

**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**

## V. LA "DIPOSICION PUBLICA DE OBRAS DE ARTE O SUS REPRODUCCIONES" (art. 20.2. g))

El análisis de esta actividad desata una de las cuestiones más vidriosas y, a la vez, capitales de la institución de la propiedad intelectual, como es la de las relaciones o "tensión"<sup>1134</sup> (art. 56, 1 y 2) entre el derecho que recae sobre un objeto inmaterial, la creación intelectual, y el objeto o cosa corporal que sirve de soporte a ese producto del ingenio humano (art. 3,10.). Este segundo análisis nos parece que desborda nuestro cometido concreto en este momento, de examen de las actividades materiales que constituyen el contenido de los "derechos de explotación". El estudio exhaustivo de tal cuestión rebasa asimismo la vertiente patrimonial de la propiedad intelectual: exige una llamada a determinados aspectos del "derecho moral" de autor y, en concreto, al interés extrapatrimonial de tal sujeto en la subsistencia de la integridad de su obra (14,40.).<sup>1135</sup> Por todo ello, debería reservarse el análisis de esos

---

<sup>1134</sup> A "La tensión entre el derecho de propiedad sobre el bien inmaterial, que ha adquirido el comprador y el derecho de propiedad inmaterial que pertenece al autor..." se refiere PEREZ DE CASTRO, Nazareth, «El derecho de propiedad sobre obras de arte y el derecho del autor al respeto de la obra», en *Actualidad civil*, no. 4, semana de 19/25 de enero de 1987, tomo 1987 I, págs. 217 y s.s.; vid. págs. 226-227.

<sup>1135</sup> "Hierin liegt ein interessanter konkreter Anwendungsfall des Rechts auf Werkintegrität gem. Art. 14 Nr. 4 spanisches Urheberrechtsgesetz, der zeigt, dass eine Werkbeeinträchtigung auch erfolgen kann, ohne dass die materielle Integrität eines Kunstwerks notwendigerweise tangiert wird, so etwa durch die blossen ausseren Umstände einer Ausstellung." (asi, DIETZ, *Das Urheberrecht in Spanien...* cit., pág. 166). Vid. análoga opinión en FROMM/NORDEMANN, op. cit., pág. 125.

aspectos a un estudio de conjunto del contenido del derecho de propiedad intelectual. Vamos a limitarnos entonces sólo a las referencias a tales cuestiones que la actividad de "exposición pública" haga ineludibles.

### **1. El origen de la actual regulación**

Desde el punto de vista de la regulación legal de esta concreta manifestación del derecho de autor, nos encontramos con que la Ley de 1987 ha seguido una doble vía: de una parte, se inspira en antecedentes propios, a la hora de reconocer o declarar el "derecho": la "exposición pública de obras de arte" (art. 20.2., g)) es una manifestación concreta del "derecho exclusivo a la explotación de la obra" que se atribuye al autor (art. 2) - aunque sólo como "acto" singular de "comunicación pública" y no como una de las "formas" principales de explotación del art. 17 -<sup>1136</sup>. Pero,

<sup>1136</sup> En Francia, el "derecho de exposición pública" no es objeto de mención explícita: si bien la Asamblea Nacional consideraba necesario su expreso reconocimiento para mayor protección de los artistas plásticos y gráficos, durante la discusión de la Ley de reforma de 1985 prevaleció el criterio del Senado, coincidente con el del propio Proyecto del Gobierno, para quienes bastaba entender subsumida dicha manifestación en la fórmula general "representation" (vid. los debates del texto de 1985 en la *Revue internationale du Droit d'Auteur* <RIDA> 1986, págs. 167 y s.s.; vid. pág.283). En Alemania, el "derecho de exposición" de obras plásticas sí es objeto de un reconocimiento expreso, pero recibe un tratamiento bien distinto al que le dispensa nuestra Ley: el "derecho de exposición pública" o "Ausstellungsrecht" se reconoce en la Ley de 1965 sólo sobre obras aun no divulgadas (vid. §18 UhrG: "Ausstellungsrecht...eines unveroffentlichten Werkes").

Se ha señalado, por ello, con razón, que en Derecho alemán no constituye el "Ausstellungsrecht" una forma de explotación de la obra, sino más bien protección del interés "moral" o extrapatrimonial del autor en decidir sobre la "divulgación" o primera puesta a disposición de su obra al público. Una vez divulgada la obra y si además ha enajenado la propiedad - material - del soporte de la obra, no se reconoce al autor de obras plásticas el derecho a autorizar

por otra parte, en cuanto a la efectividad de tal "derecho", una vez más, ha optado el legislador español por la importación de una fórmula del Derecho alemán: nuestro art. 56 no es sino traducción de un precepto, el §44, de la UhrG de 1965.

La incorporación del "derecho de exposición pública" al contenido de la propiedad intelectual se remonta a nuestra Ley de 1879<sup>1137</sup> y es uno de los aspectos en que ésta merece ser alabada por su modernidad; a tenor de su art. 90.,<sup>1138</sup>

o prohibir la exposición de las mismas ni tampoco a ser retribuido si aquella se realiza. Vid. ULMER, op. cit., pags. 241-242: "Dogmatisch gesehen bleibt daher das Ausstellungsrecht auf den persönlichkeitsrechtlichen Kern des Urheberrechts beschränkt...Wie schwach diesbezüglich die Rechtsposition des Urhebers ist, zeigt sich unter anderem darin, dass das Ausstellungsrecht des Urhebers bereits mit der ersten Ausstellung erlischt...Eine stärkere Rechtsposition steht ihm nur zu, wenn er sich auf...das Eigentum am Originalwerk berufen kann. Solange er noch Eigentümer des Originals ist, kann er Anderen die Herausgabe zum Zweck der Ausstellung verweigern..."

<sup>1137</sup> La anterior Ley de 1847 no mencionaba explícitamente tal "derecho". Pero, ya señalamos en su momento, que en cuanto a la obra de arte, no existía en dicho texto una nítida separación entre el derecho sobre la obra en sí y el derecho sobre su soporte: "...con la venta del cuadro cesó todo su derecho, y el dueño del cuadro le sustituye para los efectos de la ley, como propietario que es del mismo." (Vid. la intervención de RÍOS ROSAS en el Congreso durante la discusión de la Ley de 1847, discusión que ya transcribimos y comentamos en su momento; vid. asimismo la opinión de VICENTE Y CARAVANTES, principal comentarista de ese texto legal, loc. cit., pág. 352). Es decir, el autor o el dueño de una obra de arte sólo podía retener el "derecho de propiedad literaria" sobre la misma - que era básicamente un derecho a reproducirla o multiplicarla (art. 10. Ley de 1847) - en tanto conservase la propiedad del original.

<sup>1138</sup> El precepto, que no figuraba en el Proyecto salido del Congreso, y que - como otros tantos aspectos innovadores del texto de 1879 - fue incorporado por la Comisión dictaminadora del Senado, representa el acatamiento de una de las conclusiones del Congreso internacional de la

"La enajenación de una obra de arte, salvo pacto en contrario, no lleva consigo la enajenación del derecho de reproducción, ni del de exposición pública de la misma obra, los cuales permanecen reservados al autor o su derecho-habiente." El merito de esta disposición radica, ante todo, en su intento de evitar la absorción del derecho de propiedad intelectual en el de propiedad ordinaria,<sup>1139</sup> sancionando, además, la sumisión del primero al segundo.<sup>1140</sup>

propiedad literaria celebrado en París en 1878 (se trata de la Conclusión 2a. del Tema IV: "La cesión de una obra de arte no implica la del derecho de reproducción". Vid. "ASSOCIATION LITTERAIRE ET ARTISTIQUE INTERNATIONALE. SON HISTOIRE - SES TRAVAUX. Paris 1889"). La Ley española de 1879 fue el primer texto legal europeo que acató dicha resolución del Congreso de París (si prescindimos de la "Reichsgesetz" alemana de 1876, que, aun siendo anterior a dicho Congreso, incorporaba una declaración parecida). En Francia, sólo más tarde, en virtud de una Ley de 1910 ("Loi du 9 avril 1910 relative à la protection du droit des auteurs en matière de reproduction des oeuvres d'art"), se decide el legislador a dar acogida a tal principio (vid. al respecto PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Traite pratique de Droit civil français*, Paris 1952 <2a. edición>, tomo III, pag. 576); y también COLOMBET, op. cit., pag. 528).

<sup>1139</sup> "Es importante consignar, respecto al mismo artículo <art. 9 Ley 1879>, la particularidad de que con él nuestra legislación reserva también al autor o a su derechohabiente el "derecho de exposición" pública de la obra de arte, si no ha sido expresamente enajenado también, o renunciado... En su virtud, el comprador de una obra de arte no puede exponerla públicamente sin la debida autorización o el título de adquisición de este Derecho, que se lo permitan; en cambio, el autor de la obra de arte que no lo haya cedido al comprador puede compelir a éste para que facilite la obra para la exhibición pública de la misma." (Vid. MOLAS VALVERDE, J., *Propiedad intelectual...* cit., pag. 53.

<sup>1140</sup> Pero sólo a este respecto, es decir, sólo en cuanto a la prohibición al titular de la propiedad material de reproducir y exponer la obra. No es lícito a partir de la disposición del art. 9 mantener - como se ha hecho en ocasiones (vid. BAYLOS CORROZA, *Tratado...* cit., pag. 213; BONDIA ROMAN, op. cit., pag. 30) - que la propiedad intelectual, con carácter general, pudiera operar en el régimen de 1879 como límite del dominio. Vid., además, PEREZ

Pero es precisamente en este último punto - como enseguida se verá - donde la actual regulación de 1987 no guarda estricta fidelidad a los propios antecedentes<sup>1141</sup> (vid. el art. 56,2 Ley 1987).

## **2. La actividad de "exposición pública" (art. 20.2. e); art. 56.2)**

Desde el punto de vista sistemático, la "exposición pública de obras de arte" es uno de los particulares "actos" de "comunicación pública" o explotación de la obra en forma

DE CASTRO («El derecho de propiedad...» cit., pags. 231-233), quien se planteaba la posibilidad de construir en el régimen anterior una suerte de "servidumbre legal", con el contenido de una obligación de custodia, que gravase al propietario del "corpus mechanicum" de la obra. Baste recordar que, incluso en las postrimerias de dicho régimen, la famosa S.T.S. de 21 de junio de 1965 obligó al escultor Pablo SERRANO a soportar el desmantelamiento de su obra llevado a cabo por la empresa propietaria de la misma (tuvimos ocasión de referirnos a ella al examinar el anterior régimen de la propiedad intelectual; vid. supra Tercera Parte, capítulo sexto). En dicha decisión, se basaba el Tribunal Supremo precisamente en la libertad absoluta del propietario del objeto material, soporte de la escultura, de proceder a su antojo sobre dicho objeto. Es más, hay quien sostiene incluso que ni siquiera en el régimen actual de la propiedad intelectual pergeñado por la Ley de 1987, existe, al amparo del art. 14,4o. de la Ley, tal obligación legal de custodia: "En todo caso, y dejando a un lado los bienes especialmente protegidos por la Ley del Patrimonio Histórico Español, no parece que haya que deducir del derecho del autor al respeto de la obra la existencia de una obligación de guarda y conservación de ésta a cargo del propietario." (así, CAFFARENA LAPORTA, Jorge, comentario del art. 14, apdo. 4o., en los *Comentarios...* cit., coordinados por Rodrigo Bercovitz, pags. 265 y s.s.; vid. pag. 284).

<sup>1141</sup> Tampoco respecto al Proyecto de reforma de la Ley de propiedad intelectual de 1934: éste, además de referirse a la "exposición" en el art. 4 como "modalidad" de la propiedad intelectual (art. 4: "El derecho de "Representación" se refiere, no sólo a la representación teatral, sino a toda presentación pública, como la exposición..."), incorpora en su art. 45,1 una disposición idéntica a la del art. 9 de la Ley de 1879.

incorporal. Tal adscripción es, a nuestro modo de ver, la correcta. Y lo destacamos, porque, en cambio, en la Ley alemana de 1965 - que constituye el modelo organizativo de las actividades de explotación a que se ajusta, por lo general, nuestro texto legal - se alinea tal manifestación entre las "formas" de explotación corporal (vid. §15 (1) UhrG).<sup>1142</sup>

La catalogación, en cambio, en la Ley de 1987 de la "exposición pública" como modalidad de la "comunicación pública" parece mas ajustada a la naturaleza de la actividad. Es cierto que tal utilización de la obra se

---

<sup>1142</sup> La adscripción del "Ausstellungsrecht" a la explotación corporal plantea a la doctrina germánica problemas de delimitación entre la "exposición pública" y la "distribución" - - en la Ley austriaca, el "Ausstellungsrecht" forma parte incluso del "Verbreitungsrecht" o "derecho de distribución" (vid. su §16 (2)\* - , que se solventan, por lo general, asignando distintas finalidades a una y otra actividad. Se dice que la "distribución" se realiza siempre con fines comerciales y que la "exposición pública", en cambio, puede no tenerlos. Sin embargo, tal criterio se revela insuficiente, porque los propios autores que recurren a él reconocen que no existe delimitación posible cuando la "exposición" sí se realiza con tales fines: "Veranstaltet dagegen ein Kunsthandler eine Ausstellung, so tut er dies in der Regel mit dem Ziel des Verkaufs der ausgestellten Werke und muss sich daher vom Urheber ein Nutzungsrecht sowohl nach §17 <Verbreitungsrecht> als auch nach §18 <Ausstellungsrecht> einräumen lassen..." (asi, FROMM/NORDEMANN, op. cit., pág. 133). Vid. además DIETZ, *Das Urheberrecht...*, pág. 165; STROMHOLM, *Le droit de mise en circulation...*, pág. 282.

\* Vid. §16 (2) Ley austriaca de 9 de abril de 1936 ("Bundesgesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte"): "Solange ein Werk nicht veröffentlicht ist, umfasst das Verbreitungsrecht auch das ausschliessliche Recht, das Werk durch öffentliches Anschlagen, Auflegen, Aushängen, Ausstellen oder durch eine ähnliche Verwendung von Werkstücken der Öffentlichkeit zugänglich zu machen."

realiza tomando como instrumento un objeto físico, el "original" o "reproducción" de la obra que se expone (art. 20.2. g)). Y, sin embargo, aun así cabe mantener el carácter incorporeal de la utilización: lo que caracteriza a las formas de explotación corporal es "la puesta a disposición" de cada uno de los destinatarios (art. 20.1., 1: "...distribución a cada uno de ellos"; id. art. 4, segunda parte; art. 19) de dichas representaciones materiales de la obra. En cambio, en la "exposición pública" el objeto o instrumento que permite el acceso del público a la obra queda en poder del sujeto activo de la comunicación.

Desde el punto de vista objetivo, el art. 20.2. g), sede específica de ese "acto" de comunicación pública, resulta impreciso: predica tal utilización de las "obras de arte", expresión que no coincide con ninguna de las empleadas en el art. 10 de la Ley para designar a las distintas clases de obras. "Obras de arte" son, desde luego, "las obras plásticas" a que se refiere el art. 10.1. e), 1ª. parte, y, en realidad, que es este tipo de obras de las que quiere predicarse sustancialmente la "exposición pública" quedaría confirmado más adelante por el ya citado art. 56.2.

Este último precepto amplía asimismo tal posibilidad de utilización a las "obras fotográficas", contempladas en el art. 10.1. h). Cabe considerar que también pueden ser, además, objeto de "exposición pública" las representaciones y diseños de índole científica o técnica (art. 10.1., f) y g)) - sobre todo, si, como dijimos en el lugar



correspondiente, no puede predicarse de ellas la noción legal de "proyección o exhibición pública" (art. 20.2. b)) - .<sup>1143</sup> Y, en general, es concebible la "exposición pública" de obras distintas de las "obras plásticas" - que son las que mejor encajan en lo que suele entenderse por "obras de arte" -, en todos aquellos casos en que el propio soporte material de la obra reviste en sí mismo cierto interés (p. ej. manuscritos originales de obras literarias o partituras también originales de obras musicales).<sup>1144</sup>

Con carácter programático, el "derecho de exposición pública" es, pues, una de las modalidades de utilización de la obra que la Ley de 1987 quiere reservar al titular de la propiedad intelectual. El problema es que, como se desprende de cuanto acabamos de decir, esta forma de utilización está pensada sustancialmente para obras donde la siempre difícil separación entre la creación intelectual y su soporte físico - como "corpus mysticum" y "corpus mechanicum" suele designarlos la doctrina especializada -, así como entre los derechos que recaen sobre cada uno de esos distintos objetos de derecho (art. 3.3o.; 56.1 Ley 1987) ofrece, si cabe,

---

<sup>1143</sup> Vid. ULMER, op. cit., pág. 244: "Beispielsweise können Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art, geographische Karten, Zeichnungen von Maschinen und technischen Geraten, Wappenzeichnungen unter andere, in den Schaufenstern von Ladengeschäften, in Reisebüros, technischen Museen und dergleichen zur Schau gestellt werden."

<sup>1144</sup> "...wenn die Besonderheit der gezeigten Werkstücke darin liegt, dass es sich um die Originale von Werken, insbesondere um Originalhandschriften von Schriftstellern und Komponisten." (id. ULMER, op. cit., pág. 244).

superiores dificultades,<sup>1145</sup> a tal punto están este tipo de obras compenetradas con su exteriorización material.

Ello exige siempre del legislador una determinada toma de posición y es aquí donde decíamos que el legislador de 1987 ha roto con sus precedentes.<sup>1146</sup> El a.t. 56,2 convierte en inviable el "derecho de exposición pública" que previamente se ha querido incluir en el contenido de los "derechos de explotación" del autor de una obra plástica o fotográfica

<sup>1145</sup> "Así, en la obra de arte plástico no multiplicable, falta la separación, típica de la obra literaria entre el arquetipo, objeto del derecho de autor, y la cosa corporal, objeto del derecho de propiedad; en el cuadro o la escultura la obra se incorpora a la cosa indisolublemente, y el derecho de propiedad ordinaria sobre el original, que puede pertenecer al adquirente, absorbe el valor pecuniario del arquetipo al menos en una medida amplia." (vid. LACRUZ BERDEJO, *Elementos...* cit., III, vol. 1o., 3a. parte, pág. 27). Vid. ASCARELLI, Tullio, *Teoría de la concurrencia y los bienes inmateriales...*, págs. 264 y s.s.; 677 y s.s., que es el autor a quien sigue LACRUZ en este punto.

