

El control del autor sobre el destino de su obra

SUMARIO: 0. INTRODUCCION: 0.1. EL IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS. 0.2. SE TRATA DE UN PROBLEMA CRECIENTE. 0.3. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DEL AUTOR A PRESTAR O ALQUILAR AL PÚBLICO SU OBRA.—1. LA NORMATIVA ESPAÑOLA: 1.1. DISTINCIÓN ENTRE DERECHO A DISTRIBUIR Y DERECHO A REPRODUCIR. 1.2. RECONOCIMIENTO DE LA DOCTRINA DE LA PRIMERA VENTA. 1.3. EL DERECHO DEL AUTOR A PARTICIPAR DEL BENEFICIO COMERCIAL QUE PRODUZCA SU OBRA.—2. LA APLICACION INDISCRIMINADA DE LA DOCTRINA DE LA PRIMERA VENTA: 2.1. LA PRIMACÍA DEL INTERÉS PÚBLICO SOBRE EL INTERÉS PRIVADO. 2.2. LA PROHIBICIÓN DE LA REPRODUCCIÓN NO AUTORIZADA COMO ÚNICO SISTEMA DE PROTEGER AL AUTOR. 2.3. LA DIFERENCIACIÓN ENTRE EL PRÉSTAMO O EL ALQUILER SISTEMÁTICO Y LA COMUNICACIÓN AL PÚBLICO. 2.4. LA DISTINCIÓN ENTRE LA PROPIEDAD DEL OBJETO MATERIAL EN QUE SE FIJA LA OBRA Y LOS DERECHOS DEL AUTOR. 2.5. EL DERECHO DEL AUTOR A CONTROLAR LA EXPLOTACIÓN DE LA OBRA Y SU COHERENCIA CON LAS NORMAS DE PROPIEDAD INTELECTUAL.—3. VIAS DE SOLUCION: 3.1. LA REFORMA DE LA LEY. 3.2. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO EN UNA LEY DIFERENCIADA. 3.3. SISTEMAS PARA HACER EFECTIVO EL DERECHO. 3.4. SISTEMAS DE ORGANIZACIÓN.—4. INTERPRETACION DE LA NORMA: 4.1. FINALIDAD DE LA DISTRIBUCIÓN. 4.2. LA NECESIDAD DE RESERVARSE ESTE DERECHO MEDIANTE CLÁUSULAS.

Only one thing is impossible for God: to find any sense in any Copyright Law on the planet (MARK TWAIN) (1).

0. INTRODUCCION

El artículo 19 de la Ley española 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, distingue entre derecho a reproducir y derecho a distribuir y, a renglón seguido declara extinguido el derecho a distribuir cada ejemplar de la obra cuando ésta se vende por primera vez. Los

(1) BIGELOW PAINE, A: *Mark Twain's Notebook*, Harper, New York, 1935, pág. 381.

autores anglosajones denominan el principio recogido en esta norma «First sale doctrine» o doctrina de la primera venta.

Aplicando estrictamente este principio, los compradores de una obra no sólo pueden disfrutar privadamente de ella, sino además revenderla, regalarla, alquilarla o darla en préstamo sin autorización del autor y sin que éste tenga derecho a exigir una compensación. Cuando cualquiera de estas actividades se realiza de manera esporádica, el autor no sufre una pérdida de mercado que pueda considerarse relevante. Tampoco quien regala o revende sistemáticamente las obras compradas causa un daño grave a los intereses del autor. Pero, cuando el comprador se dedica sistemática o profesionalmente a prestar o alquilar la obra comprada el daño es grave, ya que un solo ejemplar será utilizado por multitud de personas (2).

Las características de la obra literaria o musical permiten la satisfacción del usuario por la posesión temporal de la misma (3). Quien lee un libro prestado ya no desea, normalmente, comprarlo después; quien escucha un disco prestado o alquilado tampoco, ya que si le gusta aprovechará su posesión para copiarlo y si no, con mayores motivos, se abstendrá de comprarlo. Esta es una característica de libros y discos que no comparten todas las obras protegidas por la Ley de Propiedad Intelectual. El posible mercado de ventas de una obra de arte no disminuye por el hecho de que el público pueda admirarla temporalmente; más bien al contrario, ello resulta un incentivo para la compra.

0.1 EL IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

Las leyes que regulan la Propiedad Intelectual aseguran, en casi cualquier lugar del mundo, la protección de los derechos del autor, a fin de favorecer la creación intelectual en beneficio de toda la sociedad. Por este motivo, son objetivos básicos de esta normativa impulsar la difusión de la obra a cambio de una compensación para su autor.

Hasta hace unas décadas las dos finalidades de la ley eran complementarias, a mayor difusión más compensación para el autor (4).

(2) Algunos autores defienden la tesis de que el préstamo de libros aumenta la fama del autor e impulsa a comprar, véase MORRIS, R. J. B.: *The Public Lending Right Handbook*, Barry Rose Publisher, Chichester and London, 1980, pág. 5, pero las estadísticas son claras: las ventas de libros han disminuido en favor del préstamo.

(3) SPOOR, J. H.; CORNISH, W. R., y NOLAN, P. F.: *Copies in Copyright*, Sitjhoff & Noordhoff, Alphen aan den Rijn., Germantown, 1980, pág. 67.

(4) Hasta el momento en que se inventó la imprenta, el autor no sentía la necesidad de proteger su obra contra las copias incontroladas de la misma. La difusión de la obra

Con la aparición de medios técnicos que permiten la copia privada, rápida e incontrolable tanto de libros como de discos dichas finalidades entran en conflicto y el autor queda desprotegido. Ante este problema reaccionan enérgicamente casi todas las leyes de Propiedad Intelectual, entre ellas la ley española. El legislador parece convencido de que, al evitar la reproducción no controlada por el autor, se defienden ya de manera absoluta los intereses económicos del mismo. No obstante, el perjuicio que dicha reproducción comporta para el autor se limita a los libros de carácter científico y a los discos, ya que no se acostumbra a fotocopiar novelas (5).

Un nuevo problema amenaza los intereses económicos del autor cuando aparecen instituciones o empresas que se dedican al préstamo o al alquiler sistemáticos del ejemplar comprado. En el caso de los libros, se trata de bibliotecas públicas o privadas y en el caso de discos, de empresas dedicadas a alquilarlos. Algunos ordenamientos establecen sistemas de compensación para el autor por este uso múltiple (6). La Ley española 22/1987 no sólo permite dicha actividad, sino que parece querer evitar que el autor pueda recibir una compensación por dicha utilización de su obra.

no suponía beneficios de carácter económico para su autor, ya que la copia manual es muy lenta. A pesar de ello la primera Ley francesa de Propiedad Intelectual prohibía todavía la copia manual, véase SPOOR, J. H., *op. cit.*, pág. 99. No obstante, la primera infracción del copyright fue realizada, según cuenta la leyenda por Santa Columba en el año 561, véase MCFARLANE, G.: *Copyright. The Development and Exercise of the Performing Right*, John Offord Ltd., Eastbourne, 1980. La copia únicamente podía ser perjudicial si el que copiaba se atribuía la autoría, los primeros problemas que surgieron son analizados por Fox, H.: *The Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, The Carswell Company Limited, Toronto, 1967.

Con la aparición de la imprenta el autor puede controlar el número de copias que se realizan y recibe una retribución proporcional a ellas. El peligro que le acecha es que alguien pueda copiar la obra en imprentas clandestinas. Lo mismo sucede en relación a la música con la aparición de las técnicas de grabación. De todas maneras las leyes que regulan el derecho de autor impidiendo la copia no autorizada tardan dos siglos y medio en aparecer, en Inglaterra la primera ley es el Estatuto de la Reina Ana de 1709, aunque a partir de 1557 la Stationer Company controla la publicación de nuevas obras, ver STEWART, S.: «Two Hundred Years of English Copyright Law», en *Two Hundred Years of English and American Patent, Trademark and Copyright Law*, publicado por la American Bar Association, American Bar Center, Chicago, Illinois, 1977, *passim*.

(5) SELTZER, L. E.: *Exemptions and Fair Use in Copyright*, Harvard University Press, Cambridge (USA), London, 1978, pág. 29. Para algunos autores el daño que causan las fotocopias a los autores de obras científicas es pequeño, para ellos dichos autores acostumbran a publicar con ánimo de difundir y contrastar sus conocimientos, más que con ánimo de obtener un lucro. Así LIEBOWITZ, S. J.: *The impact of Reprography on the Copyright System*, Minister of Supply and Services, Canadá, 1981.

(6) El presente trabajo aporta datos sobre el estado de la cuestión en Gran Bretaña, Alemania, Francia, Italia, Holanda, Bélgica, Dinamarca, Suecia, Noruega, Islandia, Finlandia, EE. UU., Canadá, Australia, Nueva Zelanda y Japón.

0.2 SE TRATA DE UN PROBLEMA CRECIENTE

El problema afecta, de momento, no sólo a los libros sino también a los discos, los programas de ordenador, los vídeos y las partituras musicales.

En toda Europa el uso de las bibliotecas públicas por parte de la población es creciente. El Estado multiplica su número siguiendo una política de búsqueda del bienestar público, y su funcionamiento provoca globalmente graves perjuicios a los autores (7).

