecto de reforma de la Ley de propiedad intelectual de 1934 tampoco incluía ninguna referencia a la "distribución" en su enumeración de las "modalidades" de explotación (arts. 1-13).

<sup>1003</sup> Vid. asimismo la Ley orgánica 6/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifica - a raíz de la entrada en vigor de la nueva Ley de Propiedad Intelectual - la Sección III del Capítulo 4o., Título XIII del Libro II del Código penal. Su art. 2o., que introduce en dicho cuerpo legal un nuevo precepto, el art. 534 bis a), reconoce explícitamente entre las conductas punibles la "distribución" de la obra intelectual - y otros objetos relacionados con ella - no autorizada por el titular de la propiedad intelectual.

<sup>1004</sup> La autonomía de la noción de "distribución" que la sistemática legal parece querer subrayar queda a veces oscurecida por estar embebida la actividad de "distribución" en una de las "modalidades"\* más antiguas y consagradas de explotación de la obra intelectual: la "publicación" (que, en la Ley de 1987 no aparece mencionada como una de las formas de explotación) o "edición", que es la publicación en forma de libro y que comporta el ejercicio (art. 57,2: "...derechos para cada una de las modalidades de explotación"), tanto del "derecho de reproducción", como del "derecho de distribución" (art. 58).

Vid. así p. ej. la definición del concepto "editor" en el art. 6.1. de la Ley del Libro: "Son editores las personas naturales o jurídicas que, por cuenta propia, eligen las obras a que hace referencia el artículo anterior y realizan o encargan los procesos industriales para su transformación en libros, en orden a su difusión"; vid. también el art. 103 Ley de 1987: "publicación de un fonograma con fines

La autonomía de la "distribución" significa, en definitiva, que dicho poder de actuación se encuentra específicamente bajo el control del autor; se trata de asegurarle ciertas posibilidades de intervención<sup>1005</sup> - ya veremos en qué medida (art. 19,2) - en cuanto al "destino" (art. 69,2a.) ulterior<sup>1006</sup> de las fijaciones materiales - sean éstas el "original" o "copias"- de su obra, que no finalizan

comerciales". Ninguna de esas dos definiciones se sirve, pues, "expressis verbis" del término "distribución". Es por ello también que, a la entrada en vigor de la Ley de 1987, sus primeros comentaristas se refirieron al "derecho de distribución" como derecho de carácter complementario. Vid. así BONDIA ROMAN, op. cit., pág. 222: "El complemento del derecho exclusivo de reproducción para que la explotación de la obra tenga realidad práctica, es el derecho de distribución de la misma."; LACRUZ BERDEJO, *Elementos...* III, vol. 1o., 3a. parte, pág. 35: "Complemento del derecho de reproducción de una obra es el de distribución."

\* Usamos aquí el término "modalidades" en sentido vulgar, para designar meramente un sector de actividad económica y no en el sentido técnico que proponíamos inicialmente (vid. supra en el capítulo segundo nuestro epígrafe "La terminología legal").

<sup>1005</sup> Vid. BONDIA ROMAN, op. cit., pág. 222: "A través del derecho de distribución, el autor tiene la posibilidad de definir las modalidades de difusión de los ejemplares, por ejemplo, en cuanto a su número o en cuanto a su área geográfica."

<sup>1006</sup> Vid. DIETZ, *Das Urheberrecht in Spanien...* cit., pág. 129: "Kontrolle des Einsatzes bereits bestehender Werkexemplare"; id., pág. 142: "dabei wird als "terminus technicus" der Ausdruck "Bestimmungsrecht" (droit de destination) verwendet."; y pág. 152: "Kontrollrecht (droit de destination) über den Gebrauch von Werkexemplaren..."; vid. asimismo REIMER, loc. cit., pág. 57: "Le droit de mise en circulation...doit plutôt donner l'assurance que la mise en circulation des exemplaires de l'oeuvre est soumise au consentement de l'auteur et que ces exemplaires lui procurent une rémunération."

necesariamente una vez ha autorizado la obtención o producción de las mismas.<sup>1007</sup>

<sup>1007</sup> "Die Verbreitungsbefugnis bezieht sich nicht nur auf unrechtmässig, sondern auch auf rechtmässig hergestellte Vervielfältigungsstücke; denn auch letztere können an einen Verbraucherkreis weitergegeben werden, dem der Werkgenuss an Hand der Vervielfältigungen nicht ohne weiteres\* gestatten sein soll." (así, HUBMANN, *Urheber- und Verlagsrecht* cit., pág. 146).

\* El subrayado es mío.

## II. LA ACTIVIDAD DE DISTRIBUCION

### 1. La delimitación de la noción legal de "distribución"

El llamado "derecho de distribución" tiene su sede específica en el ya citado art. 19, donde, de modo paralelo a las demás formas de explotación "en especial" anticipadas en el art. 17, se le asigna un precepto que establece cómo el término "distribución", del lenguaje habitual, como tantos otros en materia de propiedad intelectual, ha de ser interpretado a efectos de lo dispuesto en la propia Ley.

La actividad de "distribución" se presenta en la Ley actual - directamente, en el art. 19.1, e indirectamente, en el art. 20.1., inciso final - como la "puesta a disposición del público" de un número de ejemplares de la obra. Si, además, contrastamos tal definición con otras expresiones legales que redundan en la misma idea, podemos establecer que en la noción legal de "distribución" tiene cabida no sólo la inicial "oferta"<sup>1008</sup> o "puesta en circulación de los ejemplares" (arts. 60.6o.; 64.4o., 67.1.),<sup>1009</sup> sino también

<sup>1008</sup> Vid. el Convenio de 29 de octubre de 1971, para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas, ratificado por España el 30 de agosto de 1974 (B.O.E. de 7 de septiembre), cuyo art. 1 d) define la noción de "distribución al público" como "cualquier acto cuyo propósito sea ofrecer, directa o indirectamente, copias de un fonograma al público en general o a una parte del mismo."

<sup>1009</sup> Vid. asimismo los arts. 2 y 3 del Real Decreto 25 abril 1988, no. 396/1988, que desarrolla el art. 72 de la LPI, en materia de control de tirada de ejemplares en el contrato de edición: art. 2: "Antes de la puesta en circulación de los ejemplares de una obra...el editor remitirá al autor una certificación...; art. 3, 2o. párrafo: "Esta comprobación se

la ulterior "difusión comercial" de los mismos (art. 64,4o.; art. 90.2.,2; art. 103; art. 109.2., final; y, en sentido inverso, art. 14,6o. y 124.1. c): "retirar del comercio"). Ello quedaría confirmado por el propio art. 19, que en su segundo párrafo se preocupa de establecer hasta qué estadio en la difusión de los ejemplares alcanza el poder del titular del derecho.<sup>1010</sup>

efectuará dentro de un plazo no superior a dos años, contados a partir de la fecha de puesta en circulación..."

<sup>1010</sup> Una cosa es lo que constituye la actividad en sí y otra cosa es el alcance que se quiere asignar a tal actividad como contenido de un derecho. Así lo constata en materia de distribución STROMHOLM, loc. cit., pág. 280, que señala la conveniencia de distinguir entre: "la notion de "mise en circulation" comme telle, et le concept de "mise en circulation" en tant qu'act réservé a l'auteur en vertu de son droit exclusif."

Constituye entonces "distribución" tanto la introducción en el tráfico, como la subsiguiente comercialización<sup>1011</sup> de las fijaciones materiales de una obra.<sup>1012 1013</sup>

<sup>1011</sup> Vid. la ya citada Circular de 1989 de la Fiscalía General del Estado, que se refiere a tal actividad como "distribución o comercialización". Vid. asimismo la Memoria correspondiente a 1989, presentada en 1990 por el mismo órgano, donde en lo relativo a la "prescripción en los delitos contra el derecho de autor" se distingue, dentro de las conductas infractoras recogidas en el art. 534bis a) del Código penal, - que coinciden con las actividades que la Ley de 1987 contempla como contenido de los "derechos de explotación" en los arts. 17 y s.s. - entre aquellas, como la "representación aislada" de una obra, que se consuman como "delito instantáneo y único" y aquellas otras "más frecuentes, como sucede con el plagio de obras... y su comercialización", que constituirían "delitos permanentes o de estado", dado que "mientras persiste la publicación o distribución el delito sigue consumandose" (vid. un extracto de la citada «Memoria...» en *Tapia. Publicación para el mundo del Derecho*, no. 50, diciembre de 1990, pág. 70).

<sup>1012</sup> Vid. también los arts. 7 y 8 de la Ley del Libro, donde se contempla a los sujetos que intervienen en el tráfico realizando una actividad de distribución: en el art. 7 de la citada Ley se define a los "distribuidores" como "las personas naturales o jurídicas, con domicilio en España, que, debidamente autorizadas, se dedican a la venta de libros al por mayor."; y en el art. 8o., se define a los "libreros" como "las personas naturales o jurídicas que, debidamente autorizadas, se dedican, exclusiva o principalmente, a la venta de libros en establecimientos mercantiles de libre acceso al público y aquellas otras que vendan libros directamente al público a través de sistemas de suscripción, correspondencia y otros análogos."

<sup>1013</sup> Si nos referimos por el momento sólo a la difusión comercial de la obra, a pesar de no existir entre nosotros restricción parecida a la de la Ley italiana (cuyo art. 17 expresamente vincula la "distribución" al "scopo di lucro"), es porque, por ser la más habitual, sobre todo en ella parece haber pensado el legislador. Ya aludiremos con más detenimiento al carácter oneroso o gratuito de la distribución cuando proceda examinar las "formas" (art. 19.1, final) que jurídicamente puede revestir o bajo las que cabe realizar dicha actividad.

La noción de "distribución" se extiende asimismo a una serie de actividades previas o preparatorias de esa ulterior circulación de los ejemplares (arg. ex art. 534 bis a), 2 del Código Penal, que extiende la sanción a "quien almacenare ejemplares" de las obras protegidas).<sup>1014</sup> Lo determinante es, pues, la finalidad, propósito o intención de "puesta a disposición de la obra al público" con que se realiza la actividad.<sup>1015</sup>

<sup>1014</sup> Apoya asimismo nuestra interpretación el ya citado art. 1 (2) del Convenio para la protección de fonogramas citado en nota

que define a los "actos" de "distribución" en función del "propósito" con que se realizan: "...cualquier acto cuyo propósito sea ofrecer, directa o indirectamente...al público...".

Vid. la ya citada Circular de la Fiscalía General del Estado, que al referirse a las actividades del art. 534bis a), 2 indica que estamos ante "actividades instrumentales de la distribución o comercialización...Se trata, obviamente, del almacenamiento o depósito de obras o interpretaciones artísticas importadas o a exportar lícitamente."

En la jurisprudencia anterior a la Ley de 1987, el Tribunal Supremo (S.T.S. <Sala 2a.> de 27 de abril de 1979) considera al inculpaado incurso en un delito de defraudación de la propiedad intelectual por haber obtenido un número de copias superior al autorizado por su comitente y haber procedido al almacenamiento de las mismas a efectos de su ulterior comercialización. Vid. el Cdo. 2o. de tal decisión: "...el recurrente hizo numerosas reproducciones de las cintas o cassettes musicales encargadas, con lo que consumó una usurpación musical criminalizada de los legítimos derechos de autor, pero con la finalidad de vender el excedente indeterminadamente en el mercado, lo que no llevó a efecto, siéndole ocupada la mercancía ilícita así reproducida y almacenada."

<sup>1015</sup> "...so wird man als Verbreitung die Gesamtheit der Vorgänge ansehen müssen, die das Buch vom Verleger in die Hände des Lesers bringen" (así. De BOOR, Hans Otto, *Urheberrecht und Verlagsrecht*, Stuttgart 1917; vid. pág. 130).

El destinatario de la actividad de "distribución" es, como en toda actividad de explotación<sup>1016</sup> de la obra intelectual, "el público" (art. 19,1), noción que analizaremos más pormenorizadamente en sede de "comunicación pública", puesto que es allí donde el legislador se preocupa de establecer cómo ha de interpretarse el requisito de "publicidad" a los efectos de la propiedad intelectual. Baste ahora adelantar que habrá "distribución" cuando se ofrezcan los ejemplares - con posibilidad de adquirirlos o no - a una pluralidad de indeterminados<sup>1017</sup> destinatarios.

Es ese hecho del destino o finalidad con que se realiza tal comunicación corporal de la obra a tal punto determinante, que basta para cualificar la actividad, sin que para nada se exija su realización con carácter profesional.<sup>1018</sup> La

<sup>1016</sup> En el capítulo segundo de esta Cuarta Parte, epígrafe II, 2.1.1., habíamos dejado establecido que las actividades de explotación son básicamente actividades de utilización colectiva de la obra.

<sup>1017</sup> Como ya veremos, "indeterminados" significa que no existe, en principio, entre ellos vínculo ni relación personal alguna. Vid. así, HUBMANN, op. cit., pág. 145: "Ein Inverkehrbringen liegt vor, wenn Werkstücke Personen, die nicht zum persönlichen Bekanntenkreis des Herstellers oder Besitzers gehören...überlassen werden. Dagegen fällt die Weitergabe innerhalb der Sphäre des Herstellers oder Besitzers nicht unter das Verbreitungsrechts."

<sup>1018</sup> Vid. KOHLER, Josef, *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, Stuttgart 1907, pág. 181: "...es ist nicht nötig, dass jemand regelmässig verbreitet, damit man ihm eine Gewerblichkeit zuschreibt. Noch weniger ist nötig, dass er Gewinnzwecke verfolgt. Gewerblich ist vielmehr jede Verbreitung, die über das Gebiet des Häuslichen und Vertrautfreundschaftlichen hinausgeht, und auch hier zeigt sich der Satz des Immaterialgüterrechts, dass es an den Schranken des Hauses halt macht."

"distribución" no es necesariamente una actividad profesional y de envergadura empresarial, aunque en el sector de la edición revista normalmente tal carácter (arts. 64., 40.; 68.1. f); 71, regla 1a.). De modo incidental, se refiere la Ley a un supuesto en que la actividad de "distribución" de los ejemplares de su obra podría llevarla a cabo - si bien, en el caso concreto, se lo impide la relación contractual con el editor - el propio autor como simple particular<sup>1019</sup> (vid. el art. 67.2., final).<sup>1020</sup>

Es más, es tal la importancia de "la puesta a disposición del público" como elemento definitorio de la noción, que ni siquiera se exige para consumar la actividad de "distribución" que ésta se realice con ánimo de lucro: por vía de distribución gratuita puede consumarse igualmente a la perfección una "puesta a disposición del público" de la obra, una utilización colectiva de la misma y, por ende, una actividad de explotación, que su titular estará igualmente

<sup>1019</sup> Nos remitimos al ejemplo que pone HUBMANN, op. cit., pág. 141: "Z.B. können Kopien, die der Urheber selbst gemacht hat, in den Handel und von da an beliebige Verbraucher kommen."

<sup>1020</sup> Precisamente a este respecto ha querido la Ley alemana actual romper con las pautas trazadas por la LUG, introductora del "Verbreitungsrecht" en el contenido del derecho de autor: la LUG sólo quiso reservar al autor la "gewerbsmässige Verbreitung" o distribución comercial y realizada por cauces profesionales (LUG "Begründung", pág. 21) y, en cambio, para la UrhG de 1965 el "derecho de distribución" debe reservar al autor cualquier forma de introducción en el tráfico de la obra (vid. URG 1965 "Begründung", zu § 17, pág. 262, penúltimo párrafo). Vid. también al respecto HUBMANN, op. cit., pág. 142: "Es ist also gleichgültig, ob der Verbreitende gewerbsmässig handelt oder nicht..."

interesado en controlar<sup>1021</sup> (piénsese en la distribución gratuita de ejemplares de una determinada obra por instituciones de carácter benéfico o cultural<sup>1022</sup> o en la nada infrecuente práctica de la distribución gratuita con móviles publicitarios).<sup>1023</sup>

De manera que, si bien el ánimo de lucro en quien procede a una distribución de la obra será lo más habitual, no debe considerarse dicho elemento decisivo a la hora de establecer si una determinada conducta encaja o no en la noción de "distribución".<sup>1024</sup> Cuestión distinta y a la que ya

<sup>1021</sup> "Verbreitung ist aber der Verkauf oder das sonstige Inverkehrbringen, einschließlich der Verschenkung, denn auch die Schenkung kann gewerblich sein, sofern sie über das Eigenpersönlich hinausgeht und eine Bekanntmachung des Werkes in weiteren Kreisen erstrebt." (vid. KOHLER, *Urheberrecht an Schriftwerken* cit., pág. 177).

<sup>1022</sup> "Auch eine Verbreitung an die Öffentlichkeit durch kirchliche, politische oder soziale oder kulturelle Organisationen, gleichviel ob sie entgeltlich oder unentgeltlich erfolgt, unterliegt dem Urheberrecht." (así, HUBMANN, op. cit., pág. 142). Tales prácticas no constituirán, en cambio, "distribución" para aquellas leyes que, como la italiana, limitan expresamente la noción de "distribución" a las actividades realizadas con "scopo di lucro" (vid. su art. 17, ya citado).

<sup>1023</sup> Ya en el siglo XIX se había referido Josef KOHLER a dicha posibilidad: "Man denke an die tausendfaltigen Schenkungen, die man taglich zu Reklamezwecken erhält: sie sind natürlich trotz des Reklamezweckes Schenkungen..." (vid. su *UR an Schriftwerken* cit., pág. 177, nota 9).