<sup>1146</sup> Lo pusieron de relieve durante la discusión de la Ley de 1987 distintos Grupos parlamentarios, como el de Izquierda Unida y Minoría catalana. Vid. la intervención del Portavoz del primero de dichos Grupos ante la Comisión del Congreso (Diario de Sesiones del Congreso de 1987. Comisiones, no. 128, de 12 de mayo, págs. 4859-4860). Por su parte, Minoría Catalana presentó distintas enmiendas al art. 56,2, tanto en el Congreso (Enmiendas nos. 348, 349, 350) como en el Senado (Enmiendas 125 y 126); vid. p. ej. su justificación de la Enmienda 350 en el Congreso (reproducida como Enmienda 125 en el Senado): "La antigua Ley de 10 de enero de 1879, en su artículo 9 reconoce el derecho inalienable <era alienable, pero por separado!> de autorizar la exposición pública al autor de la obra plástica. Otorgar este derecho al propietario del original es un notable retroceso." La mayor parte de las Enmiendas de este Grupo, tanto en esta como en otras cuestiones, se formulan tomando como base un estudio, en forma de "Anteproyecto de Ley reguladora del Derecho de autor y derechos conexos", elaborado en 1985, por la Sección de Derechos de Autor de la Comisión de Cultura del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona. La solución que adopta dicho documento en esta materia es también la del art. 9 de la Ley de 1879 (vid. el art. 49 de dicho texto).

(art. 20.2. g)) en relación con el art. 17). O, cuando menos, puede decirse que lo deja reducido a la mínima expresión. Sólo disfruta el autor - o quien sea titular de la propiedad intelectual - ese "derecho" en forma incondicionada - o, lo que es lo mismo, en los términos absolutos del art. 17 de la Ley de 1987 - mientras siga siendo propietario del original de su obra, porque - partiendo de la premisa contraria a la de la Ley de 1879 - la "enajenación del original" traslada al adquirente del mismo el "derecho de exposición pública" sobre la obra, a pesar de ser esta un objeto distinto de aquél.<sup>1147</sup>

El art. 56,2 constituye, por tanto, una excepción al art. 3,10. y al art. 56,1 de la Ley en el caso concreto de la obra plástica.

Ya hemos señalado que el art. 56,2, constituye una solución importada, en concreto, del §44 de la Ley alemana de 1965.<sup>1148</sup> Al margen de lo censurable que pueda resultar el

<sup>1147</sup> Desde luego, se confiere al autor la posibilidad de excluir ese efecto legal de la cesión "ipso iure" del "derecho de exposición pública", pero, aparte de que tal posibilidad aparece configurada como carga - carga de efectuar una declaración expresa en el "acto de enajenación" -, supuesta esa expresa exclusión, se plantea la dificultad adicional de decidir en cuanto al efecto real o meramente personal (es decir, con eficacia sólo frente a la parte contractual del autor) de dicha declaración. Es de suponer que, si ha llegado a plantearse, se inclina el legislador por el efecto real de dicha exclusión expresa.

<sup>1148</sup> Vid. §44 UhrG 1965: "Veräussert der Urheber das Original des Werkes, so raumt er damit im Zweifel dem Erwerber ein Nutzungsrecht nicht ein."  
"Der Eigentümer des Originals eines Werkes der bildenden Kunst oder eines Lichtbildwerkes ist berechtigt, das Werk öffentlich auszustellen, auch wenn es noch nicht

precepto del 56,2 desde el punto de vista de la protección al autor, queremos destacar que, al trasladar sin más, tal solución, no se ha valorado quizá convenientemente el contexto en que la misma ha sido formulada. Ya se ha indicado<sup>1149</sup> que, en Derecho alemán, el "Austellungsrecht" o "derecho de exposición pública" es, antes que contenido de un derecho patrimonial, una forma particular, referida a las obras plásticas, de ejercicio del "derecho de divulgación",<sup>1150</sup> ya que sólo se reconoce el "Austellungsrecht" sobre las obras aun no divulgadas.<sup>1151</sup>

Cuando el legislador español pretende aplicar, via 56,2, la misma solución, está quitando al autor o titular de la propiedad intelectual mucho más que el §44, porque también

veröffentlicht ist, es sei denn, dass der Urheber dies bei der Verausserung des Originals ausdrücklich ausgeschlossen hat."

<sup>1149</sup> Vid. nota

<sup>1150</sup> El "derecho de divulgación" es, tanto en la Ley alemana (§12 UrhG), como en la nuestra (art. 14,10. y 20.) uno de los llamados "Urheberpersönlichkeitsrechte" o "derechos morales".

<sup>1151</sup> El legislador alemán de 1965 ha venido a considerar que, al enajenar su obra, el autor está, en cierto modo, si no divulgándola - en el sentido de hacerla accesible por primera vez al público (§6 UrhG) - si, cuando menos, despegándola de su esfera personal y por ello, carece de sentido seguir manteniéndole a partir de entonces en el "derecho de exposición": "Veraussetzt ein Maler oder Bildhauer das Original seines Werkes an einen Dritten und entlasst er es damit endgültig aus seiner persönlichen Sphäre, so ist nach der Lebenserfahrung davon auszugehen, dass er mit der Ausstellung auch des noch nicht veröffentlichten Werkes einverstanden ist." (vid. UrhG, "Begr.", zu §44, pág. 279; id. HUBMANN, op. cit., pág. 150).

le da mucho más: en la Ley española, el "derecho de exposición pública" no está circunscrito a las obras aún no divulgadas (art. 20.2, g)), sino que incluso tras la "divulgación" (art. 4), sigue conservando el autor tal "derecho" a decidir y a ser remunerado por la exposición de su obra (art. 17).

El Proyecto de Ley de 1987 pretendía trasladar a nuestro ordenamiento el precepto alemán tal y como aparece en el texto legal de origen. Sólo a última hora y ante las protestas de los demás Grupos parlamentarios, se decide el Grupo Socialista, impulsor del Proyecto, a incorporar, como límite del "derecho de exposición" que se otorga al titular de la propiedad del soporte material, lo que hoy constituye el inciso final del art. 56,2: "En todo caso, el autor podrá oponerse..."<sup>1152</sup>

Tal inciso contribuye a poner de relieve posibles implicaciones de la actividad de "exposición pública" con intereses del autor de índole extrapatrimonial, de las que hemos de prescindir ahora, puesto que no corresponde analizarlas en un estudio dedicado a las "formas" de

---

<sup>1152</sup> Véase la Enmienda 159 que presentó ante el Senado el Grupo parlamentario Socialista y su justificación: "Con la adición propuesta se limita el derecho de exhibición que se reconoce al propietario de la obra de arte plástica. No se trata de un derecho moral, sino de proporcionar al autor la posibilidad de poder oponerse a que su obra sea exhibida en condiciones que afecten a su honor o reputación profesional." Tal Enmienda fue aceptada por la Ponencia del Senado, que modificó el art. 56,2 en el sentido indicado (vid. el Informe de la Ponencia del Senado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado, de 1987, Serie II, n.º 94-(d), de 23 de septiembre, pág. 119).

<sup>1153</sup> La justificación de la Enmienda al art. 56,2 presentada por el Grupo Socialista (vid. nota anterior) pretende establecer una distinción entre el "derecho moral" de autor y la protección de otro tipo de intereses de dicho sujeto. ("No se trata de un derecho moral, sino de proporcionar al autor la posibilidad de poder oponerse a que su obra sea exhibida en condiciones que afecten a su honor o reputación profesional."), Como referencia también incidental a la distinción entre "derecho moral" y "derechos de la personalidad" en la discusión parlamentaria, vid. Diario de Sesiones del Congreso. Comisiones de 1987, no. 128, de 12 de mayo, pag. 4823. Aunque no nos corresponde a nosotros introducirnos en dicha cuestión, existen en la doctrina española actual abundantes referencias a la distinción entre "derecho moral de autor" y "derechos de la personalidad" (vid. LACRUZ BERDEJO, comentario del art. 20. de la LPI, en los *Comentarios...* cit., coordinados por Rodrigo Bercovitz, pag. 37; y BERCOVITZ, «Derecho de autor y destrucción de obra plástica (Comentario a la sentencia...», cit., pag. 254).

También podría traerse aquí a colación, para orientar la pretendida delimitación entre "derecho moral" de autor y "derechos de la personalidad", el Proyecto (que no llegó a ser Ley), elaborado en 1959, para incorporar al Código civil alemán una regulación de los derechos de la personalidad («Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des zivilrechtlichen Persönlichkeits- und Ehrenschatzes»; vid. UFITA 1959, Band 29, págs. 39 y s.s.). El citado Proyecto (vid. los "motivos" de su art. 2 en UFITA cit., pag. 95) estimó que el "derecho moral" de autor debía regirse por su legislación específica, porque, frente a la "protección general de la personalidad", es un derecho limitado, cuya regulación se articula a partir de una "escrupulosa ponderación de los intereses en juego, que no puede ser obviada mediante el recurso a ese "derecho general de la personalidad" <traducimos los "motivos" cit.>. Sólo para circunstancias no previstas en la legislación especial de los derechos de autor, se prevee la posibilidad de aplicar la regulación del Proyecto citado.

En la doctrina, vid. sobre la referida delimitación, STROMHOLM, págs. 473 y s.s.; NEUMANN-DUESBERG, Horst, «Verwechslung des Urheberpersönlichkeits mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht» en *Neue Juristische Wochenschrift* 1971, Heft 37, págs. 1640 y s.s.

**VI. LAS ACTIVIDADES DE COMUNICACION O  
DIFUSION A DISTANCIA REGULADAS EN EL  
ART. 20.2., apdos. c) d) e) f) h))**

El tratamiento conjunto de las modalidades de "comunicación pública" previstas en los apartados citados en el encabezamiento de esta sección se justifica por tratarse en casi todos los casos de actividades relacionadas con la telecomunicación.<sup>1154</sup>

Es obligado señalar asimismo de entrada que probablemente es ésta la vertiente de la explotación de obras intelectuales que permite menor libertad en cuanto a posibilidades interpretativas: al margen de que estamos ante actividades, ya no de índole técnica, sino de tecnología avanzada, que rebasan a menudo la preparación normal de un jurista, los Convenios internacionales, elaborados en la mayoría de los casos por comisiones de expertos<sup>1155</sup> y también algunas

<sup>1154</sup> Vid. la definición del término "telecomunicación" que nos ofrece el Anexo de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las telecomunicaciones como "Toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes sonidos o informaciones de cualquier naturaleza por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos."

<sup>1155</sup> Se trata de Convenios o Leyes-tipo dictados para resguardar a los autores y demás titulares de objetos explotables de las posibilidades de defraudación que introducen dichas tecnologías, como p. ej. los "Principios comentados de protección de los autores, los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión en relación con la distribución de programas por cable", estudio elaborado en 1980 por el Grupo de Expertos Independientes convocado por la UNESCO y la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual). Vid. este documento en el Boletín de Derecho de Autor, volumen XVIII, no. 2, 1984, págs. 10 y s.s.

disposiciones del Derecho interno<sup>1156</sup> ofrecen definiciones auténticas que pocos matices admiten.

La subdivisión que, acto seguido, establecemos en tres diferentes apartados (1., 2. y 3.) está configurada en base a consideraciones subjetivas, pero también objetivas y de procedimiento, como tendremos ocasión de exponer en los lugares correspondientes.

Así, el primer apartado (1.), en el que inscribimos las actividades de "emisión", "transmisión" y "retransmisión" de los apdos. c) d) y e) del art. 20.2., queda conformado en base a la consideración de encontrarnos en tales casos ante utilizaciones realizadas sustancialmente por entidades de radiodifusión. El segundo apartado (2.) está consagrado a una modalidad de "comunicación pública" de aquellas que en su momento calificábamos como de carácter derivado o *secundario*:<sup>1157</sup> es la comunicación de una obra ya "difundida por radio o televisión", llevada a cabo por sujetos distintos de la entidad de radiodifusión, "en lugar accesible al público", supuesto a que se refiere el art. 20.2. f). Y, finalmente (3.), examinamos separadamente, tanto por la peculiaridad del objeto, como del procedimiento, la actividad de comunicación pública referida

<sup>1156</sup> Así, la ya citada Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones, cuyo art. 1.3. establece: "A los efectos de la presente Ley, los términos definidos en el anexo tendrán el significado que allí se les asigna."

<sup>1157</sup> Vid. supra capítulo quinto de esta Cuarta Parte, epígrafe II,1.



a "las bases de datos de ordenador por medio de telecomunicación", contemplada en el apdo. h) del citado art. 20.2.

## **1. La "emisión, transmisión y retransmisión" (art. 20.2. c), d), e))**

### **1.1. Su incorporación a la Ley de 1987 como "actor" de "comunicación pública"**

En relación a estas modalidades de "comunicación pública", hemos de modificar ligeramente el sistema expositivo hasta ahora seguido: sin perder de vista el texto alemán, hay que dejar constancia de un mas amplio espectro de influencias exteriores.<sup>1158 1159</sup> En la configuración de los preceptos

<sup>1158</sup> En cuanto a posibles antecedentes propios en la regulación de la actividad de radiodifusión, los consideramos de muy escaso interés. Nos remitimos al cúmulo de disposiciones reseñadas en los trabajos de BONET RAMON, Francisco, «Derecho radiofónico», en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio-agosto de 1941, págs. 5 y s.s.: 423 y s.s.; vid. a este respecto, las págs. 14 a 20; y FERNANDEZ-SHAW, Félix, «Derecho de autor y derechos conexos en la radiodifusión española» en el *Anuario de Derecho civil*, 1975, págs. 337 y s.s.; vid. págs. 398-403. Los textos legales consignados por ambos autores son sustancialmente disposiciones administrativas ceñidas a disciplinar la actividad de los organismos de radiodifusión, sin referirse o relegando lo relativo a los aspectos relacionados con la propiedad intelectual a la legislación específica (vid. así el art. 77 de la Ley Nacional de Radiodifusión de 26 de junio de 1934: "Se respetaran y cumplirán fielmente las disposiciones legales y reglamentarias que regulen el derecho de autor en materia de radiodifusión..."). La Ley especial sobre propiedad intelectual de 1879 no podía, naturalmente, dada la época en que fue promulgada, contener previsiones específicas sobre el procedimiento de la radiodifusión, a pesar del siempre ponderado sentido previsor del art. 10. "in fine" de su Reglamento. Es por ello que una de las pocas disposiciones de rango inferior referidas especialmente a los problemas que, en materia de propiedad intelectual, suscita el empleo del procedimiento de la radiodifusión, la Orden de 15 de junio de 1959 "sobre derechos de autor en las transmisiones por televisión", realiza verdaderos equilibrios al declarar que la sumisión de tales utilizaciones a la autorización de los autores deriva de la "prohibición de reproducir obras ajenas" del art. 7o. de la Ley de 1879.

<sup>1159</sup> Si llegó, en cambio, a ocuparse específicamente de la radiodifusión el Proyecto de reforma de la Ley de propiedad intelectual de 1934, cuyo art. 9o. se refería además a estas

relativos a estas actividades de utilización de la obra intelectual, inciden el propio Convenio de Berna, al que en este caso parece haberse acudido directamente y no tanto a través de la adaptación que de algunos de sus preceptos ha hecho el legislador alemán;<sup>1160</sup> la Ley francesa de 3 de julio 1985,<sup>1161</sup> que modifica en algunos puntos la aún vigente Ley de 1957; y un Convenio específico sobre la materia, el Convenio de Roma de 1961,<sup>1162</sup> que proporciona definiciones auténticas de los términos "emisión" y "retransmisión". La dispersión de influencias se explica en este caso en base a la mayor repercusión de los avances tecnológicos en estas formas de utilización de la obra: la Ley alemana data de

actividades mencionandolas con una secuencia idéntica a la del art. 20.2. actual: "El derecho de difusión es aquel por el cual se autorizan las *emisiones, transmisiones y retransmisiones* de las obras a distancia.". Vid. asimismo su art. 11: "Y en el concepto de utilización general se engloban todas las formas de explotación de una obra que aun no tienen una mecanización suficiente, como la televisión y las que en lo sucesivo puedan ser descubiertas para comunicar al público la imagen, la palabra o el sonido."

<sup>1160</sup> El propio legislador alemán se aparta hasta cierto punto del Convenio de Berna en el tratamiento de estas formas de comunicación pública, como se indica en los "motivos" del precepto (§20 URG) que las regula: "Abweichend von Artikel 11bis Abs. 1 der Brüsseler Fassung der Berner Übereinkunft..." (vid. "Begründung", zu §20, pág. 265).

<sup>1161</sup> Vid. "Loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle".

<sup>1162</sup> "Convención internacional sobre la protección de los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión", de 26 de octubre de 1961, ratificada por España con posterioridad a la entrada en vigor de la LPI (vid. el Instrumento de Ratificación, firmado el 2 de agosto de 1991, B.O.E. no. 273, de 14 de noviembre de 1991, págs. 36954-36958).

1965, de manera que, en 1985 - año en que en nuestro país se reanudan las tareas de reforma que culminan en la Ley actual -, sus previsiones habían perdido inevitablemente, si no vigencia, sí cierta actualidad.

La influencia francesa y la de los Convenios citados ayuda seguramente a explicar que, en lugar de un indiscriminado "derecho" a la comunicación pública de la obra mediante la radiodifusión<sup>1163</sup> y otros procedimientos de comunicación a distancia, aparezca tal género de utilización fragmentado en una serie de "actos", la "emisión", la "transmisión" y la "retransmisión".

Tal tipificación se ha articulado en base a dos criterios: de una parte, el procedimiento: el carácter inalámbrico (art. 20.2. c)) o alámbrico (art. 20.2. d): "por hilo")<sup>1164</sup>

<sup>1163</sup> Así es como parece concebir el "Senderecht" el legislador alemán: "Abweichend von Artikel 11 bis Abs. 1 der Brüsseler Fassung der Berner Übereinkunft stellt der Entwurf den sog. Drahtfunk allgemein der drahtlosen Rundfunksendung gleich, gleichgültig ob es sich um Erstsendungen oder um Weitersendung eines bereits gesendeten Werkes handelt, die nach dem Entwurf beide unterschiedlos dem Senderecht unterliegen." (vid. "Begründung", zu §20, pag. 265). Es decir, en la concepción alemana, diferente de la francesa y de la de los Convenios citados en texto, que es la que parece haber guiado al legislador español en cuanto a estas actividades de utilización de la obra vía radiodifusión, no existe distinción entre las operaciones de "emisión", "transmisión" y "retransmisión", sino que quedan sintetizadas todas ellas en el "Senderecht" que corresponde al autor.

<sup>1164</sup> Vid. el art. 12 de la Ley francesa de 1985, que introduce tal distinción en el precepto inicial de 1957, el art. 45, referido en dicho texto sólo a la radiodifusión sin hilo.

