

Régimen jurídico de transmisión de los derechos de autor en el ordenamiento español y alemán

María Serrano Fernández

Facultad de Derecho
Universidad Pablo de Olavide

Abstract*

En el Derecho español, el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril formula en la sección I, capítulo V del Título I un conjunto de principios imperativos aplicables a toda cesión inter vivos de los derechos de explotación. En el Derecho alemán esta materia se encuentra regulada en los artículos 28 y siguientes de la Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (UrhG) de 9 de septiembre de 1965. El análisis de Derecho comparado realizado en este trabajo revela que el régimen jurídico de las transmisiones inter vivos de los Derechos de Autor en uno y otro ordenamiento es similar en muchos aspectos; ello es debido, en parte, al proceso de armonización impulsado por la Unión Europea en esta materia a efectos de lograr el establecimiento de un mercado interior garantizando, al mismo tiempo, un adecuado nivel de protección. No obstante, también es posible advertir que existen diferencias relevantes entre ambas legislaciones entre las que destaca la especial relevancia que la UrhG atribuye a la buena fe (Treu und Glauben) como principio general que delimita las facultades atribuidas al autor de la obra intelectual, o la admisibilidad de los contratos sobre derechos morales, frente a la naturaleza inalienable que ostentan estos derechos en la legislación española. En el presente trabajo se destacan igualmente otras particularidades del régimen de cesión inter vivos de derechos patrimoniales en el Derecho alemán, tales como la admisibilidad de los contratos de explotación respecto de medios de difusión inexistentes o desconocidos al tiempo de la cesión, o la ausencia de una forma especial para los contratos de concesión de derechos de uso, salvo las excepciones previstas en la norma.

The Spanish Copyright Act (Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril) establishes in Title I, Chapter V, Section I, a set of mandatory principles that apply to any inter vivos assignment of exploitation of rights. In German law, this subject is governed by articles 28 and following of the Copyright Act (Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (UrhG) of 9 September 1965). This paper compares the aforesaid regulations and shows that the legal regime for assigning exploitation rights is very similar in both jurisdictions. This results partially from the European harmonization process, which has aimed to the establishment of an internal common market, as well as an adequate level of intellectual property rights protection. However, some relevant differences can be highlighted between the two jurisdictions. First, German law resorts prominently to good faith (Treu und Glauben) as a general principle of law used to delimitate the specific property rights or legal powers of authors. Second, German law allows contracting around moral rights in contrast with Spanish law which establishes an inalienability rule for moral rights. Other issues regarding inter vivos assignments of economic rights in German Law are discussed in the article, such as the admissibility of assignments in relation to media that do not exist or are unknown at the time of the transfer, and the absence of a special form for granting usage rights' contracts in most cases.

Title: Copyright Assignment Regulation in Spanish and German Legal System

Palabras clave: derechos de explotación, cesión exclusiva y cesión no exclusiva, reglas de interpretación, revocación de derechos

* Este trabajo es fruto de mi estancia de investigación en el Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law en la primavera del 2011.

Keywords: Copyright, Exploitation Rights, Exclusive and Non-Exclusive Assignment, Interpretation Rules, Revocation Right

Sumario

1. Introducción
2. Aproximación al Derecho español y alemán
3. Principios generales en materia de transmisión de los Derechos de Autor
 - 3.1. La cuestión relativa a la transmisibilidad del Derecho de Autor
 - 3.2. Modalidades de derechos de uso reconocidos: exclusivo (ausschließliche Nutzungrechte) y no exclusivo o simple (einfache Nutzungrechte)
 - 3.3. Cesión a un tercero de los derechos de explotación. ¿Es necesario el consentimiento del autor?
 - 3.4. Cambio de titularidad de la empresa cesionaria de los derechos
 - 3.5. Forma de los contratos de explotación
 - 3.6. Reglas de interpretación relativas al alcance de los derechos cedidos
 - 3.7. Revocación de derechos (*Rückrufsrecht*)
 - 3.8. Derecho del autor a una remuneración equitativa (*Angemessene Vergütung*)
4. Conclusiones
5. Tabla de sentencias
6. Bibliografía

1. Introducción

Ciertamente, existe una amplia variedad de temas susceptibles de ser analizados en el ámbito de lo que hoy conocemos como Derecho de Autor. Por ello es importante precisar que el objeto de nuestra investigación tiene como finalidad fundamental llevar a cabo un estudio comparativo de los principios que inspiran el régimen jurídico de las transmisiones *inter vivos* de los derechos de explotación en el Derecho alemán y español¹.

Esta elección viene motivada no sólo por la trascendencia que desde nuestro punto de vista posee este tema, sino por la circunstancia de que se trata de una materia a la que tradicionalmente los legisladores de dichos países han dedicado escasa atención. Dos son las razones que han podido explicar dicho comportamiento. En primer lugar, porque en ambos ordenamientos jurídicos las primeras leyes sobre Derechos de Autor se publicaron en una época caracterizada por el más absoluto respeto a la autonomía privada, de forma que los sujetos podían establecer, con escasas limitaciones, los pactos, cláusulas o condiciones que tuvieran por convenientes.

Respondiendo a dicho planteamiento, la Ley española de 10 de enero de 1879 de Propiedad Intelectual (en adelante LPI) proclamaba en su art. 6 que “la propiedad intelectual podía transmitirse por actos *inter vivos*, correspondiendo el derecho al adquirente durante la vida de su autor y ochenta años después del fallecimiento de éste”². Ahora bien, ni dicho texto legal ni su Reglamento de 1880 regularon modalidades de negocios en virtud de los cuales el autor transmitiera a un tercero derechos patrimoniales; este vacío legal trajo consigo que, en coherencia con esa autonomía privada que se reconocía a los sujetos, la configuración y el contenido de los contratos de explotación fuera una materia que correspondía exclusivamente a las partes intervinientes en el mismo.

En el Derecho alemán la *Gesetz über das Verlagsrecht* (RGBl.S. 217.BGBl III, 441-1) (en adelante *VerlG*) de 19 de junio de 1901 contiene la regulación relativa a los contratos de explotación³;

¹ Derecho de aprovechamiento (*Verwertungsrechte*) y derecho de explotación (*Nutzungsrecht*) son dos expresiones diferentes que se corresponden con la distinta finalidad que cumplen uno y otro derecho. El Derecho de Autor tiene un intransferible contenido patrimonial que recibe el nombre de *derecho de aprovechamiento* y cuyo titular es el creador de la obra; como manifestaciones de ese derecho el art. 15 de la Ley alemana sobre Derechos de Autor y Derechos Afines incluye el derecho de reproducción, el de distribución, el de exhibición y el de comunicación pública. Por el contrario, el legislador utiliza la expresión *derecho de explotación o de utilización* (arts. 31 y 32) cuando el titular de estos derechos concede a un tercero alguna de estas facultades de explotación, caracterizadas ya por su concreta referencia a una modalidad de aprovechamiento económico. Sobre esta cuestión terminológica: MÖHRING *et al.* (2000, § 31, Rdn1); BÜSCHER *et al.* (2011, § 29, Rdn 1 y 3); WANDTKE *et al.* (2009, § 29, Rdn 8). En el Derecho español: MANZANARES SAMANIEGO (1992, p. 67).

² En opinión de la doctrina dicho precepto aludía abiertamente a la enajenación global de la propiedad intelectual, incluyendo el conjunto de derechos cuya titularidad correspondía al autor y no sólo los derechos de explotación, salvo la previsión del art. 32 de la LPI según el cual de no mediar pacto expreso en contrario, la cesión no comprendía el derecho de colección que correspondía al creador. Véase al respecto, BAYLOS CORROZA (1978, p. 63) y RODRÍGUEZ TAPIA (1992, p.25).

³ Como veremos posteriormente en el ordenamiento español la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, que sustituyó a la de 1879, contiene el régimen jurídico de los derechos de autor y derechos afines así como los contratos en virtud de los cuales se transmiten *inter vivos* los derechos de explotación. En el Derecho alemán, por el contrario, dichas cuestiones se encuentran reguladas en dos textos normativos diferentes.

estamos ante una norma caracterizada por poner a disposición de las partes un conjunto de reglas que tiene una naturaleza dispositiva. En tal sentido, afirma ULMER⁴ que los contratos de edición de obras literarias y musicales se encuentran regulados en la *VerlG*, si bien los preceptos que rigen las relaciones entre el autor y el editor no son obligatorios, de forma que la mayoría de estos negocios contienen además de cláusulas complementarias, otras divergentes. La razón es que habitualmente el editor determina de forma unilateral el contenido del contrato, utilizando cláusulas estándar que favorecen sus intereses.

Desde una perspectiva diferente, existe otro motivo que explicaría la escasa atención que los legisladores de principios de siglo XX dedicaron a los negocios de cesión de los Derechos de Autor. Este no es otro que la convicción de que los eventuales problemas que pudiera plantear la explotación de las creaciones intelectuales podrían solucionarse acudiendo a la regulación sobre esta materia prevista en las leyes generales. De nuevo, un claro ejemplo de este planteamiento es la LPI, la cual “no contemplaba la posibilidad de que un tercero explotara la obra del autor, percibiendo éste los rendimientos económicos y conservando su titularidad”. La ausencia de dicha normativa se explicaba, de una parte, por el hecho de que el legislador español concibió la propiedad intelectual como una de las “propiedades especiales”; es decir, como una manifestación particular, dada la naturaleza del objeto, de la propiedad ordinaria. De otra parte, de la consideración de la Ley de Propiedad Intelectual como una ley especial; un texto destinado a contemplar únicamente los datos diferenciales de la institución específica respecto del sustrato genérico de la misma regulado en el Derecho común. En este contexto, “se estimó que el objeto obra literaria, artística o científica admitía sin violencia alguna un tratamiento idéntico al de cualesquiera otros bienes y que el Derecho de Autor era, asimismo, un derecho patrimonial y, por tanto, esencialmente transmisible por cualquier título traslativo del dominio y, en particular, mediante la venta o la enajenación de la propia obra”⁵.

Sin embargo, esta solución no está exenta de dificultades debido a razones situadas en planos diferentes. En primer lugar, la especial naturaleza de la creación intelectual en la que confluyen derechos morales y patrimoniales conlleva, en términos generales, la inadecuación de una normativa pensada básicamente para bienes materiales. En segundo lugar, tanto el texto de 1879 como el de 1901 partían de un presupuesto común: la igualdad de los sujetos contratantes y su autonomía para regular la materia contractual. En consecuencia, el legislador español estimó

Mientras que la citada *VerlG* regula la materia contractual, la *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte* (en adelante *UrhG*) o *Act on Copyright and Neighboring Rights* de 9 de septiembre de 1965 regula el Derecho de Autor y Derechos Conexos.

⁴ ULMER (1976, pp. 207-208). De igual modo, también SCHRICKER (2004, p. 850) señala que la vieja ley alemana sobre contratos de edición de 1901, aún en vigor, no contiene normas imperativas, sino un conjunto de reglas puesto a disposición de las partes. En consecuencia, la regulación aplicable a estos negocios no se encuentra en el texto legal, sino en los términos estándar redactados por las editoriales, los cuales deben ser aceptados por los creadores como única forma de ver publicada su obra: *take it or leave it*.

⁵ MARCO MOLINA (1995, p. 120). Como es sabido, el Código Civil español bajo el epígrafe “algunas propiedades especiales” dedica dos preceptos a la propiedad intelectual: los artículos 428 y 429. El segundo de ellos dispone que “La Ley sobre Propiedad Intelectual determina las personas a quienes pertenece ese derecho, la forma de su ejercicio y el tiempo de su duración. En casos no previstos ni resueltos por dicha Ley especial se aplicarán las reglas generales establecidas en el Código sobre propiedad”.

innecesario establecer el régimen jurídico de estos contratos por ser una materia cuya regulación debía confiarse a las partes contratantes; en Alemania, por el contrario, se optó por dotar a esos negocios de un conjunto de reglas dispositivas. No obstante, en el ámbito de los contratos de explotación de los derechos patrimoniales que corresponden al autor la característica más destacada es la existencia de una situación de desigualdad entre el creador y el empresario (editor, productor musical o cinematográfico, etc.), de tal manera que como ya se ha dicho los contratos son unilateralmente redactados por las industrias que explotan este tipo de obras con el objetivo de proteger al máximo sus intereses.

Por otra parte y a modo de apunte, pudiéramos pensar que el modelo adoptado por las legislaciones española y alemana que concedían un absoluto protagonismo a la autonomía privada constituía la regla general en el Derecho comparado. Sin embargo, el estudio de otros textos legales sobre esta materia va a poner de manifiesto la carencia de un único modelo en lo relativo a la regulación de las cesiones *inter vivos* de los derechos patrimoniales⁶.