<sup>1024</sup> "Noch weniger ist nötig, dass er <quien distribuye ejemplares de la obra> Gewinnzwecke verfolgt." (así KOHLER, *Urheberrecht an Schriftwerken* cit., pág. 132). En la doctrina alemana actual, para idéntica precisión, vid. p.ej. FROMM/NORDEMANN: "Es ist nicht erforderlich, dass die Verbreitung...auf materiellen Gewinn hin erfolgt...Auch wer aus ideellen Gründen nach Feierabend ein fremdes Werk (z.B. eine Streitschrift oder ein Flugblatt) anbietet oder kostenlos verteilt, verletzt das Verbreitungsrecht des

aludiremos al referirnos a las diferentes "formas" (art. 19.1 final) o, más correctamente, modalidades, que jurídicamente puede revestir la "distribución" es que el legislador español se haya referido sólo a la posibilidad de una distribución gratuita realizada "en forma de préstamo" o *cesión de uso* y omita, en cambio, toda referencia explícita en el art. 19 a la realizada mediante *enajenación* gratuita del ejemplar, que cabe también, como ponen de relieve los ejemplos citados en el párrafo anterior.

En el art. 19 se predica la "distribución" de la "obra". Pero esa proyección objetiva de la definición legal ha de ser completada con la del art. 534bis a) del Código penal, que aplica la noción de "distribución" no sólo a la "obra", sino también a las "interpretaciones" o "ejecuciones"<sup>1025</sup> de Urheber." (op. cit., pág. 132).

<sup>1025</sup> Curiosamente, el "derecho de distribución" no está mencionado entre los que se reconocen al "artista-intérprete", que es el titular de los derechos de propiedad intelectual sobre dicho objeto (art. 102.1.). La falta de una cláusula extensiva, semejante a la que utiliza el art. 17 en sede de derechos de autor, hace pensar que no se ha querido reconocerle tal "derecho". El legislador habrá seguido aquí, sin duda, la pauta marcada por el Convenio de Roma de 1961 ("Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión", de 26 de octubre de 1961), cuyo art. 7o. no menciona tampoco dicho "derecho" entre los que corresponden al intérprete (la filiación del art. 102 de la Ley de 1987 respecto al citado Convenio de Roma la confirma CABANILLAS SANCHEZ, en el comentario de tal precepto (vid. CABANILLAS SANCHEZ, Antonio, «Comentario a los arts. 102-107 de la Ley de 1987», en los *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, págs. 1426 y s.s.; vid. pág. 1447)).

Tampoco la Ley alemana de 1965 (§§73 ff. UhrG) ni la Ley francesa de reforma de 1985 (art. 18) mencionan la "distribución" entre las formas de explotación que corresponden al artista-intérprete sobre su propia

la misma, así como a su "transformación" - aunque ésta es también "obra" (art. 11) y por ello estaría ya incluida en la expresa mención de la "obra" en el art. 19 -.

Consustancial a la noción legal de "distribución" es que el vehículo de conocimiento y disfrute de la obra por el público sea un ejemplar o fijación material de la misma - tan esencial es este elemento, que es lo que diferencia a la "distribución" de la "comunicación pública" (art. 20.1., 1 inciso final) -. Se dice entonces que objeto de la "distribución" puede ser tanto el "original" como las "copias" de la obra.

Ahora bien, en cuanto a la mención del "original" como posible objeto de la actividad de distribución, parecen necesarias algunas precisiones. De entrada, hay que aclarar que la referencia del art. 19 al "original" como objeto de

"interpretación" (las Exposiciones de Motivos de esos textos legales silencian la cuestión).

Nos parece que no se trata de un olvido, sino que, en efecto, no corresponde al intérprete el "derecho" o facultad de "distribución" sobre sus "interpretaciones". Existe una explicación al respecto y es que, una vez autorizada la incorporación de una "interpretación" a un fonograma o a una grabación audiovisual (o, lo que es lo mismo, su "reproducción": vid. el art. 13), la "interpretación" así reproducida sigue el régimen de tales objetos, desplazándose los derechos sobre la misma (y, por tanto, también el "derecho de distribución") al productor del fonograma o de la grabación audiovisual que llevan incorporada tal "interpretación" (arg. ex arts. 102.3. y 103). Estaríamos, pues, aquí ante una manifestación de la regla de "consunción" o "agotamiento" (vid. en este capítulo la sección siguiente, donde exponemos la mecánica de tal regla), pero referida al entero derecho del artista sobre la interpretación reproducida o fijada en tales soportes (en nuestra siguiente sección, predicamos, en cambio, tal principio de consunción sólo de la facultad de "distribución").

distribución no debe plantear problemas de delimitación respecto a otro de los posibles "actos" de utilización del original de una obra: el "derecho de exposición pública" (art. 20.2. g)), actividad que, como ya veremos, ha incorporado el legislador español entre los "actos" de "comunicación pública", que son, por definición, actividades de utilización de carácter incorporeal y que se realizan, por tanto, "sin puesta a disposición del público" de fijaciones materiales de la obra. Ya aludimos esta cuestión cuando nos referimos, en general, a la distinción entre formas de explotación de carácter corporal e incorporeal<sup>1026</sup> y volveremos sobre ella al examinar el "derecho de exposición pública", en particular.<sup>1027</sup>

Pero, sobre todo, es necesario precisar que sólo parece concebible una actividad de distribución proyectada sobre el "original", si éste carece de valor intrínseco, pudiendo

---

<sup>1026</sup> Vid. supra capítulo segundo, sección II, epígrafe 2.2.1.

<sup>1027</sup> Tal adscripción de la "exposición pública" en nuestra Ley a las modalidades de la "comunicación pública" o explotación en forma incorporeal entendemos que es la correcta, como ya tendremos ocasión de exponer, y evita, además, los problemas de delimitación que se suscitan en Derecho alemán entre "distribución" y "exposición pública, por haber inscrito el legislador ambas facetas del derecho de autor en la explotación de carácter corporal (vid. §15 (1) URG). Vid. así FROMM/NORDEMANN, *Urheberrecht. Kommentar zum Urheberrechtsgesetz...* cit., pág. 132: "Bei der Verbreitung von Originalen können Abgrenzungsprobleme zu §18 (Ausstellungsrecht) entstehen. Die Ausstellung in Museen usw. ist keine Verbreitung, solange kein Angebot an die Besucher zum Besitzerwerb vorliegt. Dagegen..."

entonces ser considerado como una más de las fijaciones o representaciones materiales de la obra.<sup>1028</sup>

De hecho, queremos llamar la atención sobre el dato de que, más allá de la mención del "original" en el art. 19, en el resto del articulado no aparece - ni podemos imaginar en este momento -<sup>1029</sup> ningún supuesto de distribución de la obra a través de su "original" (vid. todos los preceptos que citamos en materia de "distribución", donde la noción se presenta siempre vinculada a "ejemplares" o copias). Antes al contrario, en los demás preceptos en que la Ley vuelve a referirse al "original" de la obra lo hace siempre partiendo de su carácter infungible, de su valor como cosa material y no como mera representación de la obra (vid. así los arts. 24 y 56,2; y también la misma idea en los arts. 20.2. g) y 14,7o.).

Precisamente, el único supuesto en que, por aplicación rígida de la definición del art. 19,1, cabría hablar de

---

<sup>1028</sup> Vid. KOHLER *Urheberrecht an Schriftwerken*, pág. 181: "...das Festlegungsexemplar aber dient nur als Mitteilungswirker..."; "Seule la mise en circulation des exemplaires (au sens large de fixations) est envisagée...; "Signalons que ce droit s'éteint uniquement en ce qui concerne les exemplaires mêmes (y compris l'original)..." (STROMHOLM, loc. cit., pág. 281; 283).

<sup>1029</sup> El supuesto a que se refiere DIETZ (*Das Urheberrecht in Spanien...* cit., pág. 146) en relación a la mención del "original" en el art. 19 nos parece sumamente anecdótico: "Damit wäre aber wohl zum erstenmal in einem EG-Land ausdrücklich klargestellt, dass die neuere Erscheinungsform der Ausleihe (oder auch Vermietung) von Kunstwerken (Gemälden, Graphiken, u.U. auch Kleinskulpturen) durch sog. Artotheken gewerblicher oder kommunaler Art von dem Verleih- bzw. Vermietrecht des Urhebers erfasst wäre."

"distribución" del "original" (art. 24: "venta" del original de una obra de artes plásticas) choca con el sentido más habitual del término: ¿"distribución del original de una obra de arte"? Decir que la venta del cuadro u original de la obra plástica constituye ejercicio del "derecho de distribución" por el autor de la misma nos parece que desvirtúa la noción legal de "distribución". Y, además, tiene un fundamento y es objeto de un tratamiento legal diferente.

En efecto, el art. 24 de la Ley se refiere a la "reventa - lo que implica que ha habido una primera venta - de obras de artes plásticas" (en puridad, de su "original"). Sin necesidad de recurrir al argumento sistemático - el art. 24 no está entre los "derechos de explotación", sino bajo la rúbrica "Otros derechos" -, es necesario puntualizar que el art. 24 pretende remunerar al autor de una obra de artes plásticas el especial valor que, cuando se trata de ese tipo de obras, reviste el "original" o soporte inicial de la obra. Se trata, pues, de un derecho sobre esa "cosa material" en sí misma considerada (art. 3.3o.). El "derecho de seguimiento" o de "secuencia" positivizado en el art. 24 de la LPI<sup>1030</sup> persigue, en última instancia, compensar al autor por la revalorización de ese objeto material -

---

<sup>1030</sup> Así es como designa la doctrina especializada dicha prerrogativa del autor. Vid. por todos KATZENBERGER, Paul, *Das Folgerecht im deutschen und ausländischen Urheberrecht*, München 1970.

operada, por así decirlo, "a sus espaldas"<sup>1031</sup> - sobre el cual ya no ejerce ningún control.<sup>1032</sup>

Cuando en el art. 19 se predica la posibilidad de distribución del "original", nos parece, en cambio, que se parte de su carácter fungible, como una más de las fijaciones de la obra que, "puestas a disposición del público" facilitan a dichos destinatarios el conocimiento y disfrute de la misma. Lo que se persigue entonces es permitir al autor el control sobre la circulación de las fijaciones materiales de su obra (sean éstas el "original" o "copias" de la misma), para, por esta vía, intervenir el destino o la difusión de la obra misma.

Parece entonces que la "distribución" de una obra a través de su "original" sólo tiene sentido o es concebible cuando dicha representación material de la obra carezca de todo

<sup>1031</sup> Vid. la intervención del Portavoz socialista, Pedro JOVER PRESA, durante la discusión del art. 24 en la Comisión del Congreso: "Este artículo...consiste en la facultad del autor para participar en las plusvalías que puedan obtener los propietarios de obras de artes plásticas al enajenarlas a terceros compradores. Se trata, pues, de una facultad que no afecta tanto a la enajenación intelectual\* como al objeto material en que esa creación se exterioriza..." (Diario de Sesiones del Congreso. Comisiones, de 1987, no. 128, de 12 de mayo, pág. 4834).

\* (?)

<sup>1032</sup> Que, además, no va a parar a manos del "público" (art. 19,2), sino que queda en poder de un comprador específico (arts. 24.1.; 56,2).

interés desde el punto de vista económico (vid. además los arts. 14,7o. y 56,2).<sup>1033</sup>

---

<sup>1033</sup> RIVERO, en cambio, considera que la enajenación de la obra de arte constituye un supuesto de distribución (loc. cit., págs. 405-406).

## **2. Las "formas" o títulos jurídicos de la distribución**

La noción legal de distribución en el art. 19 queda completada con una referencia explícita a las "formas" (art. 19,1, final) o, como más correctamente debiera decirse, los "títulos", bajo los que, jurídicamente, puede articularse la actividad de distribución en particular.

Si bien sólo con propósito ilustrativo (id. art. 19,1, final: "o de cualquier otra forma"), se mencionan sólo la "venta, alquiler, o préstamo". Es decir, por vía de ejemplo, se alude, bien a títulos que, como la "venta", comportan una *enajenación* definitiva del ejemplar, de carácter oneroso; o bien, a títulos que comportan *cesión* temporal del *uso* del mismo, sea ésta onerosa ("alquiler") o gratuita ("préstamo").

Se ha omitido, pues, la mención de títulos que, como la donación, comportan *enajenación* definitiva del ejemplar, pero de carácter gratuito, y que, como ya dejábamos establecido, encajan a la perfección en la noción de "distribución" como "puesta a disposición del público" de ejemplares de la obra.<sup>1034</sup>

Ya manifestábamos que nuestra impresión a este respecto es que, aunque probablemente no se haya pensado en ella,

---

<sup>1034</sup> Vid. los ejemplos arriba citados de las donaciones de ejemplares por entidades benéficas o las realizadas con móviles publicitarios.

tampoco ha querido excluirse la enajenación de carácter gratuito,<sup>1035</sup> y, por ello, tal olvido carece de consecuencias a efectos de protección del titular del derecho, dado que en el art. 19,1, se extiende la noción de "distribución" aun a la realizada "de forma" distinta a las allí mencionadas.<sup>1036</sup>

Y ya dentro del examen de los títulos en concreto enumerados en el art. 19,1, cabe señalar que el recurso a una u otra de esas "formas" de distribución está a menudo prefigurado por los usos del tráfico, en función de la clase de obra: así mientras que el "alquiler" parece ser la forma de distribución habitual para las obras audiovisuales (art. 90.2., 1, final; 88.1., 2)<sup>1037</sup> y las musicales,<sup>1038</sup> la "venta"

---

<sup>1035</sup> Ya hemos señalado que entre nosotros la noción legal de "distribución" no ha quedado acotada, como en la Ley italiana, por la expresa mención del "scopo di lucro", además de que, como señalamos en texto, si se ha tenido en cuenta la posibilidad de una distribución gratuita en relación a la mera cesión del uso del ejemplar.

<sup>1036</sup> Es más, incluso cabe considerar beneficiosa para el sujeto protegido la falta de mención de la enajenación gratuita, si se piensa que, en el párrafo segundo del art. 19, la regla de la "consunción" o extinción del "derecho de distribución" se aplica sólo a la "venta" o enajenación onerosa (vid. nuestro siguiente epígrafe).

<sup>1037</sup> El art. 90.2.,1 final se refiere incidentalmente a la relación jurídica entre "exhibidores" y "cedentes de la obra audiovisual", que son quienes arriendan a aquéllos copias de obras cinematográficas para su proyección pública en las salas o locales de exhibición; para este supuesto, los arts. 4,1o. y 5 de la derogada Ley de cine de 1966 utilizaba literalmente el término "arrendamiento". Sobre las diferentes fases en la comercialización de una obra audiovisual, vid. GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, Madrid 1980, tomo II, págs. 366-369; se refiere dicho autor al "contrato de distribución", que celebra el productor con una empresa distribuidora, que se encarga de gestionar la proyección de la película contratando, a su vez, con los locales o salas de exhibición ("contrato de exhibición"),

es la forma de distribución usual para las obras "transformadas en libros" (vid. los arts. 7 y 8 de la Ley del Libro).<sup>1039</sup> El "prestamo", en cambio, es aplicable a todo tipo de obras - sean éstas sonoras o visuales, escritas o plásticas (vid. en el art. 37 Ley la referencia a "museos y bibliotecas"; "fonotecas" y "filmotecas") - y es la forma de distribución propia de las "instituciones de carácter cultural o científico" (id. art. 37), por lo que hay que

que son quienes arriendan copias de la obra cinematográfica. En el art. 88.1.,2 LPI se alude también incidentalmente a otro supuesto de distribución de obras cinematográficas, sobre todo si han sido incorporadas a un soporte videográfico (vid. BONDIA ROMAN, pags. 247-251; pag.289), dado que entonces se ve considerablemente facilitada este tipo de utilización - y, por ello, la somete el legislador a un régimen de autorización mas rígido que el del art. 88.1.,1 -: "puesta a disposición del publico de copias en cualquier sistema o formato para su utilización en el ambito doméstico". En este tipo de utilización, las copias se comercializan tanto mediante "alquiler" como mediante "venta" (en "videoclubs").

<sup>1038</sup> Vid. la discusión en Comisión del Congreso del art. 70 <actual 71> del Proyecto de Ley. Intervención del Portavoz del Grupo parlamentario Socialista, Salvador CLOTAS CIERCO: "En este art. 70 se trata de una modalidad bastante específica de contrato, el de edición de obras musicales, que para nada admite la comparación en su problemática y sus características con los libros u otro tipo de obras. Estas obras musicales se editan y en general la distribución posterior no se realiza sólomente sobre la base de la venta, sino que se hace, incluso con más frecuencia sobre la base del alquiler, por ejemplo, para las obras sinfónicas." (Diario de Sesiones del Congreso. Comisiones, de 1987, no. 128, pag. 4867).

<sup>1039</sup> Este último precepto, el art. 80. de la Ley del Libro se refiere a su vez a sistemas habituales de "venta" como la "suscripción" (también aludido en el art. 21,2 del Reglamento de la propiedad intelectual), "correspondencia", "y otros análogos".

entender que será casi siempre de carácter gratuito (art. 1740, 1er. inciso C.c.).<sup>1040</sup>

La verdadera importancia de la "forma" o título jurídico mediante el que se transmite la posesión del ejemplar hay que verla en relación al art. 19,2, límite legal intrínseco y específico del "derecho de distribución", que sólo juega si la actividad de "distribución" se realiza mediante "venta".