En sentido estricto, el término "radiodifusión" se aplicaba originariamente sólo a la difusión "sin hilo" (vid. así el art. 11 bis apdo. 1. del Convenio de Berna:

de la comunicación lleva a separar entre "emisión" y "transmisión". De otra, la intervención de "Entidad emisora distinta de la de origen" reviste tal importancia que determina la inclusión de un apartado distinto de los dos anteriores, el art. 20.2. e), relativo a "la retransmisión", aun siendo entonces el procedimiento idéntico al de cualquiera de los apartados iniciales (art. 20.2. e): "por cualquiera de los medios citados en los apartados anteriores...").<sup>1165</sup>

En última instancia, el denominador común de tales actividades es la "comunicación pública a través de la radiodifusión" (art. 36.3.; art. 88.1.,2) o, más genéricamente, a través de cualquier otro de los sistemas que actualmente permiten la difusión a distancia de la obra

"radiodifusión...o... comunicación pública...por cualquier medio que sirva para difundir sin hilo..."). Sin embargo, ahora y entre nosotros el concepto de "radiodifusión" se extiende tanto a la "emisión" como a la "transmisión" (vid. p.ej. el art. 116.1. c): "emisiones o emisiones de radiodifusión"). Es más, como señalan COCA y MUNAR, en el ordenamiento jurídico español ya con anterioridad a la entrada en vigor de la LPI de 1987, el término "radiodifusión" permitía incluso comprender la transmisión por cable; en concreto, se refieren tales autores al Estatuto de Radiodifusión y Televisión (Ley 4/1980, de 10 de enero), cuyo art. 10. 3. declara: "Se entiende por radiodifusión la producción y difusión de sonidos mediante emisiones radioeléctricas a través de ondas o mediante cables..." (vid. COCA PAYERAS, Miguel y MUNAR BERNAT, Pedro, comentario del art. 116 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 en los *Comentarios...* cit. coordinados por Rodrigo Bercovitz", pags. 1563-1586; vid. pag. 1571).

<sup>1165</sup> La distinción entre "emisión" y "retransmisión", en base a la intervención de "otro organismo de radiodifusión" es la del art. 3 del Convenio de Roma de 1961 y, más indirectamente, la del propio Convenio de Berna (vid. su art. 11bis apdo. 1., párr. 1o. y 2o.).

(vid. el art. 20.2. c): "por radiodifusión o por cualquier otro medio...),<sup>1166</sup> carácter que se infiere de algunos de los preceptos de la propia Ley de 1987, cuando ésta, abstrayéndose del procedimiento técnico, utiliza el término "difusión" (art. 20.2. c): '*difusión* inalámbrica"; art. 20.2. f), final: "obra *difundida* por radio o televisión"; art. 36.3., segunda parte: "*difusiones* de la obra"; art. 116.2.: "*difusión* al público por una Entidad que emita o *difunda*...").

Por ello, frente al carácter localizado de todas las demás actividades de "comunicación pública" (comp. con art. 20.2. a) y art. 76: "recitación y representación en teatros"; art. 20.2. b) y 90.2.,3: "proyección...en salas o locales"), nos encontramos ante aquellas modalidades de "comunicación pública" y de explotación en general de la obra que admiten el máximo de dispersión, con proyección ya no solo

<sup>1166</sup> Puesto que hoy ya no es la radiodifusión el único posible sistema de comunicación a distancia, el legislador francés determina la sustitución del término 'radiodiffusion' utilizado en el art. 41,3o. de la Ley de 1957 por el vocablo 'télediffusion' (vid. el art. 11 de la Ley de reforma de 3 de julio de 1985).

En nuestra opinión, hubiese sido preferible el recurso al término "difusión", que, al remontarse sobre la enorme complejidad y variedad de procedimientos técnicos que asolan a quien se introduce en esta materia, ofrece ciertas garantías de intemporalidad. Entre nosotros, hablaba de "difusión" para referirse a estas formas de comunicación de la obra el art. 9 del Proyecto de 1934: "El derecho de difusión es aquel por el cual se autorizan las emisiones, transmisiones y retransmisiones de las obras a distancia". Fuera de nuestro ordenamiento, la Ley italiana de 1941 parece asimismo haber querido periclitarse la complejidad técnica que caracteriza a tales sistemas de comunicación. Vid. su art. 16: "Il diritto esclusivo di diffondere ha per oggetto l'impiego di uno dei mezzi di diffusione a distanza, quali il telegrafo, il telefono, la radiodiffusione, la televisione ed altri mezzi analoghi."

geográfica (art. 36.1.), sino incluso espacial, por medio de satélites (arts. 20.2. c), segunda parte; art. 36.2.; art. 116.2.).

## **1.2. La delimitación subjetiva y objetiva de las actividades contempladas**

### **1.2.1. El sujeto de la comunicación. La entidad de radiodifusión**

La primera delimitación a que hay que someter este tipo de actividades es de carácter subjetivo y, como ya ha sido puesto de relieve, justifica, además, el tratamiento conjunto de las mismas. Legalmente parece presuponerse que tales "actos" de comunicación pública los realiza un organismo o "entidad de radiodifusión" (art. 20.2. e): "Entidad emisora distinta de la de origen, de la obra radiodifundida o televisada"; vid. asimismo art. 36; art. 84.2.; art. 116; 146.2. d); art. 148 Ley de 1987), sea ésta de radio o de televisión (así, p. ej. en los arts. 36.3.; 88.1.,2; 92.2.,2; 116.1.; 116.1. c); 148.1. y 2.).<sup>1167</sup>

<sup>1167</sup> Por voluntad del legislador, la mención "entidades de radiodifusión" permite comprender a ambas: "...de acuerdo con el texto del proyecto, las expresiones "televisión" y "teledifusión" se consideran integradas en las más generales de "radiodifusión" y "radiodifusora" (vid. la discusión del art. 36 en el Diario de Comisiones del Congreso, no. 128 citado, pag. 4847). El Portavoz del Grupo parlamentario Socialista siguió esta línea de argumentación para rechazar la sugerencia de Minoría catalana (vid. la Enmienda 335 de este Grupo al art. 36 en el Congreso) de que, junto al término "radiodifusión", debía hacerse asimismo mención expresa del término "televisión". No obstante, a veces la propia Ley distingue inevitablemente (v. gr. art. 20.2. e) y f), final: "obra difundida por radio o televisión."). Tal interpretación contaría, por otra parte, con cierto refrendo internacional, ya casi desde los orígenes del procedimiento: relata FORNS que ya en 1935 la Oficina internacional de Berna sustituye el término "radiofonía" por el de "radiodifusión", susceptible de incluir tanto la

Y, en efecto, dada la envergadura técnica y económica de estas formas de comunicación, habrá que pensar en una intervención casi exclusiva de tales "entidades".<sup>1168</sup>

---

transmisión sonora como la visual" (vid. FORNS, José, «La televisión ante el derecho de autor», en *Revista de Derecho Privado*, 1947, no. 368, pág. 855). Vid. asimismo FERNANDEZ SHAW (loc. cit., pág. 381): "Queda, pues, bien claro que el servicio de radiodifusión comprende bien las emisiones sonoras (comunmente radio), bien las emisiones sonoras y visuales (comunmente radio y televisión)...Lo que sucede es que en el lenguaje cotidiano el término radiodifusión se identifica a veces solamente con la radio."

Según COCA y MUNAR (loc. cit., pág. 1570) en la actualidad constituye un "concepto pacífico" que el término incluye tanto la radio como la televisión, "pues ambas utilizan las ondas electromagnéticas, pudiéndose hablar de radiodifusión sonora y de radiodifusión visual".

El precepto alemán referido a la radiodifusión (§20 UhrG) incluye explícitamente en el vocablo "Senderecht" tanto la radio como la televisión: "Das Senderecht ist das Recht, das Werk durch Funk, wie Ton- und Fernseh Rundfunk...der Öffentlichkeit zugänglich zu machen".

<sup>1168</sup> Si se exceptua el supuesto particular de la "transmisión" artesanal de obras audiovisuales por comunidades de propietarios, vulgarmente conocido como "video comunitario", y al que ya se harán las oportunas alusiones en la sede dedicada al concreto acto de la "transmisión".

En cualquier caso, ni la Ley de 1987 ni el citado Convenio de Roma de 1961 definen a las "entidades de radiodifusión", sujetos primordiales de la actividad de radiodifusión. Como aproximación válida por proceder de nuestro propio ordenamiento, cabe citar la Orden del Ministerio de Trabajo de 31 de enero de 1977, que en su art. 10., segundo párrafo se refiere a "las que sean propietarias o exploten emisoras que, en su particular indicativo o denominación en su onda y por su propia antena, realizan emisiones destinadas a ser recibidas por el público en general"; y la de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones, que en su art. 25.4. se refiere a "las entidades explotadoras de los servicios de difusión". A la luz de los textos internacionales y leyes de propiedad intelectual de otros Estados, COCA PAYERAS y MUNAR BERNAT acogen como definitivo el criterio de "la responsabilidad (tanto organizativa como económica) en la difusión de programas", y el de "ser una persona jurídica" (vid. COCA PAYERAS y MUNAR BERNAT, loc. cit., págs. 1568-1570).



### **1.2.2. El objeto de estas modalidades de comunicación pública**

Desde el punto de vista objetivo, como ya señalábamos,<sup>1169</sup> la "emisión", "transmisión" y "retransmisión" son las únicas actividades que en el art. 20.2. no aparecen concretadas en ningún tipo de obras. Podemos considerar entonces que "cualquier obra susceptible de ser vista u oída" (arg. ex art. 34) puede ser "emitida", "transmitida" o "retransmitida".<sup>1170</sup>

Es más, lo que puede ser "emitido", "transmitido" o "retransmitido" es no sólo la obra, sino también cualquier otro objeto de la propiedad intelectual,<sup>1171</sup> como son las

<sup>1169</sup> Vid. supra en este capítulo quinto el epígrafe II.2.

<sup>1170</sup> Además de las obras que pueden ser comunicadas públicamente a través de la radiodifusión (art. 20.2. e) y f, ambos "in fine"), que son prácticamente todas las creaciones intelectuales protegidas por la Ley a que se refiere el art. 10, existen obras creadas específicamente o "destinadas esencialmente" a ser radiodifundidas, las llamadas "obras radiofónicas" (arts. 92.2., 2 y 94). Para ellas, la radiodifusión será entonces ya no sólo - como para las demás - un medio de comunicación y una posible forma de explotación (art. 17), sino el propio medio de expresión o creación (art. 10.1.: "expresadas por cualquier medio..."). Se refieren a esta clase de obras BAYLOS CORROZA, *Acotaciones...* cit., pags. 545-547; PÉREZ DE CASTRO (*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual...* cit., pág. 1202) y LAZARO SANCHEZ («La obra audiovisual...» cit., pág. 3). Sobre su inclusión o no en la categoría más amplia de las "obras audiovisuales", vid. lo que exponíamos en sede de "proyección o exhibición pública de obras audiovisuales".

<sup>1171</sup> Vid. p.ej. el no. 27 de los ya citados "Principios anotados...": "Este enfoque también parece útil para la definición del objeto de la distribución por cable <transmisión> de obras, de interpretaciones o ejecuciones, de fonogramas o de emisiones."

proyecciones de la obra sobre las que recaen los "Otros derechos de propiedad intelectual" que regula el Libro II de la Ley de 1987: es decir, la "interpretación o ejecución" de la obra (arg. ex arts. 103; 146.2. d)), el "fonograma" (o "grabación sonora de la ejecución de una obra o de otros sonidos": art. 108.1.), "la grabación audiovisual" (de una obra o de imágenes que no tengan entidad como obra audiovisual: art. 112). Por su parte, las *emisiones o transmisiones*, que constituyen el objeto de los derechos de las Entidades de radiodifusión, pueden ser "retransmitidas" por una entidad diferente de la de origen (art. 20.2. e); art. 116.1. a)).<sup>1172</sup>

### **1.2.3. Los "tipos" legales en particular: la "emisión", la "transmisión" y la "retransmisión"**

En el análisis de estas actividades, no nos regimos tan sólo por las disposiciones del art., 20.2., su sede específica, dado que más adelante y en sede bien apartada de aquélla vuelve a referirse el art. 36 de la LPI, dentro del Capítulo de los "Límites" a que se sujetan los "derechos de autor" (y también los "otros derechos de propiedad intelectual" del Libro II: vid. art. 122), a las operaciones de "emisión" (art. 36.1., 2. y 3.) y "transmisión" (art. 36.1.), asignando un alcance necesario a la autorización conferida

<sup>1172</sup> Además de poder ser también "comunicadas públicamente" en "lugares accesibles al público mediante cualquier instrumento idóneo" (art. 20.2. f); art. 116.1. c)), si bien las cuestiones relacionadas con esta modalidad de utilización se estudian en el apartado consagrado al art. 20.2. f).

para realizar estas operaciones.<sup>1173</sup> Asimismo, es obligada la referencia a los preceptos que en la Ley se dedican los derechos reconocidos a las "Entidades de radiodifusión" (arts. 116 y s.s.); en concreto, el art. 116.1. a), que habla asimismo de "retransmisión" y el art. 116.2., que vuelve sobre los conceptos de "emisión" y "retransmisión".

**1.2.3.1. El concepto de "emisión" (art. 20.2. c); art. 36.2. y 3.; art. 116.2.; art. 146.2. d))**

La "emisión" es la difusión de sonidos, de imágenes o de sonidos e imágenes por ondas electromagnéticas propagadas en el espacio sin guía artificial, con el fin de su recepción a distancia por el público en general.

<sup>1173</sup> Procede recordar aquí lo expuesto (supra nota del capítulo primero, sección II) en cuanto a la incorrecta ubicación del art. 36 en el Capítulo consagrado a los "Límites". Además de que, a diferencia de los demás supuestos de "Límites", no introduce dicho precepto una posibilidad de libre utilización para cualquiera, sino sólo una utilización por Entidad de radiodifusión, no estamos aquí ante una exención de autorización, sino ante un precepto que, partiendo precisamente de la necesidad de tal autorización, modula el alcance de la misma.

Parece entonces que el lugar correspondiente a la norma del art. 36 en la sistemática de la Ley habría de ser, en todo caso, junto al art. 84, relativo a la "cesión del derecho de comunicación pública de las obras...a través de la radiodifusión".

Vid. a este respecto DIETZ (*Das Urheberrecht in Spanien...* cit., pág. 182), que, cuando menos en cuanto a las reglas del art. 36.1. y 2., utiliza la calificación de "Vermutungsregelungen vertragsrechtlicher Charakter"; vid. también DE ANGEL YAGUEZ, Ricardo, comentario del art. 36 LPI, en los *Comentarios...* citados, págs. 563-565, quien señala que los supuestos del art. 36 "tienen por finalidad...delimitar o determinar el alcance de esa forma de 'cesión' del derecho de autor que es la 'autorización'". En la Ley francesa, el art. 45 (redactado conforme al art. 12 de la Ley de 1985) que, "mutatis mutandis", contiene disposiciones equivalentes a las de nuestro art. 36, se encuentra en el Capítulo dedicado al "contrato de representación".

El dato esencial de la noción, que indirectamente nos proporciona el art. 20.2. c) LPI, es el carácter inalámbrico o "sin guía artificial"<sup>1174</sup> del medio de difusión o comunicación empleado (vid. asimismo los arts. 84.2.: "por medios inalámbricos" y 36.3.: "emisiones inalámbricas"), sea éste la radiodifusión<sup>1175</sup> o cualquier otro sistema de "difusión inalámbrica de sonidos, signos o imágenes" (id. art. 20.2. c)). Esta idea tiene su origen inmediato<sup>1176</sup> en el art. 3 f) del Convenio de Roma de 1961.<sup>1177</sup> El segundo elemento de la definición del Convenio, es decir, el destino de tales emisiones a la recepción por el público no ha sido, en cambio, incorporado a la definición legal de nuestro texto de 1987, sin duda por estar ello implícito en el carácter de "comunicación pública" de tal actividad (art. 20.1.).

<sup>1174</sup> Vid. la definición de "emisión de radiodifusión" que proporciona el "Glosario" (apdo. 50) de los citados "Principios...".

<sup>1175</sup> Es decir, la comunicación que se realiza a través de ondas radioeléctricas u ondas hertzianas, que el Anexo de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones define como "ondas electromagnéticas, cuya frecuencia se fija convencionalmente por debajo de 3000 Gigahertzios, que se propagan en el espacio sin guía artificial."

<sup>1176</sup> Y su origen remoto en la hoy ya un tanto primitiva noción del Convenio de Berna: "comunicación pública...por cualquier medio que sirva para difundir sin hilo..." (vid. su art. 11bis apdo. 1.,1o).

<sup>1177</sup> Se define el concepto de "emisión" en tal precepto como "la difusión inalámbrica de sonidos o de imágenes y sonidos para su recepción por el público".

La difusión puede hacerse por vía terrestre o sirviéndose de un satélite, circunstancia ésta última que debe ser contemplada en la autorización para emitir, pues aunque el concepto de "emisión" comprende la producción de señales desde una estación terrestre hacia un satélite (art. 20.2. c; art. 116.2.), segunda parte),<sup>1178</sup> el tratamiento jurídico es diverso<sup>1179</sup> según se esté en presencia de una emisión terrestre, una emisión por "satélite de radiodifusión" o una verificada por "satélite de telecomunicación". (art. 20.2. c)).<sup>1180</sup>

Los *satelites de radiodifusion* (denominados *de radiodifusion directa*) permiten la recepción de señales por el público sin la intervención de una entidad intermediaria, y dado que esa recepción se produce en un amplio territorio ("huella del

<sup>1178</sup> Para las definiciones auténticas de los términos "señales", "programas", y "satélites" que utilizan tanto el art. 20.2. c) como el art. 116.2., vid. el Convenio de Bruselas de 21 de mayo de 1974 sobre distribución de señales portadoras de programas transmitidas por satélite (en el Boletín de Derecho de Autor, volumen XVII, no. 2, 1983, págs. 56 y s.s.). Sobre la distinción entre uno y otro tipo de satelites a que se refiere el legislador español, el de "telecomunicación" y el mas moderno y sofisticado de "radiodifusión" directa, vid. en los citados "Principios...", la rubrica c) "Distribución por cable de señales transmitidas por satélite" (apdos. 44-49).

<sup>1179</sup> Vid. Circular sin fecha, no. 2/1989 de la Fiscalía General del Estado en el "Boletín de Información del Ministerio de Justicia", Suplemento 1989.

<sup>1180</sup> COCA y MUNAR se refieren aún a un tercer tipo de satélites, los de tercera generación, no contemplados explícitamente en la Ley de 1987, pero que pueden ser reconducidos según dichos autores a las soluciones previstas para los otros dos tipos de satélite, en tanto combinan elementos de uno y otro de ellos (loc. cit., pág. 1576).

satélite"),<sup>1181</sup> cubriendo incluso varios países, la autorización para emitir deberá prever dicho territorio (art. art. 36.1.; 43.1 LPI), pues, en otro caso, la emisión no puede considerarse lícita.

En el caso de los *satélites de telecomunicación o de servicio fijo* intervienen, al menos, dos entidades (art. 36.2.), la de emisión de la señal al satélite y la que la recibe del mismo y la pone a disposición del público en forma apta para su recepción (bien por cable o por ondas hertzianas). "Históricamente"<sup>1182</sup> se había planteado la duda de si el organismo de origen llevaba a cabo una operación de radiodifusión y, en definitiva, de verdadera comunicación de la obra, dado que las señales por él emitidas no iban dirigidas al público en general, sino a entidades distribuidoras.<sup>1183</sup>

<sup>1181</sup> En todo lo relativo a estas cuestiones, es de gran utilidad, por su claridad, la síntesis de BONDIA ROMAN (vid. BONDIA ROMAN, Fernando, *Propiedad intelectual. Su significado en la sociedad de la información. (La nueva Ley de 11 de noviembre de 1987)*, pags. 281-286).