Al respecto, es posible distinguir un primer sistema cuya característica fundamental es dotar a los distintos tipos de contratos de una regulación muy detallada; éste fue el esquema adoptado por Rusia y los demás países que se encontraban bajo su influencia⁷. El segundo modelo, por el contrario, se caracteriza por establecer un conjunto de disposiciones muy generales abordando sólo la regulación del o los tipos contractuales más importantes; a este esquema responde, por ejemplo, la Ley italiana de Derecho de Autor de 22 de abril de 1941⁸. Un tercer sistema es el adoptado por la legislación anglo americana la cual presenta como nota predominante la casi total ausencia de regulación de los contratos de explotación; responden a este tipo la *Copyright, Designs and Patents Act 1988*⁹ y la *Copyright Act of 1976*¹⁰.

El panorama descrito nos revela un conjunto de legislaciones nacionales divergentes que ofrecían una protección a los autores que era efectiva sólo dentro de su territorio. Como es evidente, esta

⁶ ULMER (1976, p. 2002).

⁷ Así, la Ley de 16 de mayo de 1928 básica sobre Derecho de Autor de la Unión Soviética, derogada por la Ley de la Federación Rusa de Derechos de Autor y Derechos Conexos de 9 de julio de 1993 que dedica los artículos 30 a 34 a establecer el régimen jurídico de los contratos celebrados por los autores, la cual fue a su vez modificada por la Ley de 20 de julio del 2004.

⁸ El Derecho de Autor se encuentra regulado en los arts. 2575-2583 CC (capítulo I, título IX, del Libro V “Del Trabajo”), remitiéndose su art. 2583 a la legislación especial para la regulación del ejercicio y duración de los derechos de autor.

⁹ Sobre la *Copyright, Designs and Patents Act 1988*, véase BENTLY *et al.* (2010, pp. UK 62-UK 67).

¹⁰ Dicha norma prevé que la transmisión de los derechos exclusivos deba ser objeto de un documento escrito y firmado; sin embargo, no precisa en qué medida debe delimitarse la transferencia. A juicio de GINSBURG (1999, pp. 164-165) ello determina que, a diferencia de la legislación de otros países, la *Copyright Act* no prohíbe la cesión de derechos para las formas de explotación que se desconocen en el momento de concluirse el contrato. Se considera además que todo lo que se refiere a los límites de la cesión incumbe a la normativa que rige la interpretación de los contratos de los Estados federados. Un análisis de la legislación norteamericana realiza VON LEWINSKI (2010, pp. 41-105).

variedad de regímenes jurídicos constituía un serio obstáculo a la consecución de un mercado común en el seno de la Comunidad Europea que propiciara la libre circulación de personas, mercancías y capitales, pues con frecuencia un determinado bien cultural estaba protegido en un Estado, pero no en otro. En ese contexto, la implantación del Mercado interior europeo, objetivo central del Acta Única Europea aprobada en 1987, obligó a la CE a adoptar una serie de iniciativas para avanzar hacia una progresiva armonización de las legislaciones nacionales en materia de Derechos de Autor y Derechos Afines; es evidente que España y Alemania en su calidad de miembros de lo que hoy conocemos como Unión Europea tenían que incorporar a su ordenamiento jurídico las Directivas adoptadas por la CE en este campo. Sin embargo, el resultado de dicho proceso no ha sido idéntico, de tal manera que cabe apreciar diferencias entre uno y otro ordenamiento, lo cual justifica el estudio que ahora abordamos.

2. *Aproximación al Derecho español y alemán*

Los dos grandes pilares en los que se ha asentado el Derecho de Autor en España y Alemania son, sin duda, de signo muy diferente. El primero, se caracteriza por unas legislaciones aprobadas en un contexto histórico liberal que además de insuficientes no otorgaban al autor una protección eficaz. El segundo, aparece vinculado a la consecución de un mercado interior en el que la libre circulación de personas, capitales y servicios estuviera garantizada. Como ya se ha apuntado, con el fin de lograr dicho objetivo se han aprobado un conjunto de Directivas que han obligado a España y Alemania, en su calidad de miembros de la Unión Europea, a modificar su legislación a fin de incorporar a sus respectivos ordenamientos el contenido de estas normas comunitarias. Nuestra tarea ahora será pues analizar si más allá de estas leyes de transposición de las Directivas, ambos países cuentan en la actualidad con una normativa similar.

Con respecto a España y como es sabido, el texto de 1879 fue sustituido por la Ley 22/1987, de 11 de noviembre 1987 (BOE núm. 275, de 17.11.1987) (en adelante LPI 1987)¹¹ cuyo principio inspirador fue radicalmente opuesto al de su antecesora. Así, en primer lugar, frente a esa igualdad formal y el pleno reconocimiento a la autonomía de la voluntad que inspiraba la anterior legislación, la principal preocupación de la normativa actual ha sido la de otorgar al creador de la obra una adecuada protección frente al cesionario en el ámbito de la transmisión de los derechos patrimoniales. Por ello, en el Preámbulo de la Ley se advierte que las *Disposiciones Generales sobre transmisión de los derechos de explotación* (sección I, capítulo V, título I) revisten destacada importancia en cuanto constituyen “el régimen

¹¹ Según hemos analizado en el apartado anterior, la Unión Europea ha aprobado numerosas Directivas en materia de Derechos de Autor, obligando al legislador español a incorporar a la Ley de 1987 el contenido de las disposiciones comunitarias. Ello trajo consigo una cada vez más extensa y dispersa normativa en materia de propiedad intelectual. Por ello, la disposición final segunda de la Ley 16/1993 autorizó al Gobierno a aprobar un Texto Refundido en materia de propiedad intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones objeto de refundición antes de 30 de junio de 1995. Dicha autorización se reiteró en las Leyes 43/1994 y 27/1995. En cumplimiento del mandato legal se elaboró el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI) incorporado como anexo al Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril que constituye la regulación actual en esta materia. Tras la promulgación del TRLPI de 1996 dicha norma ha sido posteriormente reformada por la Ley 5/1998, de 5 de marzo; Ley 19/2006, de 5 de junio; Ley 23/2006 de 7 de julio; Ley 10/2007, de 22 de junio.

específico sobre esta materia en el ámbito de los derechos de autor y tienen el carácter de preceptos generales que otorgan a los autores o a sus derechohabientes determinados beneficios que salvo disposición de la propia ley son irrenunciables”.

En dicha sección I, capítulo V se contienen un conjunto de normas que desempeñan una doble función. En primer lugar, se formulan una serie de reglas de carácter subsidiario respecto del régimen jurídico de los contratos típicos; en segundo lugar, constituyen la normativa aplicable a otras formas de explotación no contempladas en la ley¹². Junto a esta dualidad de funciones existen en las Disposiciones Generales un grupo de preceptos que constituyen principios imperativos aplicables a todas las cesiones de los derechos de explotación¹³. Al mismo tiempo, se introduce por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico una específica regulación que los contratos de edición y representación, dada la necesidad de adaptar las normas de carácter general a las especiales características de estas figuras. Dichos preceptos están sistemáticamente situados en la sección II, capítulo V, título I y pretenden, en última instancia, que los derechos y obligaciones de los autores así como los de los cesionarios de los derechos de explotación puedan quedar delimitados de acuerdo con las tendencias preponderantes en el actual momento histórico y en beneficio de ambas partes, mediante “la aplicación de un justo equilibrio entre las normas de derecho necesario y el principio de autonomía de la voluntad”.

A diferencia de lo que sucede en el Derecho español, en el ordenamiento alemán no existe una única ley que regule conjuntamente las disposiciones generales en materia de transmisión de derechos de autor y los principales contratos de explotación, sino dos. La primera es la *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte* (BGBl IS. 1273) (en adelante *UrhG*) de 9 de septiembre de 1965 que regula el Derecho de Autor y Derechos

¹² En tal sentido, puede afirmarse que nuestro país pertenece al segundo de los modelos examinados pues únicamente regula los tipos contractuales más importantes. Sobre el contrato de edición y otras modalidades de explotación de los derechos patrimoniales véase SERRANO FERNÁNDEZ (2001, pp. 22 y 36).

¹³ Dichos principios son los siguientes: 1 La cesión de los derechos de explotación deberá otorgarse por escrito, debiendo instrumentalizarse en documentos independientes respecto de cada modalidad de explotación que sea objeto de cesión (art. 45 TRLPI). 2. Se declaran nulas las cesiones de los derechos de explotación respecto del conjunto de las obras que el autor pueda crear en el futuro, así como aquellas estipulaciones en virtud de las cuales el autor se comprometa a no crear alguna obra en el futuro. 3. A falta de mención expresa sobre el tiempo de duración de la cesión y su ámbito territorial, ésta quedará limitada a cinco años y al país en que se realice la cesión. 3. Si no se determinan específicamente las modalidades de explotación de la obra, la cesión quedará limitada a aquélla que se deduzca necesariamente del propio contrato y sea indispensable para cumplir la finalidad del mismo. 4. En las cesiones a título oneroso se establece en favor del cedente una remuneración fijada, salvo algunas excepciones, en forma de participación proporcional a los ingresos de la explotación. Cuando sea posible fijar la retribución del autor a tanto alzado, el art. 46.2 TRLPI otorga un derecho de revisión en beneficio del autor. 5. La cesión a favor del cesionario puede otorgarse con exclusiva o carecer de dicho carácter; en defecto de estipulación expresa se presume que la cesión es sin exclusiva. 6. Los derechos de explotación correspondientes al autor no son embargables, pero sí lo son sus frutos o productos que se consideran salarios, tanto en lo relativo al orden de prelación para el embargo, como a retenciones y parte inembargable.

Conexos¹⁴; desde la unificación alemana en 1990 es la norma que se aplica en todo el territorio germano¹⁵.

El Tratado estipulaba expresamente que el derecho de la República Federal de Alemania se aplicara también a las obras creadas en la República Democrática antes de 1990, fecha de entrada en vigor de dicho texto; esta disposición tuvo una extraordinaria importancia pues la duración de los derechos de explotación en uno y otro país era muy diferente: en la RDA el plazo general de protección *post mortem auctoris* era de 50 años mientras que en la RFA era de 70 años. Ello trajo consigo múltiples casos de “resurrección” de los derechos correspondientes a las obras que ya habían caído en dominio público debido al menor plazo de protección en la RDA. Al respecto, el Tratado preveía la posibilidad de continuar, en condiciones precisas y mediante el pago de una remuneración justa, las utilidades lícitas en el pasado y que se convertían en prohibidas con el nuevo derecho, salvo en los casos que el titular del derecho patrimonial permitía al autor disponer de ese derecho durante ese plazo residual.

Como no podía ser de otro modo, la *UrhG* ha sido modificada en numerosas ocasiones, principalmente por la necesidad de incorporar al ordenamiento jurídico alemán el contenido de las Directivas comunitarias¹⁶; de entre ellas destaca la denominada *Ley para el reforzamiento de la posición contractual de los autores y de los artistas-intérpretes o ejecutantes*, Ley 7/2002, de 22 de marzo (BGBl I, p. 1155)¹⁷, cuyo objetivo fundamental ha sido formular una serie de principios generales destinados a la protección del autor, subsanando las omisiones que presentaba la *UrhG*¹⁸. La segunda norma es la ya citada *VerlG* que contiene la regulación relativa a los contratos de explotación.

¹⁴ La literatura sobre el Derecho de Autor en Alemania es muy amplia; entre las principales aportaciones cabe citar: MÖHRING *et al.* (2000); FROMM *et al.* (2008); SCHRIKER (2006); HUBMANN *et al.* (2008); KLETT *et al.* (2008); WANDTKE *et al.* (2009); SCHACK (2010); BÜSCHER *et al.* (2011); EISENMANN *et al.* (2012). Desde una perspectiva de Derecho comparado: GELLER *et al.* (2010) y VON LEWINSKI (2010).

¹⁵ El proceso de reunificación de Alemania conllevó la entrada de la antigua República Democrática de Alemania en la República Federal mediante el Tratado de la Unión de 31 de agosto de 1990, vigente desde el 3 de octubre de ese año. Lógicamente, antes de dicho proceso cada país tenía su propia legislación en materia de propiedad intelectual e industrial; pues, bien, como señala DIETZ (1993, p. 136 y ss.) durante las negociaciones las dos partes tenían en mente la problemática de estos derechos, de tal modo que en la redacción del Tratado de la Unión y de los 109 anexos se incorporaron reglas específicas sobre esta cuestión. En virtud de lo dispuesto en el art. 8 de dicho documento y de las disposiciones específicas contenidas en el anexo I se acordó que “el derecho de la República Federal y, por tanto la Ley sobre Derechos de Autor de 9 de septiembre de 1965, se aplicaría al territorio de la antigua RDA”.