<sup>1040</sup> Nos parece que cabe calificar de "comodato" a la cesión temporal y gratuita del uso de ejemplares de la obra que realizan tales instituciones, a pesar de que la noción de "comodato" en el Código civil se predica de "alguna cosa no fungible" (art. 1740 C.c.): si bien cada ejemplar, en tanto que representación de la obra y vehículo de su conocimiento por el público, es sustituible por cualquier otro ejemplar de la misma, como cosa material que pertenece a la biblioteca que lo presta y a ella ha de ser restituida, encaja en la noción de "cosa no fungible". Sobre el "préstamo" como forma de distribución, vid. KOHLER, *Urheberrecht an Schriftwerken* cit., pág. 177 y nota 10; pág. 180.

En la doctrina española actual, vid. las consideraciones que sobre el "préstamo" realiza RIVERO, loc. cit., pág. 377.

### **III. LA REGLA DEL "AGOTAMIENTO" O "CONSUMCION" DEL "DERECHO DE DISTRIBUCION" (art. 19,2)**

#### **1. Su origen**

El segundo párrafo del art. 19 de la Ley española de 1987 hay que asociarlo asimismo a una regla jurídica que nos es ajena y que podemos igualmente localizar en Derecho alemán: el art. 19,2 de la Ley de 1987 no está sino positivizando la llamada "Erschopfung" o "consumción" del "derecho de distribución".

El principio expuesto se remonta asimismo a una construcción de KOHLER,<sup>1041</sup> quien elabora tal máxima a partir de principios operativos en el Derecho de Patentes: "Von der Verbreitung von Festlegungsexemplaren gilt, wie im Erfinderrecht, der Grundsatz: ist ein Exemplar des Werkes durch den Berechtigten (Verfasser oder Verleger) Eigentum eines dritten geworden und so in den Verkehr gekommen (sogenanntes berechtigtes Exemplar), so ist sein Umlauf frei: das Autorrecht ist erschöpft; irgendwelche den Umlauf beherrschende Bestimmungen sind gegenstandsrechtlich bedeutungslos und können nur schuldrechtlich und nach den Grundsätzen des Schuldrechts in Betracht kommen".<sup>1042</sup>

<sup>1041</sup> Vid. ULMER, op. cit., pág. 235. Confirma asimismo la citada filiación de la "Erschöpfungslehre" COHEN JEHORAM, loc. cit., pág. 65.

<sup>1042</sup> Vid. KOHLER, *Urheberrecht an Schriftwerken*, pág. 182; vid. asimismo el artículo citado («Verbreitung von Schriftwerken») en *AfdCP*, 85, 1896, pág. 438.

Lo que, en definitiva, hace KOHLER<sup>1043</sup> es trasladar al terreno de la propiedad intelectual una regla imperante en el Derecho de patentes,<sup>1044</sup> según la cual el derecho exclusivo del titular de la patente no subsiste en los objetos individuales o cosas materiales construidos en ejecución de la patente, una vez han sido éstos introducidos en el tráfico con su consentimiento.<sup>1045</sup>

<sup>1043</sup> Vid. así KOHLER, Josef, *Handbuch des deutschen Patentrechts*, Mannheim 1900, págs. 444 y s.s.

<sup>1044</sup> Vid. §4 de la "Patentgesetz" de 7 de abril de 1891, que constituía la consagración positiva de tal regla: "Das Patent hat die Wirkung, dass der Patentinhaber ausschliesslich befugt ist, gewerbsmassig den Gegenstand der Erfindung herzustellen, in Verkehr zu bringen, feilzuhalten oder zu gebrauchen. Ist das Patent für ein Verfahren erteilt, so erstreckt sich die Wirkung auch auf die durch das Verfahren unmittelbar hergestellten Erzeugnisse." Observese que el precepto en cuestión, considerado plasmación positiva de la regla, no la formulaba, sin embargo, directamente, sino que resultaba la misma de la contraposición entre dos categorías de patente - patente de producto y patente de procedimiento -; al establecerse en la segunda proposición del §4 que el derecho no se extinguía cuando se trataba de patente de procedimiento ("Ist das Patent für ein Verfahren..."), se entendía que, en cambio, para la otra categoría de patente, la patente de producto, sí quedaba extinguido el derecho del titular sobre los productos concretos fabricados en ejecución de la patente ("...die...unmittelbar hergestellten Erzeugnisse"). Es éste el razonamiento de una las principales sentencias sobre patentes dictadas en aplicación de dicha regla, la Sentencia del "Reichsgericht" de 26 de marzo de 1902 (vid. *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, Leipzig 1903, 1. Band, págs. 138-143), a la cual se remitirán, citándola, otras dictadas ya específicamente para el derecho de autor, como la de 16 de junio de 1906 (id. loc. cit., Leipzig 1906, 13. Band, págs. 394-401).

<sup>1045</sup> Vid. la crítica que realiza De BOOR a la trasposición de tal regla al derecho de autor, dada la distinta naturaleza del objeto de uno y otro derecho: "Zwischen dem "In Verkehr bringen" des Patentgegenstandes und dem Verbreiten des Werks bestehen Unterschiede, die eine gleichartige Behandlung ausschliessen. Nehmen wir als Beispiel ein Patent auf Herstellung einer Maschine: so kann der in Verkehr gebrachte

Con la aplicación de dicha regla a la propiedad intelectual, se persigue evitar que, en virtud del "derecho de distribución", quede constituido un monopolio a favor del autor u otro titular del "derecho de distribución". Se trata de encontrar un equilibrio entre el legítimo interés de dicho sujeto a intervenir la difusión de su obra, mediante el control de la circulación de los ejemplares o fijaciones materiales de la misma; y el, igualmente protegible, interés del tráfico en la no interposición de trabas innecesarias a la libre circulación de bienes y derechos.<sup>1046</sup>

Gegenstand des Patents im Sinne des §4 Pat.Ges. nichts anderes sein als die unter Anwendung des Erfindergedankens hergestellte Maschine selbst. Ist sie einmal vorhanden, so interessiert sie den Verkehr nicht wegen des Erfindergedankens, dem sie ihre Entstehung verdankt, sondern wie jede andere Sache auch wegen ihre praktische Brauchbarkeit. Deswegen wird sie erworben, sei es um sie selbst zu benutzen, sei es um sie weiterzuverkaufen. Es ist deshalb ganz sachgemäss, wenn das Erfinderrecht aufhört, sobald sie als Sache in den Eigentumsverkehr eingetreten, also sobald sie "in Verkehr gebracht" ist. Beim Urheberrecht liegen die Dinge gerade umgekehrt. Wenn der Erfindergedanke das Mittel ist, um die besonders brauchbare Sache herzustellen, so ist hier das Druckexemplar das Mittel, um die geistige Tatsache, das Geisteswerk, den Lesern zugänglich zu machen. Der Erfindergedanke findet seinen Zweck in Herstellung der Sache oder des sonstigen Patentgegenstandes, im Urheberrecht findet umgekehrt die Sache, das Druckexemplar, ihren Zweck im Dienste der geistigen Tatsache, des Geisteswerkes "(De BOOR, op. cit., pág. 131).

<sup>1046</sup> "Die Ansicht ist...aus dem praktischen Bedürfnis entstanden: es erschien als ein gar zu weitgehender Eingriff in die Gewerbefreiheit, dem Urheber die dauernde Herrschaft über jedes einzelne Exemplar zu überlassen, wo immer es sich im Verkehr zeigen sollte." (Vid. De BOOR, op. cit., pág. 128).

En la actualidad, en el mismo sentido, REIMER, loc. cit., pág. 57; STROMHOLM, loc. cit., pág. 285; HUBMANN, op. cit., pág. 146.

Ya hemos visto que es también la LUG de 1901 el texto legal que se encarga de positivizar dicha máxima, siendo asumida en el régimen vigente del derecho de autor por la URG de 1965,<sup>1047</sup> y, a partir de ella, por otros textos legales,<sup>1048</sup> como el español de 1987.

## **2. Su funcionamiento**

La vigente Ley española de 1987 se ha limitado a recoger dicho principio, ajeno hasta ahora<sup>1049</sup> al Derecho español. De ahí la dificultad con que nos encontramos en este momento para aventurar la mecánica concreta de dicha regla.<sup>1050</sup>

<sup>1047</sup> Vid. URG 1965 "Begrundung" págs. 262-263.

<sup>1048</sup> Vid. DIETZ, *Copyright...* cit., págs. 91 y s.s.; vid. asimismo REIMER, loc. cit., págs. 58 y s.s.

<sup>1049</sup> Y, sin embargo, recogido ahora ya también en el art. 53 de la Ley 11/86, de 20 de marzo de 1986, de régimen jurídico de Patentes de invención y Modelos de Utilidad: "Los derechos conferidos por la patente no se extienden a los actos realizados en España con relación a un producto protegido por ella después de que ese producto haya sido puesto en el comercio en España por el titular de la patente o con su consentimiento expreso." Vid. también al respecto LACRUZ BERDEJO, *Elementos...* cit., III, vol. 1o., 3a. parte, pág. 68.

<sup>1050</sup> El propio legislador español reacciona con desconcierto, al ser sometido a su consideración el precepto del art. 19,2 Ley 1987. Vid. el Informe de la Ponencia del Congreso sobre el Proyecto de Ley, donde en relación al art. 19 se señala: "Aunque no se han formulado enmiendas al mismo, la Ponencia quiere manifestar su deseo de encontrar una fórmula en la que se exprese con mayor claridad la intención perseguida por el precepto, sobre todo en su párrafo segundo." (vid. BOCG, Congreso, de 22 de abril de 1987, Serie A, no. 14-7, pág. 145).

Como dejábamos ya apuntado en el epígrafe anterior, la consagración entre nosotros de tal principio supone el establecimiento, a partir de este momento, de un nuevo límite - además del de su "duración" (arts. 26 y s.s. Ley 1987) - intrínseco<sup>1051</sup> o consustancial al derecho de propiedad intelectual, si bien referido a la específica facultad de distribución.<sup>1052</sup>

Con las matizaciones que a continuación estableceremos, coincide sustancialmente nuestro art. 19,2 LPI con el §17 (2) URG 1965, que reza así: "Sind das Original oder Vervielfältigungsstücke des Werkes mit Zustimmung des zur Verbreitung im Geltungsbereich dieses Gesetzes Berechtigten

<sup>1051</sup> Sobre la doctrina de los límites intrínsecos o institucionales de los derechos subjetivos, vid. De CASTRO Y BRAVO, Federico, *Temas de Derecho civil*, Madrid 1976, págs. 135 y s.s.; vid. pág. 139; y ROCA SASTRE, Ramón Ma., *Derecho hipotecario*, Barcelona 1948, tomo II, págs. 370-371: "...las limitaciones <nosotros hablamos aquí, con Albaladejo, de "límites"> legales...pueden ser de carácter institucional, legal o voluntario. Bajo un concepto amplio de las limitaciones legales, entran dentro de el las de carácter institucional...así como las de carácter estrictamente legal..."

<sup>1052</sup> "So gehört es zum Wesen des Verbreitungsrechts, dass es grundsätzlich nur die Erstverbreitung eines Werkexemplars umfasst, also nur das Recht, ein Buch, eine Schallplatte oder dergleichen erstmals in Verkehr zu bringen." (vid. URG 1965 Begründung, pág. 260). Vid. asimismo, FROMM/NORDEMANN, *Urheberrecht. Kommentar...* cit., pág. 135: "...<der> "Grundsatz" der Erschöpfung des Verbreitungsrechts, der in Wahrheit eine eng umgrenzte Ausnahme vom Prinzip des umfassenden Verwertungsrechts des Urhebers...darstellt...". Id. HUBMANN, op. cit., pág. 149.

im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht worden, so ist ihre Weiterverbreitung zulässig."<sup>1053</sup>

A efectos prácticos, la regla en cuestión significa que el derecho exclusivo del autor - u otro titular del "derecho de distribución"<sup>1054</sup> - a poner en circulación y a fijar las

<sup>1053</sup> Aun así los términos literales no son idénticos, dado que el §17 (2) UhrG no se refiere explícitamente a la extinción del "Verbreitungsrecht", sino que establece la licitud de la distribución ulterior ("Weiterverbreitung") sin necesidad de consentimiento del titular del "derecho"; lo que lleva al mismo resultado que nuestro 19.2, que viene a establecer que el "derecho de distribución" no alcanza a las sucesivas "ventas".

<sup>1054</sup> En el caso del intérprete, que ni siquiera tiene reconocida la facultad de "distribución", lo que se "agota" o "consume" no es una concreta facultad, sino el entero contenido de sus derechos de propiedad intelectual sobre la "interpretación" (a salvo las facultades de naturaleza personal sobre la misma: art. 107), una vez ha sido ésta "reproducida", es decir, una vez el intérprete ha prestado su autorización para que su "interpretación" sea incorporada a un fonograma o a una grabación audiovisual (art. 102.3). La "interpretación" sigue entonces el régimen de tales objetos, de manera que los derechos sobre la misma y, por ende, el "derecho de distribución" sobre la interpretación así fijada o reproducida, se desplazan al productor (titular del fonograma o de la grabación audiovisual), siendo entonces el intérprete simplemente compensado económicamente por algunas - no todas (art. 103) - utilizaciones en concreto de su "interpretación". Vid. como confirmación de este extremo, la Circular ya citada de la Fiscalía General del Estado, pág. 1834: "...cuando la infracción de los derechos de reproducción o de comunicación de los artistas se efectúe a partir de un fonograma o de una grabación audiovisual realizados mediante contratos con ellos, los titulares legitimados para perseguirla no serán los artistas de las interpretaciones o ejecuciones fijadas, sino los productores con los que éstos hayan contratado (y sus cesionarios), ya que en virtud de esos contratos los aludidos derechos han pasado al patrimonio de tales productores (art. 102.3.)".

El fenómeno que exponemos había sido ya entrevisto por KOHLER: "...sofern er <"der Wiedergebende", es decir, el sujeto que interpreta una obra musical> also Instrumente eines Dritten <"Phonogramma"> zum Zweck der Wiedergabe "besungen"\* hat, hat er einem jeden die Befugnis erteilt, auf diesen Instrumenten solche Augenblicksausßerungen wiederzugeben, und es gilt wie im Patentrechte der

condiciones bajo las que ha de realizarse dicha puesta en circulación de los ejemplares concretos (p. ej. libros o discos) de la obra protegida queda extinguido a partir de la primera enajenación *lícita* <sup>1055</sup> de dichos ejemplares.<sup>1056</sup> A partir de ese momento, el adquirente, poseedor (arg. ex art. 14,7o.) del libro o disco - es decir, de la "cosa material a que está incorporada la creación intelectual" (art. 3,1o.) - es libre de revenderlo o alquilarlo, de utilizarlo como cualquier otro bien.<sup>1057</sup>

El art. 19,2 no se refiere a la obra en sí, sino sólo a sus concretos ejemplares entendidos como cosas materiales. Y lo que se infiere de dicho precepto es que el ejercicio de la

Grundsatz: er kann keine Schranken setzen; hat er sich der Wiedergabe durch ein Instrument unterworfen, so bleibt er ihr unterworfen; eine Bestimmung, daß das Instrument nur in der einen oder anderen Weise benutzt werden soll, hatte schuldrechtliche, aber keine persönlichkeitsrechtliche Bedeutung." (así, en su *Urheberrecht an Schriftwerken...*, pág. 138).

\* Entrecorillado en el original.

<sup>1055</sup> Es esta una matización que, como más detalladamente se expone en el siguiente epígrafe, no contiene el precepto español, a diferencia de su homólogo alemán: "...mit Zustimmung des zur Verbreitung...Berechtigten..."

<sup>1056</sup> "Den Interessen des Urhebers ist in der Regel Genüge getan, wenn er bei der ersten Verbreitungshandlung die Möglichkeit gehabt hat, seine Zustimmung von der Zahlung eines Entgelts abhängig zu machen." (así, HUBMANN, op. cit., pág. 146).

<sup>1057</sup> "On s'accorde à denier à l'auteur la possibilité de contrôler le chemin que parcourent les exemplaires d'une oeuvre entre le premier acquéreur et le dernier acheteur et d'imposer des conditions et des limitations à son gré." (REIMER, loc. cit., pág. 57).

distribución mediante la "venta" de tales objetos extingue el derecho, lo cual significa en última instancia que, en el conflicto sobre un ejemplar concreto, entre el titular del "derecho de distribución" de la obra y el propietario por compra del ejemplar como cosa, prevalecería el derecho de propiedad como absoluto.