En España, en la actualidad, el número de bibliotecas es escaso, pero sin duda en los años venideros se producirá una evolución similar a la europea. El hecho de que el daño no sea todavía, o no llegue a ser nunca, relevante no justifica que no se reconozcan los derechos del autor, si es que los tiene.

En relación a los discos, la aparición del «compact disc» que permite el uso reiterado de un disco sin que sufra daños, ha supuesto el aumento del alquiler de discos en todos los países y, en este caso, debe considerarse además el peligro potencial de copia (8). El alquiler de casetes y videocas-

(7) SELTZER, L. E., *op. cit.*, págs. 110 y 111 pone de manifiesto que el precio elevado de los libros y la escasa superficie de las viviendas modernas ha llevado a la población a preferir pedir prestados los libros antes que comprarlos y comenta estadísticas europeas. En el año 1971 en Holanda por cada 12 libros comprados se pedían 18 prestados, en el Reino Unido de cada cuatro libros comprados 38 se piden prestados. MORRIS, R.J.B.: *The P.L.R.*, *op. cit.*, 1980, pág. 18, señala que el número total de libros prestados en este país en el año 1975 fue de 600 millones con una población de 55,5 millones y 150.000 autores con derecho a percibir compensación. La evolución es rápida y creciente, en Gran Bretaña en el año 1920 por cada libro prestado se compraban diez, en el año 1961 por cada uno comprado se pedían 10 prestados. Véase también SPOOR, J. H., *op. cit.*, págs. 87 y 88, donde se citan estadísticas alemanas, holandesas y francesas, en todas ellas puede observarse dicho fenómeno, en 1973 en Alemania se prestaron 130 millones de libros en las bibliotecas generales, 27 millones de préstamos y 50 millones de ejemplares leídos en las salas de las bibliotecas técnicas y 29 millones en las bibliotecas de las escuelas. En Holanda el volumen de préstamos se cuadruplica de 1960 a 1975. En el año 1974 un volumen se dejaba una media de siete veces al año en Gran Bretaña, cuatro en Suecia y cuatro y media en Alemania, y un libro lo leen de 30 a 40 prestamistas, ver BROPHY, B. A.: *Guide to Public Lending Right*, Gower, Hampshire, 1983, págs. 50 y sigs. La existencia de bibliotecas perjudica globalmente al autor ya que prestan libros, permiten su lectura en la sala y realizan copias masivas. Como pone de manifiesto RINGER, B.: «Current Developments in the Law of Copyright», en *East Asian Pacific Copyright Seminar*, Attorney General's Department, Camberra, 1976, pág. 18. Para un estudio de los problemas que supone para los autores la existencia de bibliotecas véase LAHORE, J.; DWORKING, G., y SMYTH, Y. M.: *Information, Technology. The challenge to Copyright*, Sweet & Maxwell, London, 1984 *passim*.

(8) En la ciudad de Tokio el número de empresas dedicadas al alquiler de discos pasó en un solo año de uno a 60. A ello hay que añadir el daño suplementario que supone la posibilidad de copia como pone de manifiesto KLEIN, D. L.: «U.S. Record Rental. The Amendment of 1984», en *International Media Law*, abril 1987.

setes es también creciente (9). En nuestro país el alquiler de discos como negocio ya se ha iniciado.

0.3 EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DEL AUTOR A PRESTAR O ALQUILAR AL PÚBLICO SU OBRA

En relación a los libros, la preocupación de los autores por evitar la pérdida de mercado que supone para sus obras la existencia de este préstamo o alquiler sistemático ha tenido como consecuencia el reconocimiento de su derecho a recibir compensación en muchos países. Este derecho (conocido de manera abreviada como PLR, Public Lending Right) se reconoce actualmente en Australia, Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega, Suecia, Nueva Zelanda, Alemania Federal y Gran Bretaña (10).

En otros países el derecho a controlar este tipo de explotación no está todavía reconocido, aunque existe un movimiento reivindicativo en muchos de ellos (11).

(9) En Estados Unidos el problema es grave, como pone de manifiesto COLBY, R.: «The First Sale Doctrine. The defense that never was?», en *Copyright* (Geneva), 1985, pág. 193. En Gran Bretaña se estimaba en 1982 en 1,25 millones el número de videocasetes alquilados cada semana, de acuerdo con los datos ofrecidos por el SECRETARY OF STATE FOR TRADE AND INDUSTRY: *The Recording and Rental of Audio and Video Copyright Material*, A Consultative Document, Her Majesty's Stationery Office, London, 1985. En relación al alquiler de programas de ordenador ver GASAWAY, L. N., y MURPHY, M.: *Legal Protection for Computer Programs*, Cause, Colorado, 1980, pág. 19.

(10) En Dinamarca en 1946, en Noruega en 1947, en Suecia en 1954, en Finlandia en 1961, en Islandia en 1963, en Alemania en 1965 para las actividades lucrativas y en 1972 para todo tipo de préstamos, en Nueva Zelanda en 1973, en Australia en 1974 y en Gran Bretaña en 1979. La lucha para que dicho derecho se vea reconocido se inicia en Gran Bretaña con la discusión del Public Lending Right Act de 1950, para seguir el proceso véase MORRIS, R. J. B.: *The P.L.R.*, op. cit., págs. 7 a 17, y también BROPHY, B., op. cit., en el año 1951 su padre inició una campaña para que los autores cobraran el simbólico «Brophy penny» por cada libro prestado. Esta información también puede encontrarse en MCFARLANE, G. A.: *A practical introduction*, McGraw Hill Book Company Limited, Maidenhead, 1982, págs. 82 y sigs.

(11) En USA se empezó a reclamar este derecho en 1963 pero los editores no apoyaron los deseos de los autores por miedo a que las bibliotecas compraran menos libros y por ello no se reformó la ley. Véase NOLAN, P. F., op. cit., pág. 179, en el mismo sentido, RINGER, B., op. cit., pág. 19. No obstante, se admite que es necesario modificar en este punto la «First Sale Doctrine» y dicha modificación está pendiente de aprobación en el Congreso. Para ver la discusión sobre este tema en el Congreso ver Congressional Record for November 18, 1983, en s. 17059-17060-27 Patent, Trademark & Copyright Journal, December, 1983, citado por COLBY, R., op. cit., pág. 203. En Francia, donde todavía no es reconocido, la preocupación surge claramente en 1930 en que aparece un proyecto del gobierno para modificar la ley introduciendo un artículo que daba al autor el derecho exclusivo a establecer las condiciones que quisiera respecto al uso no privado

La introducción del derecho de los autores a controlar este tipo de explotación de su obra en todos los países europeos es un objetivo prioritario para los dirigentes de las Comunidades Europeas (12). La doctrina europea manifiesta el mismo interés por generalizar el PLR (13).

En relación a los discos, la frecuencia de su alquiler ha obligado al reconocimiento de los derechos del autor en muchos países, entre ellos Japón, Alemania Federal, Holanda, Italia, Suecia, Noruega y EEUU (14).

En España el problema sólo se ha resuelto en relación a los programas de ordenador y las obras cinematográficas y ni tan sólo se ha planteado respecto libros y discos.

1. LA NORMATIVA ESPAÑOLA

1.1 DISTINCIÓN ENTRE DERECHO A DISTRIBUIR Y DERECHO A REPRODUCIR

El artículo 19 de la Ley española distingue entre derecho a reproducir y derecho a distribuir. Ello permite un control diferenciado de las dos

de las copias de su obra, dicho proyecto nunca fue ley. Véase STROMHOLM, S.: «Le Droit de mise en circulation», en *Le Droit D'Auter* (Genève), nov. 1967, pág. 288.

(12) Esta tesis es defendida por GREGOIRE, R. M., jefe de la División General para la investigación, la ciencia y la educación de la Comisión de las Comunidades Europeas, véase el Suplemento 6/77 del *Boletín* de dichas Comunidades.

(13) MORRIS, R. J. B., *op. cit.*, pág. 18. En el mes de noviembre de 1984 se discuten estos problemas en un mitin internacional llegándose a la conclusión de que era necesaria una mayor protección, ver PHILLIPS, J.: «Rental and First Sale», en *International Media Law*, mayo 1985, pág. 36.