¹⁶ Un estudio sobre las principales modificaciones de la Ley de 1965 en VON LEWINSKI (2010, pp. 16-17).

¹⁷ Para un análisis de esta norma: DIETZ (2002, p. 828) y SCHRICKER (2004, p. 855). Con posterioridad a la reforma de 2002, cabe citar la Ley de 10 de septiembre de 2003 que incorpora al Derecho alemán la Directiva 2001/29 EC; la Ley de 10 de noviembre de 2006 de incorporación al ordenamiento germano la Directiva 2001/84 EC; la Ley de 26 de octubre de 2007 que modifica los § 31.a y 32 c. La ley de 7 de julio 2008 que incorpora a dicho derecho la directiva 2994/48/EC.

¹⁸ La expresión *posición contractual* contenida en el título de la disposición pudiera hacer pensar que se trata de una norma que ha instaurado un régimen jurídico nuevo para el derecho de los contratos en el ámbito de los derechos de autor, derogando a la ley que es de principios de siglo; sin embargo, dicha materia continúa rigiéndose por la Ley de 1901.

3. Principios generales en materia de transmisión de los Derechos de Autor

El Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, BOE núm. 97, de 22.4.1992) (en adelante TRLPI) en su sección I del capítulo V del título I bajo la rúbrica “Disposiciones Generales” formula un conjunto de principios imperativos aplicables a toda transmisión *inter vivos* de los derechos de explotación; por su parte, en el Derecho germano esta materia se encuentra fundamentalmente regulada en la *UrhG*. Como ya se ha apuntado, nuestro estudio va a tener como objetivo un análisis de Derecho comparado de ambos textos en aquellos aspectos relacionados con la cesión de los derechos de explotación, a fin de resaltar las similitudes y diferencias en los principios generales que rigen esta materia.

3.1. La cuestión relativa a la transmisibilidad del Derecho de Autor

En el ordenamiento alemán el Derecho de Autor no puede ser transmitido, ni renunciado total o parcialmente¹⁹. La única excepción a este principio es que en virtud de una sucesión *mortis causa* otra persona ocupe el lugar del creador de la obra²⁰. Frente a dicha declaración, el texto español permite que los derechos de explotación se transmitan *mortis causa* (art. 42 TRLPI) o *inter vivos* (art. 43 TRLPI). En consecuencia, parece existir una primera e importante diferencia entre ambos sistemas jurídicos: al principio general de intransmisibilidad propio del derecho germano se contrapondría la admisibilidad en el ordenamiento español de las cesiones *inter vivos* de los derechos de explotación. Sin embargo, un estudio más detallado de ambas normativas nos va a revelar que la diferencia no es tan acusada como aparenta ya que la naturaleza intransmisible que ostenta este derecho en el ordenamiento alemán no impide al creador suscribir acuerdos contractuales con terceros, a fin de que éstos sean los que lleven a cabo la explotación de su obra.

En relación con la cuestión planteada, es el § 29 *UrhG*²¹ el precepto que condensa ambos principios generales; el párrafo primero declara que los derechos de autor no son transmisibles salvo que se transfieran en ejecución de una disposición *mortis causa* o a los

¹⁹ Ello es consecuencia de la llamada tesis monista según la cual los derechos personales (*Urheberpersönlichkeitsrechte*) y derechos de explotación (*Verwertungsrechte*), que integran el Derecho de Autor, se encuentran estrechamente ligados y constituyen una unidad indivisible. Sobre esta cuestión véase: HUBMANN *et al.* (2008, pp. 19-21); GELLER *et al.* (2010, Ger-57); BÜSCHER *et al.* (2011, § 29, Rdn 1); SCHRICKER (2006, § 29, Rdn 3c).

²⁰ El § 28 bajo la rúbrica *Vererbung des Urheberrechts* señala que “(1) Das Urheberrechts ist vererblich. (2) Der Urheber kann durch letztwillige Verfügung die Ausübung des Urheberrechts einem Testamentsvollstrecker übertragen. § 2210 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist nicht anzuwenden”.

²¹ El § 29 *Rechtsgeschäfte über das Urheberrecht*: “(1) Das Urheberrecht ist nicht übertragbar, es sei denn, es wird in Erfüllung einer Verfügung von Todes wegen oder an Miterben im Wege der Erbauseinandersetzung übertragen. (2). Zulässig sind die Einräumung von Nutzungsrechten (§ 31), schuldrechtliche Einwilligungen und Vereinbarungen zu Verwertungsrechten sowie die in § 39 geregelten Rechtsgeschäfte über Urheberpersönlichkeitsrechte”.

coherederos como parte de la partición de una herencia (§ 29.1)²². No obstante, el párrafo segundo del § 29 *UrhG*, introducido por la Ley 7/2002, señala que “la concesión de los derechos de explotación, las autorizaciones puramente contractuales y los contratos sobre derechos morales, según lo dispuesto en la sección 39, están permitidos”. Como ya se ha apuntado, el carácter intrasmisible de estos derechos no es incompatible con la idea de que el autor pueda celebrar acuerdos con terceras personas a fin de que éstas sean las que realicen la explotación de la obra intelectual²³. Sin embargo, el contenido de dichos negocios parece tener un alcance mayor que aquéllos permitidos en el Derecho español. En efecto, el art. 14 TRLPI reconoce al creador de la obra intelectual un conjunto de derechos morales que tienen una naturaleza irrenunciable e inalienable, de tal modo que los contratos que celebra el autor con terceros tienen por objeto siempre los derechos de contenido patrimonial. Por ello, a los juristas españoles quizás les resulte sorprendente la afirmación según la cual, “en los términos previstos en el art. 39 los contratos sobre derechos morales de autor están permitidos”.

Desde nuestro punto de vista el precepto suscita varios interrogantes: ¿Todos los derechos morales pueden ser objeto de acuerdos contractuales? ¿Qué contenido puede tener dicho contrato? La respuesta a dichas cuestiones debemos encontrarla en la propia remisión que la norma hace al parágrafo 39 *UrhG*²⁴, el cual determina que, salvo pacto en contrario, el titular de un derecho de uso no podrá introducir *modificaciones en la obra*, ni en el *título de la misma*, ni en la *designación del autor*. No obstante, las dos primeras serán lícitas cuando el autor no pueda, de buena fe, denegar su consentimiento para ello.

En términos generales, el texto alemán permite que el titular del derecho pueda modificar la obra o cambiar el título de la misma con el consentimiento del autor; sin embargo, la oposición de éste no se configura como un derecho absoluto ya que no puede negarse injustificadamente a autorizar dichas modificaciones. Por su parte, el art. 14.4 TRLPI proclama que el autor ostenta “el derecho a exigir el respeto a la integridad de la obra e

²² VON LEWINSKY (2010, pp 16-85) afirma, al respecto, que el Derecho de Autor no puede ser objeto de transmisión o renuncia, en todo o en parte afectando dicha regla tanto a los derechos morales como a los económicos o patrimoniales. La única excepción a este principio es la sucesión a título de herencia, en coherencia con lo dispuesto en el art. 28 que proclama que el derecho de autor es hereditario. En tal caso, puede ser transmitido íntegramente a una tercera persona en ejecución de una disposición testamentaria o a los coherederos como resultado de la partición de la herencia, pero no a terceros. Por sucesión *mortis causa*, las personas jurídicas pueden adquirir la propiedad de los derechos de autor; es decir, una condición jurídica “como” de autor. En el mismo sentido MÖHRING *et al.* (2000, § 28, Rdn 2 y 3).

²³ No obstante, GELLER *et al.* (2010, Ger-56 y 58) advierte que “German doctrine conceptualizes copyright transfers rather differently than goes, for example, either Anglo-american o Latin doctrine. German doctrine does not incorporate any notion equivalent to the English ‘assignments’ or the French cession of copyright; rather, it formulates contractual transfers of copyright interest as grants of rights of use. The English term ‘licence’ does not fully translate what German Copyright Act means by the contractual granting of a right of use”.

²⁴ El § 39 *Änderungen des Werkes*: “(1) Der Inhaber eines Nutzungsrechts darf das Werk, dessen Titel oder Urheberbezeichnung (§ 10 Abs.1) nicht ändern, wenn nichts anderes vereinbart ist. (2) Änderungen des Werkes und seines Titels, zu denen Urheber seine Einwilligung nach Treu und Glauben nicht versagen kann, sind zulässig”. Para un comentario sobre este precepto BÜSCHER *et al.* (2011, § 37, Rdn 2 y 3).

impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga un perjuicio a sus intereses o menoscabo de su reputación”²⁵.

Del tenor literal del precepto se desprende que el legislador español además de reconocer la existencia de este derecho moral delimita su alcance, de manera que el derecho a la integridad de la obra no posee un carácter absoluto, pues el creador sólo está protegido frente a aquellas modificaciones que supongan un *perjuicio para sus intereses o menoscaben su reputación*²⁶. Como apunta PÉREZ DE CASTRO²⁷, la ley admite la posibilidad de que la obra se modifique si el autor consiente en ello, puesto que entre los derechos de explotación que se le atribuyen se encuentra el derecho de transformación (art. 17 TRLPI), al tiempo que el legislador define la obra compuesta (art. 9 TRLPI). Luego parece que “bajo la noción de indisponibilidad lo que se prohíbe es que el autor transmita a otra persona la facultad de oponerse a las modificaciones”.

Por otra parte, es indudable que el derecho a la integridad asume una especial relevancia frente a aquellas personas autorizadas contractualmente por el autor a explotar la obra. En estos casos “el tercero titular puede tener un interés legítimo en introducir ciertas modificaciones con el fin de explotarla racionalmente. Ese interés legítimo es el que debe ser valorado frente al interés también legítimo del autor en mantener la integridad de su creación”²⁸. Es en este contexto en el que hay que situar el § 39 *UrhG*, de tal manera que, salvo pacto en contrario, se consideran lícitas las modificaciones de la obra o su título; modificaciones que el autor no pueda rehusar de acuerdo con la buena fe (*Treu und Glauben*). A diferencia de lo previsto en la legislación alemana, el TRLPI no contiene norma

²⁵ Este derecho se encuentra ineludiblemente unido al derecho de divulgación, pues garantiza al autor la facultad de vigilar que su obra no será desnaturalizada. Ello implica no sólo que la obra sea conocida tal y como fue concebida por el autor, sino también que sea mantenida en ese estado hasta que el creador decida modificarla o alterarla (MARTÍNEZ ESPÍN, 1997, p. 229). En parecidos términos el art. 20 de la Ley italiana de 1941 manifiesta que, independientemente de los derechos exclusivos de explotación económica de la obra... y aún después de la cesión de los mismos, el autor conservará el derecho de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma que pueda redundar en perjuicio de su honor o reputación. Por el contrario, el *Code française de Droit d’Auteur* sólo exige un atentado, a la obra sin repercusiones en el prestigio profesional del autor.

²⁶ En opinión de la doctrina ambos requisitos deben concurrir: alteración de la obra y perjuicio a los intereses o reputación del autor. Estos conceptos no deben de ser interpretados en un sentido genérico sino con especial referencia a las relaciones entre el autor y su obra y a la incidencia que sobre aquél puede tener la circulación de la obra modificada. El término reputación debe entenderse referido a la artística y profesional del autor y puede definirse como el sentimiento personal del autor sobre su propia capacidad en relación a una obra determinada. Por legítimos intereses se entenderá el conjunto de valores estéticos e ideológicos que determinan la posición y el valor del autor en un determinado momento histórico. Por otra parte, respecto a la noción de integridad la obra ha de ser respetada en la forma y en el fondo. Es decir, la violación del derecho a la integridad puede producirse no sólo por mutilación material de la obra, sino por traicionar el pensamiento del autor, sin necesidad de cambio alguno en la forma de la obra. Un estudio en profundidad de este derecho moral realizan CAFFARENA LAPORTA (1989, p. 280 y ss.) y MARTÍNEZ ESPÍN (1997, p. 229 y ss.).

²⁷ PÉREZ DE CASTRO (1993, p. 1861).

²⁸ FERNÁNDEZ NOVOA (1987, p. 34). Sobre la lesión del derecho moral a la integridad en los contratos de explotación véase MARTÍNEZ ESPÍN (1996, pp. 101-131).

alguna que regule el derecho del cesionario a modificar la obra sobre la que recae su derecho de explotación, dentro de ciertos límites. Es más, el art. 64 de dicha ley regula como obligación del editor reproducir la obra en la forma convenida “sin introducir ninguna modificación que el autor no haya consentido”. Es el autor quién durante el periodo de corrección de pruebas puede introducir las modificaciones que estime imprescindibles siempre que no alteren su carácter o finalidad, ni eleven sustancialmente el coste de la edición (art. 66 TRLPI). Únicamente se prevé la posibilidad de que el contrato de edición pueda fijar un porcentaje máximo de correcciones sobre la totalidad de la obra.