Ahora bien, lo que a nuestro juicio no cabrá, si se tiene en cuenta otra de las máximas imperantes en materia de propiedad intelectual (art. 56.1), es servirse de dicho ejemplar para proceder a una nueva actividad de explotación de la creación intelectual a él incorporada<sup>1058</sup> ni mucho menos obstaculizar el ejercicio del derecho de propiedad intelectual que recae sobre la obra representada en el ejemplar (art. 14.7o.). Queda, pues, extinguido o consumido el derecho del titular de la propiedad intelectual respecto

---

<sup>1058</sup> E, indirectamente, también parece confirmar nuestro criterio el art. 124.4. LPI que sólo exonera de las sanciones previstas para la actividad ilícita "a los ejemplares adquiridos de buena fe *para uso personal*". Sobre este punto, vid. HUBMANN, op. cit., pág. 149: "Das einmalige Entgelt <se refiere el autor al precio que el titular del "Verbreitungsrecht" percibe por la primera enajenación de los ejemplares> deckt jedoch nur den privaten Werkgenuss, nicht aber den Werkgenuss der Öffentlichkeit. Daher rechtfertigt der Erschöpfungsgrundsatz nicht etwa die Ausleihe des Werkes an die Öffentlichkeit." A este respecto, existen, no obstante también opiniones de otro género: "Daher kann der Veräußerer von Schallplatten oder Videokassetten einem Käufer nicht die Vermietung derselben etwa durch Aufdruck auf der Kassette, mit urheberrechtlicher Wirkung verbieten." (id. HUBMANN, pág. 147, parafraseando una sentencia del "Bundesgerichtshof" de 1986).

al concreto ejemplar, pero no respecto a la "obra" o creación intelectual a él incorporada.<sup>1059</sup>

Tanto en el Derecho alemán como entre nosotros, el "agotamiento" del "derecho de distribución" se produce sólo si la forma de introducción de los ejemplares en el tráfico ha comportado la enajenación de los mismos. No obstante, el precepto español utiliza el término "venta", más restringido que la fórmula alemana "Verausserung".

La "ratio" del precepto hace pensar que la misma solución hubiera debido aplicarse a negocios distintos de la "venta", pero que comporten asimismo disposición del ejemplar, tanto en sentido jurídico-estricto, como en sentido jurídico-económico,<sup>1060</sup> porque, de lo que en definitiva se trata es de

<sup>1059</sup> "Signalons que ce droit s'éteint uniquement en ce qui concerne les exemplaires mêmes...qui ont fait l'objet de l'acte de diffusion liminaire; l'auteur peut l'invoquer à propos de tout autre exemplaire." (así, STROMHOLM, loc. cit., pág. 282).

<sup>1060</sup> Sobre la distinción entre los dos sentidos del término "disposición" en el Código civil (sentido jurídico-estricto y sentido-jurídico económico), vid. BADOSA COLL, Fernando, *Apuntes < inéditos >* de la asignatura Derecho civil I (Parte General. Negocio Jurídico).

Sobre el alcance del término "venta" en el art. 19,2 de la LPI sólo se ha pronunciado entre nosotros A. DELGADO, en el artículo cit. sobre «La nueva ley española...», quien lo identifica con la "transferencia de la propiedad": "...cuyo "agotamiento" <del "derecho de distribución"> sólo se admite expresamente para los casos de venta, o transferencia de la propiedad del ejemplar." (vid. RIDA 1988 cit., pág. 219). Para el Derecho alemán, vid. las consideraciones de ULMER, op. cit., pág. 236: "Verausserung" i. S. des §17 Abs. 2 URG liegt in der Regel im Fall der Ubereignung vor. Die Begriffe decken sich aber nicht vollständig. Für die Verausserung i. S. des §17 Abs. 2 ist entscheidend, dass der Berechtigte sich der Verfügungsmöglichkeit über die Werkstücke begibt."

que la primera difusión o puesta en circulación de los ejemplares tenga carácter definitivo, por haberse operado una transmisión de la propiedad de los mismos.

Y, sin embargo, por haberse mencionado sólo la "venta" o enajenación de carácter oneroso, parece seguro que, cuando menos, la enajenación de carácter gratuito no va a determinar entre nosotros la consunción del "derecho de distribución": resulta así que, en caso de donación del ejemplar, el "derecho de distribución" sí será compatible con la propiedad del ejemplar así transmitido.<sup>1061</sup>

A salvo tal matización, la "primera venta" o enajenación onerosa es la que se produce a partir de la obtención de los ejemplares.<sup>1062</sup> Tomando como pauta una de las modalidades más habituales de explotación (art. 57,1), la "edición" o publicación de la obra en forma de libro, se producirá entonces la consunción del "derecho de distribución" del autor una vez el "editor", habiendo procedido a la reproducción efectiva de la obra (art. 58; art. 64,10.)

<sup>1061</sup> E incluso, con arreglo a los criterios jurisprudenciales imperantes en materia de interpretación de las normas jurídicas, parece que la regla de la "consunción" o "agotamiento" del "derecho de distribución", en tanto que limitativa del mismo, ni siquiera debería entenderse aplicable a negocios dispositivos a título oneroso distintos de la "venta". Sobre interpretación de las normas jurídicas, vid. ALBALADEJO GARCIA, Manuel, *Derecho civil*, Barcelona 1991 <duodécima ed.>, tomo I, vol. 10., págs. 173-174.

<sup>1062</sup> "Vorausgesetzt ist in allen diesen Fallen, dass die Waare schon existirt..."\* (así, KOHLER, *Patentrecht...* cit., pág. 448).

\* "Existirt", por "existiert".

ponga los ejemplares así obtenidos a disposición (art. 64,3o.) del "distribuidor" o mayorista de libros (art. 7o. Ley del Libro). El derecho del autor o de su causahabiente sobre los concretos ejemplares habrá dejado, pues, de existir en el estadio de comercialización de la obra correspondiente a la relación entre "distribuidor" y "librero" o detallista de libros.<sup>1063</sup> En la relación entre autor y editor, subsiste todavía el derecho del primero sobre los ejemplares (art. 67; art. 70 LPI); por tanto, puede aquél todavía señalar a éste las condiciones en que los concretos ejemplares de su obra han de ser remitidos al "distribuidor" mayorista u otro adquirente del editor.

<sup>1063</sup> De modo pacífico, la doctrina y la jurisprudencia actuales sitúan en dicho estadio el agotamiento del "derecho de distribución" (vid. por todos, STROMHOLM, loc. cit., pág. 281), considerándose que la remisión de los ejemplares al librero por parte del editor constituye ya circulación de la obra. Y, sin embargo, ello parece entrar en contradicción con las propias definiciones legales de "distribución", como "puesta a disposición del público..." o, como en el modelo alemán, "...der Öffentlichkeit anzubieten..."

Así, durante la vigencia de la LUG, que fijaba igualmente en dicho momento la consunción del "Verbreitungsrecht", dos de los principales comentaristas de dicho texto legal, de BOOR (vid. op. cit., pág. 128; pág. 132) y ALLFELD (vid. ALLFELD, Philipp, *Das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst*, Munchen 1928, págs. 142-143), contradijeron energicamente dicho criterio, por entender ambos autores que, siendo el destino genuino de la obra su conocimiento por el público, sólo cuando los ejemplares de la misma han llegado a manos de éste, puede decirse que ha quedado consumada la actividad de "distribución": "Den bestimmungsgemassen Gebrauch macht von ihnen also erst derjenige, der die Schrift liest, das Tonwerk spielt usw., nicht der Buch- oder Musikalienhandler, der die Exemplare verkauft. Erst wenn diese dahingelangt sind, wo von ihnen ein solcher bestimmungsgemasser Gebrauch gemacht wird, ist dem Sinne des Gesetzes nach die Verbreitung, die dem Urheber ausschliesslich zusteht, abgeschlossen." (ALLFELD, loc. cit).

No determinan, en cambio, consunción del "derecho" las formas de distribución distintas de la "venta", como son el alquiler o el préstamo:<sup>1064</sup> si los ejemplares han sido sólo alquilados o prestados conservará el autor su poder de decisión en cuanto a la ulterior utilización de los mismos. Nos ha parecido ver un atisbo de dicho aspecto de la regla en el art. 88.1.,2 de la Ley de 1987: puesto, que, como señalábamos, las copias de la obra cinematográfica, por regla general, sólo se alquilan, puede oponerse el autor a esas utilizations de las mismas a que está refiriéndose el segundo párrafo del art. 88.2.

La escasez de datos legales, fuera del art. 19.2, y la falta de experiencia en la aplicación de la regla del "agotamiento" o "consunción" del "derecho de distribución" nos ha llevado a una reconstrucción de la mecánica de la misma basada casi exclusivamente en datos tomados de su ordenamiento de procedencia.

Se ha señalado una única peculiaridad en su funcionamiento en el Derecho español: se ha considerado, a partir de una interpretación apurada de la dicción del propio art. 19.2, que si el "derecho" se extingue para las "sucesivas ventas",

<sup>1064</sup> El carácter no definitivo del concepto posesorio creado al amparo de tales negocios, los cuales atribuyen sólo un uso temporal del ejemplar, se considera síntoma de no haber querido el titular del "derecho de distribución" renunciar al control de la ulterior utilización de los ejemplares: "...an einem lediglich verliehenen oder vermieteten exemplar bleibt das Verbreitungsrecht voll bestehen. Dies erscheint gerechtfertigt, weil hier der Urheber zu erkennen gegeben hat, dass er die Kontrolle über den Verbleib der Werkstücke behalten will." (UhrG 1965, "Begründung", pág. 263).

aun después de operada la primera "venta", continuarán, en cambio, sometidas al poder de interdicción del autor las demás formas de distribución<sup>1065</sup> - por ejemplo, una vez vendidos los ejemplares de la obra, podría el autor oponerse o determinar las condiciones en que ha de realizarse el préstamo de los mismos -. Tal interpretación restrictiva de la regla no es, en cambio, posible para el precepto alemán homólogo del 19,2: el §17 (2) declara libres no sólo las sucesivas "ventas", sino, con carácter general, la "Weiterverbreitung" o ulterior distribución de la obra.

### **3. El problema del efecto real**

La rubrica de este epigrafe alude a una cuestión planteada ya desde los inicios de la aplicación del principio del "agotamiento o consunción" del "derecho de distribución".<sup>1066</sup> Entre nosotros, el examen de dicho problema, sólo puede realizarse, en cambio, desde la ya aludida falta de experiencia en la mecánica de tal regla y anticipándose, además, a un ulterior desarrollo práctico. Y, sin embargo, la omisión en el art. 19,2 de algunas precisiones necesarias bien pudiera determinar que tal problema vaya a suscitarse en nuestro ámbito incluso agravado.

---

<sup>1065</sup> ...extinguendose el derecho de distribución en esa modalidad <venta> a partir de la primera." (así, DELGADO, A., loc. cit., pág. 219). Vid. asimismo, DIETZ, *Das Urheberrecht in Spanien...* cit., págs. 144-145.

<sup>1066</sup> Vid. así KOHLER *Handbuch des Patentrechts...* cit., págs. 454-455; id. KOHLER en *AfdCP 85*, de 1896 págs. 438-439; y *Urheberrecht an Schriftwerken* cit., pág. 182.

El punto de partida en los ordenamientos que acogen el principio del "agotamiento" del "derecho de distribución" es que sólo determina tal "consunción" del "derecho" la enajenación de los ejemplares realizada con *consentimiento* del autor u otro titular del "derecho de distribución" (§17 (2) U h r G: "...mit Zustimmung des zur Verbreitung...Berechtigten"). Dicha acotación falta, en cambio, en el art. 19.2 LPI.<sup>1067</sup> No obstante, parece evidente que el legislador español sólo puede haber querido asimismo que sea la primera venta realizada o autorizada por el titular la única que pueda "consumir" o "agotar" el "derecho de distribución" (arg. ex art. 17 LPI: "...que no podrán ser realizadas sin su autorización...").

Si sólo determina "consunción" del "derecho" el acto de distribución realizado con consentimiento del titular del "derecho", ¿puede llevarse tal exigencia al extremo de considerar que la infracción de cualquiera de las condiciones fijadas por dicho titular a la distribución inicial determina la falta de tal consentimiento?

Es en este punto que se suscita el aludido problema del "efecto real": ¿es oponible a sucesivos adquirentes de los ejemplares la infracción de las cláusulas impuestas por el titular del "derecho de distribución" a su parte contractual (normalmente el editor, que contrata con el autor). O, lo

<sup>1067</sup> Tal precisión es, en cambio, explícita en el art. 53 de la vigente Ley de Patentes: "...después de que ese producto haya sido puesto en el comercio en España por el titular de la patente o con su consentimiento expreso."

que es lo mismo, ¿las condiciones fijadas para la inicial puesta en circulación de los ejemplares siguen a los mismos o son sólo de obligatoria observancia para la parte contractual del titular del "derecho", de manera que su infracción es sólo infracción de deberes contractuales y no vicia la ulterior circulación auspiciada por el propio sujeto que incumple? Más gráficamente, el dilema se plantea en torno a ésta o parecida constelación: si el editor no respeta el precio de los ejemplares o el ámbito territorial de circulación de los mismos acordado con el autor, ¿ha de entenderse entonces que la venta de los mismos que realiza el editor al librero no ha "consumido" el "derecho de distribución", por no haberse respetado alguna de las condiciones bajo las cuales el titular del "derecho" (el autor) prestó su consentimiento.?

La respuesta a tal cuestión es desde siempre unánime<sup>1068</sup>: la seguridad del tráfico, que se antepone en este punto al legítimo interés del autor u otro titular del "derecho de distribución" en obtener un respeto absoluto a las condiciones por él fijadas a la difusión de su obra, exige que los ejemplares ya puestos en circulación puedan seguir circulando libremente. Tal solución es, además, congruente con la propia finalidad a que responde la máxima del

<sup>1068</sup> Vid. así KOHLER, en los lugares citados en la primera nota de este epigrafe; HUBMANN op. cit., pág. 147 último; ULMER op. cit., pág. 240, último; COHEN JEHORAM, loc. cit., pág. 77; afirma este último autor: "Le droit d'auteur est pourtant un droit absolu...mais qui ne peut être élargi par stipulation contractuelle hors des limites définies par la loi."

"agotamiento" o "consunción": si lo que se pretende mediante su aplicación es precisamente exonerar al comprador particular de un ejemplar de cualquier influencia del titular del "derecho de distribución", reconociendo eficacia "erga omnes" a cualquier condición fijada inicialmente por dicho titular, el "derecho" o facultad de "distribución" acabaría convirtiéndose - en contra de lo que se persigue - en una suerte de carga real de la propiedad del ejemplar, que lo seguiría a través de sus sucesivas enajenaciones.<sup>1069</sup>

Existe, sin embargo, una limitación en concreto, que, también desde siempre y casi con unanimidad,<sup>1070</sup> se considera que, de ser impuesta a la circulación de los ejemplares, ha de ser respetada por todos: es la relativa al ámbito territorial previsto inicialmente para la difusión de los mismos.

No se trata tanto de que el territorio en sí mismo considerado tenga un valor superior al de otras posibles

<sup>1069</sup> Vid. a este respecto REIMER, loc. cit., págs. 58-59; STROMHOLM, loc. cit., pág. 281; págs. 283-286 y, en particular, pág. 285: "Mais à cet intérêt <del titular del derecho de distribución> s'oppose, avec une force égale, l'intérêt qu'a le public - et plus particulièrement cette section du public qui fait le commerce des biens qui sont les supports matériels du droit considéré - à savoir à quoi s'en tenir sans être obligé d'entreprendre des recherches peut être difficiles sur le régime juridique auquel sont soumis ces biens."

<sup>1070</sup> Vid. así KOHLER, *Patentrecht...*, pág. 455; id. *Urheberrecht an Schriftwerken* cit., pág. 182; id. *AfdCP* pag. 439. Y, en la actualidad, ULMER, op. cit., pág. 238; REIMER, loc. cit., pág. 58; HUBMANN, op. cit., pág. 148, además de la jurisprudencia que todos ellos citan.

determinaciones del titular del "derecho de distribución", como de que la infracción de dicha determinación en particular repercute quizá en mayor medida que las demás en la ulterior comercialización de la obra: si el autor determina que los ejemplares de una determinada edición están sólo destinados a la circulación en México, p.ej., no deberían éstos, seguramente más baratos, ser comercializados sin su consentimiento en Alemania o España. El ejemplo que proponemos ilustra la entidad del fraude al derecho del autor o de cualquier otro titular de la propiedad intelectual que tenga reconocido el "derecho de distribución" que por esta vía se comete.

Es por ello que se ha venido considerando que, caso de ser infringida tal determinación territorial, no se opera el "agotamiento" o "consunción" del "derecho de distribución", de manera que si está entonces facultado su titular para impedir la ulterior circulación de los ejemplares difundidos en territorio diferente del previsto por el.

La propia dicción del §17 (2) URG se ha hecho eco de tal opinión mayoritaria en doctrina y jurisprudencia y admite implícitamente la eficacia "erga omnes" de una distribución limitada territorialmente: "...mit Zustimmung *des zur Verbreitung im Geltungsbereich dieses Gesetzes Berechtigten*".<sup>1071</sup> En realidad, el consenso en relación a

<sup>1071</sup> Se entiende que, aunque el precepto aluda sólo a una limitación referida al territorio de la República Federal de Alemania, puede asimismo dar acogida a una limitación referida al territorio de cualquier otro Estado (así ULMER, op. cit., pág. 237 y HUBMANN, pág. 148).

este punto, es por lo que hemos podido constatar, internacional.<sup>1072</sup>

Lo que ocurre es que el hecho de reconocer eficacia real a las limitaciones territoriales ha planteado conflictos en relación a normas de otra índole, como son las normas del Tratado de Roma<sup>1073</sup> sobre libre circulación de mercancías y prohibición de prácticas restrictivas de la libre competencia (en concreto, se traen a colación los arts. 30, 36 y 86 del Tratado). Es por ello que, durante un tiempo, se consideró que, en el seno de la Comunidad Económica Europea, no podían reconocerse tales limitaciones territoriales y que la enajenación de ejemplares operada en el territorio de un Estado miembro bastaba para entender "consumido" o "agotado" el "derecho de distribución" en todos los demás Estados comunitarios, siendo libre entonces la circulación de dichos ejemplares en cualquiera de ellos.<sup>1074</sup>

<sup>1072</sup> Vid. COHEN JEHRAM, loc. cit., pag. 74.