(14) En el Japón el negocio se inició en 1980 y hoy hay 3.000. La ley nipona se reforma para proteger al autor del daño que le causen estos negocios provisionalmente en diciembre de 1983 y, definitivamente, en mayo de 1984, ver HUNG, M.: «Record Rental in Japan», en *International Media Law*, septiembre 1987. En Alemania en algunos Länder el alquiler comercial de discos se considera ilegal y en otros no. Véase BURKHARD, R.: «Record Rentals», en *International Media Law*, febrero 1987, pág. 14, donde se explica el caso de la Deutsche Grammophon Gesellschaft, una empresa que vendía discos con pacto de recompra a los tres días y a un precio inferior. En Holanda se prohibió preventivamente el alquiler profesional de discos antes de que apareciera el fenómeno. En Italia el préstamo con fines lucrativos debe ser autorizado por el Consejo de Ministros, que puede permitirlo por razones de utilidad social, sin que el autor tenga derecho a compensación. Ver FABIANI, M.: «Public Lending Right in Italy», en *Public Lending Right*, de COHEN JEHOAM, H. Deventer 1983. En Suecia y Noruega los autores pueden controlar estas actividades y recibir compensación, como pone de manifiesto HUNG, M., *op. cit.*, *passim*. En los Estados Unidos, la «First Sale Doctrine» sufre por esta causa una primera modificación en 1984, las copias de discos no pueden ser comercializadas por el adquirente sin autorización de su autor, la concesión de la licencia es obligatoria pero a cambio de una compensación para el autor, ver KLEIN, D. L., *op. cit.*, y en el mismo sentido SHEL, S., y KRASILOVSKY, M. W.: *This business of Music*, Billboard Publications Inc., New York, 1985, pág. 231.

actividades. Esta es una técnica correcta, utilizada entre otras por las leyes alemanas, holandesa o sueca, mientras que la ley francesa confunde en uno solo los dos derechos (15). La diferenciación permite establecer condiciones para la distribución aún en el caso de que sea legítima la reproducción (16). Las sanciones en caso de infracción no serán contractuales, sino las propias de la ley. Permite distinguir el derecho a reproducir, que es de carácter absoluto, del derecho a distribuir, que no puede ejercerse negativamente, sino que sólo da derecho a exigir una compensación económica. Pueden establecerse limitaciones de distribución geográfica, temporales o de contenido. Estas cláusulas afectarán a todo comprador a pesar de la doctrina de la primera venta, de lo contrario el que reproduce podría evitar la prohibición vendiendo todas las copias a otra persona (17). En cambio, en el caso de que no se distingan dichos derechos, para castigar una distribución ilícita será necesario declarar ilegal una reproducción lícita (18).

1.2 RECONOCIMIENTO DE LA DOCTRINA DE LA PRIMERA VENTA

El artículo 19 de la Ley española establece que el derecho a distribuir se extingue respecto de cada copia una vez ésta se ha vendido.

Esta norma recoge la llamada doctrina de la primera venta, de una gran tradición en la doctrina anglosajona y que se incluye en muchas de las leyes de Propiedad Intelectual de nuestra área cultural (19).

(15) Ver SPOOR, J. H., *op. cit.*, pág. 57. En la conferencia de Estocolmo en 1967 se intenta diferenciar los dos derechos sin éxito, ver STROMHOLM, S., *op. cit.*, pág. 279.

(16) REIMER, D.: «Le droit de mise en circulation, en particulier la location et le prêt des livres et des disques», en *Le Droit D'Auter* (Genève), 1973, pág. 56.

(17) Permite, entre otras cosas, evitar que un editor siga vendiendo los ejemplares de que dispone una vez ha expirado el contrato y, por tanto, que haga más copias de las necesarias a fin de burlar los límites pactados, véase COPINGER, W. A.; SKONE JAMES, E. P.; MUMMERY, J. F.; RAYNER JAMES, J. E.; LATMAN, A., y SILMAN, S.: *Copinger and Skone James on Copyright*, Sweet & Maxwell, London, 1980, pág. 534.

(18) STROMHOLM, S., *Op. cit.*, pág. 288.

(19) Así la sección 109 de la Ley norteamericana de 1976, el artículo 17 (2) de la ley alemana de 1965, el 12 de la ley holandesa, el 69 de la ley italiana, e indirectamente, en la sección 5 (2) y (3) de la ley inglesa y en la sección 14 (12) y 17 (4) de la canadiense, que, interpretadas a contrario y desarrollado el concepto por la doctrina, llevan a las mismas consecuencias. Ver COPINGER, W. A., *op. cit.*, pág. 531 y Fox, H. G., *op. cit.*, pág. 72. La redacción del segundo apartado del artículo 19 de la Ley española no es un modelo de claridad. La primitiva redacción de este artículo en el Proyecto de ley de 1 de febrero de 1986 y también en el que se presentó en la siguiente legislatura el 24 de noviembre de 1986 establecía que: «En la distribución por venta, este derecho se extingue para las sucesivas ventas.» Curiosamente no se presentaron enmiendas para corregir, como mínimo, esta pésima redacción, a pesar de ello el informe de la ponencia de 22 de

Establecer dicha doctrina es también una técnica correcta: su reconocimiento impide al autor controlar el préstamo, la reventa o el alquiler esporádico que el comprador de una obra puede realizar privadamente, sin embargo no autoriza, en principio, al comprador a obtener beneficios adicionales mediante su comercialización. De esta manera se evita un control excesivo, que tendría un coste prohibitivo y resultaría inoperante, con lo cual produciría muy pocos beneficios al autor, mientras que resultaría perturbador para el comprador (20).

Dicha extinción afecta en la Ley española al derecho a distribuir todo tipo de obras: es especialmente perjudicial en el caso de libros y discos. La ley únicamente excluye el caso de los programas de ordenador y el de las obras cinematográficas. En el primer caso, que en vez de venta habla de cesión del derecho de uso, lo declara intransferible y presume que sólo se cede con la finalidad de satisfacer las necesidades del usuario (art. 99 de la Ley). En el segundo se impone la necesidad de autorización expresa de los autores para su explotación mediante la puesta a disposición de copias en cualquier sistema o formato (art. 88) (21).

La extinción se produce no sólo por la venta, sino también por la donación o la permuta, es decir, siempre que se produzca la enajenación (22).

1.3 EL DERECHO DEL AUTOR A PARTICIPAR DEL BENEFICIO COMERCIAL QUE PRODUZCA SU OBRA

La Ley española recoge la doctrina de la primera venta sin admitir las excepciones necesarias en este punto, reconociendo sólo algunas aunque

abril de 1987 recoge la necesidad «de encontrar una fórmula en la que se exprese con la mayor claridad la intención perseguida por el precepto, sobre todo en su párrafo segundo». La redacción de este artículo en el proyecto que se presentó al Senado el 15 de junio de 1987 fue la misma que, otra vez sin enmiendas, se convirtió en definitiva. Como mínimo se mejoró la redacción, aunque la claridad no era «la mayor», que se podía conseguir.

(20) REIMER, D., *op. cit.*, pág. 60. La distribución condicionada al uso personal no es tal distribución, ni siquiera existe publicación, como pone de manifiesto Fox, H. G., *op. cit.*, pág. 69. La finalidad de la distribución es que la obra sea utilizada por el público en general.

(21) La Ley no deja claro a qué tipos de obra afecta, pero el artículo que determina la extinción del derecho está dentro de las normas de carácter general y sólo se establecen excepciones en el caso de los programas de ordenador (art. 99 de la Ley) y en el caso de las obras cinematográficas. Por tanto afectará a todas las demás obras protegidas por la ley para las cuales no se establecen excepciones. A pesar de ello en el *Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology*, elaborado por la Commission of the European Communities generaliza.

(22) A pesar de la redacción del artículo 19 que sólo se refiere a la venta, la interpretación debe ser la que apunto, en primer lugar dado el ámbito que se da a esta

la finalidad es siempre la misma: hacer que el autor participe del provecho que se obtenga de su obra (23). Esta técnica me parece totalmente equivocada. Es conveniente por ello declarar extinguido el derecho del autor a controlar de manera absoluta el destino de su obra, pero es necesario que quede claro que ello no supone extinción del derecho a participar de los posibles beneficios comerciales que con ella se obtengan, como deja claro tanto la exposición de motivos de la Ley, como los artículos 88 y 99 de la misma para los casos de obras cinematográficas y de programas de ordenador (24). Dicha doctrina es, en última instancia, una teoría liberal, destinada a prohibir un excesivo control, pero no supone una licencia para obtener el provecho comercial que corresponde, al menos en parte, al autor (25). A lo largo de la Ley podemos observar otras excepciones puntuales con el mismo fin: cuando el autor ve satisfecho su interés con la venta del original de su obra, es necesario compensarlo si después alguien se beneficia del valor creciente de la obra, por ello se establece el derecho de persecución (art. 24). Cuando el autor se beneficie con la venta de copias aquel comprador que las realice o que las preste sin autorización deberá compensar al autor (arts. 25, 88 y 99) porque destina la obra a una finalidad que no es la propia de la cesión.

Para que el esquema quede completo y sea justo es necesario seguir esta triple norma: distinguir entre derecho a distribuir y derecho a reproducir, extinguir el primero al producirse la primera venta de la obra y poner excepciones a la extinción, entre las que debe encontrarse el supuesto de que se destine el ejemplar de cualquier tipo de obra protegida al préstamo o alquiler sistemático, sólo así se consigue una regulación óptima (26).

doctrina en todos los ordenamientos que la recogen y en la tradición anglosajona y, en segundo lugar, como consecuencia de una interpretación conjunta de la normativa española.

(23) BROPHY, B., *op. cit.*, págs. 47-48, en el mismo sentido STROMHOLM, S., *op. cit.*, pág. 282. Todas las excepciones citadas tienen la misma finalidad, véase DIETZ, A.: «Public Lending Right in the Federal Republic of Germany» in *Public Lending Right* by COHEN JEHOAM, H., Deventer, 1983, pág. 25.

(24) SPOOR, J. H., *op. cit.*, pág. 67.