<sup>1182</sup> Para este tipo de utilizaciones, una o dos décadas constituye ya "historia". En concreto, la discusión a que nos referimos se sitúa entre finales de la década de los setenta e inicios o mediados de los ochenta (vid. la bibliografía que sobre tal controversia cita BONDIA ROMAN, pag. 283, nota 127).

<sup>1183</sup> Véase sobre esta discusión, que nos parece que entre nosotros carece ya de todo interés, los trabajos preparatorios de la Ley francesa de 3 de julio de 1985, donde hubo ocasión de sopesar las diferentes teorías existentes al respecto (véase «Sénat, première lecture. Rapport fait au nom de la Commission spéciale, sur le projet de loi, adopté par Assemblée nationale, relatif aux droits d'auteur...», par M. Charles Jolibois, Sénateur, séance de 4 avril 1985», publicado en *RIDA 1986*, I, pags. 167 y s.s.; vid. pags. 234-235).

Tal cuestión estaba ya resuelta a la entrada en vigor de la Ley de 1987. Esa utilización de la obra está incluida a todos los efectos dentro de la noción de "emisión" (art. 20.2. c); art. 116.2.: "El concepto de emisión incluye la *producción de señales...*").

Desde el prisma del derecho de autor, parece indiscutible que, incluso si no pueden recibirse directamente por el público, las señales emitidas que pasen por el satélite están destinadas desde el origen a la recepción por el público, con independencia del hecho de que ya puedan recibirse por el público en general en la fase inicial.<sup>1184</sup> Ello significa que tal operación está asimismo supeditada a la necesaria autorización y pago de remuneración al autor o titular de la obra, es decir, se contempla como "acto" unitario de comunicación de la obra la intervención de ambas entidades. Ha prevalecido, pues, el criterio del "destino" o finalidad última del "acto" sobre los avatares de su realización. Cosa distinta será que para evitar una acumulación de autorizaciones y remuneraciones, respecto de una y otra entidad, haya de recurrir entonces el legislador

<sup>1184</sup> Vid. los "Principios..." citados, apdo. 49: "...desde el punto de vista de la protección del derecho de autor y los denominados derechos conexos...el concepto de "emisión" debe interpretarse como aplicándose también a las fases "ascendente" y "descendente" de la transmisión, a condición de que los sonidos, las imágenes o los sonidos y las imágenes transmitidas de esa forma estén destinadas a permitir la recepción por el público en general por medio de las ondas..."

al correctivo que representa el art. 36.2.<sup>1185</sup>

Legalmente - si bien fuera del art. 20.2. - el concepto de "emisión" está sometido aún a una ulterior extensión o proyección, esta vez en sentido temporal. En efecto, dispone el art. 36.3.: "La cesión del derecho de comunicación pública de una obra, cuando ésta se realiza a través de la radiodifusión, faculta a la Entidad radiodifusora para registrar la misma por sus propios medios y para sus propias emisiones inalámbricas, al objeto de realizar, por una sola vez, la comunicación pública autorizada..."

En virtud de dicha disposición, hemos de considerar que la noción legal de "emisión" comprende, pues, no sólo el "acto" u operación estricta de emisión, sino incluso determinadas operaciones previas a la propia realización de la misma y,

<sup>1185</sup> El art. 36.2. pretende evitar el problema de la "doble remuneración" (problema que se aborda también en los "Principios..." citados, pag. 29) y para ello declara "exenta de remuneración" a "la emisora de origen", solución que cabría justificar entendiendo que la intervención de la misma vendría a ser sólo una pre-emisión o emisión preparatoria de la verdadera "emisión", que es la que realiza la segunda entidad, quedando entonces sólo ésta sujeta a remuneración.

En el fondo, la solución que adopta el legislador español en el art. 36.2. es idéntica a la de la Ley francesa (vid. el art. 45.3o., en la redacción de la Ley de reforma de 1985). En relación al citado precepto, señala COLOMBET: "L'objectif recherché par la nouvelle disposition a été d'éviter une double rémunération des auteurs ou à l'inverse une absence de rémunération, en précisant bien quel organisme a la responsabilité financière de rémunérer les créateurs en cas de diffusion par satellite: le principe simple est donc que c'est à l'organisme d'émission qu'il appartient d'obtenir l'autorisation des ayants droit; cependant si un accord a été passé entre eux et l'organisme de distribution, c'est ce dernier qui sera tenu de la rémunération." (vid. COLOMBET, Claude, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Paris 1986 <3a. ed.>, pag. 210).



en concreto, el "registro" o "grabación" de la obra a difundir,<sup>1186</sup> siempre que esta actividad se haya realizado precisamente "al objeto", con el fin y como preparación de tal "emisión".<sup>1187</sup>

---

<sup>1186</sup> Sobre la necesidad de incluir dichas operaciones previas en el concepto de "emisión", vid. COCA y MUNAR, loc. cit., pág. 1573, nota 16.

Los "motivos" a análoga disposición de la Ley alemana (§55 UhrG y §45 en el "Referentenentwurf") señalan: "...die Sendegesellschaften <sind> immer mehr dazu übergegangen, ihre Sendungen nicht mehr durch unmittelbare "Übertragung" von Vorträgen und Aufführungen aus dem Senderraum (sogenannten "Life-Sendungen) vorzunehmen, sondern diese Vorträge und Aufführungen zunächst auf Tonträgern festzuhalten und die Sendung mittels dieser Tonträgern durchzuführen...Diese Notwendigkeit ergibt sich einmal daraus, dass die Sendegesellschaften heutzutage mit einem Sender nicht mehr ihre sämtlichen Hörer erreichen...Die letztgenannten Sendungen sind für Hörer in fernen Erdteilen bestimmt, die häufig eine andere Tageszeit haben...".

<sup>1187</sup> La nota esencial de tales "grabaciones" o fijaciones y lo que permite, en definitiva, incorporarlas a la noción de "emisión" es su carácter "efímero", su absoluta sujeción, desde el punto de vista teleológico, a la realización de la emisión de que se trate. Es por ello que las disposiciones homólogas del art. 36.3. en los textos internacionales y en otras legislaciones estatales imponen la obligación de destruirlas, después de haber sido utilizadas para tal emisión. Transcribo, por todas, el art. 11bis, apdo. 3 del Convenio de Berna: "Salvo estipulación en contrario, una autorización concedida de acuerdo con el párrafo 1 del presente artículo no comprenderá la autorización para grabar por medio de instrumentos que sirvan para la fijación de sonidos o de imágenes, la obra radiodifundida. Sin embargo, queda reservado a las legislaciones de los países de la Unión establecer el régimen de las grabaciones efímeras realizadas por un organismo de radiodifusión por sus propios medios y para sus emisiones. Estas legislaciones podrán autorizar la conservación de esas grabaciones en archivos oficiales en razón de su excepcional carácter de documentación." Con apoyo en tal disposición, se introducen en el Derecho interno de los Estados miembros disposiciones como el art. 45, 2 y 3 de la Ley francesa de 1957 y el § 55 de la Ley alemana de 1965. Más adelante, otro Convenio internacional, el ya citado Convenio de Roma de 1961, relativo a los derechos conexos al de autor, se refiere asimismo a estas "fijaciones efímeras" en su art. 15.1. c). El Proyecto inicial de la Ley española de 1987 se mantenía fiel al modo de proceder de tales disposiciones, imponiendo al organismo de radiodifusión la obligación de destruir tales "grabaciones". Sin embargo, este carácter "efímero" se

Materialmente, dicha "grabación" no es sino una "reproducción" de la obra, porque consiste en su incorporación a un medio que permite su comunicación (art. 18 LPI),<sup>1166</sup> pero su destino o vinculación al ulterior acto de comunicación la convierte en una "fijación" exceptuada del concepto de "reproducción" e incluida en el de "comunicación pública" en forma de "emisión"; por eso, las utilizaciones de tal "fijación" desvinculadas del "acto" de comunicación a cuyo sólo objeto han sido realizadas sí inciden ya en el "derecho de reproducción" (art. 36.3., 2a. parte).

vera desvirtuado en virtud de la aceptación por la Comisión del Congreso (vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, año 1987, no. 128, de 12 de mayo, pags. 4847-4848) de la Enmienda no. 335 al art. 36.3. del Grupo Minoría Catalana, que reputando "excesiva" tal obligación, proponía suprimirla y "completar el artículo mencionado, para reforzar la obligación de contratar toda nueva emisión de la obra ya emitida" (de ahí, además, el inciso final del actual art. 36.3.). Vid. el texto de la Enmienda en el BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, no. 14-6, de 11 de febrero, pag. 126.

<sup>1166</sup> Puede considerarse entonces que el art. 36.3. constituye, tanto una delimitación positiva de la noción de "comunicación pública", como una delimitación negativa de la noción de "reproducción". Es este segundo aspecto el que justifica que el legislador alemán haya incluido tal precepto (es el §55 UhrG 1965) entre los "Límites" de los derechos como "Einschränkung des Vervielfältigungsrechts zugunsten von Sendegesellschaften" (ésta era la rubrica de tal disposición en el "Referentenentwurf" o Proyecto inicial).

A partir de ahí, podemos explicarnos la ubicación - que calificábamos y calificamos de incorrecta (vid. nota ) - del art. 36 en nuestro propio texto: al incorporar idéntica disposición, el legislador español le asigna idéntica sistemática en el Capítulo de "Límites", acarreando allí, además, los dos preceptos (vid. nuestro art. 36.1. y 2.) procedentes del art. 12 de la Ley francesa de 1985, relativos al alcance de la autorización para emitir.

**1.2.3.2. El concepto de "transmisión" (art. 20.2. d)); art. 36.1.)**

La "transmisión" es la operación por virtud de la cual las señales portadoras de esos sonidos, imágenes, o imágenes y sonidos, producidas electrónicamente, son difundidos por cable<sup>1189</sup> o por cualquier otro dispositivo conductor<sup>1190</sup> a los fines de su recepción por el público.

Esas señales pueden tener su origen en una emisión de radio o televisión o constituir un programa propio de la entidad que lleva a efecto esta operación.<sup>1191</sup> El art. 20.2. d)

<sup>1189</sup> La expresión "distribución por cable" tiene un alcance más amplio que la de "televisión por cable", implicando esta última la difusión a la vez de imágenes y sonidos" (vid. los "Principios anotados..." cit., apdo. 27). Es decir, lo que habitualmente se conoce como "televisión por cable" constituye sólo un caso particular de la "distribución por cable", que, a su vez, es sólo una forma específica de "transmisión", en tanto que dicha actividad puede llevarse a cabo también por medios conductores distintos del cable.

<sup>1190</sup> En cuanto a los medios conductores expresamente mencionados en el precepto, hay que señalar que normalmente, se habla de cable para hacer referencia al cable coaxial, que permite enviar señales de televisión; la fibra óptica es un cable especial que envía señales en forma óptica en lugar de eléctrica y puede transmitir televisión y cualquier otro tipo de información. Pero, además, según indican los citados "Principios...", apdo. 32: "El término cable requiere una interpretación muy amplia, de forma que incluya cualquier medio de transmisión guiado por señales producidas electrónicamente. En principio, ni siquiera es necesario que el conductor utilizado tenga un carácter tangible. Por ejemplo, las señales electrónicas pueden transmitirse por rayos laser..."

<sup>1191</sup> BONDIA (op. cit., pág. 287) y RIVERO, que sigue a aquel autor (loc. cit., pág. 402), hablan de "transmisión activa" para el supuesto de "transmisión" de "programa propio" y de "transmisión pasiva" cuando se transmiten emisiones de radiodifusión ajenas. Para los conceptos de "cable", "distribución por cable",

prescinde de la procedencia del objeto "transmitido",<sup>1192</sup> por lo que hay que entender que estarán comprendidas en el precepto tanto una como otra de dichas posibilidades técnicas - tanto la "transmisión" de "programa propio"<sup>1193</sup>

"programa original del distribuidor", "distribución por cable de una emisión de radiodifusión", vid. las definiciones auténticas que proporciona el "Glosario" (apdo. 50), de los ya citados "Principios anotados..."

<sup>1192</sup> "...se trata de un acto de comunicación pública - art. 20. 2. d) - que ha de ser considerado en sí mismo, independientemente del origen de las señales conducidas..." (vid. la ya citada Circular del Ministerio Fiscal de 1989).

<sup>1193</sup> Constituye un supuesto típico de "transmisión de programa propio" lo que cotidianamente se conoce como "videos comunitarios" (FDEZ. SHAW, loc. cit., pag. 385, se refiere a este supuesto como "programas especialmente confeccionados" o "filodifusión"; A. DELGADO, «La nueva Ley española...» cit., pag. 205 califica tal utilización de "distribución-cable artesanal"). Es este tipo de utilización, además, el que justifica el inciso final del art. 20.1., 2 "in fine" ("ámbito doméstico...integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo").

Hasta la entrada en vigor de la Ley de 1987 habían venido produciéndose situaciones de verdadera desprotección de los derechos de propiedad intelectual mediante este tipo de utilizaciones (A. DELGADO, id. loc. cit.). En cualquier caso, la jurisprudencia que hemos encontrado a este respecto reviste escaso interés desde el punto de vista de la propiedad intelectual, dado que analiza el fenómeno desde la perspectiva de la libertad de expresión y del derecho a la información de los ciudadanos (así, las S.S. T.S. <Sala 3a.> de 17 de noviembre de 1986 y 7 de febrero de 1987; y la S.T.S. <Sala 5a.> de 10 de julio de 1987; vid. por todas, el Fto. 3o. de la última citada).

Tras la entrada en vigor de la Ley de 1987, ha sido necesario someter tales actividades al control específico de una disposición de rango inferior, como el ya 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. El art. 10. de tal disposición declara

comprendidas en todo caso en su ámbito de aplicación, - sometiéndolas en su art. 4o. a "la previa autorización de los titulares o cesionarios de los correspondientes derechos de comunicación pública" y al pago de la remuneración pertinente - a :

- b) "Las personas físicas o jurídicas que difunden películas cinematográficas y obras audiovisuales contenidas en soporte videográfico a los domicilios

como la de emisión ajena - .<sup>1194</sup>

La especificidad del "acto" de "transmisión" radica, pues, en el procedimiento empleado, sobre todo, si se tiene en cuenta que el apartado anterior del art. 20.2. se ciñe a la "emisión inalámbrica" o sin guía artificial.

Ahora bien, anteponiendo quizá la coherencia legislativa a la técnica y, si, en definitiva, el art. 36.1. va acabar asociando las nociones de "emisión" y "transmisión",<sup>1195</sup> nos parece que hubiese sido preferible contemplar unitariamente<sup>1196</sup> la difusión de una obra que realiza una

particulares, mediante su transmisión desde un aparato reproductor conectado con aparatos receptores de uso privado."

- c) "Las comunidades de propietarios que difundan películas cinematográficas y obras audiovisuales contenidas en soporte videográfico, a los domicilios particulares mediante su transmisión desde un aparato reproductor conectado con aparatos receptores de uso privado."

<sup>1194</sup> BONDIA (op. cit., pag. 289) y RIVERO (op. cit., pag. 402) entienden que tanto la "transmisión activa" como la "pasiva" están dentro del apdo. c).

<sup>1195</sup> En el supuesto de transmisión de una emisión de radio o televisión efectuada simultánea e íntegramente por la entidad de origen y sin exceder la zona geográfica prevista en la autorización para emitir, esta autorización comprende dicha transmisión (art. 36.1.). De manera que, en esta hipótesis no es necesaria una autorización específica para la "transmisión".

<sup>1196</sup> En definitiva, la propia jurisprudencia tampoco parece afinar tanto en cuanto a cuestiones técnicas. Vid. la ya citada S.T.S. <Sala 3a.> de 7 de febrero de 1987, Fdto. 10.: "... "transmisión" que no es sino el factor instrumental que enlaza la emisión con la recepción, de forma que en aquella se refunden o condensan ambas..."  
Sobre esta cuestión, vid. asimismo la discusión en Francia del precepto equivalente al art. 36.1., el art. 12,1 de la

misma entidad de radiodifusión, sea tal comunicación alámbrica o inalámbrica; incluiría entonces este concepto amplio de difusión, lo relativo a la "transmisión activa". Y relegar al siguiente apartado e), que contempla la "retransmisión" - es decir, la "emisión" o "transmisión" realizada por entidad distinta de la de origen - la llamada "transmisión pasiva".

En definitiva, lo que mantenemos es que, jurídicamente, desde el prisma de la propiedad intelectual, el concepto de "transmisión" carece de autonomía:<sup>1197</sup> si la "transmisión" la realiza la propia entidad que emite, queda incluida en tal emisión (art. 36.1.);<sup>1198</sup> y si la realiza entidad distinta,

Ley de reforma de 1985: "Reconnaitre, dans ce cas, qu'il y a une seconde emission conduirait à affirmer l'existence d'un droit de radiodiffusion supplémentaire, comportant, pour les ayant droit de l'oeuvre, la liberté d'interdire et la perception d'un nouveau droit, alors qu'il s'agit d'une seule et même prestation. On peut admettre, en réalité, qu'il n'y a que réception..." (vid. el «Rapport Jolibois...» cit., en el Senado. *RIDA 1986*, I, pág. 238).

Vid. asimismo COLOMBET, op. cit., pág. 209; y DESBOIS, quien ya antes de la Ley de reforma de 1985 propugnaba la solución que más tarde adopta esta en su art. 12.1: "Et c'est pourquoi... nous avons proposé d'intégrer dans l'autorisation de radiodiffuser la transmission par fil de la interpretation, destinée a l'emission - l'expression "communication" ayant une portée générale -..." (vid. *Le droit d'auteur...* cit., pág. 301, nota 1).

<sup>1197</sup> Vid. FERNANDEZ SHAW, loc. cit., pág. 385: "Si la recepción se recibe por cable, como un simple medio técnico de apoyatura, no parece surjan exacción de nuevos derechos...".

<sup>1198</sup> Hay, no obstante, un único supuesto en que "emisión" y "transmisión" no se cubren: cuando por el empleo de un procedimiento de "transmisión" se exceda la "zona geográfica prevista en la autorización" (art. 36.1.; art. 84.2.). Vid. además idéntica matización en DIETZ, *Das Urheberrecht in Spanien...*, pág. 179. Pero en ese caso, cabe considerar que, a tenor del propio art. 36.1., no hay duda de que no se

desemboca en el concepto de "retransmisión" del apartado siguiente.<sup>1199 1200</sup>

El punto de vista que mantenemos parece, además, más coherente con la línea de protección que, genéricamente, ha querido dispensar el Convenio de Berna al autor:<sup>1201</sup> su art.

podrá recurrir al procedimiento de "transmisión"; y, a falta de determinación contractual, habrá que entender que rige el correctivo previsto en sede de "Disposiciones generales" sobre cesión de derechos: se entiende que la autorización para emitir se circunscribe al país en que se ha otorgado la autorización (art. 43.2.).