Además de la Ley alemana, otras leyes europeas se pronuncian asimismo positivamente a este respecto. Vid. así el §16,3 de la Ley austriaca de 9 de abril de 1936 <"Bundesgesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte"; es ésta todavía la vigente en dicho Estado>: "...ist aber die Einwilligung <des Berechtigten> nur für ein bestimmtes Gebiet erteilt worden, so bleibt das Recht, die dort in Verkehr gebrachten Werkstücke außerhalb dieses Gebietes zu verbreiten, unberührt." En cuanto a parecidos pronunciamientos en otras leyes estatales, vid. REIMER loc. cit., pág. 58.

<sup>1073</sup> Nos referimos al Tratado constitutivo de las Comunidades Europeas, de 27 de marzo de 1957.

<sup>1074</sup> Vid. así DIETZ, *Copyright Law in the European Community*, págs. 93-94; HUBMANN, op. cit., pág. 148; ULMER, op. cit., págs. 238-239; FROMM/NORDEMANN, op. cit., pág. 134, autores

Sin embargo, queremos dejar constancia de una serie de decisiones recientes del Tribunal de las Comunidades Europeas que evidencian una postura mucho más matizada a este respecto.<sup>1075</sup> Principal aportación de las mismas ha sido

que reconocen efecto real a la determinación territorial impuesta por el titular del "derecho de distribución" a la circulación de los ejemplares, a reserva del debido respeto de las reglas sobre libre circulación de mercancías imperantes en el seno de la Comunidad Económica Europea. Y, sobre todo, vid. la Sentencia del Tribunal de las Comunidades Europeas de 8 de junio de 1971, que en el litigio entre la compañía discográfica "Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH" y la empresa comercial "Metro-SB-Großmarkte GmbH" resolvió: "L'exercice, par un fabricant de supports de son, du droit exclusif de mettre en circulation les objets protégés découlant de la législation d'un État membre, pour interdire la commercialisation dans cet État de produits qui ont été écoulés par lui-même ou avec son consentement dans un autre État membre, au seul motif que cette mise en circulation n'aurait pas eu lieu sur le territoire du premier État membre, est contraire aux règles qui prévoient la libre circulation des produits à l'intérieur du marché commun."

<sup>1075</sup> Vid. así la decisión del TCEE de 17 de mayo de 1988 sobre el conflicto entre la productora "Warner", titular del "derecho de distribución" sobre determinada película, y E.V. Christiansen, danés, explotante de un negocio de videos, quien, al amparo del principio de libre circulación de mercancías, pretendía que el "agotamiento" del "derecho de distribución" en Gran Bretaña permitía la libre utilización en Dinamarca de las copias videográficas de la película de la citada productora: "Hierzu ist zunächst festzustellen, daß die betroffenen nationalen Rechtsvorschriften unterschiedslos für im Inland hergestellte wie für aus einem anderen Mitgliedstaat eingeführte Videokassetten gelten. Entscheidend für ihre Anwendung ist die Art der Verwendung der Videokassetten und nicht deren Herkunft. Solche Rechtsvorschriften bewirken daher für sich genommen keine willkürliche Diskriminierung im Handel zwischen den Mitgliedstaaten."\* (vid. la citada sentencia en *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht <GRUR>, Internationaler Teil*, 1989, págs. 668-669).

Vid. también la sentencia del mismo Tribunal, de 9 de abril de 1987 (id. GRUR Int., 1988, págs. 243-246) en el conflicto entre la SACEM, Sociedad de Autores francesa, y Basset, propietario de una discoteca, quien oponía a la citada sociedad el "agotamiento" en otros Estados comunitarios del "derecho de distribución" sobre determinadas obras del repertorio de la SACEM: "Allerdings sieht Art. 36 EWG-

el establecer que el principio de libre circulación de mercancías, consagrado en el art. 30 del Tratado de Roma, no impone de modo necesario e indiscriminado ese "agotamiento" del "derecho de distribución", sino que la ponderación de las circunstancias puede en el caso concreto permitir el respeto de las barreras nacionales y de la diversidad de regímenes jurídicos para la circulación de los ejemplares que de ellas resulta. <sup>1076</sup>

\* \* \*

Vertrag <Tratado de las C.C.E.E.> vor, dass Art. 30 Einfuhrbeschränkungen nicht entgegensteht, die zum Schutze des gewerblichen und kommerziellen Eigentums gerechtfertigt sind, wozu der Schutz, den das Urheberrecht gewährt, gehört, insbesondere soweit es in der Form von Lizenzen kommerziell verwertet wird...Was die zweite Frage angeht, so ergibt sich aus den vorstehenden Ausführungen zur Anwendung des Art. 36 EWG-Vertrag, daß es für sich genommen keine mißbräuliche Verhaltensweise im Sinne des Art. 86 EWG-Vertrag darstellt,\* wenn eine Verwertungsgesellschaft für Urheberrechte (en este caso, la SACEM), die ihr durch die nationalen Rechtsvorschriften eröffneten Möglichkeiten nutzt."

\* Los subrayados son míos.

<sup>1076</sup> Para DIETZ, *Das Urheberrecht in Spanien...* cit., pag. 151 inauguran tales decisiones una nueva tendencia jurisprudencial. Y, sobre todo, véase a este respecto el último trabajo del citado autor sobre el tema de la armonización del Derecho comunitario, donde volviendo sobre estas dos decisiones del TCEE citadas señala: "...muß man in dieser(n) Entscheidung(en) eine gewisse Aufweichung der strengen Rechtsprechung zum europäischen Erschöpfungsgrundsatz und eine wohlwollendere Betrachtung des Urheberrechts erblicken." (así en «Das Urheberrecht in der europäischen Gemeinschaft», publicado en *Festschrift zum hundertjährigen Bestehen der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und ihrer Zeitschrift <GRUR>*, Weinheim, 1991, págs. 1445 y s.s. <separata que gentilmente nos ha facilitado el propio autor>).

Como ya advertíamos al inicio de este último epígrafe consagrado al "derecho de distribución", nos hemos visto obligados a examinar el tema del "efecto real" o meramente obligacional que quepa asignar a los límites impuestos a la circulación de los ejemplares, basándonos únicamente en una evolución del problema ajena a nuestro propio ámbito. Si damos cuenta de la misma, es porque de dicha evolución resulta un estado de la cuestión que es necesario conocer, como contexto del que no va poder prescindirse - sobre todo a la hora de reconocer una u otra eficacia a la limitación territorial impuesta a la distribución -cuando se inaugure en el ordenamiento jurídico español la aplicación de la regla de la "consunción" del "derecho de distribución".

A falta de otros datos legales, doctrinales o jurisprudenciales, sólo podemos por el momento dar cuenta de la ausencia en el art. 19,2 de nuestra Ley de Propiedad Intelectual de algún indicio, sea favorable o desfavorable, a la eficacia absoluta de una determinación territorial impuesta a la distribución de los ejemplares de una obra, a diferencia de lo que exponíamos para el §17 (2) alemán.

Y, sin embargo, aun prescindiendo de la influencia que el desarrollo internacional trazado pueda llegar a ejercer entre nosotros, nos parece que, si bien fuera de la Ley de Propiedad Intelectual, sí existe en nuestro ordenamiento una disposición legal que justificaría el reconocimiento de eficacia real a la limitación territorial: el art. 53 de la Ley de Patentes predica el "agotamiento" o "consunción" del

derecho del titular de la patente sólo en relación a los producto(s) "que haya(n) sido puesto(s) en el comercio *en España*". Luego, bien podrá dicho sujeto oponerse "erga omnes" a la circulación en nuestro país de productos, para los cuales sólo tenía prevista la comercialización en el extranjero.

En este caso, no sólo el tradicionalmente reconocido parentesco entre las instituciones de la propiedad intelectual e industrial, sino - tanto o más - el propio origen de la "Erschöpfungslehre" o principio de "consunción" del "derecho de distribución" abogaría por la aplicación de este concreto precepto de la Ley de patentes en el ámbito de la propiedad intelectual.

## CAPITULO QUINTO

### EL "DERECHO DE COMUNICACION PUBLICA"

## **I. EL CONCEPTO DE "COMUNICACION PUBLICA" (art. 20.1. LPI)**

El régimen de la propiedad intelectual hasta ahora vigente en España contemplaba una única forma de utilización incorporeal de obras del espíritu: la "representación y ejecución pública" de obras dramáticas y musicales" (arts. 19 y s.s. Ley de 1879; arts. 61 y s.s del Reglamento de 1880).<sup>1077</sup> La idea de reunir distintas posibilidades de utilización incorporeal de la obra bajo la denominación unitaria "comunicación pública", definiendo tal noción y asignando, además, a continuación preceptos específicos a cada una de las distintas modalidades o "actos" de "comunicación", tiene que proceder asimismo en la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 del modelo alemán: ni el Convenio de Berna<sup>1078</sup> ni la Convención Universal de

<sup>1077</sup> Si se prescinde de normas coyunturales, como la ya citada Ley de cine de 1966.

<sup>1078</sup> En rigor, la expresión "comunicación pública" si que aparece en la Convención de Berna tras la revisión de París en el año 1971, pero no como designación unitaria y concepto omnicompreensivo de todas las formas de divulgación incorporeal, sino para referirse sólo a la "radiodifusión" (vid. art. 11bis, apdo. 1. del Convenio de Berna). En cualquier caso, tal revisión de París es posterior a la entrada en vigor de la Ley alemana de 1965, por lo que no resulta aventurado suponer que el termino se incorpora a la Convención por influencia alemana; el propio legislador alemán se ha preocupado de poner de relieve en otras ocasiones cómo importantes modificaciones y avances de la legislación internacional constituyen aportación alemana; así, en relación a una anterior revisión del Convenio de Berna en la Conferencia de Bruselas de 1948, se señala en la "Begründung" del "Referentenentwurf" o Proyecto de 1954 (pág. 56): "Die dort beschlossenen Änderungen der Berner Übereinkunft beruhen jedoch zum Teil auf früheren deutschen Vorschlägen und entsprechen im wesentlichen dem deutschen Standpunkt."

Una de las primeras veces en que se utiliza la expresión "comunicación pública" en el ordenamiento jurídico español

Ginebra<sup>1079</sup> contienen definición de noción equivalente.<sup>1080</sup> Tampoco otras leyes europeas, como la francesa y la italiana, utilizan tal denominación:<sup>1081</sup> básicamente, las nuevas formas de utilización incorporal y directa han ido en ellas aglutinándose en torno al concepto tradicional y paradigmático de "representación".<sup>1082</sup>

---

es en la Orden de 10 de julio de 1942, sobre protección de obras fonográficas, disposición que pretende "asegurar a dichas entidades <entidades fonográficas> la reproducción o comunicación pública, sea de la clase que fuere, del contenido de la obra fonográfica por medio de la radio o por otro sistema de difusión..."

<sup>1079</sup> "Convención Universal sobre Derecho de Autor", firmada en Ginebra el 6 de septiembre de 1952, revisada en París el 24 de julio de 1971 y ratificada por España el 7 de marzo de 1974 (B.O.E. de 15 de enero de 1975).

<sup>1080</sup> Vid. reseñas de los distintos sistemas adoptados por los convenios internacionales y leyes europeas en KEREVER, A., «Le droit d'auteur en Europe occidentale» en *Hommage a Henri Desbois. Etudes des propriété intellectuelle*, Toulouse 1974; y RIVERO HERNANDEZ, *Comentarios...* cit., págs. 384-385.

<sup>1081</sup> Vid. así cómo la reforma de la Ley francesa operada por Ley de 3 de julio de 1985 se ha limitado, en definitiva, a engrosar el concepto originario de "représentation" del art. 27 de la Ley de 1957 adicionando, junto a los clásicos y ya previstos, referencias a los nuevos procedimientos: "La représentation consiste dans la communication de l'oeuvre au public par un procédé quelconque et notamment: par r é c i t a t i o n p u b l i q u e , é x e c u t i o n lyrique...telediffusion...Est assimilé à une représentation l'émission d'une oeuvre vers un satellite."

<sup>1082</sup> "Parece evidente que resulta ya notoriamente insuficiente y poco expresiva para tan variadas formas de comunicación la clásica palabra "representación" (y el derecho de ésta)...Esta forma de explotación <la comunicación pública> es la que más ha acusado el impacto de las nuevas tecnologías...Esos avances tecnológicos no sólo han enriquecido de forma espectacular la comunicación pública, como derecho y como acto, sino que han transformado la noción legal y funcional de la misma..." (RIVERO HERNANDEZ, *Comentarios...* cit., págs. 387-388).

**CAPITULO QUINTO**

**EL "DERECHO DE COMUNICACION PUBLICA"**

Ya hemos señalado que la definición legal del "derecho de comunicación pública" de la Ley alemana es algo posterior a las definiciones legales de las demás formas de explotación: la formulación sintética, susceptible de abarcar todos los supuestos de explotación de la obra en forma incorporal aparece por primera vez en el Proyecto del Gobierno de 1963 y no, como las demás, en el "Referentenentwurf" de 1954; pero éste sí mencionaba y definía, en cambio, sin demasiadas variaciones respecto al texto final de 1965, las prerrogativas que hoy aparecen como modalidades o "subderechos" de comunicación pública (§15 (2) UhrG).

#### **1. Su delimitación intrínseca: el carácter incorporal**

Los términos concretos de la definición de una y otra Ley no coinciden en este caso hasta el extremo de que podamos sostener aquí que se ha traducido también de la Ley alemana.<sup>1083</sup> La coincidencia vendría dada ya no por los términos concretos -aunque la idea sea la misma -, sino sólo por el paralelismo de estructura entre la Ley española y la alemana:

---

<sup>1083</sup> Pero tampoco de la Ley italiana ni de la francesa o portuguesa; todas ellas contienen asimismo normas paralelas que pretenden, tanto acentuar el carácter incorporal de esta forma de explotación, que es lo que la distingue de "reproducción" y "distribución", como establecer que la actividad de "comunicación" no realizada frente al "público" no requiere autorización del autor; pero aun así tampoco podemos establecer taxativamente que los términos concretos del art. 20.1. se han traducido directamente de cualquiera de ellas.

Se parte en ambas Leyes de una definición previa (art. 20.1.,1 LPI /§15 (2) UhrG), haciendo gravitar la noción precisamente sobre el carácter incorporeal de la actividad, explícitamente subrayado en la UhrG (§15 (1): "...sein Werk in unkörperlicher Form öffentlich wiederzugeben..."), o inferido simplemente en la Ley de Propiedad Intelectual de una locución de carácter negativo, como la del art. 20.1.,1 ("...acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares...").<sup>1084</sup>

Al examinar la enumeración general de las "formas" de explotación en la Ley española (art. 17 LPI) y también en la Ley alemana (§15 UhrG),<sup>1085</sup> habíamos señalado que el carácter incorporeal o directo que hasta ahora se asignaba a la comunicación pública se veía hoy cuestionado porque la aplicación de las nuevas tecnologías a esta "forma" de explotación introduce medios interpuestos en la comunicación<sup>1086</sup> (art. 20.2. b) y art. 86,1: "aparatos de proyección"; art. 20.2. d): "hilo, cable..."; y, con

<sup>1084</sup> En relación a la definición de "comunicación pública" del art. 20.1. español señala DIETZ (*Das Urheberrecht in Spanien...* cit., pág. 170): "Diese allgemeine Definition, die ähnlich wie §15 Abs. deut. UrhG auf die Unkörperlichkeit des Kontakts zwischen Werk und Publikum abstellt, erscheint als sehr geglückt."

<sup>1085</sup> Vid. supra capítulo segundo, epígrafe II,2.2.1.: El carácter "corporeal" o "incorporeal" de la utilización.

<sup>1086</sup> "La apparition des techniques nouvelles de diffusion des oeuvres de l'esprit a gonflé le concept de communication: celle ci s'opère souvent par le truchement de supports matériels (disques, films, émissions de radio)..." (asi, COLOMBET, op. cit., pág. 206).

carácter general, art. 124.1. e): "aparatos utilizados en la comunicación pública").

A este respecto, reiteramos lo que entonces se dijo: subsiste aun así el carácter incorporal de las actividades de comunicación pública, porque, aunque algunos de sus "actos" o manifestaciones tengan ahora una base o referencia material (v. gr. el "original o reproducción expuesta"; la película proyectada; la emisión grabada), esa base o instrumento material de la comunicación, el "medio", queda en manos del sujeto activo de la comunicación. El "público" destinatario (art. 20.1.) no obtiene representaciones materiales de la obra ("ejemplares"), de manera que, desde el punto de vista del receptor, la comunicación sigue siendo incorporal aunque ya no sea quizá "directa". Los instrumentos transmisores quedan en manos del comunicador, son "medios" (art. 43.5.; 86.1; 92.2..2), pero - a diferencia del "ejemplar" - no son el vehículo directo del disfrute de la obra por el destinatario o usuario (comp. art. 19.1 y art. 20.1.,1).