Según cabe apreciar, el art. 64 TRLPI impone al editor un deber de respeto a la integridad de la obra, “pero sin exigir expresamente que la modificación cause un perjuicio a los legítimos intereses del autor o a su reputación, tal y como prevé el art. 14.4 TRLPI”; para explicar esta diversidad de regímenes se han formulado dos tesis contrapuestas. La primera sostiene que el precepto contempla el ámbito contractual, de forma que la alteración o modificación de la obra supone, en todo caso, un incumplimiento de las obligaciones inherentes al contrato. En consecuencia, sólo existirá una infracción del derecho moral a la integridad de la obra (art. 14.4) cuando la modificación o alteración de ésta suponga un perjuicio a los legítimos intereses del autor o menoscabe su reputación. La segunda respuesta entiende que la norma tiene un carácter absoluto y, por tanto, existirá infracción del derecho moral aún sin perjuicio a los legítimos intereses o menoscabo de la reputación²⁹.

No obstante a pesar de los términos tan rigurosos en los que se expresa el legislador, es evidente que los usos del sector cumplirán una función integradora del contrato de edición, a fin de valorar si la modificación o alteración realizada por el cesionario tiene una causa de justificación que permita la limitación del derecho moral del autor; al respecto deberán tenerse presente no sólo los límites señalados en el párrafo 4º del art. 14, sino también aquéllos que se deriven del principio de buena fe (art. 7 CC).

3.2. Modalidades de derechos de uso reconocidos: exclusivo (ausschließliche Nutzungsrechte) y no exclusivo o simple (einfache Nutzungsrechte)

El carácter intransmisible que posee el Derecho de Autor en el ordenamiento alemán no impide que el autor, titular de los derechos de explotación, conceda licencias de utilización (*Nutzungsrechte*), que pueden ser simples o exclusivas, pero que nunca implican una transmisión definitiva de las facultades concedidas al creador. En tal sentido, el § 31 *UrhG* en su párrafo primero³⁰ dispone que “el autor puede conceder a otra persona el derecho a utilizar la obra de manera concreta o de cualquier manera y sin limitación. El derecho de uso puede ser concedido como derecho no exclusivo o exclusivo”³¹. De igual modo, la

²⁹ MARTÍNEZ ESPÍN (1997 p. 231); preceptos semejantes se establecen respecto del contrato de representación (art. 78.2), y producción de obras musicales (art. 98.2).

³⁰ “Der Urheber kann einem anderen das Recht einräumen, das Werk auf einzelne oder alle Nutzungsarten zu nutzen (Nutzungsrecht). Das Nutzungsrecht kann als einfaches oder ausschließliches Recht sowie räumlich, zeitlich oder inhaltlich beschränkt eingeräumt werden”.

³¹ La Ley de 22 de marzo 2002 añadió un nuevo párrafo en virtud del cual se precisaba que “los derechos de uso pueden estar limitados respecto del territorio, su duración y contenido”. “Das einfache

legislación española permite que la cesión de los derechos de explotación efectuada por el autor a un tercero pueda ser en exclusiva (arts. 48 y 49 TRLPI) o sin exclusiva (art. 50 TRLPI). Analizaremos en este apartado, en primer lugar, si el derecho adquirido por el cesionario *ex* § 31.1 *UrhG* o 48 TRLPI tiene una naturaleza semejante: en segundo lugar, estudiaremos el conjunto de facultades atribuidas al un cesionario con o sin exclusiva en uno y otro ordenamiento.

En relación con la primera de las cuestiones planteadas, señala GÓMEZ LAPLAZA³² que existen dos maneras de concebir la explotación de los derechos patrimoniales del autor. El titular o bien los *cede* o bien los *concede*. En el primer caso, se trata de un contrato traslativo de un derecho real y el cesionario ostenta legitimación para perseguir directamente las violaciones que afecten a su derecho; en el segundo solo se adquiere un derecho de naturaleza personal. La expresión *ceder* utilizada por el legislador español en sede de Disposiciones Generales no parece prejuzgar nada sobre la construcción dogmática de esta figura; ésta habrá de encontrarse en el resto de la regulación. En términos similares, también la doctrina alemana afirma que la licencia de explotación puede ser un contrato obligatorio con eficacia *inter partes*, o bien constituir un derecho con eficacia *erga omnes*³³. En uno y otro caso los autores están de acuerdo en señalar que delimitar el derecho que resulta adquirido por el cesionario exige partir de una distinción fundamental: los casos en que las facultades de explotación se ceden en exclusiva de aquellos otros en los que la cesión no va acompañada de este carácter. Como ya hemos apuntado, es preciso pues examinar en qué términos se regulan ambas modalidades de cesión en uno y otro texto legal.

El § 31 *UrhG* recoge expresamente la posibilidad de que el derecho de uso pueda ser no exclusivo (*einfañche Nutzungsrechte*) o exclusivo (*ausschließliche Nutzungsrechte*)³⁴. Según dispone el apartado segundo de la norma, la licencia no exclusiva “otorgará al concesionario el derecho a utilizar la obra concurrentemente con el autor o con cualquier otra persona legalmente autorizada, en la manera que le haya sido permitido”. En términos semejantes, el art. 50 TRLPI señala que “el cesionario no exclusivo quedará facultado para utilizar la obra de acuerdo con los términos de la cesión y en concurrencia tanto con otros cesionarios como con el propio cedente. Su derecho será intransmisible, salvo en los supuestos previstos en el párrafo tercero del artículo anterior”³⁵. Es hoy una opinión generalmente admitida que la cesión sin exclusiva carece de eficacia real. El licenciario no

Nutzungsrecht berechtigt den Inhaber, das Werk auf die erlaubte Art zu nutzen, ohne dass eine Nutzung durch andere ausgeschlossen ist”.

³² GÓMEZ LAPLAZA (1997, pp. 934 y ss.).

³³ SCHRICKER (2004, p. 852) afirma que “the licence for the exploitation of the work may be a mere obligatory contract or constitute a limited property right in the work. Mere obligatory licences are not frequent in German practice; they mainly concern ephemeral cases of use of the work that of little importance. In general, a licensee prefers the form of the limited property right of exploitation”; en parecidos términos: GELLER *et al.* (2010, p. Ger-58) y KLETT *et al.* (2008, p. 64).

³⁴ Para un estudio detallado de la cuestión: BÜSCHER *et al.* (2011, § 31, Rdn 5 y ss.) y SCHRICKER (2006, § 31, Rdn 4).

³⁵ La excepción a la que alude el precepto son los casos en los que la transmisión del derecho del cedente se lleve a efecto como consecuencia de la disolución cambio de titularidad de la empresa cesionario; dicha hipótesis se analizará posteriormente.

puede pretender la abstención de otros cesionarios o del propio autor de tal manera que se permiten usos concurrentes³⁶. A pesar de ello, el § 33 *UrhG* proclama que “Un derecho de uso no exclusivo, concedido por el autor antes de haber otorgado un derecho exclusivo de uso, se mantendrá en vigor respecto al titular de este derecho de uso exclusivo, a falta de cualquier acuerdo en contrario entre el autor y el titular del derecho de uso no exclusivo”³⁷.

Ciertamente, falta en el Derecho español una disposición similar sobre la continuada eficacia de la cesión no exclusiva (*Weiterwirkung von Nutzungsrechten*) frente a posteriores cesiones exclusivas que realice el autor. No obstante, semejante protección se podría deducir del art. 50 TRLPI ya que el cesionario no exclusivo está legitimado para explotar la obra *en concurrencia con otros cesionarios*, lo cual incluye posteriores cesiones en exclusiva. Por tanto, la cesión no exclusiva trasciende de la mera concesión de una autorización de uso con eficacia obligatoria, pues limita el carácter excluyente de la posición del autor, o de ulteriores cesionarios en exclusiva.

Por el contrario, “la cesión en exclusiva atribuye al cesionario, dentro del ámbito de aquélla, la facultad de explotar la obra con exclusión de otra persona incluido el propio cedente y, salvo pacto en contrario, la de otorgar autorizaciones no exclusivas a terceros. Asimismo le confiere legitimación, con independencia de la del titular cedente, para perseguir las violaciones que afecten a las facultades que se le hayan concedido” (art. 48.1 TRLPI). De forma semejante, el § 31.3 *UrhG* dispone que “el derecho de uso en exclusiva concede a su titular la facultad de explotar la obra con exclusión de cualquier otra persona, en la manera que el autor le haya permitido y a conceder derechos de uso no exclusivos. El último párrafo permite que el autor pueda reservarse el derecho de explotar su obra paralelamente al licenciatarario siempre que se trata de usos no concurrentes”.

La determinación de la naturaleza del derecho adquirido por el tercero se complica notablemente cuando nos encontramos ante una cesión en exclusiva. Frente a la unanimidad doctrinal que veíamos en el supuesto de cesión sin exclusiva, en el sentido de calificar el derecho del cesionario como un derecho de naturaleza personal, en el caso de la cesión en exclusiva nos encontramos con dos teorías contrapuestas. La primera mantiene que el cesionario adquiere un derecho absoluto, derivado del perteneciente al autor; nos encontraríamos pues ante una suerte de derecho madre del cual nace un derecho hijo perteneciente al cesionario³⁸. De acuerdo con esta

³⁶ MÖHRING *et al.* (2000, §. 31, Rdn 39 y ss.); FROMM *et al.* (2008, § 31, Rdn 87); HUBMANN *et al.* (2008, p. 264); VON LEWINSKI (2010, pp. 16-86); GELLER *et al.* (2010, p. Ger-58). En el Derecho español, entre otros ESPÍN ALBA (1994, p. 164); CAVANILLAS MÚGICA (1997, pp. 813-814); RAMS ALBESA, (1994, pp. 760-761).

³⁷ No obstante, respecto de dicho precepto, GELLER *et al.* (2010, p. Ger-60) advierte que la *UrhG* permite la revocación de los derechos de uso concedidos en muy variadas circunstancias, y tal revocación puede afectar a la cadena de licencias concedidas, de tal modo que cuando el derecho de utilización principal es revocado, ello conlleva que también los derivados de éste concluyan automáticamente. La Ley de 22 de marzo del 2002 añadió un segundo párrafo al § 33 en virtud del cual los derechos de explotación exclusivos y no exclusivos permanecerán en vigor respecto de los derechos de explotación concedidos posteriormente. Igual regla se aplicará si el titular del derecho que ha concedido la explotación cambia o aquél renuncia a su derecho. Para un comentario del § 33.2: BÜSCHER *et al.* (2011, § 33, Rdn 2).

³⁸ MÖHRING *et al.* (2000, §31, Rdn 40); HUBMANN *et al.* (2008, p. 264); SCHRICKER (2004, p. 852). En el Derecho español defienden esta tesis CERDÁ ALBERO (1994, p. 74, nota 9); DELGADO PORRAS (1988, p. 59); RAMS

tesis la transmisión del cedente al cesionario no se llevaría a cabo por vía de enajenación o sucesión traslativa, sino por sucesión constitutiva. Por ello, los derechos atribuidos al cesionario son, en verdad, facultades desgajadas de ese derecho madre que se independizan relativamente, como derechos subjetivos nuevos, para ser atribuidos a otra persona; no obstante, estos derechos participan de la naturaleza real del derecho base y, por tanto, ejercitable *erga omnes*. La segunda teoría muestra una opinión contraria a aceptar que el derecho adquirido por el cesionario pueda configurarse como un derecho absoluto y derivado del perteneciente al autor; al respecto, los autores partidarios de esta tesis argumentan que dicha negativa se sustenta en la comparación de la situación del cesionario en exclusiva y las figuras típicas de los derechos reales limitados, más que en la teoría de los *numerus clausus* de los derechos reales³⁹.

3.3. Cesión a un tercero de los derechos de explotación. ¿Es necesario el consentimiento del autor?

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 48 TRLPI, la cesión en exclusiva atribuye al cesionario la facultad de explotar personalmente la obra y, salvo pacto en contrario, la de otorgar autorizaciones no exclusivas a terceros. Sin embargo, para *transmitir a otro su derecho necesita el consentimiento expreso del cedente* (art. 49 TRLPI); dicho consentimiento puede operar como requisito de eficacia de la cesión (si se emite con posterioridad a ésta), como elemento constitutivo (si es contemporáneo a las declaraciones de voluntad del cedente y cesionario) e incluso, es posible emitirlo de modo anticipado⁴⁰.