<sup>1199</sup> Así, RIVERO (loc. cit., pag. 402), después de considerar incluida la "transmisión pasiva" en el concepto de "transmisión" del apdo. d) del art. 20.2., señala: "Como he dicho poco ha, cabe considerar incluido este caso en el apartado d) del art. 20.2.,... Esa solución es en la práctica idéntica que la de si consideramos este supuesto incluido en el presente apartado E) como caso de 'retransmisión'..." (loc. cit., pag. 403).

<sup>1200</sup> O, incluso, según los casos, enlaza también la llamada "transmisión pasiva" con la utilización a que se refiere más adelante el art. 20.2. f). Vid. así DIETZ, *Das Urheberrecht in Spanien...* cit., pag. 180: "Nur der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass die Kabelweiterleitung durch eine von der Rundfunkorganisation getrennte Organisation (es decir, la 'retransmisión') eine gewisse Verwandtschaft mit der öffentlichen Wiedergabe von Rundfunksendungen aufweist, die gemäss Art. 20 Ziff. 2 Buchst. f spanisches UrhG dem Urheber selbstverständlich ebenfalls vorbehalten ist."

<sup>1201</sup> "...in Übereinstimmung mit Art. 11bis Abs. 1 Ziff 2 RBU <Convenio de Berna>... dass die eigenständige Nutzungsart Kabelweiterleitung nur dann vorliegt, wenn die Weiterleitung durch ein (Sende-) Unternehmen vorgenommen wird, das von dem ursprünglichen Rundfunkunternehmen verschieden ist." \* (DIETZ, *Das Urheberrecht in Spanien...* cit., pag. 179). La distinción entre "emisión" y "transmisión" nos parece que cobra verdadero sentido, no en esta sede de formas de comunicación de su obra que corresponde autorizar al autor, sino cuando a quién se quiere proteger es a la Entidad de radiodifusión. Vid. así las consideraciones de COCA y MUNAR en el comentario al Título dedicado a los derechos que sobre "sus emisiones y transmisiones" (art. 116.1.) corresponden a las Entidades de radiodifusión (arts. 116 y s.s.): "¿Por qué se incluye esta <la "transmisión"> junto a la emisión".

libis apdo. 1), en la redacción que recibió en la Conferencia de Bruselas de 1948, sólo distingue entre "emisión" y "retransmisión". Al referirse a esta última forma de utilización de la obra, el no. 20. de ese apdo.1 establece que "Los autores de obras literarias y artísticas gozan del derecho exclusivo de autorizar toda comunicación pública, *sea con hilo, sea sin hilo*, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación es hecha por otro organismo que no sea el de origen," con lo cual tiene cabida allí lo relativo a la "transmisión" de emisiones ajenas.<sup>1202</sup>

**1.2.3.3. El concepto de "retransmisión" (art. 20.2. e); art. 116.1. a); 116.2. Ley de 1987)**

La retransmisión es otra modalidad de comunicación pública, operación que ha de entenderse como la emisión (inalámbrica) o transmisión (por cable, fibra óptica, etc.)

cuando ello no ocurre en la Convención de Roma ?  
Precisamente por esto, porque el concepto de emisión habitualmente adoptado internacionalmente solo alcanza la difusión de programas por medios inalámbricos, por lo que las difusiones por cable o hilo no serían objeto de derechos de propiedad intelectual por parte de la Entidad de radiodifusión..." (loc. cit., pág. 1577).

\* Los subrayados son míos.

<sup>1202</sup> También parece la solución que propugnamos más acorde con la jurisprudencia internacional. Así, en las dos decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas recaídas en el "asunto Coditel" la teledistribución (que, legalmente, es "transmisión") de una emisión de la televisión alemana por la sociedad belga Coditel se califica, sin más, de "retransmisión" (vid. "Arret(s) de la Cour" de 18 de marzo de 1980 y de 6 de octubre de 1982, recogidos en la Documentación preparada por el Congreso de los Diputados para la tramitación del Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual, no. 46, tomo II, págs. 487-557; vid. pag. 352).



de la obra radiodifundida o televisada *por entidad emisora o transmisora distinta de las de origen*. Volvemos a referirnos, pues, a los sistemas difusores de los apartados c) y d) del art. 20.2., dado que el apartado e) consagrado a la "retransmisión" señala que esta operación se realiza "por cualquiera de los medios citados en los apartados anteriores".<sup>1203</sup>

La nota determinante de esta actividad y configuradora de este tercer apartado dedicado a la difusión a distancia es precisamente que dicha difusión la realice "Entidad emisora distinta de la de origen". El tratamiento autónomo de esta actividad respecto a las tipificadas en los dos apartados

<sup>1203</sup> Es, por ello, que, en rigor, para designar esta actividad el legislador español hubiese debido emplear la fórmula "La reemisión o retransmisión...", dado que, en congruencia con el reenvío que realiza el propio apdo. e) a "cualquiera de los medios citados en los apartados anteriores", la segunda entidad, o bien "re-emite", o bien "re-transmite" la obra radiodifundida o televisada por otra. En el sentido indicado, se manifestaba una Enmienda del Grupo parlamentario de Minoría Catalana que, sin embargo, no fue aceptada por la Ponencia del Congreso; la Enmienda proponía el siguiente texto alternativo al art. 115.1. a) (art. 116.1. a) actual, precepto que también habla de "retransmisión"): "La retransmisión y reemisión, por cualquier procedimiento técnico..." (vid. así la Enmienda 377, presentada en el Congreso por el Grupo citado: BOCG. Congreso. Serie A, no. 14-6, de 11 de febrero de 1987, pag. 138).

Sin duda, si la LPI se vale únicamente del término "retransmisión" es por ser este el del Convenio de Roma de 1961 (vid. su art. 3 apdo. g)). Otro texto internacional relacionado con la materia, la "Ley-tipo" de 1974, se inclina, en cambio, por la denominación "reémision" (vid. el art. 10., apdo. VII de la "Loi type relative à la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion avec son commentaire". OIT/UNESCO/OMPI/ICR, Bruselas 6-10 mai 1974, en la documentación preparada por el Congreso de los Diputados para la tramitación del Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual, no. 46, tomo II, págs. 1415 y s.s.).

anteriores (apdos. c) y d) del art. 20.2.) se basa en un criterio exclusivamente subjetivo - la intervención de una segunda "Entidad" *emisora o transmisora* -, dado que, desde el punto de vista técnico, no existe tal autonomía. Resulta, pues, que una misma actividad - aquella que técnicamente constituye emisión o transmisión - jurídicamente está siendo calificada de modo diferente, en función del sujeto que lleva a cabo: como "emisión" o "transmisión" de los apdos. c) y d), si la realiza la Entidad de origen; como "reemisión" o "retransmisión" del art. 20.2. e), si el sujeto activo de la misma es una "Entidad emisora distinta de la de origen".<sup>1204</sup>

Hay que llamar la atención sobre la omisión en el art. 20.2. e) de un requisito expresado, en cambio, en la definición en que tal precepto se inspira, la del Convenio de Roma de 1961. Se exige allí, en efecto, que el acto de "retransmisión" sea "simultáneo" a la emisión o transmisión que de la obra radiodifundida o televisada está realizando la entidad de origen (vid. así el art. 3 g) del texto internacional citado).<sup>1205</sup>

¿Qué significado cabe atribuir a tal omisión? ¿Estamos ante un simple olvido o bien ante una exclusión voluntaria de

<sup>1204</sup> Vid. así el art. 11bis apdo. 1., párr. 2o. del Convenio de Berna: "...toda comunicación pública, *por hilo o sin hilo*, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen".

<sup>1205</sup> Vid. idéntica exigencia en la definición de la "ley-tipo" citada.

dicha exigencia por parte del legislador español? De la respuesta que al respecto se adopte depende, en definitiva, que podamos considerar incluida en el concepto de "retransmisión" la re-emisión o retransmisión *en diferido*. Si entendemos que también entre nosotros la "retransmisión" ha de ser *simultánea*, queda fuera de la noción del art. 20.2. e) la retransmisión *diferida* del programa de otra emisora. Si, por contra, nos inclinamos por considerar que el legislador español no ha querido introducir tal restricción, cabe entonces asimismo dentro de la noción legal de "retransmisión" la redifusión no simultánea o en diferido.

Los datos de que disponemos en este momento en cuanto a la aplicación de la Ley de 1987 a estos efectos abogan antes por la primera que por la segunda de tales opciones.<sup>1206</sup> No obstante, lo cierto es que el precepto legal ha quedado positivizado sin tal exigencia.

Por nuestra parte y aun a cos                    incurrir en alguna

---

<sup>1206</sup> Así lo considera la ya citada Circular de la Fiscalía General del Estado de 1989, para la cual, una re-difusión en diferido no estaría entonces incluida en el concepto de "retransmisión". Se dice en dicha Circular que la operación de "retransmisión" a que se refiere el precepto legal "ha de entenderse como simultánea...Una redifusión "en diferido" no es una retransmisión, sino una emisión o transmisión, según sea inalámbrica o por cable..." (vid. Boletín del Ministerio de Justicia. Suplemento citado, pág. 1832).

COCA y MUNAR, que en su minucioso estudio de todas estas cuestiones no escatiman esfuerzos a la hora de ordenar y poner luz en toda esta materia señalan: "que ante la carencia de una definición de "retransmisión" en nuestra LPI hay que acudir a la que ofrece el Convenio de Roma." (loc. cit., pág. 1581).

incorrección desde el punto de vista técnico, nos parece preferible prescindir del requisito de que la redifusión que lleve a cabo esa segunda entidad sea "simultánea" de la efectuada por la entidad de origen. Porque, si no se considera incluida la retransmisión en diferido en la noción legal de "retransmisión", ¿dónde se protege si no al autor frente a dicha utilización?

Por otra parte, quizá quepa incluso invocar en nuestro apoyo el art. 36.3.,<sup>1207</sup> que nada parece oponer a la redifusión en diferido o realizada en un momento posterior a la emisión o transmisión efectuada por la entidad de origen: a la luz de tal disposición, podría esa segunda entidad distinta de la de origen proceder a la grabación o registro de la obra y efectuar, en un momento posterior, "la comunicación pública autorizada (art. 36.3.). Lo que parece, pues, esencial es, no tanto el carácter simultáneo o diferido de la utilización, sino que, ésta se realice *"por una sola vez"*. Así, aun cuando - por haberse procedido a una grabación o registro de la obra - sean materialmente posibles "nuevas difusiones", éstas sólo podrían llevarse a cabo si se hubiese cedido, además, a la <segunda> entidad difusora "el derecho de reproducción y de comunicación pública" sobre la obra (art. 36.3., inciso final).

<sup>1207</sup> Además del propio Convenio de Berna, cuyo art. 11bis apdo. 2o. omite asimismo toda precisión relativa al carácter simultáneo o diferido de la "retransmisión", refiriéndose, sin más, a "toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen."

Y, sobre todo, como ya ha sido recalcado de entrada, a la hora de calificar a la comunicación pública efectuada en forma de "emisión" o "transmisión", lo definitivo será que ésta - sea simultánea o diferida - se haya realizado "por Entidad emisora distinta de la de origen" (art. 20.2. e); id. art. 116.2., segunda parte: "...difunda emisiones de otra...").<sup>1208</sup>

Desde el punto de vista de la protección del autor (que, al fin y al cabo es el prisma bajo el que el art. 20.2. contempla las distintas actividades de comunicación pública de la obra) parece, pues, que tanto la retransmisión simultánea como la que se realiza en diferido han de tener cabida en la noción de "retransmisión" del apartado e) de dicho precepto.<sup>1209</sup>

Cosa distinta será que cuando la noción de "retransmisión" se contemple desde un prisma diferente, es decir, como contenido del derecho que, a su vez, tienen reconocido las

<sup>1208</sup> Vid. el precepto del Convenio de Berna transcrito en nota anterior: "...cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen."

<sup>1209</sup> Para RIVERO, "la retransmisión diferida de un programa de otra emisora...es un supuesto que cabe perfectamente en este apartado e)... (loc. cit., pág. 403). Y vid. sobre todo ULMER (op. cit., pág. 256): "Weitersendung ist jedenfalls die drahtlose Weiterleitung der Sendung durch andere Sendeunternehmen\*. Sie kann unmittelbare\* Anschlußsendung sein...Sie kann aber auch eine zeitlich aufgeschobene\* <diferida> Sendung sein, die aufgrund eines Mitschnitts (Aufnahme der Signale auf Bild- oder Ionträgern) oder aufgrund einer Überlassung der Wiedergabevorrichtung erfolgt."

\* Los subrayados son míos.

entidades de radiodifusión sobre sus propias "emisiones" y "transmisiones" haya de ser interpretada en un sentido más estricto y técnico.<sup>1210</sup>

Ello explicaría, además, la diferente dicción del art. 20.2. e) y la del art. 3 g) del Convenio de Roma: la óptica del citado Convenio no es la protección del autor, sino la de las entidades de radiodifusión. A dichos efectos - es decir, como contenido del derecho de las entidades de radiodifusión - si cabría entender que la noción legal de "retransmisión" se ciñe a la "simultánea" o en directo (para dejar así a salvo el "derecho" que a éstas corresponde asimismo en cuanto a la "reproducción" de sus "emisiones" y "transmisiones": art. 116.1. b)), de manera que, pese a que el art. 116.1. a) de la Ley de 1987 ha omitido también en dicho precepto la mención del carácter "simultáneo", parece que si cabría aplicar a la noción allí formulada la aludida restricción del Convenio de Roma.

Hay que reconocer entonces que, al menos en este concreto aspecto, no coinciden enteramente la "retransmisión" que

<sup>1210</sup> Como reconoce el propio ULMER; después de haber definido el citado autor la noción de "retransmisión" en el sentido indicado en la nota anterior, señala: "In einem engeren Sinn wird der Begriff der Weitersendung in den Regeln über die verwandten Schutzrechte des Sendeunternehmens verstanden. Weitersendung i. S. des §87 Abs. 1 Nr. 1 UhrG <derecho de las entidades de radiodifusión en la UhrG> ist nur die unmittelbare Anschlußsendung. Zu einem Mitschnitt der Sendung <retransmisión diferida> ist die Zustimmung des Ursprungsunternehmens aufgrund der Regel des §87 Abs. 1 Nr. 2 UhrG erforderlich, die den Sendeunternehmen das ausschliessliche Recht gewahrleistet, ihre Sendungen auf Bild- oder Tonträgern aufzunehmen." (ULMER, op. cit., pag. 257).

constituye el contenido del derecho de autor (art. 20.2. e)) y la "retransmisión" que es asimismo actividad protegida para la entidad de radiodifusión (art. 116.1. a)).

Finalmente, el estudio del concepto legal de "retransmisión" (y aquí no hay razón para interpretar la noción de modo diferente, según se esté ante un derecho de autor o ante el derecho de una entidad de radiodifusión) ha de ser completado trayendo a colación el art. 116.2. Dicho precepto considera incluida en el concepto de "retransmisión" "la difusión al público por una Entidad que emita o difunda emisiones de otra recibidas a través de un satélite de radiodifusión o telecomunicación".<sup>1211</sup> Como indican COCA y MUNAR en su comentario de este artículo, el precepto tiene mayor sentido en relación al segundo que al primer tipo de satélites: son los de telecomunicación los frecuentemente utilizados para esas retransmisiones, mientras que los de radiodifusión son de escaso uso para retransmitir, dado que los usuarios particulares pueden recibir directamente la señal del satélite.<sup>1212</sup>

<sup>1211</sup> De este modo se plantea una posible colisión entre esta disposición del art. 116.2. y la del art. 36.2., que incluye la intervención de esa segunda entidad en el acto de "emisión", al menos a efectos de la necesaria autorización y remuneración al autor o su derechohabiente. La manera de salvarla sería entender que, si no se cumple el presupuesto del art. 36.2. (autorización del autor o sus causahabientes a la segunda entidad), la intervención de esta última no estaría incluida en el concepto de "emisión" (vid. el art. 20.2. c)) y debería ser considerada una "retransmisión" (art. 116.2.).

<sup>1212</sup> COCA y MUNAR, loc. cit., pág. 1581.

**2. La comunicación en lugar accesible al público de la obra difundida por radio o televisión (art. 20.2. f) y art. 116.1. c))**

En relación a esta modalidad de "comunicación pública" a que se refiere el art. 20.2. f), ha de puntualizarse con carácter previo que no participa del carácter de actividad de telecomunicación que asignábamos en general a las que conforman esta sección.

Estamos aquí ante una actividad localizada<sup>1213</sup> - no dispersa, como predicábamos de las de los apdos. c) d) y e) -, siendo, además, como enseguida se verá, el lugar de su realización ("en lugar accesible al público": arts. 20.2. f) y 116.1. c)) uno de los elementos cruciales en la configuración de este tipo legal en concreto. Si, no obstante lo dicho, asociamos el supuesto del art. 20.2. f) a las actividades de difusión ya examinadas es porque, como también ha de verse, tiene como presupuesto la realización de cualquiera de ellas: estamos ante una comunicación pública de una "obra difundida por radio o televisión" (art. 20.2. f)) y, en

<sup>1213</sup> "...en un lugar determinado (casi siempre cerrado, o asimilado)..." Así caracteriza RIVERO esta modalidad de utilización, en su comentario del art. 20.2. f) (vid. loc. cit., pág. 404). Sobre la contraposición entre las actividades de radiodifusión y la que estamos contemplando en este apartado, vid. p.ej. DESBOIS: "...car la T.S.F. <radiodifusión> transmet l'audition ou le spectacle à des personnes éloignées, tandis que les bénéficiaires de la perception réalisée dans le restaurant ou le café se trouvent compter au nombre des destinataires de l'émission offerte à qui que ce soit et susceptible d'être recueillie par n'importe quel moyen en famille ou en public." (*Le droit d'auteur...* cit., pág. 303).



consecuencia también, ante una de aquellas modalidades de comunicación pública que calificábamos de *secundarias* o derivadas: sólo si ha habido una primera difusión de la obra por radio o televisión, puede concebirse la utilización de la misma examinada a continuación.<sup>1214</sup>

## **2.1. Su reconocimiento como nuevo "derecho"**

El examen del art. 20.2. f) nos sitúa ante una forma de utilización de las que han sido calificadas como "nuevo derecho".<sup>1215</sup> Su incorporación al Convenio de Berna en la revisión de Bruselas de 1948,<sup>1216</sup> como "derecho exclusivo de los autores a autorizar la comunicación pública mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida" (vid. su art. 11bis, apdo. 1., 3o.), precipita su reconocimiento por legislaciones estatales que habían ignorado o, incluso, negaban al autor el "derecho" a

<sup>1214</sup> Como exponíamos en el capítulo dedicado en general a las "modalidades de la comunicación pública", para nosotros, la calificación del "acto" de comunicación pública como utilización primaria o, por el contrario, secundaria o derivada se basa en la sustantividad o no del acto de comunicación. Así, son actividades de comunicación de carácter primario las que no requieren la previa realización de ningún otro acto de comunicación pública; y, a la inversa, son de carácter secundario o derivado las que, como esta del art. 20.2. f), se apoyan en una comunicación pública ya realizada (vid. supra capítulo quinto de esta Cuarta Parte, epígrafe II,1. nota )

<sup>1215</sup> Así en la Exposición de Motivos de la Ley alemana de 1965 (vid. UhrG "Begründung", pág. 243).