(25) El Senado de los Estados Unidos reconoció que la doctrina de la primera venta no estaba pensada para permitir este tipo de uso que es un fenómeno nuevo, véase COLBY, R., *op. cit.*, pág. 202.

(26) Este es el sistema que recoge el ordenamiento alemán, ver REIMER, D., *op. cit.*, págs. 61-62.

2. LA APLICACION INDISCRIMINADA DE LA DOCTRINA DE LA PRIMERA VENTA

Para justificar la aplicación indiscriminada de la doctrina de la primera venta se han propuesto diversos argumentos. Creo que deben rechazarse todos ellos.

2.1 LA PRIMACÍA DEL INTERÉS PÚBLICO SOBRE EL PRIVADO

Aplicar la doctrina de la primera venta sin establecer las excepciones necesarias supone una expropiación de derechos sin contrapartida. El interés en que se difunda la cultura y el interés del autor en recibir una compensación razonable no son incompatibles. Los autores no tienen por qué pagar de su bolsillo la promoción cultural, o la distracción de la población (27).

En general, las leyes de Propiedad Intelectual establecen excepciones al derecho del autor a recibir compensación por la utilización de su obra cuando el interés público así lo reclama. La doctrina anglosajona denomina a estas excepciones «fair use» o «fair dealing» y sólo las establece cuando no comportan un daño económico relevante para el autor (28). Una cosa es que se permitan ciertas actividades cuando no causan un daño sustancial y otra muy diferente es que los autores vean disminuir su mercado de ventas sin posibilidad de exigir compensación, en este caso no puede hablarse de «fair use» (29).

El principio constitucional de protección a la ciencia y a la cultura y el interés en la difusión de la misma debe ser soportado por todos los ciudadanos a través de los impuestos, no sólo por unos pocos que se ganan la vida en una actividad que a todos nos interesa que continúe. La defensa del interés público puede llevar a impedir que el derecho se configure como negativo (estableciendo una licencia obligatoria) o incluso a obligar

(27) Copyright Law Committee, pág. 9, en el mismo sentido SELTZER, L. E., *op. cit.*, págs. 31-36.

(28) SELTZER, L. E., *op. cit.*, pág. 12.

(29) Sólo se acepta el «fair use» si no hay un perjuicio, es decir, si no se disminuye el mercado potencial del autor, ver la sec. 107 de la Ley norteamericana. Por esto la parodia no se prohíbe porque no disminuye ventas, ver FOX, H. S., *op. cit.*, pág. 360 y en el mismo sentido, LAHORE, J., *op. cit.*, pág. 27. En cambio la legislación italiana permite el préstamo sólo si existe un interés público, pero no se reconoce al autor el derecho a recibir compensación, FABIANI, M., *op. cit.*, pág. 53.

a los autores a que establezcan una compensación inferior cuando la actividad no es lucrativa, pero a nada más (30).

2.2 LA PROHIBICIÓN DE LA REPRODUCCIÓN NO AUTORIZADA COMO ÚNICO SISTEMA DE PROTEGER AL AUTOR

Algunos ordenamientos, entre ellos el nuestro, parecen presumir que quien controla la reproducción controla también la distribución de la obra y, por tanto, asegura los beneficios del autor. No obstante hay que destacar que la actividad que proporciona ingresos al autor es la distribución, no la reproducción en sí (31). La reproducción no es más que un medio, pero no el único, de difundir (32). Si yo reproduzco una obra sólo para usarla privadamente yo no causo ningún perjuicio económico al autor, por ello la copia privada está permitida por la ley (33). En cambio si yo permito el uso de la obra sucesivamente a varias personas, de tal manera que éstas vean satisfecho su deseo al poseerla temporalmente, yo estoy distribuyendo sin reproducir y estoy perjudicando los intereses económicos del autor. La reproducción está prohibida siempre que haga posible la percepción de la obra por terceros, porque ello supone distribución. El derecho básico es el derecho a distribuir (34). Si sólo se atiende al derecho a reproducir se deja sin sentido la protección de la ley (35).

(30) De lo contrario es infracción, SELTZER, L. E., *op. cit.*, págs. 36 y 112, en el mismo sentido, SPOOR, J. H., *op. cit.*, pág. 123. La doctrina alemana considera que otorgar al autor un derecho a prohibir la difusión sería contrario al interés público, así DIETZ, A., *op. cit.*, págs. 25 y 26. Un Proyecto de ley inglesa de febrero de 1974 proponía que el autor pudiera prohibir el préstamo o alquiler de la obra, la propuesta no llegó a ser ley, ver MCFARLANE, G. *A practical introduction*, *op. cit.*, pág. 85. En el mismo sentido, el derecho de persecución también es un derecho únicamente positivo. En cuanto a la posibilidad de establecer reducciones cuando se trate de entidades sin finalidad lucrativa, véase el artículo 142 b) de la Ley.

(31) Lo peligroso es la distribución señala STROMHOLM, S., *op. cit.*, pág. 287.

(32) SHEL, S., *op. cit.*, pone de manifiesto en la página 231 la relación directa entre reproducir y prestar, indicando que ello ya se dijo en el Congreso de los EE. UU.

(33) Véase el artículo 31.2 de la Ley, en el mismo sentido SPOOR, J. H., *op. cit.*, pág. 45, y en el mismo sentido la Ley portuguesa de 14 de marzo de 1985 que en su artículo 816 permite la reproducción para fines privados siempre que no perjudique la explotación económica ni sea utilizada para comunicar o comercializar, de la misma manera la Ley francesa permite las copias privadas, véase SPOOR, J. H., *op. cit.*, pág. 45.

(34) FOX, H. G., *op. cit.*, pág. 423. La reproducción sólo es ilegal si tiende a la distribución, SPOOR, J. H., pág. 27, se refiere a la Ley holandesa de 28 de junio de 1881, también la Ley holandesa actual reserva al autor la distribución y no la reproducción. SPOOR, J. H., *op. cit.*, pág. 27, notas 106 y 107, cita a DE VOS, *Rechtsgeleerd Magazijn*, 1908, págs. 423-425.

(35) SPOOR, J. H., *op. cit.*, pág. 119. Supone dejar sin sentido toda la protección del copyright como pone de manifiesto PHILLIPS, J.: *Rental and first sale*, *op. cit.*, pág. 36.

2.3 LA DIFERENCIACIÓN ENTRE EL PRÉSTAMO O ALQUILER SISTEMÁTICO Y LA COMUNICACIÓN AL PÚBLICO

Hay dos maneras de hacer accesible la obra al público: mediante la reproducción y distribución de copias y por medio de la manifestación pública, ya sea a todos los usuarios simultáneamente (representación), o a uno tras otro sucesivamente (préstamo o alquiler). Ambos sistemas presentan similitudes, según el tipo de obra se produce uno u otro (36). La diferencia entre comunicar y dejar al público sólo es aparente (37), ¿qué diferencia hay entre dejar leer una obra sucesiva a cien personas y leerla ante cien personas que no saben, no quieren o no pueden leer?, ¿o entre dejar un disco sucesivamente a cien personas y dejar que la escuchen todas a la vez? La diferencia entre dejar al público y reproducir es también aparente, cada copia por su misma naturaleza hace pública la obra (38). Comunicar al público y distribuir no son más que dos aspectos del mismo derecho y deberían tener un tratamiento igual, a pesar de ello el derecho del autor a comunicar la obra al público que reconocen los artículos 84 y 85 de la Ley española no queda extinguido por la primera venta.

En relación a la difusión de obras musicales por radio se llegó rápidamente a un acuerdo para compensar a los autores. En Francia en 1937 se consideró, atendiendo a un criterio económico, que se trataba de ceder un derecho de reproducción, cuando era evidente que se trataba de ceder el derecho de representación, pero la finalidad que se buscaba era compensar al autor por la pérdida de ventas que la radiodifusión suponía (39).

2.4 LA DISTINCIÓN ENTRE LA PROPIEDAD DEL OBJETO MATERIAL EN QUE SE FIJA LA OBRA Y LOS DERECHOS DEL AUTOR

La doctrina anglosajona clásica defendía que la venta del objeto material en que se fija la obra no debe estar regulada por las normas del

(36) Si sólo se comunica la obra en el ámbito familiar el daño no es muy grave y por ello está permitido. Por ello la Ley austriaca sólo excluye el derecho a recibir remuneración en el caso de que el préstamo sea entre familia o amigos, ver REIMER, D., *op. cit.*, pág. 61, nota 3.

(37) Durante la elaboración de la Ley alemana de 1901 la distinción entre comunicación pública y distribución dio lugar a grandes discusiones, ver STROMHOLM, S., *op. cit.*, págs. 279-281.

(38) En este sentido ULMER: *Urheber und verlagsrecht*, Berlín, 1951, pág. 139, citado por SPOOR, J. H., *op. cit.*, pág. 134, nota 14.