## **2. Su delimitación extrínseca: el carácter público**

Acto seguido, se somete el concepto, tanto en la Ley española como en la alemana, a una acotación ulterior, de carácter extrínseco, referida a los destinatarios de tal actividad (art. 20.1.,1 y 2 LPI / §15 (3) UhrG). La definición del "derecho de comunicación pública" queda complementada, tanto en la Ley española de 1987 como en la

alemana de 1965, con la definición de una noción de la realidad habitual, "el público" (art. 20.1.,1: "una pluralidad de personas"), porque sólo es jurídicamente relevante la actividad de comunicación de una obra intelectual que pueda calificarse de "pública".<sup>1087</sup>

Si bien tampoco existe aquí una coincidencia literal entre el precepto alemán y su homólogo en la Ley de 1987, estamos desde luego ante formulaciones equivalentes: tanto la locución "cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico" del art. 20.1.,2 como la del inciso final del párrafo 15 (3) ("es sei denn,...") pretenden excluir el carácter "público" de la actividad de comunicación, si bien la exclusión es más amplia - y también más exacta - en el precepto alemán.<sup>1088</sup> En última instancia, lo definitivo es el carácter indeterminado de los destinatarios para que la comunicación revista el carácter de "pública", y, a la inversa - tal y como precisa el precepto alemán - la existencia de algún tipo de relaciones personales<sup>1089</sup> entre ellos para que no lo sea.<sup>1090</sup>

---

<sup>1087</sup> La noción de "publicidad" del precepto alemán nos dice el propio legislador de 1965 que ha sido acuñada por la jurisprudencia y difiere sustancialmente del concepto de "publicidad" de otras ramas del Derecho, como el Derecho penal ("Begr." zu §15, pág. 262, final).

<sup>1088</sup> Como señala RIVERO HERNANDEZ, tampoco entre nosotros el término "doméstico" habría de interpretarse en su acepción más restrictiva de "hogar familiar" (vid. su comentario al art. 20 LPI, en los *Comentarios...* cit. coordinados por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, pág. 395).

<sup>1089</sup> No necesariamente "cerradamente familiares o de parentesco" (RIVERO, id. loc. cit.). En última instancia, será

El último párrafo del art. 20.1. introduce entre nosotros aún una última precisión, que opera a modo de excepción a la propia excepción; es decir, se alude a la posibilidad de que una "comunicación" de la obra, no obstante ser realizada en el ámbito doméstico, revista el carácter de "pública" - habiendo de ser calificada entonces de actividad de "explotación", que, como tal, "no podrá ser realizada sin autorización" del autor (art. 17 LPI) - si el "ámbito doméstico" de que se trate "está integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo". Al parecer tal restricción fue formulada en función de un supuesto de utilización muy concreto, el de los videos comunitarios.<sup>1091</sup>

lo definitivo que el "acto" de comunicación se desarrolle fuera del entorno de lo que habitualmente se considera "intimidad familiar". Vid. asimismo MOLAS VALVERDE, op. cit., pág. 74: "...es necesario el previo consentimiento del autor o propietario y consiguiente pago de derechos cuando se representa o ejecuta, por el medio que sea, una obra literaria o musical, asistiendo al acto, aunque éste tenga lugar en un domicilio privado, un número de invitados que excluye el carácter de intimidad familiar."

<sup>1090</sup> "Ist die individuelle Bestimmtheit oder die persönliche Verbundenheit nicht gegeben, dann ist die Veranstaltung eine öffentliche." (HUBMANN, op. cit., pág. 143).

<sup>1091</sup> "Se obtiene de este contenido que siempre que los videos comunitarios cuyos cables invadan el dominio público (cruzando calles por ejemplo) se considerarán como televisión y por tanto comunicación pública, por lo que para difundir una obra determinada se precisará la autorización de los respectivos titulares del derecho." (vid. Circular sin fecha, no. 2/1989 de la Fiscalía General del Estado en el "Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Suplemento 1989).

Comparese con la jurisprudencia anterior a la entrada en vigor de la LPI de 1987: la STS <Sala 3a.> de 17 de noviembre de 1987, partiendo de la laguna legal existente en la materia había establecido: "Si la expuesta actividad de Video Comunitario está referida a personas concretas y determinadas, el conjunto de estos individuos no merece la

calificación de público en general ni de un sector del mismo...por cuanto va dirigida a los habitantes de un inmueble, sus familiares y personas que ellos inviten y permitan el acceso a sus domicilios, los cuales son locales privados."

No procede aquí realizar un examen más detallado de este tipo de utilización; vid. lo que exponemos en relación al art. 20.2. d), relativo al supuesto específico de "transmisión".

## **II. LAS MODALIDADES O "ACTOS" DE COMUNICACION PUBLICA "ESPECIALMENTE" ENUMERADOS**

### **1. La presentación legal de la enumeración**

El paralelismo que venimos estableciendo entre nuestra Ley y la Ley alemana de 1965 en cuanto a los parámetros utilizados para delimitar con carácter general la actividad de "comunicación pública" queda parcialmente truncado a la hora de enumerar las distintas "formas" (en la Ley alemana) o "actos" (en la Ley española) que "especialmente" (art. 20.2.; §15 (2)) constituyen "comunicación pública".

En el texto alemán se presentan las formas de la "comunicación pública" organizadas distinguiendo entre las que determinan una utilización de la obra de modo directo e inmediato - son las enumeradas en los nos. 1. y 2. del §15 (2) (vid. §15 (2) 1. "das Vortrags-, Aufführungs- und Vorführungsrecht"; y §15 (2) 2. "das Senderecht") - y las que, en cambio, se consideran actividades de comunicación pública de carácter derivado, mediato o secundario ("Zweitverwertung"), en tanto se realizan a partir de un primer acto de comunicación en directo, grabado y ofrecido al público en un momento posterior - son las enumeradas en los nos. 3. y 4. del §15 (2) (vid. no. 3.: "das Recht der Wiedergabe durch Bild- oder Tonträger"; y no. 4.: "das Recht der Wiedergabe von Funksendungen" -).<sup>1092</sup>

---

<sup>1092</sup> Vid. UrhG "Begründung", pág. 261: "Bei den letztgenannten beiden Rechten handelt es sich um sog. Zweitverwertungsrechte, das heisst, um Rechte an Verwertungsarten, denen jeweils eine dem Urheber

La Ley española de 1987 se limita a facilitar un listado de las singulares manifestaciones de la comunicación pública, sin que aparezca en línea de principio tal distinción, aunque sin prescindir por entero de ella.<sup>1093</sup> No se recoge entre nosotros, como modalidad autónoma de comunicación pública, un "acto" de comunicación parangonable al del §15 (2) 3., que es la comunicación pública de una grabación sonora o visual realizada a partir de una representación o ejecución en directo de la obra.<sup>1094</sup> Sí se recoge, sin

---

vorbehaltene Werkverwertung bereits vorausgegangen ist: bei der Wiedergabe durch Bild- oder Tonträger die Aufnahme des Werkes <mejor dicho, "die Aufnahme des Vortrags oder der Aufführung des Werkes"; nos remitimos al §21> auf den Bild- oder Tonträger, bei der Wiedergabe von Funksehung, die Funksehung des Werkes."

<sup>1093</sup> La importancia de esta subdistinción que la Ley alemana aplica a las distintas modalidades de comunicación pública es tal que la doctrina francesa actual, distanciándose de los propios textos legales - que califican de "communication directe" a la "représentation" y a todas sus modalidades, para contraponerla a la "reproduction", que es la "communication indirecte" (vid. arts. 27 y 28 de la Ley de 1957) -, propugna distinguir, a su vez, dentro de lo que ya es de por sí "communication directe" (la "représentation") entre "deux modes de communication, directe ou indirecte. Il existe en effet deux sortes d'initiatives: celles qui permettent de communiquer l'oeuvre au public directement par le moyen d'interprètes présents en face du public (ex. récitation publique, exécution lyrique...) et celles qui permettent une communication au public par le moyen de supports matériels (disques, films...)". Así, COLOMBET (op. cit., pág. 205) y ya antes, DESBOIS: "Par conséquent, communication directe et indirecte auraient pu désigner, avec plus d'exactitude, respectivement, la représentation ou l'interprétation proprement dite, d'une part, et l'audition d'un disque ou la projection d'un film, d'autre part." (op. cit., pág. 294).

<sup>1094</sup> Dicha posibilidad sólo está indirectamente contemplada entre nosotros, no como modalidad autónoma de comunicación pública (aunque lo es; vid. más adelante en nuestro estudio del "derecho de representación", las consideraciones sobre la posibilidad de que la representación sea grabada y

embargo, entre nosotros un "acto" de comunicación derivado equiparable al del §15 (2) 4. de la Ley alemana: el art. 20.2. f) LPI se refiere a "la emisión o transmisión...de la obra difundida por radio o televisión"; aquí, desde luego, la actividad de comunicación pública es de carácter secundario: sólo si ha habido una primera difusión de la

ofrecida al público en un momento posterior), sino como supuesto de utilización indirecta o secundaria de un fonograma, que genera un "derecho" de compensación económica para el artista-interpreté: art. 103 LPI.

Después de la entrada en vigor de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, el propio legislador español ha calificado al supuesto del art. 103 de "utilización secundaria": vid. así el Proyecto de Ley de modificación de la Ley 22/1987, de Propiedad Intelectual, publicado recientemente en el Boletín Oficial de la Cortes (BOCG de 1991. Congreso, Serie A, no. 76-1, de 30 de diciembre). Dicho Proyecto, promulgado ante las dificultades de aplicación práctica de determinados preceptos del texto de 1987 - son objeto de reforma, además del citado art. 103, los arts. 24, 25, 119, 127 y 140 LPI -, establece en relación al precepto que ahora nos ocupa: "Es también objeto de modificación en esta Ley el artículo 103, con el fin de evitar las dificultades interpretativas que se han presentado en la práctica en relación con el derecho a una compensación económica que se reconoce a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes cuando un fonograma publicado con fines comerciales es utilizado en cualquier forma de comunicación pública."

"Se trata de una participación que ostentan los artistas intérpretes o ejecutantes, respecto del derecho reconocido por la Ley a los productores fonográficos como consecuencia de la llamada convencionalmente "utilización secundaria de los fonogramas"\* "

\* Entrecorillado en el original. La denominación aplicada ahora por el Proyecto de Ley a esta forma de comunicación pública no aparece en ninguno de los Convenios internacionales que se refieren a ella: ni en el Convenio de Berna (art. 11.1., 20.) ni en el Convenio de Roma de 1961 (arts. 7 y 17). El único texto legal que emplea tal denominación es, como indicamos en texto, la Ley alemana de 1965 en su Exposición de Motivos (vid. "Begr.", zu §21, pág. 261; y zu §76, págs. 306 y s.s.). Parece entonces que también en esta ocasión se ha valido el legislador español de un tecnicismo procedente del ordenamiento alemán.

obra por radio o televisión, puede concebirse una ulterior utilización de la misma.<sup>1095</sup>

## **2. Los diferentes "actos" de comunicación pública en particular**

La comunicación pública, que en los arts. 17 y 20.1. se predica como posibilidad de actuación sobre la obra en general va ramificándose en los siguientes apartados en una serie de "actos" o modalidades diversas en función de la clase de obra utilizada, salvo las actividades de

<sup>1095</sup> En la actual doctrina sobre la Ley española de 1987, se refiere a tal distinción RIVERO, loc. cit., pág. 386; y, sobre todo, pág. 388: "Si en otro tiempo los actos típicos y más caracterizados de la "representación", eran efectivamente, procedimientos de comunicación directa de la obra y sus contenidos al público... hoy hay que reconocer que no en todos los supuestos... de la nueva "comunicación pública" hay una efectiva comunicación directa de la obra al público; y ello, en un doble sentido: en cuanto que en muchos casos la obra ha debido de ser fijada previamente en un soporte material (cinta magnetofónica, disco, película cinematográfica) antes de ser comunicada (proyectada, emitida por radio o televisión) a sus destinatarios; y porque hay también un hiato temporal entre el momento en que la obra musical o discurso son grabados o la obra cinematográfica filmada, y aquel otro en que es emitida o proyectada al público."

Para nosotros, la calificación del "acto" de comunicación pública como utilización primaria o, por el contrario, secundaria o derivada se basa en la sustantividad del acto y, no tanto, en los medios materiales empleados en su realización. Con arreglo a ello, mantenemos el carácter de utilización inmediata y primaria de la "proyección de obras audiovisuales"; es cierto que tal actividad recurre a medios interpuestos, como son los aparatos de proyección y la copia de la obra audiovisual que se proyecta - ya hemos visto, además, que ello no es óbice para mantener el carácter incorporeal de la "comunicación pública" en general -, pero aun así es una modalidad de comunicación de carácter primario y directo, porque no requiere la previa realización de ningún otro acto de comunicación pública. Si revestirá, en cambio, carácter secundario y derivado la utilización que consista en grabar la obra audiovisual durante la proyección de la misma y ofrecerla a la audiencia en un momento distinto.

comunicación relacionadas con la radiodifusión, que se predicen de "cualesquiera obras" (art. 20.2. c) d) e) f).<sup>1096</sup>

Como habíamos indicado ya en nuestro estudio preliminar y de conjunto de las actividades de explotación enunciadas en el art. 17, las diferentes posibilidades de utilización de la obra en forma incorporal, agrupadas bajo la denominación genérica "comunicación pública" son sumamente heterogeneas.<sup>1097</sup> Se impone, pues, el estudio de cada una de ellas en particular. A dicho cometido están dedicadas las siguientes secciones de este capítulo.

<sup>1096</sup> Tal y como hace la UhrG, que, si bien define las modalidades de comunicación pública especificando las obras sobre las que se proyectan (vid. §19 UhrG), al definir el "Senderecht" en §20 lo predica de "la obra" ("das Werk"), sin más.

<sup>1097</sup> Vid. el capítulo segundo de esta cuarta parte y en particular, el epígrafe II,2.2.2. Los criterios que "modalizan" las formas de explotación enumeradas.

**III. LA REPRESENTACION ESCENICA, RECITACION,  
DISERTACION Y EJECUCION PUBLICA DE LAS  
OBRAS DRAMATICAS, DRAMATICO-MUSICALES,  
LITERARIAS Y MUSICALES (art. 20.2. a);  
arte. 74 y s.s.; arte. 101 y s.s.)**

Estamos aquí ante la modalidad o modalidades de comunicación corporal y directa por antonomasia, las únicas, además, específicamente contempladas en la legislación de propiedad intelectual hasta ahora vigente (arts. 19 y s.s. Ley de 1879; Título II del Reglamento de 1880).

Lo esencial y común a todas las actividades de comunicación pública enunciadas en este primer apartado del art. 20.2. es la importancia que en ellas reviste la conducta humana (art. 101) o "actuación" (arts. 103; 105; 107.1 y 2), que opera en este caso como eje o principal vehículo de comunicación de la obra intelectual,<sup>1098</sup> porque incluso si intervienen medios interpuestos o auxiliares de aquella carecen éstos de funcionamiento autónomo.<sup>1099</sup>

---

<sup>1098</sup> "...el medio expresivo de la comunicación requiere un elemento personal absolutamente infungible o personalísimo..." (vid. HERNANDEZ MORENO, Alfonso, y MENDEZ GONZALEZ, Fernando Pedro, comentario de los arts. 74 a 85 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, en los *Comentarios...* cit, coordinados por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, págs. 1125-1181; vid. pag. 1136).

<sup>1099</sup> "Bei beiden Rechten <Vortrags- und Aufführungsrecht> kommt es darauf an, dass,...eine persönliche Darbietung stattfindet, zu der bei der bühnenmassigen Aufführung auch die auf der persönlichen Leistung der Spieler beruhende Aufführung in Puppen-oder Marionettentheatern zu rechnen ist" (así ULMER, op. cit., pág. 248).

El art. 20.2. a) se refiere simultáneamente a diferentes "actos": "representación escénica, recitación, disertación, y ejecución pública". La distinción entre ellos gravita fundamentalmente en torno a la clase de obras a que unos y otros se aplican. En este sentido, se impone de entrada una bipartición: el término "ejecución" se refiere a la comunicación pública de obras musicales (art. 38; 83 LPI de 1987; arts. 71 y 101 Regl. 1880),<sup>1100</sup> mientras que las demás actividades enunciadas en el precepto se refieren en síntesis a obras de la palabra (art. 10.1. a), pero también a las "obras coreográficas o pantomímicas". No están éstas últimas mencionadas en el propio art. 20.2. a), pero que de ellas son predicables algunas de estas actividades se desprende del art. 74. El art. 20.2. a) no es, pues, en modo alguno exhaustivo en cuanto a las clases de obras a que son aplicables estas modalidades de comunicación pública.

La "representación escénica" es predicable en principio de las obras dramáticas y dramático-musicales, es decir, las que fueron originariamente creadas como pertenecientes a tales géneros. Sin embargo, y aun cuando pueda parecer obvio precisarlo,<sup>1101</sup> cualquier obra literaria puede ser "adaptada"

<sup>1100</sup> Vid. al respecto BONDIA ROMAN, op. cit., pág. 225, nota 220.