<sup>1216</sup> Vid. Convenio de Bruselas de 26 de junio de 1948, para la revisión de la Convención de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, suscrito por España (vid. B.O.E. de 9 de agosto de 1948).

esta modalidad de utilización.<sup>1217</sup>

En la base de su consagración como forma de utilización autónoma, emancipada de la propia actividad de radiodifusión, subyacen dos reflexiones.

De una parte, la reflexión de que la utilización de dichos instrumentos amplía de modo considerable la onda expansiva de la radiodifusión: la propaga a un círculo de destinatarios, notablemente superior al previsible

<sup>1217</sup> En Alemania, el Proyecto de 1954 ("Referentenentwurf") en su §14 (5) se propone, rompiendo con la jurisprudencia que declaraba "libre" este tipo de utilización, proteger al autor reservandosela (vid. "Referentenentwurf", pags. 67; 102-104).

En Francia, si bien el inciso final de los arts. 27 y 45 de la Ley de 1957 ya permitían darle acogida, determinadas decisiones jurisprudenciales contribuyeron a tergiversar en alto grado el sentido de tales disposiciones. Vid. así las decisiones recaídas en los litigios entre la SACEM <sociedad de autores francesa> y determinadas sociedades hoteleras (p.ej. la sociedad explotante del "Hôtel Lutetia" o la del "Hôtel Le printemps"), profusamente criticadas en la doctrina francesa. Vid. por todos DESBOIS, Henri, *Le droit d'auteur en France*, Toulouse 1966 (2a. ed.), pags. 308-310; y COLOMBET, op. cit., pags. 211-214)). Este tipo de decisiones habían negado el carácter de nueva comunicación o "representation nouvelle" a las utilizaciones de obras protegidas llevadas a cabo por tales sociedades hoteleras - las cuales percibían de sus usuarios un sobreprecio sobre el del alojamiento, mediante el expediente de facilitar a éstos el uso de receptores individuales - considerando que no procedían éstas a una "transmisión de la obra radiodifundida en un lugar público" en el sentido de los preceptos citados de la Ley de 1957, sino que se limitaban a la captación o recepción de la obra emitida, en un lugar privado, como es la habitación de hotel. Es por ello que la Ley de reforma de 1985 se preocupa por sustituir el término "transmisión" por el de "comunicación" y la fórmula "dans un lieu public", por la actual "dans un lieu accessible au public". Vid. así el art. 12.2o. de la Ley de 1985, que dota de nueva redacción al art. 45,4 de la anterior Ley de 1957.

inicialmente,<sup>1218</sup> hasta el punto de que hay que considerar que se trata de un nuevo "acto" de comunicación y, desde luego, de explotación.<sup>1219</sup> Y, de otra parte, el venir realizada o simplemente propiciada esa nueva comunicación por sujetos que no son el autorizado por el autor para llevar a cabo la comunicación pública de la obra vía radiodifusión, es decir, la propia entidad de radiodifusión (arts. 20.2. c) d) e)),<sup>1220</sup> pero que pueden percibir

<sup>1218</sup> "Las retransmisiones o emisiones de las obras radiodifundidas que entrañen nuevo número de posibles receptores, se considerarán como emisiones diferentes a los efectos de permiso y pago." (vid. FORNS, *La television...* cit., pag. 857).

<sup>1219</sup> La fórmula alemana es bien expresiva: "Zweitverwertungsrecht" (vid. RefE, pag. 103; UhrG "Begründung", pags. 264-265). En Francia, se habla de "représentation nouvelle" (vid. COLOMBET, op. cit., pag. 213). El temor expresado, además, ante este tipo de utilizaciones radica en su capacidad para sustituir las representaciones y, sobre todo, las ejecuciones musicales en directo: "Bei der fortschreitenden Verbesserung der Wiedergabe von Funksendungen durch Lautsprecher ersetzt diese Darbietungen immer mehr die lebende Musik." (vid. RefE, zu §14 pag. 103).

<sup>1220</sup> Con el término "propiciar", que subrayamos, queremos poner de relieve que estamos ante una modalidad de comunicación pública que, a diferencia de las hasta ahora analizadas, no implica una iniciativa en la comunicación de parte de quien está detrás de esa nueva comunicación o propagación de la comunicación ya realizada. Y es esa falta de iniciativa - pues la responsabilidad (tanto organizativa como económica) en la difusión de programas corresponde a la entidad de radiodifusión (vid. nuestra nota ) - la que sirvió a las decisiones francesas citadas en el anterior epigrafe para negar que las sociedades hoteleras demandadas hubiesen procedido a una comunicación pública de la obra. Vid. así la Sentencia de la "Cour de Paris" de 20 de junio de 1962: "...cette reception ainsi limitée ne constitue pas en elle-même une reception nouvelle et distincte, laquelle ne serait réalisée qu'au cas de transmission de l'oeuvre radiodiffusée à d'autres personnes...par exemple par le moyen d'un haut-parleur placé dans un lieu public, cas expressément visé aux articles 27, dernier alinéa et 45 dernier alinéa de la loi précitée...Des lors, la réception par les clients de l'hôtel Lutetia dans leurs chambres du

beneficios económicos directos o indirectos con motivo de la comunicación pública realizada por tal entidad (arg. ex art. 116.1. c)).<sup>1221</sup>

Curiosamente, entre nosotros este tipo de utilización había llegado a encontrar plasmación legal aun antes de la Conferencia de Bruselas de 1948: el ya citado Proyecto de la II República, de 1934 había establecido en su art. 10: "El derecho de comunicación es el que el autor se reserva sobre las captaciones publicas que, de las representaciones, ejecuciones o emisiones ya autorizadas, hagan los altavoces u otros aparatos receptores y reproductores publicos". Una vez mas nos remontamos a dicho texto para consignar la

repertoire de la S.A.C.E.M. est couverte par l'autorisation qu'elle a concedee au poste emetteur <es decir, a la entidad de radiodifusión> et ne saurait donner lieu a aucune redevance particulier." (vid. "Gazette du Palais", de 17-19 de octubre de 1962; DESBOIS, *Le droit d'auteur...* cit., pags. 303; 306; 309-310 y también el comentario de dicha sentencia por el mismo autor en la *Revue trimestrielle de Droit commercial*, 1963, pags. 101 y s.s.). Vid. en particular cómo contesta DESBOIS el argumento de la falta de iniciativa en la comunicación auspiciada por dichos sujetos: "Tous les hôteliers, cafetiers, restaurateurs, qui perçoivent les mêmes émissions pour leurs clientele respectives, prennent simultanément et chacun pour soi, l'initiative d'une communication...ce n'est, en effet, ni l'exécution proprement dite, ni l'émission qui constitue l'assise de leur tribut, mais la transmission qu'ils offrent à leurs clientele respectives...car tout intermediaire a l'obligation de solliciter une nouvelle autorisation..." (op. cit. pags. 305-306).

<sup>1221</sup> Ilustra esa doble modalidad, directa o indirecta, que puede revestir la percepción de ingresos a partir de esta forma de comunicación publica, la ya citada decisión relativa al "Hôtel Lutetia": "...que la réception du programme radiophonique n'est pas gratuite en raison du versement effectué par le client au moyen du dispositif monnayeur <exacción directa> ou d'une majoration du prix de la Chambre <exacción indirecta>, est sans intérêt..." (loc. cit. en nota anterior).

escasa influencia que parece haber ejercido en la actual regulación de 1987. Y, sin embargo, la disposición de 1934 que citamos introduce ya elementos significativos del tipo de utilización que estamos analizando y, que, en cambio, el precepto actual, el art. 20.2. f), no ha sabido destacar suficientemente. Son éstos, el carácter *secundario* o derivado de esta actividad de comunicación pública ("captaciones...de las representaciones o...emisiones ya autorizadas..."); y la mención explícita de los instrumentos específicos de tal comunicación ("altavoces u otros aparatos receptores...").

Durante la vigencia de la Ley de 1879, que, naturalmente, dada la época de su promulgación, no podía ocuparse específicamente de tales utilizaciones,<sup>1222</sup> y a raíz de la revisión de la Convención de Berna en la Conferencia de Bruselas de 1948, se dictó la Orden de 15 de junio de 1959,<sup>1223</sup> sobre "derechos de autor en transmisiones por televisión", disposición que reviste el mérito de haber sabido vislumbrar como forma autónoma de utilización de la obra la actividad de que ahora nos ocupamos: "...se trata de

---

<sup>1222</sup> A pesar de que la amplitud de los términos con que estaban formulados el art. 19 de la Ley y los arts. 71, 116 y 117 de su Reglamento podrían haber bastado para proteger al autor de este tipo de utilizaciones. No obstante, es obvio que tales preceptos fueron redactados pensando en las representaciones y ejecuciones musicales en directo (vid. DANVILA, op. cit., pag. 498) y, como enseguida veremos al comentar la Orden de 1959, no bastaron para proteger al autor a estos efectos.

<sup>1223</sup> A tenor de la Disp. Transitoria 6a. de la Ley actual cabe considerar todavía vigente tal disposición.

supuestos de hecho completamente diferenciados que el legislador <el de la Convención de Berna> contempla con independencia, cuales son la radiodifusión, la retransmisión y la comunicación pública por altavoz o instrumento transmisor de sonidos o imágenes...cada uno de cuyos actos produce por sí mismo una propia difusión o publicación de la obra intelectual de distinta naturaleza", añadiéndose, además: "...ni sería equitativo tampoco hacer pesar únicamente sobre la emisora de radio o televisión la relación económica con los titulares de la Propiedad Intelectual utilizada, prescindiendo del hecho...de su utilización pública por medio de receptores..."<sup>1224</sup>

Es decir, quedan patentes en dicha disposición los dos factores que han hecho necesario el reconocimiento del carácter independiente de esta modalidad de comunicación pública: la intervención de un mecanismo intermedio que capta la emisión de radio o televisión y la hace llegar así al público que se encuentra en establecimientos provistos de

<sup>1224</sup> A tenor de las decisiones jurisprudenciales pronunciadas en esta época, no parece que la Orden de 1959 citada hubiese tenido la virtualidad de erradicar la práctica frecuente, tanto antes como después de su entrada en vigor, de la utilización de emisiones de radio y televisión por los establecimientos de hostelería, en sustitución de la música en vivo. Vid. así las S.S. T.S. <Sala 2a.> de 9 de mayo de 1956 y 15 de diciembre de 1969. Tanto una como otra resolución declaran la improcedencia del recurso interpuesto en ambos casos por la Sociedad General de Autores de España, basándose, ya en la escasa entidad del perjuicio económico que se inflige a los titulares de la propiedad intelectual mediante tal conducta, ya en la falta de intencionalidad en su realización.

tales dispositivos,<sup>1225</sup> y el hecho de que, detrás de dicha comunicación mediatizada de la obra difundida por radio o televisión, se encuentren particulares o empresas,<sup>1226</sup> explotantes de tales establecimientos, que aprovechan la comunicación así realizada, para percibir de sus usuarios una contraprestación económica adicional.<sup>1227</sup>

## **2.2. Delimitación de la actividad**

La principal característica de esta actividad de "comunicación pública", frente a todas las demás contempladas en el art. 20.2., es, como apuntábamos, su carácter derivado o *secundario*: si estamos ante una "comunicación pública" de la "obra difundida o televisada", el "acto concreto de utilización a que se está refiriendo el art. 20.2. f) es inconcebible sin que - previa o

<sup>1225</sup> "Este supuesto está relacionado en la práctica con la difusión en algunos establecimientos (hoteles, salas de fiestas) de las obras emitidas por radio o televisión sirviéndose de aparatos intermedios que captan y reproducen en habitaciones o espacios cerrados dicha emisión, que no percibe el cliente o usuario directamente de la emisora original, sino por conducto o gracias a estos aparatos (teléfono, altavoces, receptores individuales...)" (vid. RIVERO, loc. cit., pag. 404).

<sup>1226</sup> La Orden de 1959 se refiere inicialmente a "todas las empresas de espectáculos públicos..." y, a continuación, "a toda empresa, entidad o corporación..."

<sup>1227</sup> "...se trataba de evitar una nueva forma de apropiación abusiva de una prestación ajena, puesto que estos "comunicadores públicos" de las emisiones o transmisiones de televisión utilizan éstas como señuelo de clientela y, por ende, con vistas al aumento de sus beneficios económicos..." (así, COCA y MUNAR, op. cit., pág. 1585).

simultáneamente<sup>1228</sup> - se produzca efectivamente tal difusión por radio o televisión de la obra utilizada. Este acto de "comunicación pública" se realiza, pues, apoyándose en otro diferente.

Es por ello que, más adelante, al regular el legislador español los derechos que, a su vez, corresponden a la propia entidad de radiodifusión sobre las "emisiones" y "transmisiones" por ella efectuadas (arts. 116 y 117) se reconoce a éstas un derecho paralelo de autorizar esta forma de utilización.<sup>1229</sup> El perfil de esta actividad de

<sup>1228</sup> Aquí no hay cuestión de si la comunicación derivada o secundaria de la obra difundida por radio o televisión es solo la simultánea o también la que se realiza en diferido respecto a la difusión por radio o televisión de la obra. Ni los preceptos de la Ley de 1987 dedicados específicamente a esta actividad de utilización (arts. 20.2. f) y 116.2. c) LPI), ni las normas paralelas de los Convenios internacionales (art. 11bis apdo. 1.,3o. del Convenio de Berna; art. 13 d) del Convenio de Roma) ni las de las Leyes alemana (§22 UhrG) y francesa (art. 12,2o. Ley de 1985) contienen limitación alguna al respecto. Y, sobre todo, en nuestro Derecho, la ya citada Orden de 1959 se refiere a "cualquier procedimiento o medio", citando a continuación a título de ejemplo algunos como "la cinta magnetofónica" que pueden servir para una comunicación en diferido de la obra difundida por radio o televisión.

Lo esencial en estos casos es la intervención de "un mecanismo intermedio que capta la emisión de radio o televisión y la lleva por instalaciones apropiadas a aquellos clientes o público" (RIVERO, loc. cit., pág. 404), así como la posible "apropiación abusiva de una prestación ajena" (COCA y MUNAR, loc. cit., pág. 1585) - del autor, de la entidad de radiodifusión o del artista intérprete - y ello se produce, tanto si la comunicación secundaria a través de tales dispositivos es simultánea a la difusión por radio o televisión, como - y con mayor razón, porque entonces, entra en juego, además del "derecho de comunicación pública", el "derecho de reproducción" del sujeto protegido - si es diferida.

<sup>1229</sup> Parece entonces que a la hora de comunicar públicamente una "emisión o transmisión de radiodifusión" (art. 116.1. c)) que lleve incorporada una obra intelectual (art. 20.2. f)) habrá que contar con una doble autorización y proceder



comunicación pública sólo puede entonces ser trazado mediante la conjunción de los dos preceptos citados en nuestra rúbrica, el art. 20.2 f) y el art. 116.1. c)),<sup>1230</sup> pues, como ya apuntábamos omite el primero de dichos preceptos elementos necesarios para su comprensión.

En primer lugar, el modo en que el art. 20.2. f) describe tal actividad - "La emisión o transmisión..." - pudiera hacer pensar que el sujeto activo de tal utilización derivada es, al igual que en los tres anteriores apartados del art. 20.2., una entidad de radiodifusión, interpretación que sólo puede ser descartada: ¿qué necesidad habría entonces de contemplar este "acto" en apartado diferente del asignado a la "retransmisión"? Ya hemos visto que la intervención de un sujeto distinto de la propia entidad de radiodifusión es un elemento decisivo a la hora de atribuir

a una doble remuneración: la del autor de la "obra difundida por radio o televisión" (art. 20.2. f) en R con el art. 17 LPI) y la de la entidad de radiodifusión que procede a tal difusión de la obra (art. 116.1. c)). Vid. la confirmación de este concreto extremo en DESBOIS, op. cit., pag. 303 y pag. 301, nota 1. No obstante, no corresponde ahora analizar cómo se organiza la coexistencia entre el derecho que corresponde al autor y el que corresponde a la entidad de radiodifusión; nos limitamos a recordar cuál es el principio que, según el art. 121 de la LPI, debe presidir, en general, la coexistencia entre los derechos del Libro I ("Derechos de autor") y los del Libro II ("Otros derechos de propiedad intelectual").

<sup>1230</sup> "Adviértase aquí como este tipo de comunicación pública es exclusiva de las emisiones o transmisiones por Entidades de radiodifusión, hasta el punto de que, en realidad, más que establecer un caso específico de "comunicación pública" de emisiones de radiodifusión, prácticamente nos define lo que es esa comunicación pública en caso de que lo comunicado sea una emisión o transmisión de radiodifusión." (así, COCA y MUNAR, refiriéndose al apartado f); loc. cit., pag. 1585).

carácter autónomo a este supuesto de comunicación pública.<sup>1231</sup> Lo correcto es guiarse por la fórmula del art. 116.1. c) ("comunicación pública de sus emisiones o transmisiones de radodifusión..."), desprovista de connotaciones subjetivas en cuanto al procedimiento.<sup>1232</sup>

La identificación de la actividad y del sujeto de la misma ha de basarse, en cambio, en las ambiguas referencias del art. 20.2. f) al "instrumento" y al "lugar" de la comunicación.

Ese "instrumento idóneo" no puede ser sino el "altavoz", "pantalla" o dispositivos análogos propagadores de imágenes y sonidos a que se refieren disposiciones concordantes, como el ya citado art. 11 bis del Convenio de Berna.<sup>1233</sup> Pero,

<sup>1231</sup> Lo recuerda en nuestro ordenamiento la propia Orden de 1959, en el fragmento que ya transcribimos en texto: "...ni sería equitativo tampoco hacer pesar únicamente sobre la emisora de radio o televisión la relación económica con los titulares de la Propiedad Intelectual utilizada, prescindiendo del hecho...de su utilización pública por medio de receptores...".

<sup>1232</sup> Vid. también los preceptos ya citados del Convenio de Berna, del Convenio de Roma y los de las Leyes alemana y francesa, que se refieren indiscriminadamente a la "comunicación pública" de la obra radiodifundida.

<sup>1233</sup> Compárese, además, el carácter rudimentario y casi doméstico de los instrumentos que, a título ilustrativo, se citan en las enumeraciones legales del Convenio de Berna y también p.ej. del §22 UhrG ("altavoz, pantalla...", o, como en la Orden de 1959 citada, "gramola, fonógrafo, pianola, pianos de manubrio, aparatos receptores de radio y televisión...") con la sofisticación de los mecanismos emisores o transmisores que se citan para llevar a cabo una emisión o transmisión de la obra (vid. art. 20.2. c) d) y e) LPI). No vamos a negar la posibilidad de que pueda haber en la práctica establecimientos de los aquí contemplados, capacitados para proceder a una comunicación de la obra

sobre todo, es el "lugar" el elemento crucial en tal identificación: "en lugar accesible al público", indicación que ha de ser necesariamente precisada con la referencia del art. 116.1. c) a "lugares a los que el público pueda acceder mediante el pago de un derecho de admisión o entrada" y,<sup>1234</sup> asimismo, con la del art. 90.3., que, alude incidentalmente a esta modalidad de comunicación pública en relación a la obra audiovisual ("transmisión...de una obra audiovisual...")<sup>1235</sup> y se refiere a tal utilización en locales "sin exigir pago de un precio de entrada".<sup>1236</sup>

difundida por radio o televisión en forma de "emisión" o "transmisión". Sin embargo, ya dejamos establecido en su momento que la envergadura técnica y económica de tales actividades obliga a considerarlas reservadas "de facto" a las entidades de radiodifusión propiamente dichas.