(39) El criterio era correcto aunque los métodos fueran erróneos. Ver caso Poggioli v. Salabert. Com de Paris 27.4.1945 Dalloz 1945 127, comentado por DESBOIS, H.: *Le Droit d'auteur en France*, Dalloz, París, 1978, 2.^a ed., pág. 454. La Ley alemana de 1907 permitía la audición de copias de obras musicales siempre que fueran legales, se

copyright y, por tanto, tampoco el préstamo o el alquiler, únicamente hay infracción si se vende una copia ilegal (40). Pero en la colisión entre normas de propiedad y normas de copyright van ganando progresivamente las segundas. El derecho de autor supone un límite al contenido normal del derecho de propiedad sobre el ejemplar de la obra. La nueva Ley inglesa de 15 de noviembre de 1988 reconoce por primera vez los derechos morales del autor y, aunque en una ley separada, se regula el PLR, que no es más que un límite a los derechos del comprador de la obra.

En los derechos continentales la separación absoluta entre ambos derechos nunca se ha defendido (41). Los derechos del propietario del ejemplar de la obra están limitados por los derechos del autor. Dicho propietario ha de soportar no sólo los derechos morales del autor sino también el derecho de persecución del autor, el derecho de acceso a la obra y la prohibición de copiar. De la misma manera, cuando el beneficio del autor se encuentra en la venta de reproducciones y no en la venta de la obra original, éste ha de poder participar del beneficio que se obtenga con la explotación de la obra, la exposición de motivos de la Ley curiosamente declara este derecho irrenunciable (42). Es arbitrario e inexacto pretender trazar una línea divisoria entre los derechos del autor y los del comprador de la copia (43).

2.5 EL DERECHO DEL AUTOR A CONTROLAR LA EXPLOTACIÓN DE SU OBRA Y SU COHERENCIA CON LAS NORMAS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Compensar al autor por la explotación de su obra es perfectamente coherente con el principio en que se basa la Ley: a mayor difusión mayor

alegaba que el autor ya había cobrado el precio, no obstante la doctrina interpretó que si se retransmitía por radio el autor había de cobrar nuevamente, ver SPOOR, J. H., *op. cit.*, págs. 88 y sigs.

(40) Ver la sección 5 (2) y (3) de la Ley inglesa donde se pone el énfasis en la reproducción ilegal, véase COPINGER, W. A., *op. cit.*, pág. 148, en el mismo sentido FOX, H., *op. cit.*, pág. 588.

(41) Los sujetos, el objeto, la duración y la transmisión del derecho son aspectos que relacionan al propietario del objeto con la Ley de Propiedad Intelectual, véase GOTZEN, F., *op. cit.*, pág. 73, citado por SPOOR, J. H., *op. cit.*, pág. 117, nota 134.

(42) Un libro o un disco no sólo son un objeto material, sino una de las formas dadas por el autor a su obra. Textualmente la Sentencia de la Cour de Cassation belga de 19 de enero de 1956 citada por SPOOR, J. H., *op. cit.*, pág. 106, nota 78. Recordar la teoría monista: los derechos patrimoniales y los morales son difíciles de disociar, RECHT, P.: *Le Droit d'Auteur, une nouvelle forme de propriété*, Ed. J. Duculot, Gembloux, 1969, págs. 152-5.

(43) SPOOR, J. H., *op. cit.*, pág. 118.

compensación, principio que sólo se tiene en cuenta cuando se trata de obras de arte, películas o programas de ordenador. No es un problema de caridad, ni un subsidio para los desvalidos autores sino una solución justa (44). Lo que sucede es que la compensación se ve cada vez más como un salario y por ello tiene una vertiente laboral o social (45).

Si aquel que adquiere la obra además, o en lugar de leerla, se dedica a su explotación se enriquece injustamente a costa del autor, porque ha pagado un precio que no puede compensar de igual manera la utilización privada de la obra y su explotación. Si la utilización de la obra tiene finalidad de lucro, el autor debe participar del mismo. Si el préstamo es desinteresado el autor no tiene por qué sufrir las consecuencias de la promoción cultural o la distracción de la población (46).

Permitir que el esquema de la Ley se distorsione perjudica en última instancia a toda la sociedad porque elimina alicientes para la creación de nuevas obras (47).

3. VIAS DE SOLUCION

3.1 LA REFORMA DE LA LEY

El sistema más correcto para solucionar este problema sería modificar la Ley de Propiedad Intelectual española introduciendo una nueva excepción a la doctrina de la primera venta, similar a la que se establece al reconocer el derecho de los autores de obras cinematográficas o el derecho de persecución. La excepción debería afectar a todas las obras protegidas por la ley y limitarse a aquellos casos en que la copia adquirida se presta o alquila de manera sistemática, tanto si existe una finalidad lucrativa

(44) Cuando se introduce este derecho en la Ley alemana el Estado pretendía, en un principio, crear un fondo social para los autores, pero acabó reconociendo que se trataba de una verdadera compensación. DIETZ, A., *op cit.*, pág. 27. En Noruega y Finlandia en cambio es claramente un subsidio estatal, ver PIKKO-LIISA, A.: «The present situation of Lending Right in Finland», en *Public Lending Right* by COHEN JEHOAM, *op cit.*, passim y MORRIS, R. J. B.: *The Public Lending Right Handbook*, Barry Rose Publisher, Chichester and London, 1980, pág. 24.

(45) Así como una parte del salario se detrae para pagar pensiones, una parte de los derechos del autor deben incrementar fondos sociales, DIETZ, A., *op cit.*, pág. 31.

(46) La Ley alemana de 1965 sólo daba derecho al autor a recibir compensación cuando el préstamo era lucrativo, el 10 de noviembre de 1972 se modifica la Ley para abarcar el préstamo y el alquiler. Se decía que el legislador había dado a los autores más piedras que pan, ver DIETZ, A., *op cit.*, pág. 26.

(47) SELTZER, L. E., *op cit.*, pág. 111.

como si ésta no es manifiesta (48). Ello supone ser coherente con el esquema de la Ley: a mayor difusión mayor compensación, valorando la difusión real de la obra. Esta solución es también considerada la más correcta por la mayoría de la doctrina europea (49).

Incluir este derecho dentro de la ley presenta indudables ventajas, aunque después sea necesario desarrollarlo por vía reglamentaria a fin de organizar su administración. En primer lugar, todos los autores tienen derecho a recibir compensación, tanto los nacionales como los extranjeros, de acuerdo con los tratados internacionales vigentes, aplicándose los artículos 145, 146 y 147 de la Ley. Así se evitan graves agravios comparativos (50). En segundo lugar, la norma afecta a cualquier tipo de obra protegida por la Ley (51). En tercer lugar, se compensa el préstamo o alquiler hecho por cualquier biblioteca o empresa, sea pública o privada (52). En cuarto lugar, de esta manera las sanciones en caso de contravención serán las propias de la Ley, utilizándose un procedimiento sancionador homogéneo. En quinto lugar, no se tratará de un derecho absoluto a prohibir, sino un derecho a recibir compensación de acuerdo con los principios de la ley que tienden a proteger al autor, pero también a lograr la difusión de la obra. Por último, la inclusión del derecho en la misma Ley deja claro que no se trata de un problema de caridad sino de justicia, basado en los mecanismos de protección de la Ley y coherente con sus principios.

El sistema más correcto sería, pues, a mi modo de ver, modificar la Ley estableciendo que: en el caso de que un ejemplar de una obra protegida por la ley sea prestado o alquilado al público por instituciones o personas dedicadas profesionalmente a esta tarea, con ánimo de lucro o sin él, el autor tendrá derecho a una compensación económica que se fijará de común acuerdo entre los interesados (53).

(48) Esta solución es la que ha adoptado la Ley alemana, que basa este derecho en las prerrogativas del autor y lo acoge dentro de la Ley, a pesar de que, como la Ley española, diferencia reproducción y distribución y declara extinguido el derecho a la segunda por la primera venta, ver DIETZ, A., *op cit.*, pág. 25.

(49) BROPHY, B., *op cit.*, pág. 49.

(50) Los autores alemanes se quejan por ello de que mientras en Alemania se paga a los autores ingleses, en Gran Bretaña no se paga a los alemanes.

(51) De lo contrario esta norma afecta sólo usualmente a los libros. En Alemania sólo se excluye el préstamo de originales, y aún esta limitación se considera excesiva, ver DIETZ, A., *op cit.*, pág. 26.

(52) De lo contrario sólo acostumbra a compensarse el préstamo hecho por las bibliotecas públicas, cuando precisamente es más injusto todavía el caso de las empresas que actúan con ánimo de lucro.

(53) De manera similar se recoge este derecho en el artículo 27 de la Ley alemana, en cambio en Holanda se argumenta que es mejor una modificación total de la Ley,

3.2 EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO EN UNA LEY DIFERENCIADA

La segunda vía utilizada en Europa para solucionar este problema es reconocer este derecho en una normativa independiente de la Ley de Propiedad Intelectual, usualmente una Ley de bibliotecas públicas (54).

Para la doctrina inglesa el ajuste ha de hacerse fuera de la ley ya que, para ellos no es un problema de copyright, aunque reconocen que encaja en su filosofía (55). Hasta la reforma de la Copyright Act de noviembre de 1988, la afirmación era bastante coherente. El autor cuando cedía el copyright no conservaba ningún derecho, la ley no le reconocía ni tan sólo derechos morales, si se quería conceder algún derecho que no pudiera cederse era necesario hacerlo fuera de la ley (56).