A nuestro juicio, el texto español plantea diversas cuestiones; la primera de ellas es determinar bajo qué circunstancias podría el autor denegar su consentimiento, pues el art. 49 TRLPI no dice nada al respecto. En principio, cabría sostener que el otorgamiento de dicho consentimiento o su negativa podría ser discrecional, aunque limitado de acuerdo con el principio general de ejercicio de los derechos de acuerdo con la buena fe y prohibición del abuso del derecho (art. 7 CC)⁴¹. El precepto alemán es, en este punto más claro, aunque las soluciones en última instancia sean coincidentes; así el § 34.1⁴² estipula

ALBESA (1994, pp. 760-761). Mientras la enajenación implica la transferencia al adquirente del derecho de explotación, en la sucesión constitutiva el transmitente en base a su derecho y sin perder la titularidad de éste constituye uno o varios derechos nuevos a favor del adquirente, los cuales actúan como limitaciones a aquél.

³⁹ Sobre esta cuestión véase, entre otros, GÓMEZ LAPLAZA (1997, p. 937) y ESPÍN ALBA (1994, p. 164).

⁴⁰ CERDÁ ALBERO (1994, p. 97).

⁴¹ Ante el rechazo del autor, el titular exclusivo de los derechos que pretenda enajenarlos deberá probar un comportamiento contrario a la buena fe por parte de aquél. Para resolver el posible conflicto deberá atenderse los intereses de las partes, atendiendo a las circunstancias económicas del autor respecto de la obra cuyos derechos de explotación se quieren transmitir, así como el estilo y las perspectivas económicas del cedente y cesionario. En este sentido, apunta CERDÁ ALBERO (1994, p. 99) que debe relativizarse la influencia del *intuitu personae* sobre la posible cesión del contrato: si las cualidades personales del cesionario son aptas para dar adecuada satisfacción a los intereses del autor, el autor consentirá la cesión.

⁴² "Ein Nutzungsrecht kann nur mit Zustimmung des Urhebers übertragen werden. Der Urheber darf die Zustimmung nicht wider Treu und Glauben verweigern".

que “el derecho de uso solo puede ser cedido con el consentimiento del autor, si bien éste no puede negar su consentimiento cuando sea contrario a la buena fe”⁴³.

El segundo interrogante que suscita el art. 49 TRLPI es qué sucede si el autor omite ese consentimiento. Pues bien, la configuración de *beneficio irrenunciable* que tiene la exigencia del consentimiento expreso del cedente⁴⁴ conllevaría que la cesión inconsentida fuera ineficaz, desarrollando meros efectos obligatorios entre el cedente y el cesionario pero sin que éstos pudieran oponerla frente al autor. Sin embargo, el art. 49.2 TRLPI introduce una cierta confusión en dicha regulación al imponer que “en defecto de consentimiento el cedente y el cesionario responderán solidariamente de las obligaciones derivadas de la cesión”.

El antecedente inmediato de esa norma era el § 34.5 de la ley alemana en su redacción originaria, que preveía “una responsabilidad solidaria en el caso que por ley o por pacto entre el autor y el titular de los derechos se permitiera la transmisión de las facultades de explotación sin el consentimiento del autor”. Es decir, dicha responsabilidad era un mecanismo derivado de una cesión contractual permitida sin el consentimiento del autor en virtud del acuerdo, o por la cobertura legal al producirse la cesión en el seno de una transmisión empresarial⁴⁵.

Ciertamente, podría pensarse que el legislador español importó de manera incorrecta la regla establecida en el 34.5 *UrhG* y que no estaba en la mente del redactor de la norma cercenar el beneficio del autor relativo a consentir la cesión; no obstante, en opinión de CERDÁ ALBERO⁴⁶ no se puede hacer decir a la ley otras palabras de aquéllas que expresamente afirma: el art. 49.2 TRLPI establece la posibilidad, en absoluto referida al apartado siguiente, de que la cesión del contrato se realice sin el consentimiento del creador, disponiendo para este supuesto una responsabilidad solidaria del cedente y del cesionario. A juicio de este autor, “la cesión inconsentida es una cesión indebida, pero que no se sanciona con la nulidad, sino que se impone el especial mecanismo de la responsabilidad solidaria”.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista a esta solución se le podrían formular una serie de objeciones. La primera es que iría en contra del principio que inspira la regulación española de las transmisiones *inter vivos* de los derechos de explotación, cual es la

⁴³ No obstante, si la cesión del derecho de uso de cada una de las obras que integran una colección fuera efectuada al mismo tiempo que la cesión del derecho de uso sobre la colección (§ 4), bastará el consentimiento del autor de la colección.

⁴⁴ El art. 55 TRLPI señala que “Salvo disposición de la propia Ley, los beneficios que se otorgan en el presente título a los autores y a sus derechohabientes serán irrenunciable”. El legislador se refiere al Título V que es donde está situado sistemáticamente el art. 49; es mayoritaria la doctrina que considera que *el consentimiento del autor* a la transmisión del derecho efectuada por el cesionario en exclusiva a un tercero tiene la configuración de beneficio, y por tanto, es de naturaleza irrenunciable.

⁴⁵ BÜSCHER *et al.* (2011, § 34, Rdn 15) señala que el ámbito de aplicación de este párrafo 4 son los supuestos en los que por imperativo de la ley no es indispensable la aprobación, el requisito de la aprobación ha sido derogado contractualmente o exista un consentimiento no referido a un caso concreto o que es tácito.

⁴⁶ CERDÁ ALBERO (1994, pp. 102-103).

protección del autor; la segunda es que, a tenor de lo previsto en el art. 55 TRLPI, la necesidad de dicho consentimiento expreso se configura como un beneficio que no puede ser renunciado por el autor o sus derechohabientes.

Es verdad que la idea de *beneficio* no es idéntica a la de *derecho*; así los derechos morales y ciertos derechos remuneratorios tienen el carácter de irrenunciables; el beneficio, por el contrario, además de aludir a una situación de ventaja objetiva sobre la otra parte del contrato, afecta también a una idea subjetiva de conveniencia lo que puede permitir, en ocasiones, al autor demostrar que le interesa una solución distinta de la legalmente propuesta, si bien ello exigiría su consentimiento⁴⁷. Como analizaremos posteriormente, esta distinción está íntimamente vinculada con la cuestión relativa a la posibilidad de admitir un pacto en virtud del cual el autor renunciara a la necesidad de prestar su consentimiento.

A dichos argumentos cabría añadir que el actual § 34.4 *UrhG* según la redacción dada por la Ley de 22 de marzo de 2002⁴⁸ dispone que “el titular de los derechos de explotación y el cesionario responderán solidariamente frente al autor de las obligaciones derivadas del contrato con el autor, si éste no ha aceptado expresamente la transmisión de los derechos respecto de cada supuesto concreto”. Es evidente que dicha reforma ha supuesto una mayor protección para el creador, de forma que en la actualidad ambos ordenamientos jurídicos exigen que el autor *consienta* las transmisiones de los derechos de explotación efectuadas por el cesionario en exclusiva en favor de un tercero; en defecto de dicho consentimiento, se establece el mecanismo de la responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones contraídas por el cedente frente al autor⁴⁹. Falta, sin embargo, un pronunciamiento expreso de uno y otro legislador acerca de la validez de la transmisión in consentida⁵⁰. Como ya hemos expuesto, a nuestro juicio estamos ante una cesión indebida, salvo ratificación posterior por el autor, a la que le impone además una responsabilidad especialmente gravosa.

El último interrogante que suscita el art. 49 TRLPI está vinculado al debate relativo a la necesidad o no del consentimiento del autor, y se refiere a la posibilidad de admitir un pacto en virtud del cual *el autor renunciara a la necesidad de prestar su consentimiento*. Al respecto, es preciso tener en cuenta que el § 34.5 *UrhG* declara que “el autor no puede renunciar anticipadamente a la responsabilidad del adquirente” (*im Voraus nicht Verzichte*); salvo dicha limitación el titular de la licencia y el autor podrán llegar a otros acuerdos. Respecto al Derecho español, la ya aludida naturaleza de *beneficio irrenunciable* que ostenta

⁴⁷ RODRÍGUEZ TAPIA (1997, p. 239).

⁴⁸ “Der Erwerber des Nutzungsrechts haftet gesamtschuldnerisch für die Erfüllung der sich aus dem Vertrag mit dem Urheber ergebenden Verpflichtungen des Veräußerers, wenn der Urheber der Übertragung des Nutzungsrechts nicht im Einzelfall ausdrücklich zugestimmt hat”.

⁴⁹ GELLER *et al.* (2010, p. Ger-68) y BÜSCHER *et al.* (2011, § 34, Rdn 15) quién afirma que la responsabilidad solidaria solo se excluye cuando el autor ha tenido la oportunidad de dar su aprobación al acto concreto.

⁵⁰ Tampoco los autores se han pronunciado expresamente sobre la posible validez de la cesión efectuada sin el consentimiento del autor; véase al respecto, BÜSCHER *et al.* (2011, § 34, Rdn 15).

la necesidad de consentimiento expreso del autor parece que impediría la validez de dicho acuerdo; sin embargo, en coherencia con lo expuesto en el apartado anterior, desde nuestro punto de vista sería posible admitir la licitud de un acuerdo en virtud del cual el cesionario transmitiera a un tercero las facultades de explotación sin el consentimiento del autor⁵¹. No obstante, dicho acuerdo no liberaría al cesionario frente al autor subsistiendo, en todo caso, la responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones contraídas.

3.4. Cambio de titularidad de la empresa cesionaria de los derechos

El art. 49.3 TRLPI exceptúa de la necesidad de consentimiento expreso los supuestos en los que la transmisión de los derechos de explotación se efectúe por disolución o cambio de titularidad de una empresa. La justificación de dicha excepción reside en que, en esta hipótesis, el interés del autor en controlar el destino de su obra cede ante otro interés prioritario como es ofrecer una solución económica a una empresa en dificultades. Respecto del Derecho alemán, el § 34.3 *UrhG* en su redacción inicial establecía que “el derecho de uso podrá ser cedido sin el consentimiento del autor cuando la cesión tuviera lugar como parte de la cesión global de una empresa o venta de parte de la misma”. No obstante, dicha norma se ha visto igualmente modificada por la Ley 7/2002 que ha añadido un nuevo párrafo que prevé, como un beneficio irrenunciable para el autor, un derecho de revocación (*Rückrufsrecht*) si el ejercicio del derecho de explotación por el comprador de la empresa resulta insatisfactoria para el autor⁵².

3.5. Forma de los contratos de explotación

Un estudio de Derecho comparado nos revela que tres son los sistemas que pueden articularse en orden a la formalización de los derechos de explotación; en primer lugar, una remisión a las normas generales sobre formas propias de cada ordenamiento; en segundo lugar, la imposición con carácter *ad probationem* de una forma determinada; en tercer lugar esa misma imposición pero atribuyéndole una naturaleza *ad validitatem*⁵³. Pues bien, el

⁵¹ RODRÍGUEZ TAPIA (1997, p. 239) basándose en la diferenciación que hace entre la noción de beneficio y derecho defiende igualmente la validez de un acuerdo por el que el autor permitiera que el titular exclusivo de sus derechos de explotación cediera éstos sin su consentimiento.

⁵² “Ein Nutzungsrecht kann ohne Zustimmung des Urhebers übertragen werden, wenn die Übertragung im Rahmen der Gesamtveräußerung eines Unternehmens oder der Veräußerung von Teilen eines Unternehmens geschieht. Der Urheber kann das Nutzungsrecht zurückrufen, wenn ihm die Ausübung des Nutzungsrechts durch den Erwerber nach Treu und Glauben nicht zuzumuten ist. Satz 2 findet auch dann Anwendung, wenn sich die Beteiligungsverhältnisse am Unternehmen des Inhabers des Nutzungsrechts wesentlich ändern”. Respecto de dicho precepto, DIETZ (2003, p. 192) afirma que la práctica nos enseña que, particularmente en el campo de las ciencias y de las letras, estas ventas sin el consentimiento previo del autor pueden originar problemas para los autores afectados, como pudiera ser el caso que el comprador de la empresa defendiera abiertamente una ideología política diametralmente opuesta a la de su predecesor. En este caso el autor podría ejercer su derecho de revocación; sobre el ejercicio del derecho consagrado en el § 34.3 véase BÜSCHER *et al.* (2011, § 34, Rdn 10-11) y FROMM *et al.* (2008, § 34, Rdn 31).

⁵³ TORRES LANA (1997, p. 781). Apunta este autor que la elección de uno u otro sistema es una opción de política legislativa técnicamente neutral.