<sup>1101</sup> Precisión que no resultaba, en cambio, obvia en el régimen de 1879/1880: los arts. 19 y s.s. de la Ley de 1879 y 61 y s.s. del Reglamento de 1880, que regulaban todo lo relativo a la actividad de representación, llevaban por rubrica "De las obras dramáticas y musicales"; de ahí que algunos comentaristas de dichos textos se vieran obligados a precisar que la prohibición legal de representar obras ajenas sin el permiso de su autor o propietario no era exclusiva de esta clase de obras. En este sentido, vid.

y convertida en obra para la escena (arts. 64,2; 67; 68; 112,1 Regl. 1880). También hay que hablar de "representación escénica" en relación a las ya mencionadas obras pantomímicas y coreográficas.

Conviene aclarar que en el texto de 1987 el término "representación" no aparece empleado en forma siempre unívoca: se le utiliza bajo una primera acepción estricta, que sería esta del art. 20.2. a): "representación escénica" o "representación en teatros" o salas equivalentes (art. 76; art. 117 Regl. PI) de las clases de obras referidas en nuestro párrafo anterior (art. 76; art. 82; art. 89.2.). Pero también es utilizado de modo más amplio y ambiguo (art. 57,1; 74; 101 y s.s.), absorbiendo entonces, además, de la "representación escénica", las demás nociones del art. 20.2. a) - salvo la "ejecución" de una obra musical, que aparece casi siempre contrapuesta a "representación" (id. arts. 57,1; 74; 101 y s.s.) -.

En este segundo sentido, constituyen también "representación" la "recitación" y la "disertación", que serían formas de "representación" sin acción o escenificación, que pueden llevarse a cabo o no en teatros, pero sin la parafernalia propia de la "representación escénica" (art. 113 del Reglamento). La "recitación" (art.

76)<sup>1102</sup> parece propia de las obras literarias no pertenecientes o no "adaptadas" al género dramático (poesía, p. ej.), que serían transmitidas o comunicadas al público mediante su lectura o declamación, apoyándose sólo en inflexiones de voz, gestos o ademanes. La "disertación" sería la exposición oral (art. 33.2.: "pronunciar en público") de obras de contenido científico,<sup>1103</sup> político o informativo (art. 1: "...obra científica"; art. 10.1 a): "...discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra..."; id; art. 33.2.; art. 12 Regl. PI).<sup>1104</sup>

<sup>1102</sup> La "recitación" ha estado desde siempre regulada de la representación propiamente dicha en nuestra legislación de la propiedad intelectual (vid. p.ej. los arts. 62 y 63 del Reglamento de 1880), si consideramos que la "lectura" en público a que se refieren tales preceptos constituye un supuesto de "recitación". Comentando los citados artículos del Reglamento y siguiendo así a la doctrina francesa de su época, señalaba DANVILA COLLADO que "la lectura de una obra dramática puede asimilarse a una representación teatral y constituir defraudación respecto de ésta, cuando se hiciere públicamente sin permiso del autor" (*La propiedad intelectual...* cit., pag. 485).

<sup>1103</sup> Y, sin embargo, no están estas mencionadas en el art. 20.2. a); ya se ha advertido inicialmente que el precepto no es exhaustivo en cuanto a las obras representables.

<sup>1104</sup> De "lege data" no se sabe hasta qué punto la "disertación" puede considerarse subsumida en la actividad de representación que constituye objeto del contrato del mismo nombre. Tal y como quedaba configurado en la Ley anterior y, sobre todo, en el todavía vigente Reglamento de 1880, el tipo contractual "contrato de representación" parecía estar ceñido a la interpretación en público de obras de contenido literario.

Considerar que la disertación oral de obras de contenido científico (piénsese en un ciclo de conferencias) puede ser objeto también del "contrato de representación", choca, además de con la acepción más habitual del término "representación", con el sentido originario del citado tipo contractual. Aun así, es cierto que las normas dedicadas en la Ley actual al contrato de representación, a pesar de llevar la rúbrica "contrato de representación teatral", se

En todo caso, la "representación" constituye, bajo cualquiera de sus posibles ramificaciones - y ahora incluimos también en la noción, para simplificar, la ejecución pública de obras musicales - la modalidad de comunicación pública, de carácter incorporal y directo por antonomasia. Lo que caracteriza a la "representación" es, tanto la proximidad física entre intérprete (o "ejecutante": arts. 101 y s.s.) y público, como la unidad temporal entre "actuación" y comunicación al público de la obra.<sup>1105</sup>

Hasta ahora, esas notas características de las actividades aquí contempladas tenían como necesario reflejo la fugacidad de las mismas: acabada una representación de la obra, nada quedaba de ella; toda representación era necesariamente irrepetible. Sin embargo, tales características han quedado en cierto modo desvirtuadas, a raíz de la aparición de

refieren luego a modalidades distintas de lo que en sí constituye representación escénica (vid. los arts. 76, 82 y 84 de la citada rubrica). Así lo entienden HERNANDEZ MORENO y MENDEZ GONZALEZ, (vid. HERNANDEZ MORENO, Alfonso, y MENDEZ GONZALEZ, Fernando Pedro, comentario de los arts. 74 a 85 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, en los *Comentarios...* cit., coordinados por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, págs. 1125-1181). Para tales autores, el citado contrato tiene por objeto, no sólo todas las actividades contempladas en el art. 20.2. a) (vid. así loc. cit., pag. 1164), sino incluso cualquier otra de las modalidades de comunicación pública del art. 20.2. (vid. loc. cit., pag. 1126).

<sup>1105</sup> "La représentation dramatique...l'exécution lyrique et la recitation publique en doivent être rapprochées, parce qu'«e»...il s'agit, à proprement parler, d'une communication immédiate, entre présents, de l'interprète aux spectateurs ou aux auditeurs." (vid. DESBOIS, op. cit., pag. 295). En el mismo sentido, RIVERO, loc. cit., pag. 398.

procedimientos técnicos (fonografía, magnetografía, cinematografía...) <sup>1106</sup> que permiten incorporar la representación efectuada en un momento dado a una base material (p.ej. un fonograma o una grabación audiovisual). A partir de tales "reproducciones" de la obra representada (lo son, porque resultan de una "fijación de la obra en un medio que permite su comunicación...": vid. art. 18), se hace posible la perpetuación indefinida de la representación originaria.

Ello significa que, en relación a las actividades contempladas en este apartado 20.2. a), se plantea entonces la posibilidad de realizar una comunicación pública de carácter derivado o secundario, es decir, un nuevo acto de comunicación en público basado en una representación ya realizada. ¿Puede considerarse que tal posibilidad está asimismo contemplada o, mejor dicho, sobreentendida en el art. 20.2. a), junto al concepto clásico de "representación"?

A falta de una alusión expresa <sup>1107</sup> y de una localización específica para tal posibilidad, cabría considerarla incluida en el inciso final del propio art. 20.2. a)

<sup>1106</sup> Vid. al respecto BAYLOS CORROZA, *Tratado...* cit., págs. 526-527.

<sup>1107</sup> Ya señalábamos en nuestra introducción general a las diferentes modalidades de comunicación pública (vid. supra capítulo quinto, epígrafe II, 1.) que sólo con relación a la radiodifusión está expresamente contemplada la posibilidad de una comunicación pública de carácter derivado o secundario (art. 20.2. f) "versus" art. 20.2. c), d), e)).

("mediante cualquier medio o procedimiento"). Es decir, la explotación derivada de la "representación" de la obra no sería entonces sino una extensión de la propia noción de "representación"

Sin embargo, nos parece que la respuesta a este respecto sólo puede ser negativa.<sup>1108</sup> Además de que una y otra posibilidad de comunicación se basan en actividades objetivamente distintas, valoradas de modo diferente por el público receptor,<sup>1109</sup> esa segunda proyección de la actividad de representación es explotable en sí misma, puede ser comercializada con independencia de la representación de carácter primario. Desde el punto de vista económico, representa o responde a un interés diferente del autor.

En base a estas reflexiones,<sup>1110</sup> el legislador alemán de 1965

<sup>1108</sup> También RIVERO (loc. cit. pág. 398) se plantea, para descartarlo, que el inciso final del art. 20.2. a) se esté refiriendo a esa comunicación de carácter derivado: "No afecta nada a esa idea <de comunicación directa> la alusión legal a "mediante cualquier medio o procedimiento", con lo que se hace referencia según entiendo, a que puede servirse el actor, comunicante o ejecutante, de los instrumentos que prefiera (guiñol, aparatos, micrófono, luminotecnia, acústica)."

<sup>1109</sup> Para los destinatarios de la comunicación, la audición de grabaciones de una representación no proporciona un disfrute de la obra equiparable a la proximidad física y la inmediatez en la recepción que permite la representación vivida en directo.

<sup>1110</sup> "Es widerspricht dem allgemeinen Sprachgebrauch, der Aufführung einer Sinfonie im Konzertsaal ihre Wiedergabe durch Plattenspieler oder Rundfunkgerät gleichzustellen...Auch der Urheber, der über sein Wiedergaberecht verfügt, unterscheidet hierbei regelmässig zwischen der unmittelbaren und der sekundären Wiedergabe: Für eine öffentliche Aufführung im Konzertsaal ist ein

se decidió a regular esa posibilidad de explotación secundaria como "derecho" independiente (en el §21) de la representación en directo (contemplada en el §19), siguiendo así, además, en este punto a la Convención de Berna, que enuncia también por separado ambas formas de explotación. Vid. el art. 11,1. de la Convención: "Los autores de obras dramáticas, dramático-musicales y musicales gozarán del derecho exclusivo de autorizar: 1o. la representación y la ejecución pública de sus obras, comprendidas la representación y la ejecución pública por todos los medios o procedimientos; 2o., la transmisión pública, por cualquier medio, de la representación y de la ejecución de sus obras."

El problema que plantea, en cambio, nuestro texto legal es que, a pesar de que esa posibilidad de una representación de carácter derivado y secundario (p.ej., a través de discos, grabaciones o filmaciones de una representación, comunicados al público en un momento posterior) existe virtualmente (e incluso legalmente se la llega a tener en cuenta en algún momento: vid. p.ej. el art. 103: "utilización de un fonograma en cualquier forma de comunicación pública..."),<sup>1111</sup> carece la misma en el texto de 1987 del

hoheres Entgelt zu zahlen als für eine blosse Schallplatten- oder Rundfunkwiedergabe..." (UhrG "Begründung", zu §21, pág. 265).

<sup>1111</sup> El fonograma a que se refiere el art. 103 podría consistir en la grabación o fijación sonora de un concierto en directo que el empresario de espectáculos ofrece al auditorio reunido en su sala. Ya habíamos indicado en sede de "comunicación pública" (vid. supra en este mismo capítulo el epígrafe II,1., nota )

apartado específico que, como forma de explotación independiente que es, le corresponde.

Podría pensarse que basta con entender incluida tal utilización en alguna otra de las modalidades de comunicación pública del art. 20.2, en concreto las de los apdos. c) d) e) y f). Sin embargo, el apdo. f), referido también a una comunicación de carácter derivado, está pensado para una nueva comunicación "de la obra *difundida por radio o televisión*". De lo que aquí se trata, en cambio, es de una comunicación pública de la grabación realizada a partir de la representación en directo de la obra y no de la obtenida al haber sido ésta difundida por radio o televisión.

Por otra parte, la asociación entre la utilización derivada de la obra representada a que aquí nos referimos y las modalidades de los apdos. c) d) y e) no cubre todos los posibles supuestos. La comunicación pública de un fonograma o una grabación audiovisual que lleven incorporada una representación o ejecución en directo de una obra sólo podría quedar incluida en los apartados c) d) y e), cuando fuese una entidad de radiodifusión quien procediese a tal

que el propio legislador español se refiere ahora explícitamente a este supuesto del art. 103 como "utilización secundaria de los fonogramas". Vid. así el Proyecto de Ley de modificación de la Ley 22/1987, de Propiedad Intelectual, publicado recientemente en el Boletín Oficial de la Cortes (BOCG de 1991. Congreso, Serie A, no. 76-1, de 30 de diciembre). También señalábamos (id. loc.cit.) que tal designación procede de la Ley alemana de 1965 y, en concreto, de su Exposición de Motivos (vid. URG "Begr.", zu §21, pág. 261; y zu §76, págs. 306 y s.s.).

comunicación pública del fonograma, por los procedimientos a que se refieren tales apartados, además. Pero no si es, por ejemplo, un empresario de espectáculos, el explotante de un local de hostelería o un particular quien organiza un acto de comunicación pública a partir de tales grabaciones, por procedimientos que no constituyen, además, ni una "emisión" ni una "transmisión" (el ya citado art. 103 alude a una posible utilización del fonograma "en cualquier forma de comunicación pública" y, por tanto, no sólo a su "emisión" o "transmisión").<sup>1112</sup>

De lo expuesto, resulta que, aun pudiendo presumirse que esa posibilidad de explotación o utilización de la obra de carácter secundario o derivado ha querido reservarse también

<sup>1112</sup> Las dificultades de adscripción para esta forma de explotación que aquí ponemos de relieve nos parece que existen asimismo para el Derecho francés, que tampoco ha seguido en este punto al Convenio de Berna, reconociendo el carácter de explotación independiente que hay que asignar a esta forma de comunicación: a pesar de haberse reconocido asimismo en Francia el carácter diferente respecto a la representación en directo de la obra que reviste la audición de discos de la representación realizada en directo (vid. la Sentencia de 1925 de la "Cour d' Appel" de Paris, citada en nuestro epígrafe dedicado a la "reproducción"; vid. también DESBOIS, op. cit., págs. 298; 302; vid. COLOMBET, op. cit., pag. 198 y 206), no hemos encontrado tampoco una localización específica en el texto francés para esta comunicación derivada: el art. 27 (redactado por Ley de 1985) se refiere de una parte, a supuestos de comunicación en directo ("récitation publique, execution lyrique..."), de otra, a "la transmission dans un lieu public de l'oeuvre *télédiffusée*..." (que, por lo mismo que señalamos en texto respecto al art. 20.2. f) de la Ley española no es aplicable a esta otra forma de comunicación pública derivada de una representación); y, por fin, a la "télédiffusion", que como se ha señalado, no coincide tampoco plenamente con la comunicación realizada a partir de un fonograma u otro tipo de grabación: "L'audition de disques et la projection de films peuvent être traités en commun, tandis que la télédiffusion pose des problèmes spécifiques." (vid. COLOMBET, op. cit., pág. 206).

al autor (arg. ex art. 2 y art. 17 LPI: "Corresponde al autor...<la> explotación de su obra *en cualquier forma*..."; y ex art. 20.2. LPI, cuya enumeración tampoco es exhaustiva), no es posible encontrarle acomodo entre las "formas" o actividades de explotación que le han sido reservadas, sin que, en contrapartida, se haya previsto "compensarle" económicamente - a diferencia de lo que sí se hace para el "artista intérprete" en el art. 103 - por ese tipo de utilizaciones.<sup>1113</sup>

---

<sup>1113</sup> Vid. lo relativo al sistema de la "remuneración compensatoria", como alternativa a los "derechos de explotación", en el capítulo primero de esta Cuarta Parte, sección II: LOS "DERECHOS DE EXPLOTACION" Y "OTROS DERECHOS PATRIMONIALES"...

**IV. LA "PROYECCION O EXHIBICION PUBLICA" DE LAS OBRAS CINEMATOGRAFICAS Y DE LAS DEMAS OBRAS AUDIOVISUALES (ART. 20.2. b))**

**1. Su incorporación como actividad protegida**

Al igual que todas las demás modalidades o "actos" de comunicación pública, la "proyección o exhibición pública" de obras audiovisuales - en un principio, sólo de las obras cinematográficas, primeras obras audiovisuales conocidas<sup>1114</sup> - es una forma de utilización de la obra que ha de emanciparse de la "representación pública",<sup>1115</sup> único modo de utilización incorporeal de la obra intelectual contemplado en las leyes y convenios de propiedad intelectual del siglo pasado, en consonancia con el estado de la técnica durante dicha centuria. La Convención de Berna, en la redacción

<sup>1114</sup> En nuestro ordenamiento, sólo de esta clase de obras audiovisuales se había ocupado la Ley 17/66, de 31 de mayo de 1966, sobre derechos de propiedad intelectual en las obras cinematográficas. Vid. su art. 10., segundo párrafo: "El ejercicio de los derechos mencionados en el párrafo anterior <derechos de explotación económica de la obra cinematográfica> incluye la facultad de reproducir la película... así como la de proyectar públicamente dichas copias en las salas destinadas al efecto, sin ninguna restricción ni limitación."

<sup>1115</sup> "La representación constituye una publicación colectiva de la obra, en el sentido de que se desarrolla ante un conjunto de espectadores o de auditores... Estos rasgos característicos permiten igualmente considerar como una representación, la proyección en la pantalla de películas cinematográficas, desde el momento en que esta proyección se desarrolla ante los espectadores." (así, BONET, Francisco, en «Derecho radiofónico», en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio-agosto de 1941, págs. 5 y s.s.; 423 y s.s.; vid. pág. 30).

recibida en las Conferencias de Berlín de 1908<sup>1116</sup> y Roma de 1928<sup>1117</sup>, con mal disimulado recelo, confiere a las obras cinematográficas (art. 14,2 Convenio Berna) la protección que a las obras literarias se concede en cuanto a la representación pública. La "Kunsturheberrechtsgesetz" de 1907, anterior a dichas Conferencias, ya contempla, en cambio, la "Vorführung" o "proyección pública" como procedimiento de comunicación autónomo y específico de ese tipo de obras.