Este sistema presenta graves inconvenientes. Deja sin resolver el problema del préstamo o alquiler por parte de las bibliotecas no estatales o empresas. No afecta a todos los autores, sino sólo a los nacionales, con graves problemas de reciprocidad. No afecta a todas las obras, sino sólo a los libros, en todo caso si quiere protegerse a los autores de otras obras es necesario multiplicar las leyes. Por último, al regularse fuera de la ley se asemeja a un sistema de subvención para autores desvalidos que se concede arbitraria y graciosamente.

3.3 SISTEMAS PARA HACER EFECTIVO ESTE DERECHO

Es cierto que organizar el cobro de este tipo de compensación puede ser complicado, pero ello no debe ser obstáculo para su reconocimiento y, como mínimo, el derecho debe quedar claro.

En relación a los libros, no parece oportuno defender en nuestro país la implantación de un sistema como el inglés, que permite compensar a

SPOOR, J. H., *op cit.*, pág. 98, posición que más bien parece una maniobra dilatoria, ya que el precepto es perfectamente coherente con el planteamiento legal.

(54) Este es el sistema utilizado por todos los estados europeos que reconocen este derecho excepto Alemania Federal. En Gran Bretaña la Public Lending Right Act es de 1979 modificada en el 1982. Para un estudio de esta ley ver FLINT, M. F.: *A User's Guide to Copyright*, London, 1985, muy interesante en los aspectos prácticos págs. 98 y sigs. En Dinamarca el Acta de Bibliotecas públicas es de 27 de mayo de 1964 modificada en el año 1975, ver WEINCKE, W.: «Public Lending Right in Denmark», in *Public Lending Right*, de COHEN JEHOAM, *op cit.*, passim. En Finlandia la Ley de Bibliotecas públicas es de 3 de mayo de 1961, ver PIKKO-LIISA, A., *op cit.*, passim.

(55) SELTZER, L. E., *op cit.*, págs. 36, 40 y 111.

(56) La Ley inglesa tampoco reconoce el derecho de persecución, en todo caso es necesario establecer cláusulas contractuales si queremos reservar algún derecho al autor, ver PHILLIPS, J.: *Introduction to Intellectual Property Law*, Butterworths, London, 1986, pág. 193.

cada autor proporcionalmente al uso que se haya hecho de su obra, ya que dicho sistema resulta muy caro (57).

Un segundo sistema que puede utilizarse es compensar al autor por el hecho de que su obra se encuentre en el stock de una biblioteca pública, con independencia de que su obra sea o no solicitada. El sistema es menos justo pero mucho más fácil de administrar y tiene además una ventaja: compensa también al autor por la lectura de sus obras dentro de las bibliotecas (58).

Un tercer sistema es diferenciar, en el momento de editar una obra, los ejemplares destinados al uso privado y los destinados a bibliotecas o empresas de alquiler. Estos se venderían a un precio superior, constando entonces en cada ejemplar de la obra que el autor permite su préstamo (59). Este sistema se ha defendido en Francia y en Gran Bretaña, con algunas variantes y es aplicado en Canadá y Holanda, y en Alemania para los libros científicos. Este sistema es extraordinariamente barato, puede suponer algún problema contable para editoriales y librerías pero éste sería de menor entidad. En última instancia, la diferencia entre vender a un particular, a una biblioteca, a un club de préstamo o a una empresa de alquiler es un problema de precio. El sistema propuesto supone aceptar las fuerzas naturales que ya ahora mueven al mercado (60).

Un cuarto sistema, mucho menos recomendable, es el finlandés: el Estado paga a los autores un 9 por 100 de la cantidad que dedica a la compra de libros, es un sistema de subvenciones (61).

(57) Para valorar el uso se realiza en Gran Bretaña un muestreo en 18 bibliotecas informatizadas y se llega a un conocimiento bastante exacto de los préstamos realizados, aunque no se tiene en cuenta la lectura de obras en la misma biblioteca. En el sistema sueco o en el alemán también se hace un muestreo de bibliotecas, aunque no tan amplio como en el sistema inglés, pero en Suecia se paga por los libros leídos en las bibliotecas teniendo en cuenta el stock de libros científicos. El mismo sistema con variantes se utiliza en Dinamarca, Islandia, Nueva Zelanda o Australia. Para un estudio detallado del sistema inglés ver SUMSION, John: *Setting up Public Lending Right. A Report to the Advisory Committee*, 1986 (sin editorial ni ciudad), donde se estudian los problemas prácticos que éste comporta.

(58) Este sistema se defendía en UK sin éxito, ver MCFARLANE, G.: *Introduction...*, op. cit., págs. 82 y sigs. Para evitar que algún autor pudiera regalar sus libros invendibles a las bibliotecas a fin de cobrar se establece que el bibliotecario certifique que hubiera comprado la obra igualmente.

(59) La prohibición del libre préstamo podría tener una duración igual a la del copyright, ver SPOOR, J. H., op. cit., pág. 125, que propone un período más corto: diez años.

(60) Algunos editores de revistas científicas cobran en la actualidad un precio de suscripción más alto a las bibliotecas. El Working Party Report de 1972 defendía la aplicación de este sistema en la Gran Bretaña. Ver SPOOR, J. H., op. cit., notas 163 y 164, BROPHY, B., op. cit., págs. 64 y 109 y LIEBOWITZ, S. J., op. cit., págs. 12 y 75.

(61) PIRKKO-LIISA, A., op. cit., passim.

3.4 SISTEMAS DE ORGANIZACIÓN

En todos los países estudiados el pago de estos derechos lo realiza el Estado cuando se trata de bibliotecas públicas e incluso privadas, y las mismas empresas cuando se trata de alquiler de discos (62).

El importe cobrado se distribuye en algunos países entre autores y editores, igual que el producto de las ventas (63). En muchos países cobra el autor y no el propietario del copyright (64).

En algunos países el importe recaudado lo distribuyen organismos estatales, en otros las mismas sociedades de autores (65).

Existen, pues, diferentes sistemas para reconocer este derecho y para hacerlo efectivo, según las posibilidades y necesidades de cada país, pero siempre es posible encontrar uno que responda a las necesidades de los autores y de la sociedad aquí y ahora.

4. INTERPRETACION DE LA NORMA

4.1 FINALIDAD DE LA DISTRIBUCIÓN

Cuando la Ley no reconoce el derecho del autor a controlar el destino de su obra surgen problemas de difícil resolución (66). Pueden darse tres situaciones diferentes:

(62) En el Reino Unido se propuso que pagaran los usuarios, pero en un país donde no se cobra entrada en los museos es impensable que se cobre el uso de las bibliotecas. Ver MCFARLANE, G.: *A practical introduction...*, op. cit., págs. 82 y sigs. En Alemania paga el Estado aunque se trate de bibliotecas de empresas, ya que se considera que debe promover su uso, ver BROPHY, B., op. cit., pág. 17.

(63) En los Estados Unidos, en relación a los discos, lo que se cobra se distribuye entre autores y editores, SHEL, S., op. cit., pág. 231. Este parece ser también el sistema que recoge la Ley española cuando establece un precio adicional para las máquinas de reproducción (art. 25 de la Ley). En relación a los libros recogen este mismo sistema Alemania y Australia, éste fue también el proyecto inicial en Gran Bretaña pero finalmente se decidió compensar sólo a los autores, MCFARLANE, G.: *A Practical Introduction...*, op. cit., pág. 85.

(64) Es el sistema inglés y el más habitual, ver FLINT, M. A.: *User's Guide...*, op. cit., pág. 99. En el mismo sentido regula la Ley española el derecho de persecución (art. 24 de la Ley).

(65) Para analizar el sistema de organización en Australia, Dinamarca, Finlandia, Nueva Zelanda, Islandia, Holanda, Noruega, Suecia y Alemania ver MORRIS, R. J. B., op. cit., págs. 19 a 26. En principio, el sistema mejor y más barato es que distribuyen las sociedades de autores, como ocurre en Alemania, aunque ello tiene también desventajas: el autor que no es socio no puede cobrar y los autores técnicos, por ejemplo, no acostumbran a serlo. En este sentido ver el informe del COPYRIGHT LAW COMMITTEE, op. cit., pág. 25, ya que en Gran Bretaña lo distribuye un organismo estatal.

(66) En Gran Bretaña se considera que la posibilidad de controlar las finalidades de la distribución es un problema abierto, ver CORNISH, W. R.: «Copies in UK Copyright», en *Copies in Copyright*, de SPOOR, J. H., op. cit.