TRLPI parece responder al segundo de los modelos apuntados⁵⁴. En efecto, el art. 45 del TRLPI señala que “toda cesión deberá formalizarse por escrito. Si, previo requerimiento fehaciente, el cesionario incumpliera esta exigencia, el autor podrá optar por la resolución del contrato”⁵⁵. Es decir, frente al principio de libertad de forma consagrado en el art. 1278 CC, en el contexto de la cesión de los derechos patrimoniales la inmaterialidad del objeto cedido aconseja otorgar ésta por escrito, siendo suficiente el documento privado. Por otra parte no estamos ante una forma *ad substantiam* cuya omisión se sanciona con la nulidad; precisamente, la posibilidad de resolver el contrato presupone justamente la existencia de un negocio previo. Por último, la exigencia de forma escrita se configura como una medida de protección al autor y en tal sentido estamos de nuevo ante un beneficio irrenunciable para él.

En el ordenamiento alemán la cesión de los derechos de explotación no necesita formalidades especiales, hasta el extremo que el derecho de uso puede ser concedido de forma oral⁵⁶. Sin embargo, dicha regla general tiene dos excepciones. La primera aparece recogida en el § 40.1 *UrhG* según el cual “el contrato por el cual el autor se compromete a conceder derechos de uso sobre obras futuras (*Verträge über künftige Werke*) que no están específicamente detalladas, sino sólo con referencia a su naturaleza deberá otorgarse por escrito. Dicho acuerdo puede ser denunciado por cualquiera de las partes después de un periodo de cinco años, a contar desde la fecha de conclusión del contrato, fijándose un plazo de seis meses de antelación para notificar dicha denuncia a menos que se hubiera convenido un plazo más corto”. Esta regulación se completa con la prohibición de renunciar por anticipado al derecho a denunciar el contrato.

Respecto de la segunda excepción, el § 31.4 *UrhG* establecía que “la concesión de derechos de uso para modalidades de utilización desconocidos así como las obligaciones referidas a éstos no tendrán efecto legal”.

En una época caracterizada por la rápida evolución de las técnicas de utilización de las obras intelectuales, la regla que establecía la nulidad de la cesión de los derechos de explotación para modos de utilización aún desconocidos se concebía como una disposición esencial para la protección de los derechos de autor. En tal sentido, había sido calificada⁵⁷ como la piedra angular

⁵⁴ Para el Derecho francés véase VERCKEN (2009, p. 4 y ss.).

⁵⁵ La Ley de 1879 estableció en su art. 6 que los derechos de propiedad intelectual podían transmitirse *mortis causa* e *inter vivos*, pero no exigía ninguna forma especial. Sin embargo, el Reglamento de 1880 señalaba en su art. 9 que: “Toda transmisión de la propiedad intelectual, cualquiera que sea su importancia, deberá hacerse constar en documento público, que se inscribirá en el correspondiente Registro, sin cuyo requisito el adquirente no gozará de los beneficios de la Ley”. En la actualidad, el art. 1 proclama que la propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica le corresponde al autor por el solo hecho de su creación; en consecuencia, la tutela de los derechos reconocidos al creador no se apoya ahora en la inscripción como sucedía en el régimen anterior, sino en la creación. Ello justifica que haya desaparecido la razón fundamental para exigir la documentación pública de la transmisión.

⁵⁶ KLETT *et al.* (2008, p. 64). En el mismo sentido, GELLER *et al.* (2010, pp. Ger-58-59) y VON LEWINSKI (2010, pp. 16-89 y 16-90).

⁵⁷ VON LEWINSKI (2011, p. 180).

del edificio del derecho contractual alemán para la tutela de los autores; dicho carácter se justificaba en la medida que prevenía a los creadores ante la eventualidad de que concedieran derechos sobre modalidades de explotación cuya importancia económica no podían apreciar realmente en el momento de la concesión; de esta forma, los cesionarios de los derechos debían negociar nuevos contratos a fin de lograr la concesión de las nuevas modalidades de explotación. En la práctica, la interpretación del § 31.4 *UrhG* resultó mucho más compleja de lo previsto siendo la cuestión fundamental determinar en qué medida y hasta que fecha un nuevo modelo de explotación *era aún desconocido*; en el caso “Videozweitauswertung”, el Tribunal Federal de Justicia (BGH) en sentencia de 11 de noviembre de 1990, concluyó que la explotación de filmes en forma de videogramas (cassettes y vídeos) constituía en 1968 un modo de utilización aún desconocido en el sentido del § 31.4⁵⁸; por su parte, el Tribunal de Apelación de Hamburgo (OLG) en su resolución de 4 de abril de 2002 afirmó que la regla que declara la nulidad de la cesión respecto de modalidades de explotación desconocidas se aplicaba también a los contratos que vinculaban a los compositores con las sociedades de gestión colectiva⁵⁹. No obstante el pronunciamiento de estas resoluciones, lo cierto es que en esta materia no existe una jurisprudencia uniforme; al contrario, en general los tribunales han sido poco propicios a admitir la existencia de un nuevo modelo de explotación desconocido en el momento de la celebración del contrato. Así, y de acuerdo con una interpretación restrictiva de dicha norma, el Tribunal Federal de Justicia (BGH) en su sentencia de 4 de julio de 1996 sentó un precedente de gran resonancia en el pleito “Klimbim” al estimar que la retransmisión por vía satélite y por cable no constituían un nuevo modelo de explotación respecto a la transmisión terrestre, añadiendo que en el momento de su recepción en el aparato de televisión el consumidor no estaba en condiciones de distinguir por qué medio le había llegado la emisión⁶⁰.

La regla prevista en el § 31.4 *UrhG* coincidía con lo dispuesto en el art. 43.5 TRLPI según el cual “la transmisión de los derechos de explotación no alcanza a las modalidades de utilización o a los medios de difusión inexistentes o desconocidos al tiempo de la cesión”⁶¹.

⁵⁸ En el mismo sentido se pronuncian el Tribunal de Apelación de Berlín (sentencia de 30.7.1999) y el Tribunal de Apelación de Dusseeldorf (sentencia de 14.12.1999); esta última resolución fue anulada por el Tribunal Federal de Justicia en sentencia de 10.10.2002.

⁵⁹ En esta hipótesis el debate se centraba en determinar si la utilización de una melodía para la sonorización de un teléfono móvil constituía un nuevo modo de explotación con respecto a la comunicación tradicional de una obra de música. La trascendencia de esta sentencia residía en que el litigio implicaba a la GEMA que es la sociedad alemana de gestión de los derechos musicales. En consecuencia, era necesario prever si el derecho de utilización de las melodías en cuestión para la sonorización de los teléfonos se incluía o no en las cláusulas de concesión de derechos insertadas en los contratos firmados con GEMA; el Tribunal resolvió en un sentido negativo.

⁶⁰ Invocando precisamente la sentencia dictada en el caso “Kimblim”, el Tribunal de Apelación de Munich en el pleito “Zauberberg” resolvió en sentencia de 10.10.2002 que la explotación en DVD (Digital-Versatile-Disk) de un film producido en los años 80 (Der Zauberberg) no representaba, respecto de la explotación audiovisual de filmes en videocassettes, un nuevo modo de explotación técnica y económicamente independiente en el sentido del § 31.4. El argumento utilizado por el tribunal es que no se había formado un nuevo mercado para ese nuevo modo de explotación, el cual además no se dirigía a una nueva categoría de consumidores.

⁶¹ Precisa GÓMEZ LAPLAZA (1997, p. 764) que *medios de difusión inexistentes o desconocidos* son expresiones que tienen connotaciones diversas, pues mientras la primera hace referencia a un dato objetivo, el desconocimiento da entrada a un factor subjetivo. En efecto, la inexistencia del concreto modo de utilización o medio de difusión supone que éstos no tengan vida en la realidad de tal modo que es imposible llevar a cabo la concreta explotación del derecho cedido. Por el contrario, el desconocimiento

La norma española tiene un doble alcance: en primer lugar, se aplica a toda transmisión de derechos de explotación *inter vivos* cuando no se haya dicho nada acerca de estas modalidades de utilización o medios de difusión; en tal sentido, actúa como un criterio hermenéutico a la hora de interpretar el contrato de cesión: cualquier duda debe resolverse en favor de la menor transmisión de derechos cedidos. En segundo lugar, también comprendería aquellos negocios en los que los sujetos hayan podido prever modalidades de explotación o medios de difusión inexistentes o desconocidos al tiempo de la cesión. La introducción de una cláusula expresa en tal sentido no haría nulo el contrato, pero sí haría ineficaz dicha cláusula. En definitiva, en lo relativo a modalidades concretas de explotación desconocidas o inexistentes al tiempo de llevar a cabo la cesión cabe señalar que existía una regulación muy semejante en ambos ordenamientos.

Sin embargo, a pesar de la importancia que para la protección de los autores tenía el § 31.4 *UrbG*, la norma ha sido derogada por la Ley de 26 de octubre del 2007, de tal modo que desde el 1 de enero del 2008 “la concesión de licencias para usos aún no conocidos es posible, si bien dichos contratos deberán constar por escrito”; ésta es pues, la segunda excepción al principio de libertad de forma contractual antes señalado. Sin embargo, se reconoce al autor el derecho de revocar (*Rückrufsrecht*) la concesión de una licencia que se refiera a un uso desconocido dentro de los tres meses siguientes al momento en que el licenciataria le hubiera enviado, a la última dirección conocida del autor, una notificación por escrito sobre el uso previsto. Este derecho de desistimiento queda excluido si, una vez conocida la nueva modalidad de utilización, las partes del contrato alcanzan un acuerdo individual, respecto a una remuneración razonable de conformidad con lo previsto en el § 32.a, o si han convenido una remuneración según lo previsto en el § 36; este derecho de revocación se extingue en caso de fallecimiento del autor.

La derogación del § 31.4 *UrbG* ha sido ampliamente criticada por VON LEWINSKI⁶² en la medida que las garantías que establece la nueva ley para compensar la supresión de este precepto no parecen ser capaces de aportar a los autores una ayuda suficiente. En primer lugar, respecto a la obligatoriedad de la forma escrita no va a evitar que el autor firme el contrato, máxime si la alternativa que tiene es renunciar a negociarlo. En segundo término, la facultad de revocación tiene una duración de sólo tres meses contados desde que se le notifica al autor, a *su última dirección conocida*, la intención de comenzar a explotar una nueva modalidad. De este modo, serán numerosos los casos en los que la notificación del editor no llegue al creador de la obra y ello, a pesar de que la información sobre su nueva dirección u otros datos personales puede fácilmente obtenerse a través de Internet. Esta desprotección a los autores resulta especialmente gravosa si tenemos en cuenta que la disposición transitoria de la norma tiene un carácter retroactivo, aplicándose a todos los contratos celebrados desde la entrada en vigor de la *UrbG* (1 de enero de 1966) hasta el momento en que comienza a regir la Ley del 2007 (1 de enero del 2008).

puede afectar a modalidades que aunque ya existieran las partes no las conocieran en el momento de la cesión.

⁶² VON LEWINSKI (2011, pp. 181 y 188); sobre la misma cuestión KLETT *et al.* (2008, pp. 65-66).

3.6. Reglas de interpretación relativas al alcance de los derechos cedidos

El art. 43 TRLPI contiene un conjunto de reglas de interpretación relativas al alcance de los derechos cedidos por el autor en las transmisiones *inter vivos* de sus derechos patrimoniales; dichas normas en la medida que están inspiradas en el principio fundamental de protección del autor se configuran como beneficios irrenunciables.

El primer apartado del art. 43 TRLPI dispone que “la cesión quedará limitada al derecho o derechos cedidos y a las modalidades de explotación expresamente previstas”. En consecuencia y de acuerdo con el principio de autonomía de la voluntad serán las partes quiénes libremente determinen el contenido de la cesión, en cuanto al objeto y a la forma en que el cesionario deberá ejercitar el derecho o los derechos cedidos. Ahora bien, con la finalidad de proteger al autor ese principio de libertad de pacto comporta la carga adicional de que la declaración de voluntad debe ser *expresa* y además han de *especificarse los derechos* (reproducción, distribución, comunicación pública y transformación) y *las modalidades de explotación de la obra* que se ceden. En principio, los derechos y modalidades no mencionados expresamente quedarían excluidos del ámbito de la cesión⁶³.

Es posible que exista una voluntad clara de celebrar un negocio de cesión de uno o varios derechos de explotación sobre una obra, pero no estén claramente especificados los derechos o modalidades a las que afecta el acuerdo de las partes. El art. 43.2 TRLPI prevé dicha eventualidad y dispone que a falta de pacto expreso la cesión quedará limitada a “aquella que se deduzca del propio contrato y sea indispensable para cumplir la finalidad del mismo”. En consecuencia, el negocio se mantiene si bien para solventar los eventuales problemas de interpretación sobre el alcance de la cesión, se prevén dos reglas: la primera, de carácter subjetivo dispone que la cesión queda limitada a aquella que *se deduzca del propio contrato*; la segunda que es objetiva limita la transmisión a aquel o aquellos derechos y modalidades que *sean indispensables para cumplir la finalidad del negocio celebrado*; la expresión *indispensable* utilizada por el legislador significa que, de nuevo en protección del autor, las dudas de interpretación se *deben resolver siempre a favor de la menor transmisión posible*. En materia de derechos de autor se aparta pues el legislador español de la regla de interpretación prevista en el artículo 1289 *in fine* del Código Civil, según la cual cuando las cláusulas oscuras recayeran sobre circunstancias accidentales del contrato y éste fuera oneroso la duda de interpretación *se resolverá a favor de la mayor reciprocidad de intereses*.