Podemos entonces considerar que, jurídicamente, el origen de esta modalidad de comunicación pública se remonta al §15 Abs. (1) de la KUG,<sup>1118</sup> que, por primera vez, incorpora a un cuerpo legal "das ausschliessliche Recht das Werk gewerbsmassig mittels mechanischer oder optischer Einrichtungen vorzuführen".

<sup>1116</sup> Vid. el Convenio de Berlín de 13 de noviembre de 1908, ratificado por España por Ley de 10. de agosto de 1910 ("Gaceta de Madrid" de 27 de agosto, 9 de septiembre y 9 de octubre de 1910).

<sup>1117</sup> Vid. el Convenio de Roma de 2 de junio de 1928, ratificado por España por Ley de 21 de julio de 1932 ("Gaceta de Madrid" de 5 de agosto de 1932 y 25 de abril de 1933).

<sup>1118</sup> "Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Kunst und der Photographie", de 9 de enero de 1907. Vid. su §15, 1: "Der Urheber hat die ausschliessliche Befugnis, das Werk...mittels mechanischer oder optischer Einrichtungen vorzuführen...".

Vid. al respecto RUNGE, op. cit., págs. 84-85: "Es besagt, dass die Übernahme einer erlaubten Wiedergabe durch Einschaltung eines anderen selbständigen technischen Mittels eine neue andere Art der Verwertung eines Werknutzungsrechts darstellt, die sich gewissermassen in einer zweiten wirtschaftlichen Ebene abspielt..."

## **2. La delimitación de la noción legal de "proyección pública"**

### **2.1. Por las obras a que se aplica. La obra audiovisual (art. 10.1. d); art. 86 LPI)**

En la Ley alemana de 1965 esta manifestación de la comunicación pública se predica no sólo de las obras audiovisuales, sino también de otro tipo de obras, como las obras plásticas, las fotográficas y las ilustraciones de carácter científico o técnico.<sup>1119</sup> En realidad, por inducción a partir del tipo de obras a las que se aplica, lo que en Derecho alemán parece caracterizar a la "Vorführung" como forma de utilización es que se trata de una comunicación o presentación de la obra realizada a través de aparatos o dispositivos (§19 (4): "durch technische Einrichtungen") que proporcionan imágenes planas,<sup>1120</sup> sean estas fijas o móviles.

En nuestro ordenamiento, la "proyección o exhibición pública" se está predicando en el art. 20.2. a)

---

<sup>1119</sup> Vid. §9 (4), en su referencia a las fotografías ("Lichtbildwerke") y las representaciones de carácter científico o técnico ("Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art")... La "Begründung" se refiere a la proyección o exhibición pública de tales representaciones mediante diapositivas: vid. "Begr.", zu §15, pág. 261.

<sup>1120</sup> "...handelt es sich um eine Vorführung, sofern in Wirklichkeit eine Darstellung auf der Fläche vorliegt." (HUBMANN, Heinrich, *Urheber- und Verlagsrecht*, München 1987 <6. Auflage>, pág. 153.

exclusivamente de obras audiovisuales<sup>1121</sup> y ello obliga a interpretar la noción en sentido más restrictivo.

En primer lugar, enseguida se impone, por no haberse mencionado como susceptibles de "proyección" otro tipo de obras, que, para que haya "proyección o exhibición pública",

<sup>1121</sup> Las "obras audiovisuales" constituyen un género (art. 10.1. d)) que en la Ley se bifurca en dos grandes especies, en función de los "soportes materiales" (art. 86.1; vid. th. art. 146.2. c): "soporte audiovisual") de dichas obras: las "obras cinematográficas" (art. 10.1. d; art. 88.1.,2), que son las incorporadas a un soporte plástico - la película - , únicas reguladas hasta ahora en nuestro ordenamiento por una disposición con rango de Ley (la ya citada Ley de cine de 1966); y las obras videográficas o de soporte magnético, el videograma: "A diferencia de la película cinematográfica usual, en el "video" no actúa como depósito de las imágenes un soporte plástico que las recoja y en el cual queden fijadas (mediante revelado) visiblemente, sino la referida banda magnética, que puede percibir las imágenes a través de un aparato receptor y grabador que capta y traslada a ella las invisibles señales de imagen y sonido procedente de cualquier fuente, como las de una estación de T.V. o una cinta ya grabada." (así LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos...*, III, vol. 10., 3a. parte, pág. 32). Vid. asimismo la STS <Sala 3a.> de 7 de febrero de 1987, Cdo. 20., que expone con cierto detenimiento en qué consiste el "video".

La Ley de 1987 no designa a las obras videográficas con tal denominación, sino que suele referirse a ellas como "las demás obras audiovisuales" (art. 10.1. d)). El Real Decreto de 22 de abril de 1988 (vid. referencia completa en el epígrafe siguiente) las denomina "obras audiovisuales recogidas en soporte videográfico".). Sobre obras de carácter videográfico vid. la bibliografía que facilita RIVERO HERNANDEZ en los *Comentarios...* cit., pág. 350, nota 4; y también GETE-ALONSO Y CALERA, Ma. del Carmen, id. *Comentarios...*, comentario del art. 43 LPI, pags. 659 y s.s. Básicamente, la Ley de 1987 aplica un régimen unitario a la categoría de las obras audiovisuales, con la sola excepción del art. 88.1., 2 aplicable únicamente a las obras cinematográficas (el precepto limita sólo para ellas el alcance de la cesión operada en virtud del contrato de producción; vid. su discusión en Diario de Sesiones del Congreso. Comisiones, no. 131, de 13 de mayo de 1987, pags. 4940-4941).

las imágenes proyectadas sólo podrán ser móviles.<sup>1122</sup> Dentro del Título VI, consagrado específicamente a las "obras audiovisuales", el art. 86.1, mediante la referencia a "imágenes asociadas", induce a pensar que en la Ley de 1987 la expresión "proyección pública" queda ceñida a la comunicación pública de "secuencias de imágenes" (arg. ex art. 112), móviles, además, porque eso es lo que caracteriza precisamente a las obras cinematográficas u obras audiovisuales paradigmáticas: la cinética o movimiento de imágenes. Resultaría entonces que la exhibición, aun la realizada mediante aparatos de proyección, de obras que no admiten tal movimiento de imágenes (como las *fotografías*,<sup>1123</sup> que el legislador de 1987 ha querido, además, separar de las obras audiovisuales: comp. art. 10.1. d) y 10.1. h); vid. también art. 114), entre nosotros constituiría antes "exposición pública" que "proyección o exhibición", lo cual quedaría confirmado, si no por el art. 20.2. g) - sede específica del "acto" de "exposición", que tampoco menciona las obras fotográficas -, sí por el art. 56.2., que se refiere a la "exposición pública" de una "obra fotográfica".

<sup>1122</sup> Lo cual no coincide con lo que constituye uno de nuestros propios precedentes, el Proyecto de 1934 elaborado durante la II República para la reforma de la Ley de 1879; en su art. 4o. incluye dicho texto, dentro del más amplio concepto de "representación" (equivalente entonces a lo que en la Ley de 1987 es la "comunicación pública") "la proyección fija o cinematográfica".

<sup>1123</sup> Lo que para ellas mantenemos es también aplicable a las representaciones de carácter técnico y científico a que se refiere el art. 10.1. f) y g)).

Si la "proyección pública" sólo puede predicarse de las "obras audiovisuales", se impondrá también la conclusión de que estamos ante una modalidad de utilización exclusiva de obras creadas al efecto, puesto que el art. 86.1 define a las "obras audiovisuales" como "las creaciones expresadas mediante una serie de imágenes asociadas, *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...*". Si la "proyección" se refiere sólo a obras audiovisuales y éstas son sólo las "destinadas esencialmente" o creadas específicamente para esa modalidad de comunicación pública,<sup>1124</sup> resultará que tampoco la proyección de las obras filmadas "a posteriori" (arg. ex arts. 146.2. c) y d)), pero

<sup>1124</sup> En un artículo reciente, se destaca como una de las notas características definitorias de las obras audiovisuales: "...El tener un destino esencial de comunicación pública, a través de aparatos de proyección o de cualquier otro medio idóneo para tal fin..." (vid. así LAZARO SANCHEZ, Emilio Jesús, «La obra audiovisual: titularidad en su explotación videográfica.», en *La Ley*, de 17 de enero de 1992, no. 2919, págs. 1-9). Ese dato del "destino esencial" sirve asimismo, a nuestro modo de ver, para negar - cuando menos en el sentido riguroso de la definición de tal categoría en el art. 86 - el carácter de "obra audiovisual" a las llamadas "obras radiofónicas" (art. 94) u obras creadas y destinadas esencialmente a la comunicación pública a través de la radiodifusión (arts. 92.2.,2; 94), tesis que confirmaría el propio art. 94, que se ve obligado a afirmar que "Las disposiciones contenidas en el presente Título <"De las...obras audiovisuales"> serán de aplicación, en lo pertinente, a las obras radiofónicas", precisión innecesaria de tratarse de verdaderas obras audiovisuales. Sin embargo, el otro precepto relativo a tales obras, el art. 92.2.,2, las designa incidentalmente como "obras audiovisuales" y es ello quizá lo que determina que otros autores españoles sí las consideren una "clase de obras audiovisuales" (así, el propio LAZARO SANCHEZ loc. cit., pág. 3; y PEREZ DE CASTRO, Nazareth, comentario del Título VI, Libro I, de la LPI, en los *Comentarios...* cit., coordinados por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, págs. 1185-1316; vid. pág. 1202).

que no han sido creadas como "obras audiovisuales",<sup>1125</sup> sino que han tenido una existencia previa como creaciones de cualquier otra clase (pensemos en una obra teatral filmada durante su representación)<sup>1126</sup> constituye en rigor la actividad de "proyección o exhibición pública" en que está pensando el art. 20.2. b).

Y no es óbice a esta segunda precisión el particular supuesto de las "obras preexistentes" filmadas para ser utilizadas o incorporadas a una obra audiovisual, hayan sido o no transformadas para ello (arts. 89.1.; 90.1.; art. 90.2.). Lo "proyectado" o exhibido entonces es la "obra audiovisual", que es un objeto de derecho distinto de la obra en ella utilizada: la obra resultante (en este caso, la obra audiovisual: vid. art. 89) de la transformación (art. 21) o incorporación (art. 9.1) de una obra preexistente es una "obra diferente".<sup>1127</sup> Y, por si fuera poco, la propia dicción literal del art. 90.2. claramente demuestra que, en definitiva, lo que es objeto de "proyección o exhibición

<sup>1125</sup> En base a esta misma distinción, pretenden COCA y MUNAR marcar distancias entre la "obra audiovisual" y la simple "grabación audiovisual" a que se refiere el art. 112. Vid. asimismo a este respecto, PEREZ DE CASTRO, pág. 1196; pág. 1200.

<sup>1126</sup> A este respecto, resulta sugerente la distinción que existe en lengua alemana entre los sustantivos "Filmung" y "Verfilmung".

<sup>1127</sup> Vid. las consideraciones que sobre la necesaria independencia de derechos, partiendo de la separación de objetos, realiza José GASCON Y MARIN en su artículo «La propiedad intelectual y la adaptación de obras literarias o musicales por el cine sonoro» en la *Revista de Derecho Publico*, 1933, no. 15, págs. 65 y s.s.

pública" es la obra audiovisual: art. 90.2.: "cuando la obra audiovisual sea proyectada en lugares públicos mediante el pago de un precio de entrada..."<sup>1120</sup>

## **2.2. Por el lugar de la actividad**

En función del lugar de realización de la actividad, la noción de "proyección o exhibición pública" experimenta, a la entrada en vigor de la LPI de 1987, una considerable ampliación, respecto a como parece que había sido hasta ahora concebida en el ordenamiento jurídico español: la ya citada Ley de 1966 relativa a obras cinematográficas se refería en su art. 10., segundo párrafo, a la "proyección pública <de copias de la película> en salas destinadas al efecto", modalidad de proyección a la que sigue refiriéndose la Ley vigente en el art. 90.2., en su primer y tercer párrafo: "salas públicas o lugares de proyección" que perciban "un precio de entrada" por tal exhibición.

Sin embargo, el art. 90.3. se refiere asimismo a la "proyección, exhibición...sin exigir pago de un precio de

<sup>1120</sup> No nos dejemos desconcertar tampoco por el art. 90.2., que incluye a los autores de las obras preexistentes en la retribución devengada por la proyección de la obra audiovisual. No puede servir tal precepto para desmentir la necesaria separación entre obra transformada o preexistente y obra resultante de la transformación o incorporación de una obra ajena, la obra audiovisual, en este caso. Se trata simplemente de que el segundo objeto, la obra audiovisual, actúa como base de cálculo (art. 46.1.; arg. ex art. 46.2. d), prescindiendo del tipo de retribución y sólo en su referencia a "obra utilizada e integrada" en otra creación intelectual) para retribuir al autor de la obra incorporada o transformada, por haber consentido tal utilización de su obra (art. 90.1.).

Sobre esta cuestión, vid. más adelante el capítulo consagrado al "DERECHO DE TRANSFORMACION".

entrada". Mas adelante, el art. 145.2. se refiere conjuntamente a esas dos modalidades de proyección. Lo que de este modo hace el legislador de 1987 es considerar asimismo una vertiente en la utilización de las obras audiovisuales, cada día más extendida, que es la proyección de las mismas, ya no en lo que habitualmente se conoce como "cines", es decir, en locales específica y profesionalmente dedicados a la "exhibición" de obras cinematográficas, sino la que se realiza en establecimientos públicos que, sin desempeñar como "servicio principal" tal actividad, la realizan en conexión o con motivo del servicio que si les corresponde propiamente ofrecer (p. ej., hosteleria o transporte).<sup>1129</sup>

La trascendencia económica y, sobre todo, el caracter masivo e incontrolado<sup>1130</sup> de este nuevo tipo de utilización<sup>1131</sup> ha

<sup>1129</sup> Vid. la ya transcrita (supra capítulo primero, sección II) justificación de la Enmienda 370 presentada al Congreso por el Grupo parlamentario de Minoria catalana: "La redacción del art. 89.3. <actual 90.3.> puede dar lugar a un grave equivoco en cuanto que habla de proyección en un lugar publico sin exigir pago de un precio de entrada. Actualmente existe una gran variedad de locales publicos (bares, cafeterías, hoteles, autobuses...) en los que se ofrecen películas sin pago de entrada. Ahora bien, estas proyecciones tienen la consideración de clandestinas o piratas pues no están amparadas por la autorización del copyright. Para evitar que el párrafo pueda ser interpretado como una aceptación tacita de tales actividades, procedería especificar que la misma se limita a "proyecciones debidamente autorizadas." (Vid. Enmiendas al articulado del Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual, BOCG. Congreso, de 11 de febrero de 1987, Serie A, n.º. 14-6, pág. 136).

<sup>1130</sup> Vid. supra capítulo primero, sección II, lo expuesto en relación a los "Otros derechos patrimoniales".

determinado que, casi inmediatamente después de la entrada en vigor de la Ley de Propiedad Intelectual, haya sido necesario promulgar una disposición de rango inferior, el Real Decreto 488/1988, de 22 de abril, para "completar las vigentes normas de la exhibición cinematográfica, regulando estos nuevos sistemas y adaptándolos a la nueva legislación de derechos de autor".<sup>1132</sup> El art. 10., apdo. a) de tal disposición declara sujetas en todo caso a su aplicación a "Las Empresas de servicios que, independientemente o no del servicio principal que prestan a sus usuarios, difunden o contratan la difusión de películas cinematográficas y otras obras audiovisuales contenidas en soportes videográfico, tales como las Empresas Turísticas y los titulares de Centros y vehículos de transporte terrestre, aéreo y marítimo."

Quedan, en cambio, excluidas del ámbito de aplicación del Real Decreto (art. 1.4. Real Decreto) las salas de exhibición, lo cual contribuye a delimitar las dos vertientes - en "salas de exhibición" y en establecimientos distintos de éstas - que, en función del lugar de

---

<sup>1131</sup> "...esa difusión casi ilimitada...al margen de cualquier control muchas veces, ha subvertido las bases sobre las que se levantaba el derecho de explotación concedido al autor (así RIVERO HERNANDEZ loc. cit., pág. 341; vid. otras alusiones del mismo autor al carácter masivo e incontrolado que caracteriza actualmente las utilizaciones de la obra intelectual en págs. 340 último; 351 y 388).

<sup>1132</sup> Vid. el Preámbulo del citado Real Decreto 448/1988, de 22 de abril, por el que se regula la difusión de películas cinematográficas y otras obras audiovisuales recogidas en soporte videográfico.

realización, admite la actividad de "proyección pública de obras audiovisuales" a que, sin más precisiones, se refiere el art. 20.2. b).<sup>1133</sup>

---

<sup>1133</sup> El legislador asigna efectos jurídicos diversos a una y otra modalidad de "proyección o exhibición pública", como son diferentes conceptos remuneratorios para el titular del derecho de propiedad intelectual (art. 90.2. y 90.3.). Sobre el primero de tales conceptos, versa el artículo de Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, «El derecho de remuneración del artículo 90.2. de la Ley de Propiedad Intelectual y su irrenunciabilidad» en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Murcia 1989, págs. 80 y s.s. Sobre el art. 90.3., que incluimos entre los supuestos de "remuneración compensatoria" por utilizaciones masivas de la obra, vid. supra, capítulo primero, sección II.