<sup>1234</sup> Vid. COCA y MUNAR (loc. cit., pag. 1586), que refiriéndose al art. 20.2. f) señalan: "Existe el entendimiento generalizado de que con ello se alude a todos los locales de espectáculos y, en particular, a las salas de cine o similares en las que la emisión televisada constituya el "programa" propiamente dicho, aunque esta modalidad como la hispanica de los teleclubs esta en franco desuso. Téngase en cuenta que este requisito se cumple también en los bares, hoteles, cafeterías, "pubs", etc. dotados de un receptor de televisión o radio...".

<sup>1235</sup> "Il n'en va pas autrement d'une oeuvre cinématographique préexistante qui est télévisée, car tout intermédiaire a l'obligation de solliciter une nouvelle autorisation, lorsqu'il procure le bénéfice de l'audition ou du spectacle dans des conditions autres que celles impliquées de toute nécessité par la concession initiale." (así, DESBOIS, op. cit., pag. 306).

<sup>1236</sup> Si traemos a colación el art. 90.3. es sólo para señalar la diferencia entre las dos clases de establecimientos indicadas en el texto. Ya se vio que el supuesto del art. 90.3., aunque desde el punto de vista del tipo de utilización constituya un caso particular del art. 20.2. f), se orienta antes por la vía de la "remuneración compensatoria", que por la de las actividades reservadas al autor como contenido de los "derechos de explotación" (vid. supra capítulo primero de esta Cuarta Parte, sección II).

La delimitación exacta del tipo de locales de que, en definitiva, se trata resulta, para nosotros, de la contraposición entre el art. 116.1. c) y el art. 90.3., que se refiere, pues, a una clase distinta de establecimientos, aquéllos que "no exigen el pago de un precio de entrada". Si, con relación a éstos últimos, habíamos señalado que se estaba pensando en aquéllos que procedían a una utilización de obras audiovisuales, de carácter subsidiario respecto a su servicio principal (hostelería o transporte),<sup>1237</sup> en el art. 116. 1. c) parece estarse pensando en locales dedicados específicamente a espectáculo o entretenimiento, en los que la "comunicación pública" de la "emisión" o "transmisión" de que se trate sí se encuentra, en cambio, en mas directa

Es mas, en un principio, no hubiésemos podido traer a colación el art. 90.3. en cuanto al tipo de utilización a que ahora nos referimos, pues el Proyecto de Ley incluía en este precepto sólo "la proyección de la obra audiovisual...sin exigir el pago de un precio de entrada". El precepto se hubiese, pues, ceñido al supuesto de la "proyección o exhibición pública de obras audiovisuales", ya comentado en relación al art. 20.2. b). No obstante, la aprobación en el Pleno del Senado de la Enmienda 97 del Grupo Popular (vid. Diario de Sesiones del Senado de 1987, no. 46, de 7 de octubre, pag. 1779) presentada con la justificación "no discriminación entre procedimientos" (vid. BOCG. Senado, 1987, Serie II, no. 94 c), de 7 de septiembre) da lugar a la redacción actual, que incluye también "la transmisión de obras audiovisuales", con lo cual el art. 90.3. habrá de ser contemplado asimismo como un caso particular del art. 20.2. f) referido a la obra audiovisual es decir, que sea ésta "la obra difundida por radio o televisión", incluso si la transmisión de la misma mediante ese tipo de dispositivos (art. 20.2. f): "instrumentos idóneos") se realiza "sin exigir el pago de un precio de entrada".

<sup>1237</sup> Ya tuvimos ocasión de referirnos a este tipo de locales en nuestro estudio de la actividad de "proyección o exhibición pública de obras audiovisuales" (vid. supra sección IV de este capítulo quinto).

relación con la actividad principal de este tipo de local.

Si para las Entidades de radiodifusión, la reserva de esta forma de explotación se ciñe exclusivamente a este segundo tipo de locales ("lugares a los que el público pueda acceder mediante el pago de un precio de entrada"),<sup>1238</sup> resultará, en cambio, que la protección al autor a este respecto es mas amplia, puesto que comprende los dos tipos de establecimiento, interpretación que basamos no tanto en la

<sup>1238</sup> El art. 116.1. c) de la Ley de 1987 concuerda en este punto con el art. 13 d) del Convenio de Roma, donde existe idéntica limitación.

El rechazo por la Comisión del Congreso de la Enmienda 262 del Grupo Popular, que en el art. 115.1. c) <art. 116.1. c) actual> pretendía la inclusión asimismo de los establecimientos de hostelería, mediante la adición del inciso "o cualquier otro pago que permita la permanencia en el mismo" <en el establecimiento>, evidencia la voluntad del legislador de dejar a éstos últimos fuera de la órbita del art. 116.1. c) y ceñirse sólo a locales de espectáculo: "De admitirse la enmienda que ustedes proponen, resultaría que en aquellos otros locales a los que el público tiene acceso y se está viendo la televisión, como puede ser un bar, una cafetería o el hotel...hipotéticamente la entidad Televisión Española se podría negar o podría poner condiciones para que esta emisión pudiera ser presenciada por los clientes de la cafetería o el bar en cuestión. Nos parece que sería, por tanto, restringir un uso que en estos momentos es habitual, en contra de lo que son los intereses normales del público, incluso de los propios dueños o de los empresarios de las cafeterías. Nos parece que sería contaproducente." (Vid. la intervención del Portavoz del Grupo Socialista, MARTINEZ MARTINEZ, en el Diario de Sesiones del Congreso. Comisiones. año 1987, no. 131, de 13 de mayo, pág. 4949).

Así, pues, el "derecho exclusivo de autorizar la comunicación pública de sus emisiones o transmisiones..." que corresponde a las entidades de radiodifusión se ciñe en la Ley de 1987 a la utilización en lugares "que exigen el pago de un precio de entrada". En consonancia con ello, entienden COCA y MUNAR (loc. cit., pág. 1586) que - para las Entidades de radiodifusión - "Son excluidos, por ende, los lugares a los que el público tiene acceso de forma gratuita...El problema se presenta cuando el lugar en que se produce esa comunicación es comercial (bar, restaurante, hotel, pub, etc.)...En esos casos se entiende que no son incluíbles en la exigencia de autorización <de la entidad de radiodifusión <de las Entidades de radiodifusión>..."

ambigüedad del art. 20.2. f), que parece haber querido señalar a todos los establecimientos y a ninguno, como en la concisa referencia del art. 90.3. a esta forma de utilización, lo cual indica que la protección al autor se extiende asimismo a los establecimientos en él designados.<sup>1239</sup>

Lo que justifica, en definitiva, la necesidad de autorización del autor en cuanto a esta utilización de su obra es - además de la ampliación o propagación que de este modo experimenta la comunicación via radiodifusión - el carácter lucrativo del establecimiento (o "lugar accesible al público": art. 20.2. f)) en que tiene lugar esta actividad de comunicación pública.<sup>1240</sup> ya por percibirse

<sup>1239</sup> Refiriéndose al derecho paralelo reconocido a las Entidades de radiodifusión en el art. 116.1. c) señala DIETZ (*Das Urheberrecht in Spanien...* cit., pág. 180). "In diesem Punkt geht das Recht des Urhebers gem. Art. 20 Ziff. 2 Buchst. f wesentlich weiter."

Esta interpretación permite, por otra parte, la subsistencia del régimen hasta ahora vigente, en virtud de la citada Orden de 1959, pues ésta sujetaba a la necesidad de autorización y al pago de tarifas a la Sociedad de Autores, tanto a "todas las empresas de espectáculos públicos" (y cita, entre otros, "los teatros, circos, salas de baile..."...piscinas, campos de deportes..."); como a otro tipo de establecimientos, entre ellos también los de hostelería. Vid. así la prolija enumeración de tal disposición: "...casinos, sociedades, hoteles, restaurantes, balnearios, cafés, bares, etc. y, en general, toda entidad, corporación o particular que represente, ejecute, interprete o exhiba cualquier género de obras dramáticas, lírico-dramáticas, musicales, películas cinematográficas - total o fragmentariamente - y por cualquier procedimiento o medio incluso mecánico (gramola, fonógrafo...aparatos receptores de radio y televisión, etc.)."

Sobre la extensión de la protección al autor a todo tipo de locales en el régimen de la propiedad intelectual anterior a 1987, vid. MOLAS VALVERDE, op. cit., pág. 62.

<sup>1240</sup> "La recepción no plantea problemas cuando es privada; pero cuando es pública (bares, etc.) surge un nuevo derecho de autor, por el carácter lucrativo del establecimiento." (así FERNANDEZ SHAW, loc. cit., pág. 385).

directamente un precio de entrada (art. 116.1. c)), ya porque la permanencia del público en el mismo comporta, aunque sea indirectamente, algún tipo de contraprestación, posibilidad que incluso era ya tenida en cuenta en el Reglamento de la Propiedad Intelectual de 1880,<sup>1241</sup> en su art. 116: "No podrán eximirse <los "cafés y cafés-teatros"> del pago de los derechos de representación de las obras aunque el precio de entrada esté comprendido en el consumo de los géneros que se expendan en el establecimiento."

<sup>1241</sup> A tenor de la Disposición Transitoria 6a. de la LPI de 1987, podemos considerar que continúa vigente también a estos efectos el Reglamento de 1880.

### **3. El acceso público a bases de datos de ordenador por medio de telecomunicación (art. 20.2. h))**

Estamos aquí ante la utilización que consiste en la puesta a disposición del público, de la propia obra mediante sistemas electrónicos de información.

La actividad queda aquí delimitada por la particularidad, tanto del objeto utilizado, como del procedimiento empleado.

Bajo el primer aspecto, hay que señalar que el precepto del art. 20.2. h) se refiere tanto a "bases de datos que incorporen obras protegidas", como a "bases de datos que constituyan obras protegidas".

En el primer caso, se trata de textos íntegros, resúmenes analíticos u otros elementos tomados de creaciones protegidas por la propiedad intelectual (art. 10 Ley); estaríamos, pues, ante un supuesto de los arts. 9o., 12 y 32 de la Ley: incorporación de una obra o de elementos de la misma a otra obra diferente. En el segundo caso, es la propia base de datos la que "por la selección y disposición de las materias" (art. 12) en ella utilizadas - ya procedan estas de obras protegidas, como acabamos de ver, o se trate de una reunión de "otros elementos o datos" (art. 12 LPI) - constituye obra protegida.<sup>1242</sup>

<sup>1242</sup> Sobre las diferentes clases de material que integra una base de datos, vid. BONDIA ROMAN, op. cit., pág. 278:

"lo. Datos aislados o elementos aislados de información. Esto es lo que constituyen los datos bibliográficos usuales (nombre del autor, título, editor,...que dan



Es decir, lo que puede determinar la reserva de esta actividad al titular de la propiedad intelectual es, tanto el carácter de obras protegidas de algunos de los elementos que integran la base de datos, como el carácter de "obra" que puede llegar a revestir la propia base de datos, si alcanza el nivel de altura o esfuerzo creativo indicado en el citado art. 12.<sup>1243</sup>

La peculiaridad del tipo de objeto<sup>1244</sup> revierte en la

lugar a las bases de datos bibliográficos.

20. Textos íntegros de obras protegidas.

30. Presentaciones abreviadas de textos, extractos o resúmenes analíticos que pueden condensar, no solamente el tema de la obra, sino también sus tesis más importantes. Esta categoría junto con la anterior constituyen las bases de datos documentales."

En cuanto a la primera categoría, señala este mismo autor (id. loc. cit.) que la utilización "de los datos bibliográficos usuales...no constituye, por lo general, una infracción a la propiedad intelectual sobre las obras a que se refieren dichos datos."

<sup>1243</sup> Las bases de datos no están mencionadas explícitamente en el catálogo de obras protegidas del art. 10. RIVERO (vid. *Comentarios...* cit, pág. 408) las considera incluidas en la mención a los "programas de ordenador" del art. 10.1. h). A nuestro modo de ver, su inclusión vendría antes dada por la locución "entre ellas" del art. 10.1.,1, pues la base de datos no parece encajar en la definición del "programa de ordenador" que más adelante realiza la propia Ley en el art. 96 como "secuencia de instrucciones o indicaciones...para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado..." Nos parece que lo único que habría en común entre una base de datos y un programa de ordenador es que ambas son obras incorporadas a un "soporte lógico". Sobre qué sea un "soporte lógico", vid. BONDIA ROMAN, op. cit., pág. 270 y s.s.; y DELGADO ECHEVARRIA, Jesús, comentario de los arts. 95 y s.s. de la Ley de 1987 en los *Comentarios...* cit., págs. 1321 y s.s.; vid. pág. 1361; pág. 1374.

<sup>1244</sup> SCHRICKER las designa como "elektronischen Veröffentlichungen und elektronischen Buchereien" (vid. SCHRICKER, Gerhard, «Harmonisierung des Urheber- und Verlagsrechts im EG-Binnenmarkt» en *Der Buchhandel im*

peculiaridad de su utilización: la posibilidad de uso y disfrute más o menos inmediato para el usuario, que, en mayor o menor medida, parece común a los demás tipos de obras no parece existir aquí: hasta llegar al efectivo "acceso" o consulta (arg. ex. art. 100,2: "consulta pública") de la base de datos por tal usuario se requieren una serie de operaciones previas e intermedias. Por ello, nos interesa precisar cuál es el estadio concreto en el manejo de la obra a que se está refiriendo el art. 20.2. h).

El "acceso" a una base de datos, involucra como presupuesto, su introducción en la memoria interna de un ordenador central, pudiendo a continuación acceder los usuarios a dicha información desde distintos terminales, con localizaciones diversas (p. ej. en las distintas bibliotecas que disponen de un servicio de teledocumentación). La posibilidad efectiva de "acceso" o consulta por parte del usuario requiere la introducción en la memoria del ordenador que almacena o contiene tal información y la búsqueda o llamada - "recuperación", en la terminología especializada (del inglés, "retrieve") - del documento que interese.

La actividad inicial de almacenamiento de información en la

*Europäischen Binnenmarkt* ("Sonderdruck aus 'Borsenverein des Deutschen Buchhandels'") Bonn 1989, págs. 29 y s.s.; vid. pag. 35). Se destaca entonces en las bases de datos su capacidad de sustituir la función que, hasta ahora venían desempeñando las "ediciones impresas" (vid. BONDIA ROMAN, op. cit., pág. 278).

memoria interna del ordenador<sup>1245</sup> no es sino una "reproducción" de la obra-base de datos (e, indirectamente, de las obras a ella incorporadas), puesto que implica "la fijación de la obra en un medio que permite su comunicación" (art. 18; art. 99.3., "a contrario"). Entendemos así que dicho estadio previo queda fuera de la actividad que se está contemplando en el art. 20.2. h), porque, además, la realizarán sujetos distintos: quien incorpora o introduce por primera vez la base de datos en la memoria del ordenador central es el centro o entidad emisora ("distribuidor de la base de datos", en términos técnicos), que será normalmente titular de la propiedad intelectual de la misma;<sup>1246</sup> quien posibilita el "acceso" a la misma es la entidad, que por estar conectada al "distribuidor" o suministrador de la información, pone tal servicio de documentación a disposición de sus usuarios.<sup>1247</sup>

<sup>1245</sup> "Para su utilización por el ordenador, los datos e instrucciones han de estar a su disposición cuando los necesite, almacenados en alguna 'memoria'." (DELGADO ECHEVARRIA, loc. cit., pag. 1366).

<sup>1246</sup> "Lo peculiar, sin embargo, y que complica el análisis de la titularidad de los derechos, es que las actividades de producción de la base de datos pueden estar separadas de las de gestión de la misma y de las de distribución, a cargo de personas (jurídicas) distintas vinculadas por lazos contractuales. Además, la información que se almacena puede ser proporcionada por un organismo-fuente, público o privado, que se reservará o no la propiedad intelectual de las obras (v.gr., resúmenes, comentarios) que proporciona. (DELGADO ECHEVARRIA, loc. cit., pag. 1376).

<sup>1247</sup> P.ej., la Biblioteca de la Universidad de Barcelona dispone de y presta un servicio de teledocumentación, que permite a sus usuarios el acceso a bases de datos que pertenecen y distribuyen otras entidades, como pueden ser "Incunabile short Titles Eighteen Century Short", suministrada por la "British Library" o "Iberlex" (repertorio de legislación española), que proporciona el

Tampoco la utilización concreta o "consulta" (arg. ex art. 100,2: "consulta pública...") que de la base de datos realiza el usuario individual entra dentro de la actividad que estamos ahora analizando. El apdo. h) del art. 20.2. suscita por un momento la duda - puesto que describe el "acto" de comunicación empleando únicamente el sustantivo "acceso", omitiendo verbos - de si el puro hecho del "acceso" o consulta de la base de datos incide en o constituye tal acto de comunicación. De la puesta en relación de los dos diferentes apartados del art. 20 (art. 20.1. y art. 20.2.), solo puede desprenderse que lo que, en definitiva, constituye actividad de explotación es, como en todos los demás casos, la "puesta a disposición del público" (art. 4; art. 20.1.) de la obra y no el uso personal o privado que el usuario realice de la misma, que, como principio general en materia de propiedad intelectual (art. 31. 2o.; art. 124.4.), queda siempre excluido como actividad de explotación.

El sujeto de la actividad contemplada en el art. 20.2. h) es, pues, el servicio de documentación que pone a disposición del público usuario la base de datos (así, la biblioteca que dispone del repertorio jurisprudencial o el fondo bibliográfico<sup>1246</sup>). No se trata aquí entonces de

"Boletín Oficial del Estado".

<sup>1246</sup> En nuestro ejemplo de nota anterior, la Universidad de Barcelona.

reconocer el derecho del autor a la introducción de su obra en la memoria interna del ordenador, sino, presupuesto que la obra ha sido ya incorporada (o "reproducida") por la entidad a quien corresponda,<sup>1249</sup> facilitar el acceso o la posibilidad de consulta.

La referencia del precepto a la "telecomunicación" (art. 20.2. h): "por medios de telecomunicación")<sup>1250</sup> indica que lo que aquí se contempla es una puesta a disposición de la obra al público a distancia, desde terminales remotas,<sup>1251</sup> y no entonces el acceso directo a la obra introducida en la memoria del ordenador personal del usuario (comp. art. 99.3.

<sup>1249</sup> En nuestro ejemplo, la "British Library" o el "BOE".