De igual modo, también el legislador alemán proporciona una serie de reglas que ayudan al intérprete en su tarea de determinar el sentido y alcance de los términos empleados en los contratos de explotación suscritos por las partes. En ese contexto, la regla básica se contenía en el párrafo 5 del § 31 *UrhG* que en su redacción anterior a la Ley 7/2002 disponía que “si en el momento de otorgarse una licencia de explotación las modalidades de uso no fueron específicamente enumeradas, éstas se determinarían en función de la finalidad perseguida por las partes en el contrato”⁶⁴. De modo semejante al Derecho

⁶³ GÓMEZ LAPLAZA (1997, p. 758).

⁶⁴ La Ley 7/2002 añadió un nuevo párrafo a dicho precepto que prevé que dicha norma será aplicable para resolver las dudas respecto a si una licencia de explotación ha sido o no concedida, si ésta tiene o no el carácter de exclusiva, la extensión de los derechos de uso del licenciatarario o el alcance de su derecho a prohibir que otros utilicen la obra o, por último, las limitaciones a las que se somete dicho derecho de uso

español, la norma de interpretación prevista en el texto alemán tenía como finalidad principal proteger al autor aplicando un principio de interpretación estricta; en coherencia con dicho fundamento, en defecto de previsión expresa los derechos de uso cedidos son aquéllos que sean necesarios para cumplir la finalidad del contrato (*Zweckübertragungsgrundsatz*). Si el licenciataria quería incluir otros usos tenía la carga de mencionarlos expresamente, pues en caso contrario su omisión conllevaría que quedaran excluidos del ámbito de los derechos cedidos⁶⁵.

En el ya citado pleito que implicaba a GEMA (sociedad alemana de gestión de derechos musicales) respecto a la posible utilización de una melodía para la sonorización de un teléfono móvil, el Tribunal Federal de Justicia resolvió en sentencia de 10 de junio de 2009⁶⁶ que dicha entidad, en virtud de los contratos concluidos con los titulares de derechos en 2002 y 2005, no había obtenido el derecho de gestionar sus obras musicales para explotarlas con fines publicitarios. El órgano judicial argumentó, en primer lugar, que la única modalidad de explotación incluida explícitamente en el contrato era el derecho a utilizar obras musicales en la producción de cuñas publicitarias, lo cual no incluía el derecho de utilizarlas para otras modalidades. En consecuencia, dichos fines publicitarios constituían una modalidad de explotación distinta a la prevista en el acuerdo contractual. En segundo lugar, que el contrato celebrado tenía por finalidad cederle a GEMA los derechos que no podían ser objeto de una gestión individual, mientras que utilizar la obra con fines publicitarios era un derecho que podía ser ejercitado de forma individual. En otro caso, un fotógrafo había realizado una foto en el marco de un peritaje relativo a los daños causados a un coche tras un accidente. El experto había entregado la foto a la persona cuyo coche había recibido el daño como consecuencia del accidente para que pudiera entregársela a la compañía de seguros contraria. Sin embargo, ésta había puesto a disposición la foto en Internet en un sitio *web* en el cual las compañías interesadas en la compra de coches accidentados podían hacer sus ofertas; en el caso enjuiciado, la foto permitía que la compañía de seguros pudiera calcular el valor del coche accidentado antes de que se llevara a cabo su compra. El Tribunal Federal de Justicia, en sentencia de 20 de abril del 2010 consideró que en ningún momento el experto había autorizado explícita o implícitamente semejante utilización y ello a pesar de que era habitual en este ramo el comportamiento del agente de seguros. Entre otras cosas, el contrato celebrado entre el experto y el propietario del coche accidentado tenía por objeto solamente determinar el precio que se podría obtener en el mercado general y no el que se pudiera obtener mediante plataformas en línea.

Al margen de las reglas de interpretación previstas en el § 35.5 *UrhG*, el § 37 *UrhG* contiene igualmente un conjunto de disposiciones que rigen la interpretación de las cesiones *inter vivos* de los derechos patrimoniales y cuyo denominador común es siempre que “las dudas se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos posibles”. De acuerdo con dicho principio, la primera de dichas normas determina que en defecto de acuerdo de las

(en conexión con el art. 31.1). En definitiva, desde nuestro punto de vista esta norma no hace sino enumerar los aspectos concretos sobre los cuales pueden existir dudas de interpretación, pero no modifica el sentido general de la regla prevista en el párrafo primero.

⁶⁵ En opinión de VON LEWINSKY (2010, pp. 16-92 y 16-93) la regla prevista en el art. 31.5 no sólo protege al autor, sino también al licenciataria el cual, en caso de duda, conservará en su poder aquellos derechos que resulten necesarios para cumplir la finalidad del contrato, y ello aunque en el momento de redactar éste alguna de dichas modalidades de uso no hayan sido expresamente previstas.

⁶⁶ Recordemos que la sentencia del Tribunal de Apelación de Hamburgo es de 4 de abril del 2002.

partes sobre dicho extremo, la licencia se restringe a la explotación de la obra en versión original, de tal manera que el autor conserva los derechos de publicación y explotación sobre cualquier adaptación de la obra. En segundo lugar, en caso de duda, la licencia de uso con el fin de reproducir la obra no comprende el derecho a realizar fijaciones sonoras o audiovisuales de la obra (§ 37.2). Finalmente, si el autor concediera a una persona una licencia que tenga por objeto el derecho de comunicación pública de la obra, salvo previsión expresa, el licenciataria no ostenta el derecho de utilizar pantallas, altavoz u otro dispositivo técnico análogo que posibilite ver u oír la comunicación fuera del acto público al que la misma estuviera destinada⁶⁷.

Por último y en relación con las obras plásticas (esculturas, pinturas, etc.), el § 44 *UrhG* dispone que la enajenación por el autor del original de la obra no concede al adquirente un derecho de uso sobre ésta. No obstante, esta regla tiene una excepción en virtud de la cual “el propietario del original de una obra artística o de una fotografía tendrá derecho a exponer la obra en público, aunque ésta no hubiera sido aún publicada, a menos que el autor explícitamente se haya reservado este derecho”. En parecidos términos, el art. 56 TRLPI señala que el adquirente de la propiedad del soporte al que se haya incorporado la obra no tendrá por este sólo título, ningún derecho de explotación sobre esta última. Sin embargo, también el legislador español prevé una excepción a esta regla: el propietario del original de una obra de arte plástica o de una obra fotográfica tendrá el derecho de exposición pública de la obra, aunque ésta no haya sido divulgada, salvo que el autor hubiera excluido expresamente este derecho en el acto de enajenación del original (art. 56.2 TRLPI).

Ambas normas con una redacción muy semejante recogen un principio esencial en el ámbito de los derechos de autor: si bien la creación intelectual necesita exteriorizarse por cualquier medio tangible o intangible ello no debe llevar a confundir *corpus mysticum* y *corpus mechanicum*; uno y otro tienen una naturaleza diferente y pueden ser objeto de derechos distintos y compatibles entre sí⁶⁸. Por ello, la adquisición del soporte no implica la adquisición de derechos de explotación; es decir, en el caso de una obra plástica o fotográfica el que adquiere la obra no es titular de los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación; por disposición expresa del legislador sólo ostenta el derecho de exponer la obra en público, salvo que el autor haya excluido expresamente este derecho. A dicha limitación añade el texto español que la exposición de la obra se realice en condiciones que perjudiquen su honor o reputación profesional (art. 56.3 TRLPI).

⁶⁷ Sobre este precepto puede consultarse BÜSCHER *et al.* (2011, §37, Rdn 1-9); SCHRICHER (2006, §37, Rdn 5-6); WANDTKE *et al.* (2009, §37, Rdn 2-7); MÖHRING *et al.* (2000, §37, Rdn 4).

⁶⁸ La creación es un *bien inmaterial* objeto del Derecho de Autor; sobre el soporte, *bien material* recaerá un derecho de propiedad ordinaria; sobre esta dualidad de derechos véase SERRANO FERNÁNDEZ (2008, p. 48).

3.7. Revocación de derechos (*Rückrufsrecht*)

La *UrhG* reconoce al autor en dos hipótesis la posibilidad de revocar los derechos de uso concedido (*Rückrufsrecht*): bien por insuficiencia de ejercicio (§ 41), bien por cambio de convicciones (§ 42). De acuerdo con la primera, “si el titular de un derecho de uso exclusivo no ejercitare sus derechos o lo hiciere de una manera inadecuada causando por ello un serio perjuicio a los intereses del autor, éste podrá revocar el derecho de uso concedido. Se exceptúa el caso que la falta o el inadecuado ejercicio fueran debidos principalmente a circunstancias que el autor pudiera razonablemente esperar que desaparecieran”.

Se trata sin duda de una medida que trata de proteger el interés del creador una vez publicada su obra y su ejercicio está sometido a unos límites temporales⁶⁹. Además, una vez que el autor ha notificado al titular del derecho de uso su intención de ejercitar la facultad prevista en el § 41, aquél está obligado a concederle al cesionario un plazo adicional para que ejercite adecuadamente el derecho. No obstante, la ley establece tres excepciones a dicho requisito: que al titular del derecho le resultara imposible su ejercicio; que se negare a ejercitarlo, o que el mencionado plazo adicional pudiera poner en peligro los intereses del autor. Como medida de protección del autor se prohíbe que este renuncie anticipadamente y con carácter general a este derecho; de igual modo su ejercicio no podrá ser excluido por anticipado por un periodo superior a cinco años. Si bien el derecho de uso se extinguirá en el momento en que la revocación se haga efectiva, el autor deberá indemnizar equitativamente a la persona afectada por la revocación.

En el caso resuelto por el Tribunal Federal de Justicia, en sentencia de 26 de marzo del 2009 el autor, tras la quiebra del licenciatario había ejercido su derecho de revocación invocando el § 41. A continuación había entablado una acción judicial por violación del derecho de autor contra el sub licenciatario el cual había obtenido del licenciatario un derecho de uso no exclusivo. Lo que se cuestionaba en este caso era si la revocación del derecho exclusivo por parte del autor conllevaba también la revocación de la sub licencia no exclusiva. La jurisprudencia y la doctrina dominante habían defendido que el sub licenciatario debía restituir al autor su derecho como consecuencia de la revocación. Sin embargo, en esta hipótesis el Tribunal Federal resuelve que el derecho no exclusivo de utilización no debía restituirse al autor por el mero hecho de haberse revocado el derecho del licenciatario que lo concedió.

En el Derecho español y en sede de Disposiciones Generales no existe una norma similar a la prevista en el §. 41 *UrhG*; no obstante, en sede del contrato de edición el art. 68 TRLPI enumera una serie de supuestos en los cuales dicho negocio puede resolverse por iniciativa del autor; concretamente y en lo que aquí interesa “cuando incumple con su obligación de editar la obra, o la de asegurar a la obra una explotación continua, o satisfacer al autor la remuneración pactada”. En las dos primeras hipótesis es indudable que al igual que en el caso previsto en la ley alemana, también el art. 68 TRLPI busca proteger el interés del autor en ver publicado su trabajo. Sin embargo, al margen de dicha similitud hay diferencias importantes en la regulación prevista en una y otra norma; así, el texto español no impone

⁶⁹ Así, la ley exige que transcurra el plazo de dos años a contar desde la fecha de la cesión, o si la obra fue entregada posteriormente a partir de la fecha de entrega de la misma. En el caso de contribución para un diario, el plazo será de tres meses o de seis cuando se trate de una revista que se publique mensualmente o en periodos menores. Por último, cuando se trate de contribuciones a otras publicaciones periódicas el periodo de tiempo se fija en un año.

el cumplimiento de determinados plazos sino que únicamente exige, con carácter previo, el requerimiento expreso del autor exigiéndole el cumplimiento. Por otra parte, mientras el § 41 *UrhG* impone al autor el deber de indemnizar equitativamente a la persona afectada por la revocación, en la hipótesis del art. 68 TR es el autor quién tendrá derecho a ser resarcido de los daños y perjuicios imputables al editor.