1. Que la ley recoja la doctrina de la primera venta y no establezca excepciones de carácter general que permitan el control de la explotación de la obra. Este es precisamente el supuesto del artículo 19 de la ley española. En este caso la interpretación más coherente con la finalidad de la ley es pensar que el artículo citado presume *iuris et de iure* que el autor renuncia al control del uso privado que se haga de la obra vendida, pero no al derecho a recibir compensación si ésta se destina al préstamo o alquiler sistemático. De esta manera el derecho a distribuir sólo se considera extinguido cuando la obra llega al consumidor, porque un derecho únicamente se extingue cuando alcanza la finalidad propuesta. La distribución puede definirse como el medio por el cual la obra se hace accesible a los demás para ser utilizada de acuerdo con su destino (67). No puede presumirse que el autor quiere recibir la misma remuneración cuando vende su obra a un particular, para su uso privado, que cuando vende a una biblioteca o a una empresa, que mediante el uso múltiple de una sola copia van a reducir el mercado futuro de la obra (68). El comprador tiene únicamente una autorización limitada, el precio pagado no le permite obtener otros beneficios que el goce privado de la obra, la cesión de derechos que realiza el autor debe interpretarse siempre restrictivamente, como pone de manifiesto la exposición de motivos de la ley española (69). La transferencia del objeto, como consecuencia de la enajenación, no supone cesión de los derechos del autor (70) y éste siempre está legitimado

(67) En este sentido ALLFELD, P.: *Das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst*, 2.^a ed., Munich, 1928, pág. 142, citado por SPOOR, J. H., *op cit.*, pág. 61, nota 27. También STROMHOLM, S., *op cit.*, pág. 281.

(68) STROMHOLM, S., *op cit.*, págs. 281-288. En el mismo sentido véase la Sentencia de la Hoge Read, Tribunal de Apelación holandés HR 19.1.1979 NJ (1979) 412: el famoso pintor Rien Portvliet autorizó a un editor a emplear sus pinturas para confeccionar un calendario, un tal Hovener compró al editor los calendarios e hizo unos paneles de madera vendiendo las diferentes hojas al público. La Hoge Raad dio la razón al pintor cuando éste demandó al comerciante; el Tribunal consideró que el pintor había retenido el derecho a publicar su obra de manera independiente. Teniendo en cuenta que un calendario se utiliza sólo un año el precio podía ser menor porque el beneficio también lo era. En el mismo sentido los autores franceses comentan una Sentencia de la Cour de Cassation de 2.12.1964 Gazette du Palais 1965, 1290, citada por STROMHOLM, S., *op cit.*, pág. 300, en que se discutía el caso de una persona que había vendido unas películas viejas para su destrucción y recuperación de material y el comprador las volvió a introducir en el mercado. La Corte dio la razón al vendedor considerando que el comprador había realizado una reproducción: la solución era justa pero el medio erróneo.

(69) Artículo 43 de la Ley española. En el mismo sentido, véase GAMM, D. F.: *Urheberrechtsgesetz*, Munich, 1968, pág. 351, citado por SPOOR, J. H., *op cit.*, pág. 64, nota 37, o MORING, PH., y NICOLINI, K.: *Urheberrechtsgesetz*, Berlín, 1980, pág. 159, citado también por SPOOR, J. H., *op cit.*, en la misma nota y página.

(70) COLBY, R., *op cit.*, págs. 194-202, pone de manifiesto que la sección 109 de la Ley USA permite disponer de la posesión, no de la copia y la sección 202 establece

para participar en los beneficios que pueda producir la explotación de su obra (71). Esta interpretación es defendida unánimemente por la doctrina belga, holandesa y alemana y es la que creo debe defenderse en nuestro país (72).

2. Que la ley no establezca la extinción del derecho a distribuir, pero no reconozca el derecho del autor a controlar. Este es el caso de la ley francesa. Los autores franceses, atendiendo más al espíritu de la ley que a su letra, e interpretando extensivamente el artículo 31.3 que permite cierto control del destino de la obra piensan que es posible evitar este tipo de explotación estableciendo cláusulas en la enajenación (73). Cada uno de los derechos que se cede debe mencionarse y lo no cedido pertenece al autor, por ello el hecho de que el autor ponga a la venta copias de su obra no quiere decir que permite a otros su explotación, ya que en ella se encuentran precisamente sus beneficios.

que la transferencia del objeto no supone transferencia del copyright. Interpretando estas dos normas conjuntamente este autor piensa que poco queda de la «First Sale Doctrine» ya que debe interpretarse que el comprador puede revender pero no alquilar ni prestar.

(71) Así lo piensan también FROM, F. K., y NORDEMAN, W.: *Urheberrecht*, 3.^a ed., revisado por W. NORDEMAN; K. VINCK, y P. W. HERTIN, Stuttgart, 1973, pág. 128, citado por SPOOR, J. H., *op cit.*, pág. 94, nota 15.

(72) Esta afirmación es unánime, ver SPOOR, J. H., *op cit.*, pág. 115, notas 116 y 117. Una cosa es el uso privado, y otra aquellos modos de explotación que pueden perjudicar al autor, ver GOTZEN, F.: *Het bestemmingsrecht van de auteur*, Brussels, 1975, nota 77, pág. 41, citado por SPOOR, J. H., *op cit.*, pág. 114, nota 115, comentando una decisión del Munich Landgericht de 1968 que deja clara esta distinción.

(73) STROMHOLM, S., *op cit.*, págs. 295-297, pone de manifiesto que no hay jurisprudencia anterior a la Ley de 1957, y la posterior no lo deja claro, pero deduce esta posibilidad del artículo 31.3 de la Ley francesa (art. 43 de la española). Igual DESBOIS, H., *op cit.*, pág. 332, también FRANCON, A.: «Public Lending Right in France», en *Public Lending Right*, de COHEN JEHOIRAM, Deventer, 1983, pág. 43, y GOTZEN, F., *op cit.*, págs. 7-9, que reclama una regulación global de los derechos del autor después de la venta. En el mismo sentido, SPOOR, J. H., *op cit.*, pág. 105. La jurisprudencia belga apoya esta interpretación. Se cita una sentencia famosa: la radio belga había adquirido de Navea (organización de consumidores) permiso para radiar la música de su repertorio. Los autores de algunos discos habían editado con una inscripción prohibiendo el uso por la radio y se opusieron a que fueran radiados. La primera instancia no les dio la razón, pero la Court d'Appeal de Bruselas apreció que el autor, en el ejercicio de sus derechos, es amo soberano de su obra y puede autorizar únicamente su uso privado (Cour de Bruxelles 9.5.1953 Inf. Cons. 1953, pág. 153). Entonces se apela a la Cour de Cassation y ésta confirma la sentencia argumentando que la emisión por radio constituye una reproducción de la obra, la posesión de un disco, se dice, no permite hacer con él lo que se quiera. Cour de Cassation 19.1.1956 Pas. 1956. 1, pág. 484, SPOOR, J. H., *op cit.*, págs. 106-108, notas 76 y 78, aprueba la decisión tomada que se considera un refuerzo a la doctrina francesa que posibilita el control del destino de la obra, aunque se critica que ello se fundamente en la posibilidad de controlar la reproducción. En el mismo sentido la valoran DESBOIS, H., *op cit.*, pág. 333, e ISACKER, F. Van: *De exploitatie-rechten van de auteur*, Bruselas, 1963, citado por SPOOR, J. H., *op cit.*, pág. 108, nota 104.

Las dos posiciones anteriores defienden por vías diferentes un principio esencial: el autor tiene derecho a participar de todo beneficio que exceda el uso normal de la obra de acuerdo con su naturaleza. Prestar o alquilar, es una manera de explotar la obra y la explotación sólo se cede cuando se establece de manera expresa (74). Esta prerrogativa del autor se aplica a todos aquellos casos en que la actividad del comprador perjudica las futuras ventas del autor, tanto si se trata de libros como de discos o programas de ordenador (75).

3. Que la ley prohíba expresamente el control por parte del autor de dicha actividad y lo conceda al Estado, como sucede en la Ley italiana. En este caso no existe otra interpretación posible que la negación de este derecho al autor en aras del interés público (76).

4.2 LA NECESIDAD DE RESERVARSE ESTE DERECHO MEDIANTE CLÁUSULAS

Si interpretamos que el autor tiene derecho a participar de los beneficios que supone este tipo de explotación, considerando que éste es el verdadero sentido de la doctrina de la primera venta, no es necesario que se reserve este derecho mediante cláusulas. Si el derecho es inherente al autor no son necesarias formalidades para que le sea reconocido (77). La restricción al uso privado estaría implícita en el contrato de edición, no puede presumirse que quien da permiso para reproducir y vender la obra da también el permiso para distribuirla sin límites (78).

(74) Publicar es una forma de poner a la disposición del público y para algunos autores prestar es una forma de publicar la obra, así COPINGER, W. A., *op cit.*, pág. 196. Sin embargo, la jurisprudencia holandesa lo niega, ver SPOOR, J. H., *op cit.*, págs. 76-88. Otro argumento es afirmar que si no existiera una copia las bibliotecas, o las emisoras de radio habrían de reproducir la obra para dejarla, o radiarla, en este sentido, DEBBASCH, CH.: *Traité du droit de la radiodiffusion*, París, 1967, pág. 400, citado por SPOOR, J. H., *op cit.*, pág. 108, nota 97.

(75) Ver la monografía citada por SPOOR, J. H., *op cit.*, pág. 107, de GOTZEN, F.: *Het Bestemmingsrecht van de auteur*.

(76) FABIANI, M., *op cit.*, *passim*.

(77) Lo mismo sucede con la prohibición de la reproducción. Sólo los países que no pertenecen a la Convención de Berna incluyen la c. En el mismo sentido, ver la exposición de motivos de la Ley española.