<sup>1250</sup> Participa, pues, plenamente esta modalidad de comunicación pública del art. 20.2. h) del carácter de actividad de "telecomunicación" que nos ha llevado a examinarla junto con las contempladas en los apdos. c), d), e) y f) del art. 20.2. Conviene, pues, recordar en este punto la definición del término "telecomunicación" que nos ofrece el Anexo de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las telecomunicaciones, que transcribimos en nota 1 de este documento.

En la Ley francesa, la contemplación de la actividad de utilización incorporal de las bases de datos se articula mediante el expediente de predicar de este tipo de objeto la noción de "teledifusión", introducida en 1985 en el concepto, más amplio, de "representación". Vid. el art. 90. de la Ley de reforma de 1985: "La représentation consiste dans la communication de l'oeuvre au public par un procédé quelconque, et notamment... par télédiffusion. La télédiffusion s'entend de la diffusion par tout procédé de télécommunication de sons, d'images, de documents, de données, et de messages de tout nature."

<sup>1251</sup> "...el acceso a la misma <base de datos> desde terminales remotas mediante sistemas conversacionales de recuperación que permiten diálogo hombre-máquina "on-line" (así del CORRAL BELTRAN, Milagros, «Bases de datos y propiedad intelectual», en *Boletín de Derecho de Autor* 1983, no. 4, pág. 12).

Ley).

Por otra parte, la participación de este "acto" concreto en el carácter incorporeal que define a la noción de "comunicación pública" (art. 20.1., 1: "sin previa distribución de ejemplares...") hace pensar que la utilización a que se refiere el apartado h) del art. 20.2. no incluye la consulta de la base de datos instrumentalizada en un soporte físico, como pueda ser la obtención de un ejemplar escrito a través de impresora; estaríamos en ese caso ante una utilización que, materialmente constituye, "reproducción". al margen de que pueda quedar exceptuada como actividad de explotación, si se trata de una "reproducción" para uso personal o "privado" del copista (art. 31, 2o.). Siendo así, parece que sólo la lectura en pantalla forma parte en rigor del "acto" de comunicación pública.<sup>1252</sup>

<sup>1252</sup> La protección internacional frente a este tipo de utilización parece ser todavía muy deficitaria. Nos limitamos a dar noticia de la reunión, en 1982 y a instancias de la "UNESCO", de un "Comité de Expertos Gubernamentales" (vid. la referencia íntegra en el "Boletín de Derecho de Autor" de 1982, no. 4, págs. 41 y s.s.), del que surgieron una serie de "Recomendaciones", destacando entre ellas la de que "la utilización de sistemas de computadoras para el acceso a obras protegidas o la creación de las mismas debería regirse por los principios generales de protección del derecho de autor..." (id. loc. cit., pag. 50).

Existe asimismo un estudio realizado en 1988 por la Comisión de las Comunidades Europeas: "Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology-Copyright Issues requiring immediate action" ("Communication of the Commission, COM (88) 172 (final)", Bruselas, 7 de junio de 1988). Nos regimos a este último respecto por lo que indica SCHRICKER («Harmonisierung ...» cit., pág. 35): "Die Kommission erwägt die Einführung eines eigenen Schutzrechts für Datenbanken: spezifische rechtliche Massnahmen erscheinen ihr jedoch verfrüht" Vid. también la reseña de dicho autor sobre el mismo tema de la armonización del Derecho comunitario en

otra publicación: «Harmonization of Copyright in the European Economic Community», en la *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, publicada mensualmente por el "Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht" de Munich, vol. 20, 1989 <separata que nos ha facilitado asimismo el propio autor>; en la pág. 473 señala SCHRICKER: "The section of the Green Paper dealing with data bases contains only a short outline without concrete proposals...".

**CAPITULO SEXTO**

**EL "DERECHO DE TRANSFORMACION"**



Iniciamos aquí el análisis de una de las cuestiones más delicadas y a la vez más complejas que presenta la institución de la propiedad intelectual. La delicadeza o fragilidad del tema viene dada - además de porque en la "transformación" quedan implicados casi inevitablemente aspectos que no son jurídicos, sino que tienen que ver con la propia actividad de creación intelectual en sí misma considerada - porque el tema de la transformación de la obra intelectual parece desde siempre resistirse a ser resuelto en base a razonamientos jurídicos taxativos, de manera que no es infrecuente la llamada a la solución del caso concreto.<sup>1253</sup>

La complejidad viene dada ante todo por las adherencias que, en relación a otros importantes temas, presenta el que aquí se aborda: la actividad de "transformación" constituye, al igual que las actividades hasta aquí examinadas de "reproducción", "distribución" y "comunicación pública", el contenido de uno de los "derechos de explotación" (art. 17; art. 21,1 LPI). Pero legalmente se la contempla también como título adquisitivo originario de derechos de autor sobre la obra resultante de la transformación (arts. 21.1., inciso final; 21.2. y art. 11, en R con art. 5.1. LPI).

<sup>1253</sup> "...the definition can in any case only be resolved by the courts in each individual case." (así DIETZ, *Copyright Law in the European Community...* cit., pág. 34). En el mismo o análogo sentido, vid. BERCOVITZ, comentario del art. 10 LPI, en los *Comentarios...* cit., coordinados por el mismo autor, pág. 211; pág. 213; y RIVERO, comentario del art. 21 LPI en los *Comentarios...* cit., pág. 417.

La propia definición de "transformación" en sede de "Derechos de explotación" (Sección II del Capítulo III, Título II, Libro I de la LPI) no parece saber separar ese doble carácter de la "transformación", como actividad de explotación (de una "obra original": arts. 11,5o.; 39 LPI; o "preexistente": arts. 21,2; 89.1.,2; 90.1. LPI); y como actividad de la que "deriva" una "obra diferente" (art. 21.1., inciso final y art. 21.2.). El propio término legal, "transformación", lleva aparejada esa ambigüedad, pues designa tanto una actividad que se realiza sobre la obra (art. 17), como el nuevo objeto, la "obra diferente" que resulta de dicha actividad (art. 11,5o. LPI: "Cualesquiera transformaciones..."; art. 534 bis a) del Código Penal: "...una obra...o su transformación...").

Y, además, la "transformación" o modificación de la obra, no consentida o no autorizada por el autor, es una de las actividades que más de plano atentan contra su "derecho moral" (art. 78,2o.), y, en concreto, contra la integridad de la obra (arts. 14,4o.; 41,2; 64,1o.; 92.2.,2 final LPI; 534 bis a) y 534 bis b), apdo. 1., subapdos. c) y d) del Código Penal), y, en su caso, también contra su condición de autor (art. 14,3o; 41,2; 64,1o.),<sup>1254</sup> si bien del examen de

<sup>1254</sup> Sobre la vertiente penal de la transformación y la apropiación no consentida de elementos de una obra ajena, a la que se suma, además, la intención de hacer pasar esta como propia (el llamado "plagio"), vid. las referencias que introducimos en nuestro examen de la Ley de 1879, en los epígrafes "Apropiación sucesiva o adquisición del derecho mediante actividad sobre obra ajena" (Tercera Parte, capítulo cuarto, 1,2.) y "Las facultades de contenido personal...El llamado "derecho moral" del autor en el régimen de la "propiedad especial" (id. Tercera Parte, capítulo sexto, 2.2.2.).

estos aspectos ha de prescindirse, en un estudio que, como el nuestro, se ciñe a las actividades de explotación contempladas en los arts. 17 y s.s.

En el vigente régimen de la propiedad intelectual, la contemplación del "plagio" como conducta punible se concentraba en un principio en los subapdos. c) y d) del art. 534 bis, b) 1. del Código Penal, que describen los elementos esenciales del tipo, sin designarlo por su nombre. Sólo a última hora, a instancias del Grupo Popular (vid. su Enmienda 274 en el BOCG, Congreso, Serie A, no. 14-6, de 11 de febrero de 1987, pág. 108) y de la Agrupación Izquierda Unida (Grupo Mixto; vid. su Enmienda 115, id. loc. cit., pag. 66) se añade en el artículo precedente (art. 534 bis a) la mención explícita del "plagio", con lo cual una misma conducta está siendo contemplada a la vez como tipo básico, en el art. 534 bis a) y como tipo cualificado, en el art. 534 bis b). Lo que, a nuestro modo de ver, procede para salvar tal desajuste es interpretar la expresión "plagiare" del art. 534 bis a) del Código Penal como sinónima de "transformare", porque es ésa la única actividad de explotación, de las reservadas al titular de la propiedad intelectual en el art. 17 LPI que no ha encontrado el correspondiente reflejo penal en el citado art. 534 bis a) (el precepto menciona la "transformación", pero como uno de los *objetos* protegidos, no como *actividad* reservada). Y, en cambio, es en el precepto siguiente (art. 534 bis, b) 1. donde hay que entender que se encuentra propiamente localizado el "plagio", como tipo cualificado de "transformación" o apropiación ilícita que, además de atentar contra la "integridad de la obra", "usurpa la condición de autor" (art. 534 bis b apdos. b) y c)). Vid. la ya citada Circular no. 2/1989 de la Fiscalía General del Estado, pág. 1830, donde bajo el epígrafe 1. "Infracciones al contenido moral del derecho de autor: el plagio", se establece: "Plagio es, pues, la apropiación ideal de la obra o interpretación ajena...plagio es aquella conducta en que se suprime y prescinde del creador de la obra, poniendo a otro en su lugar, siendo la persona más bien que la cosa la que sufre el atentado... El plagio total de una obra literaria o artística no ofrecerá dificultades probatorias. Si la simulación en parte de la originalidad de la creación intelectual o plagio parcial...".

Sobre la relación entre las nociones de "transformación" y "plagio", vid. en la doctrina alemana actual ULMER (op. cit., págs. 162-163). La doctrina alemana anterior se mostraba, en cambio, reacia a dispensar al tema del "plagio" un tratamiento jurídico, relegándolo muchas veces al terreno de la Ética o, como máximo, a la protección de la personalidad del autor (así, KOHLER, *Urheberrecht...* cit., pág. 128; De BOOR, op. cit., pag. 77; RUNGE, op. cit., pag. 67).

Antes de adentrarnos en el estudio de esta forma de explotación, y puesto que la ya aludida complejidad se presta a ello, nos parece conveniente dejar establecido cuál es el alcance que nosotros particularmente asignamos en nuestra exposición a la cuestión de la "transformación". Nos parece oportuno tratar conjuntamente bajo este epígrafe todas aquéllas utilizaciones de una obra ajena que consistan en una apropiación de elementos singulares de la misma (o, incluso, de toda ella: arg. ex arts. 12 y 32<sup>1255</sup> Ley), con el fin de aplicarlos a una "obra diferente" (art. 21.1., final Ley de 1987).

Esta idea de "apropiación indirecta" y "aplicación" de elementos de una obra preexistente a una creación diferente

<sup>1255</sup> El art. 32 LPI, citado en el texto, constituye asimismo un caso de apropiación de obra ajena o de elementos de la misma ("inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas... así como la <inclusión> de obras aisladas..."), si bien justificado o legitimado, sin necesidad de consentimiento del autor de la "obra utilizada" (art. 32,1, "in fine"), por el concepto bajo el que se realiza tal utilización ("a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico"), y/o por la finalidad perseguida con tal "utilización" (id. art. 32) de la obra ajena. El escaso volumen de obra apropiada, que, junto con el del concepto o la finalidad de la utilización, era hasta ahora entre nosotros el criterio que legitimaba la libre apropiación de elementos de otra obra (vid. el art. 7 de la Ley de 1879: "...cualquiera podrá publicar como de su exclusiva propiedad comentarios, críticas y notas referentes a las mismas <obras ajenas>, incluyendo solo la parte del texto necesario al objeto."), ha desaparecido en la LPI actual, dado que el citado art. 32 autoriza la inclusión de obras integrales ("...así como la de obras aisladas..."). Vid. la discusión de este extremo en el debate parlamentario de la Ley de 1987 (Diario de Sesiones del Congreso de 1987. Comisiones, no. 128, de 12 de mayo, págs. 4844-4845). De la citada discusión, se desprende que con esa posibilidad de libre inclusión de "obras aisladas" integrales se pretendía dar entrada ante todo a la incorporación de obras plásticas o fotográficas ajenas, para ilustrar la propia obra.

tiene precedentes en nuestro anterior régimen de la propiedad intelectual;<sup>1256</sup> así, p.ej. en el art. 23,2 Ley 1879: "aplicar <la música de un libreto> a otra obra dramática". Y, sobre todo, en determinados artículos del Reglamento de la propiedad intelectual de 1880 que, a tenor de la Disposición Transitoria 6a. de la actual LPI, podemos considerar todavía vigentes: vid. los arts. 64,2 Regl. de 1880: "tomar...de una obra literaria o musical...el título, el argumento...para aplicarlos a otra obra"; 65 Regl: "En las parodias no podrá introducirse...trozo literal, ni melodía...de la obra parodiada"; y 68, también del Regl.: "...tomar el argumento...de una obra literaria...y adaptarlo a una obra dramática".

Por tanto, el dato de la "apropiación indirecta"<sup>1257</sup> y la

<sup>1256</sup> Y también en la propia Convención de Berna: vid. su art. 12 (en la redacción anterior a la Conferencia de Bruselas de 1948, que modificara el precepto dándole la redacción actual, más laconica): "Se comprenden especialmente entre las representaciones ilícitas a las que se aplicara el presente Convenio, las apropiaciones indirectas no autorizadas de una obra literaria o artística, tales como las adaptaciones, arreglos de música, transformaciones de una novela, de un cuento o de una poesía, en obra teatral y recíprocamente, etc...".

<sup>1257</sup> Es ésta una expresión, "apropiación indirecta" o "mittelbare Aneignung", que ya encontrabamos en DERNBURG (citado en los capítulos dedicados a la Ley de 1879; vid. p. ej. capítulo cuarto, 1,2.) y que subsiste en autores como ALLFELD, cuando hace ya más de un siglo que ha sido superada en el ámbito germánico la tesis del derecho de autor como propiedad. Incluso para un "personalista" como ALLFELD, principal continuador de las tesis de von GIERKE, el recurso a la imagen de la propiedad sigue siendo la mejor metáfora: "Die vorstehende Bestimmung <§12, sede del "Bearbeitungsrecht" en la LUG> will die mittelbare oder indirekte Aneignung\* eines fremden Werkes treffen. Der Urheber soll auch dagegen geschützt sein, daß ein anderer sein Werk in veränderter Form, aber doch seinem wesentlichen Bestande nach wiedergibt." (vid. ALLFELD, op. cit., pág.

consiguiente utilización o "incorporación" (art. 9.1.) de lo apropiado en una obra creada por otro sujeto "sin colaboración" del autor de la obra utilizada (art. 21.2. y, sobre todo, art. 9.1.; vid. también el art. 12, en su mención de las "colecciones de obras ajenas") es el que nos parece esencial, o cuando menos, el que justifica un tratamiento conjunto de todos los supuestos en que se cumplen tales premisas (arts. 9.1.; 11; 12; 21; 32; 39; art. 46.2. c)). El hecho de que dicha apropiación vaya acompañada de una "transformación" efectiva o de una modificación material de los elementos de la creación apropiada nos parece, en cambio, secundario. De hecho, así parece entenderlo también en algún momento el legislador español, puesto que, después de regular en el art. 89.1. el llamado "contrato de transformación de una obra preexistente", se refiere en el artículo siguiente a la misma diciendo "haya(n) sido o no transformada(s)" (art. 90.1.).<sup>1258</sup> Luego, lo que parece también esencial para el legislador español de 1987 es que esa "obra preexistente" haya sido utilizada en la obra que resulta o "deriva" (art. 21.1.) de ella y, no

158).

\* En negrita en el original.

<sup>1258</sup> "...el art. 89 LPI califica como tal «contrato de transformación» cualquier contrato por el que se autorice al productor la utilización de una obra preexistente para la creación de la obra audiovisual, tanto si dicha utilización va precedida de una transformación de dicha obra preexistente como si no es así." (así BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo, en «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.; vid. pág. 93).

tanto, que haya tenido que ser modificada o adaptada con tal fin.<sup>1259</sup>

Aun así, para simplificar, seguiremos hablando de "transformación", en el bien entendido de que incluimos en dicha noción todos los supuestos en que se produzca una apropiación y subsiguiente "incorporación" (art. 9.1.) de elementos de una obra preexistente a otra diferente. La "transformación" o modificación efectiva (art. 11) de la obra preexistente utilizada constituye, pues, para nosotros solo un caso particular de esa noción amplia de "transformación" (arg. ex art. art. 90.1.: "...hayan sido

<sup>1259</sup> Vid. asimismo la ya citada Circular de la Fiscalía General del Estado, pag. 1832, que al contemplar la "transformación" como "derecho de explotación" se refiere, tanto al art. 21, como al art. 9.1. de la vigente Ley de Propiedad Intelectual. Por su parte, RIVERO (loc. cit., pags. 412 y 413), al comentar la noción de "transformación" del art. 21 LPI, se refiere conjuntamente a los arts. 11 ("transformación", en sentido estricto) y 12 ("colección" o reunión de elementos tomados de "obras ajenas"). Y, sobre todo, BERCOVITZ, en su comentario del art. 12 LPI (en los *Comentarios...* cit., pág. 256): "El artículo 12 se ocupa de las colecciones. Extiende la protección del derecho de autor a las obras formadas a partir de otras obras anteriores...Se trata de una categoría de obras derivadas, que se añaden a las del artículo 11...En efecto, son obras que incorporan total o parcialmente obras preexistentes (art. 90. 1). La transformación de dichas obras consiste precisamente en su unión a otras obras y la ordenación de todas ellas (art. 21)." Y, además, en su comentario del art. 11 (id. *Comentarios...* pag. 247): "Quizá podría intentarse distinguir entre ambos conceptos <se refiere a los conceptos de obra de los arts. 9, 11 y 12>, pero en principio me parece un esfuerzo inútil...habida cuenta de que el régimen jurídico previsto por la Ley para ambos casos es básicamente el mismo...Pues bien, de acuerdo con lo que acabo de decir, resulta que el propio art. 11 repite parcialmente lo previsto en el art. 90. Se trata, pues, de la contemplación de la misma cuestión dentro del tratamiento del sujeto (art. 90.), del objeto (arts. 11 y 12) y del contenido (art. 21) de la propiedad intelectual."

transformadas o no...") entendida como "apropiación indirecta".<sup>1260</sup>

---

<sup>1260</sup> En Derecho francés, aparecen asimismo unificados ambos géneros de utilización (vid. los arts. 4 y 9,2 de la Ley francesa de 1957); en la doctrina, vid. por todos DESBOIS (*Le droit d'auteur...* cit., págs. 141-144), quien habla en general de "incorporation", a la que califica de "materielle" o "intellectuelle", según haya mediado o no modificación efectiva de la obra incorporada. Incluso en el ámbito germánico, hay quienes propugnan una sustitución del término "Bearbeitung" <literalmente, "elaboración"> para que no haya lugar a dudas en cuanto al verdadero alcance de la noción, como utilización de elementos de una obra ajena en otra diferente (así, TROLLER, Alois, *Immaterialgüterrecht*, Basel und Frankfurt am Main 1983 <3. Auflage>, pag. 393).