(78) Quien puede lo más (prohibir la reproducción), puede lo menos (autorizarla condicionalmente) como pone de manifiesto GOTZEN, F., *op cit.*, pág. 6, STROMHOLM, S., *op cit.*, pág. 300, lo basa en el derecho del autor a retirar las copias de uso ilegal que recoge el artículo 66.3 de la Ley francesa. Si se trata de un derecho inherente al autor no es necesario que la prohibición conste en cada obra, cualquier uso fuera de leer o escuchar está prohibido. Esta teoría es defendida por la doctrina francesa y belga, así ISACKER, F., *op cit.*, pág. 201, citado por SPOOR, J. H., *op cit.*, pág. 112, nota 109.

Esta restricción no afecta sólo al editor sino también a terceros adquirentes de la copia, las limitaciones al derecho de distribuir no se pierden al ceder la obra a terceros, de lo contrario no tendrían efectos, el editor podría burlarlas vendiendo las copias realizadas a terceros (79). El adquirente no puede adquirir más que lo que tenía el editor que le vendió la copia. Puede establecerse un principio general: las limitaciones relativas a la configuración del derecho son oponibles a terceros, mientras que las modalidades de la explotación tendrían sólo efectos *inter partes* (80).

A pesar de que no sea necesario introducir estas cláusulas para que sea respetado el derecho, ello puede ser conveniente. Mientras no se produzca una modificación legal que recoja explícitamente el derecho que analizamos, resulta conveniente reforzar la reserva de control mediante cláusulas incorporadas a cada ejemplar de la obra. Con la misma finalidad pueden publicarse las prohibiciones de reproducir (art. 131 de la Ley española). Así se defiende el derecho de una manera eficaz y clara a cubierto de cualquier interpretación de la ley (81).

Algunos autores no comparten la opinión anterior y piensan que es necesario establecer cláusulas de limitación si el autor quiere reservarse el derecho a controlar este tipo de uso de la obra. Estas cláusulas permitirían obtener compensación por el préstamo sistemático de la obra e incluso por el ocasional, a pesar de la plasmación legal de la doctrina de la primera venta. El derecho, se dice, se extingue cuando llega a manos de personas extrañas a la elaboración de copias, por ello son necesarias excepciones legislativas o cláusulas (82). Supone interpretar que la doctrina de la primera venta establece una presunción *iuris tantum* de extinción, de manera contraria a lo que sucede en la cesión de otros derechos en que sólo se cede aquel derecho que específicamente se señala (83). Las citadas

(79) SPOOR, J. H., *op cit.*, pág. 111. En el mismo sentido DESBOIS, H., *op cit.*, pág. 333, y ALLFELD, *op cit.*, pág. 11. núm. 4, pág. 142, citado por STROMHOLM, S., *op cit.*, pág. 284, nota 23. Las limitaciones se oponen al derecho a distribuir y no se pierden al ceder el derecho de edición, SPOOR, J. H., *op cit.*, pág. 81.

(80) ALLFELD, *op cit.*, pág. 8, núm. 4, p. 108, citado por STROMHOLM, S., *op cit.*, pág. 286, nota 33. Otros afirman que si el editor es propietario de los derechos los efectos del pacto sólo serían personales, mientras que si se trata de una cesión de derechos, como sucede en la Ley española, los efectos serían reales, ver STROMHOLM, S., *op cit.*, pág. 299.

(81) SPOOR, J. H., *op cit.*, pág. 112, en el mismo sentido defiende la conveniencia STROMHOLM, S., *op cit.*, pág. 299.

(82) Así ULMER: *Urheber und verlagsrecht*, 1960, citado por STROMHOLM, S., *op cit.*, pág. 281, nota 14. En el mismo sentido DIETZ, A., *op cit.*, pág. 48.

(83) Sistema similar al que la Ley inglesa establece para el caso de patentes, ver SPOOR, J. H., *op cit.*, pág. 118, que lo considera el más razonable, ya que considera que no tiene relación con los poderes propios del copyright, pág. 63, o como mínimo que lo exige la doctrina de la primera venta, pág. 82.

cláusulas no son más que limitaciones al derecho a distribuir que la misma ley permite (art. 43 de la Ley española) (84). Precisamente en aquellos casos en que la ley distingue derecho a reproducir y derecho a distribuir una de las ventajas es la posibilidad de controlar la distribución. No se trata de una condición para el nacimiento del derecho sino un modo de fijar su extensión (85). El autor puede limitar el destino de la obra que vende: prohibiendo el uso de discos por la radio; puede limitar la venta a determinadas personas: prohibiendo su adquisición por los usuarios de un club de préstamo, puede limitar el modo de distribución, siempre que se establezcan cláusulas concretas (86). Las cláusulas deberían constar en cada ejemplar de la obra.

Esta postura, mucho menos arriesgada, es no obstante menos acertada, según mi modo de ver, ya que supone regular los derechos del autor siguiendo vías diferentes. El derecho de persecución es un derecho inherente al autor como lo es el derecho a participar en el beneficio que produce la obra. El hecho de que el primero esté reconocido explícitamente por la ley y el segundo no, no ha de impedir una interpretación coherente de la norma.

Una tercera interpretación es considerar que pueden establecerse cláusulas de limitaciones que son de carácter meramente contractual. Las citadas cláusulas utilizadas ya por numerosos autores europeos, permiten establecer un límite contractual perfectamente coherente con las normas generales de la compraventa (87). A fin de que las citadas cláusulas afecten a terceros será necesario que consten en cada ejemplar, el que compra la copia no es parte en el contrato y, por tanto, ha de conocer la restricción en el momento de adquirir, si pretendemos que ésta le afecte (88). El límite a estas cláusulas estaría en la prohibición del abuso de derecho y en la

(84) Ver SPOOR, J. H., *op cit.*, pág. 63, comentando una decisión del Bundesgerichtshof de 1958, en el mismo sentido la ley alemana establece que es posible distribuir con limitaciones en el tiempo o en el contenido. En los EEUU se ponen cláusulas en este sentido en las ventas de programas de ordenador, ver GASAWAY, L. N., *op cit.*, pág. 19.

(85) SPOOR, J. H., *op cit.*, pág. 121.

(86) Los redactores de la Ley alemana de 1901 para evitar que se prohíba el préstamo lo excluyen en la Ley, ver STROMHOLM, S., *op cit.*, pág. 283, nota 21, que cita Stenographischen Berichte über die Verhandlungen des Reichstags, 10 Legislaturperiode II Session 1900/1902 Erster Anlageband, pág. 396.

(87) El caso Koenigs Kursbuch RG263394 parece decirlo así, véase SPOOR, J. H., *op cit.*, pág. 94. Como ejemplo de esta preocupación creciente véase el libro de GETE-ALONSO, Juan Carlos y DEL BARRIO, Virginio: *Medida y realidad*, publicado por la Editorial Alhambra, Madrid, 1989, que en la contraportada prohíbe el préstamo de la obra sin consentimiento del editor. Esta cláusula, utilizada ya frecuentemente en Europa, puede culminar en un acuerdo entre los implicados.

(88) Para SPOOR, J. H., *op cit.*, págs. 63 y 113, no tienen relación con los poderes del copyright.

necesidad de informar a terceros (89). Las sanciones en caso de contravención serán contractuales (90). No se trata de limitar la libre circulación de mercancías, sino de reconocer el derecho a recibir compensación por la misma (91).

Esta tercera posición supone situarse en una situación límite: separando por completo las normas que regulan la propiedad de la copia de las normas de copyright. Es una posibilidad que difícilmente puede negarse a los autores. No obstante, creo que no es necesario llegar a ella en el caso español, sino que es suficiente interpretar la norma correctamente.

Ante los problemas expuestos sólo queda lamentar que una ley acabada de aprobar no haya resuelto de manera más clara y coherente los problemas que afectan al autor en este punto, contemplando no sólo los casos más acuciantes actualmente, como es el caso de los videoclubs, sino también aquellos que pueden serlo en un futuro inmediato. Una observación más atenta del derecho comparado hubiera permitido resolver este problema de manera global. Con la legislación vigente en la mano no nos queda más que recordar las palabras del Justice de la Supreme Court de los Estados Unidos «This case calls not for the judgement of Salomon but for the dexterity of Houdini» (92).

EULALIA AMAT LLARÍ

(89) GOTZEN, F., *op cit.*, pág. 7.

(90) Ver en los EEUU el caso United States v. Wells 1959, citado por GOTZEN, F., *op cit.*, pág. 177, si el que tiene la copia vende y sólo podía reproducir vulnera el contrato pero no el copyright.

(91) Por tanto no es contrario a las normas que impiden la limitación de la libre competencia, ver REIMER, D., *op cit.*, pág. 57. En cambio pueden considerarse prohibidas las cláusulas que limitan el precio de la reventa. En el mes de enero de 1978 la Comisión del Mercado Común Europeo declaró estos acuerdos contrarios al artículo 85 (3) del Tratado de Roma. Ver COLBY, R., *op cit.*, pág. 198, que pone de manifiesto que las normas de copyright no pueden ser utilizadas para controlar los precios.

(92) NOLAN, P. F.: *Copies in the U.S. Copyright*, pág. 173, nota 1.