En segundo lugar, el § 42 *UrhG* concede al autor el derecho de revocar la explotación de la obra cuando se ha producido un cambio de sus convicciones; éstas pueden ser aquéllas que tienen una naturaleza científica, política o religiosa, pero también se permite que el autor ejercite su derecho de revocación cuando alegue que se ha producido un cambio en la percepción estética o artística de la obra⁷⁰. A diferencia del texto alemán, la legislación española regula el derecho de retirada como una de las facultades que integran el derecho moral de autor y en tal sentido ostenta una naturaleza irrenunciable e inalienable. En lo relativo al modo de ejercitarlo y de acuerdo con lo previsto en el apartado sexto del citado precepto, el autor puede “Retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de los derechos de explotación. Si, posteriormente, el autor decide reemprender la explotación de su obra deberá ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular de los mismos y en condiciones razonablemente similares”.

Sin embargo, y a pesar de que en uno y otro ordenamiento la naturaleza de este derecho de revocación es diferente, el régimen jurídico es similar en ambas legislaciones. En efecto, estamos ante un derecho que no puede ser renunciado anticipadamente, ni tampoco puede ser excluido por acuerdo de las partes. El ejercicio de este derecho exige que se indemnice previamente a los titulares de los derechos de explotación de los daños y perjuicios que la retirada de la obra les ocasione; por último, si posteriormente el autor desea reemprender la explotación de la obra estará obligado a ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular de los mismos y en condiciones razonablemente similares a las originarias.

3.8. Derecho del autor a una remuneración equitativa (*Angemessene Vergütung*)

En el TRLPI y presupuesto el carácter oneroso de la cesión, el legislador impone una modalidad concreta de retribución al autor: “proporcional a los ingresos de la explotación en la cuantía convenida con el cesionario” (art. 46.1); el fundamento de este sistema de remuneración es, una vez más, el deseo de proteger al autor ya que le permite participar en los beneficios derivados de la comercialización de su obra; por ello el legislador español configura esta modalidad de remuneración como un beneficio irrenunciable anticipadamente por el autor. Con carácter excepcional y únicamente en los casos enumerados en el art. 46.2 TRLPI la remuneración puede consistir en un tanto alzado⁷¹. En

⁷⁰ El sucesor del autor sólo podrá ejercitar ese derecho de revocación si probare que el autor lo hubiera podido ejercer antes de su muerte pero estuvo impedido de hacerlo, o cuando así lo hubiere dispuesto el autor por disposición testamentaria. Por otra parte el art. 42.3 regula muy detalladamente los conceptos que debe incluir la indemnización que debe abonar el autor.

⁷¹ Estamos ante supuestos que tienen carácter taxativo no pudiendo ser aplicados a otras hipótesis diferentes; la razón es que este sistema de remuneración impide al autor participar en el éxito de la obra.

esta última hipótesis es posible que se produzca una manifiesta desproporción entre la cantidad percibida por el autor a cambio de la cesión de sus derechos de explotación sobre la obra y los beneficios obtenidos por el cesionario; de darse dicho supuesto, el art. 47 TRLPI prevé que el autor pueda pedir la revisión del contrato y, en defecto de acuerdo, acudir al juez para que fije una remuneración equitativa atendidas las circunstancias del caso. Dicha facultad podrá ejercerse dentro de los diez años siguientes a la cesión.

Respecto del Derecho alemán, el principio según el cual el autor tiene derecho a una remuneración equitativa (*Angemessene Vergütung*) aparecía implícito en el antiguo § 11 de la Ley de 1965 que disponía que “El derecho de autor protege al creador en sus intereses morales y personales en relación con la obra y en el aprovechamiento de ésta”. Si bien cabía interpretar que el derecho de remuneración era consecuencia de la protección que el § 11 confería con carácter general al autor, en el sentido de que éste debía obtener una participación en los ingresos obtenidos en la explotación de la obra, lo cierto era que faltaba una formulación más concreta de dicho derecho. Desde esos planteamientos la piedra angular de la Ley 7/2002⁷² fue garantizar al autor el derecho a percibir una remuneración equitativa por la explotación de la obra (§ 11.2).

La declaración general se desarrolla luego en el § 32 el cual declara que el autor tiene derecho a una remuneración acordada contractualmente por la concesión de sus derechos patrimoniales; dicho de otro modo, esta norma se limita a recordar a las partes que los contratos de explotación deben incluir una cláusula en la que se prevea una remuneración para el autor. Si la cuantía de la remuneración no está determinada, la ley “presume que se ha acordado una remuneración equitativa”. Pero cuando la remuneración acordada claramente no es equitativa, se concede al autor el derecho de exigir al otro contratante la modificación del contrato, de forma que se garantice al autor una remuneración equitativa⁷³.

No obstante, el legislador alemán fue consciente de que la noción de remuneración equitativa era un concepto indeterminado, de tal manera que previó dos procedimientos para lograr su concreción; con arreglo al primero de ellos se declara que la remuneración es justa porque está determinada por una *norma común de retribución* (§ 36); al respecto, para determinar el carácter equitativo de las remuneraciones en el sentido del § 32, se prevé que las asociaciones de autores establezcan normas comunes de remuneración con las asociaciones de cesionarios de derecho de explotación, teniendo en cuenta las

Por otra parte, se trata de una norma de naturaleza dispositiva de forma que los sujetos podrían fijar la remuneración en forma de participación proporcional.

⁷² En 1974 se regularon determinados aspectos del derecho de remuneración de los autores si bien fuera del marco de la ley sobre derechos de autor, introduciendo un nuevo § 12 en la ley relativa a los convenios colectivos. Se trataba de permitir que determinadas categorías de autores y ejecutantes independientes pudieran llegar a acuerdos obligatorios mediante la firma de acuerdos colectivos.

⁷³ En este último caso, el autor no puede reclamar directamente la diferencia entre la retribución acordada y una equitativa, sino que tiene derecho a exigir la aprobación de un acta adicional a fin de revisar la cantidad acordada en el contrato; también puede ejercer su derecho a revisar el contrato por vía judicial.

características propias de cada sector⁷⁴. Estas reglas de remuneración elaboradas de forma colectiva gozan de una presunción irrefutable de equidad⁷⁵.

Sin duda, el primer criterio de determinación de la remuneración previsto en el texto alemán se revelaba insuficiente, pues existía la posibilidad de que en muchos ámbitos de la industria y de la cultura no se fijaran normas comunes de retribución. Por ello era lógico que la propia norma estableciera un procedimiento subsidiario para definir el carácter equitativo de una remuneración. En tal sentido, se afirma que una remuneración “es justa si corresponde, en el momento de la firma del contrato, a lo que es considerado como usual y leal en las relaciones comerciales, en función de la naturaleza y de la extensión de los derechos concedidos, en particular de su duración y de la época, teniendo en cuenta también las demás circunstancias”.

Como hemos visto, el legislador alemán prevé como segunda hipótesis de determinación de una retribución equitativa que las partes acuerdan una remuneración justa en atención a “las circunstancias presentes en el momento de la firma del contrato; estamos pues ante un criterio de determinación que no tiene en cuenta el posterior éxito de la obra”. Desde estos planteamientos es posible que la remuneración acordada inicialmente resulte manifiestamente desproporcionada en relación con los beneficios originados con la explotación de la obra. De darse tal supuesto, se concede al autor un derecho de rectificación o revisión (*Berufungsrecht*). Al respecto, es importante resaltar que este derecho puede ser alegado aunque la retribución fijada a la firma del contrato fuera perfectamente equitativa de acuerdo con los criterios ya examinados. En tal sentido, el único presupuesto para su aplicación es que exista una desproporción manifiesta entre la remuneración inicial y las ganancias obtenidas; estamos ante lo que la doctrina alemana ha denominado *Best Seller Paragraph*.

Respecto del derecho de revisión previsto en el texto español (art. 47 TRLPI) es posible destacar dos diferencias importantes: la primera es que en el supuesto previsto en la legislación española el derecho de revisión se conecta con una remuneración fijada a tanto alzado. El fundamento es que se trata de una modalidad de fijar la retribución del autor que no está ligada al éxito o fracaso de la obra. Ello explica que en determinados casos se produzca una manifiesta desproporción entre la cantidad percibida por autor a cambio de la cesión de sus derechos de explotación sobre la obra y los beneficios obtenidos por el cesionario. En el Derecho alemán, por el contrario, el derecho de revisión no se vincula a una única modalidad de retribución; por tanto, opera tanto si se fijó a tanto alzado como en forma de participación proporcional en las ganancias de la explotación.

⁷⁴ Exige el § 36.2 que las asociaciones de autores y de profesionales sean representativas, independientes y autorizadas para establecer normas comunes de remuneración. La propia ley establece un procedimiento muy detallado para lograr la negociación de estas normas comunes de remuneración.

⁷⁵ Si respecto de determinados sectores se hubieran acordado remuneraciones en el seno de convenios colectivos según lo dispuesto en el art. 12 de la ley relativa a los convenios colectivos, dichas disposiciones prevalecen sobre las normas comunes de remuneración.

La segunda diferencia importante que existe entre el derecho de revisión *ex art. 47 TRLPI* y el previsto en la *UrhG* aparece recogida en el § 32.a.2 según el cual “cuando la otra parte ha cedido el derecho de utilización o concedidos otros derechos de utilización y la desproporción manifiesta resulta de las ventajas o beneficios de un tercero, éste último es directamente responsable frente al autor, de conformidad con el párrafo primero; añade la norma que la responsabilidad de la otra parte no puede ser admitida”⁷⁶. Del tenor literal de la norma se desprende que si la desproporción manifiesta resulta de los beneficios obtenidos por un tercero, como pudiera ser por ejemplo, el beneficiario de una licencia concedida por el cesionario, ese tercero es directamente responsable frente al autor respecto de su derecho a una remuneración proporcional.

4. Conclusiones

El análisis de Derecho Comparado realizado en este trabajo revela que el régimen jurídico de las transmisiones *inter vivos* de los Derechos de Autor en uno y otro ordenamiento es similar en muchos aspectos. Ello es debido, en parte, al proceso de armonización impulsado por la Unión Europea en esta materia, a efectos de lograr el establecimiento de un mercado interior, garantizando al mismo tiempo un adecuado nivel de protección. No obstante, entre ambas legislaciones también se advierten importantes diferencias, entre las que destaca la especial relevancia que la *UrhG* atribuye a la buena fe (*Treu und Glauben*) como principio general que delimita las facultades atribuidas al autor de la obra intelectual, o la admisibilidad de los contratos sobre derechos morales, frente a la naturaleza inalienable que ostentan estos derechos en la legislación española.

En el presente trabajo se destacan igualmente otras particularidades del régimen de cesión *inter vivos* de derechos patrimoniales en el Derecho alemán, tales como la admisibilidad de los contratos de explotación respecto de medios de difusión inexistentes o desconocidos al tiempo de la cesión, o la ausencia de una forma especial para los contratos de concesión de derechos de uso, salvo las excepciones previstas en la norma.

Respecto del derecho del autor a percibir una *remuneración equitativa* por la explotación de la obra, la reforma llevada a cabo por la Ley 7/2002 ha dado como resultado una regulación muy detallada de esta materia, de la que nos parece especialmente interesante el llamado “Best Seller Paragraph” pues que el autor ejerce su derecho a reclamar una revisión tanto si ésta se ha fijado a tanto alzado, como en forma de participación proporcional a los ingresos de la explotación.

⁷⁶ Para un comentario de este precepto puede consultarse GUTSCHE (2003, p. 369).

5. Tabla de sentencias

| <i>Tribunal y país</i> | <i>fecha y número</i> | <i>Magistrado ponente</i> |
|---|----------------------------------|---------------------------|
| Tribunal Federal de Justicia Alemania. | 11.11.1990. GRUR 1991, 133 | No consta |
| Tribunal Federal de Justicia. Alemania | 04.07. 1996. GRUR 1997, 215 | No consta |
| Tribunal de Apelación de Berlín. Alemania | 30.07.1999. ZUM 2000, 164. | No consta |
| Tribunal de Apelación de Dusseldorf. Alemania. | 14.12.1999 ZUM 2001, 164. | No consta |
| Tribunal de Apelación de Hamburgo. Alemania | 04.04.2002. GRUR-RR 2002, 249 | No consta |
| Tribunal de Apelación de Munich. Alemania | 10.10. 2002. GRUR 2003, 50 | No consta |
| Tribunal Federal de Justicia. Alemania | 26.03. 2009. GRUR 2009, 946 | No consta |
| Tribunal Federal de justicia. Alemania | 20.04.2010. GRUR 2010, 623 | No consta |

6. Bibliografía

AA.VV. (1993), *La armonización de los derechos de propiedad intelectual en la Comunidad Europea*, Ministerio de Cultura.

Hermenegildo BAYLOS CORROZA (1978), *Tratado de Derecho Industrial. Propiedad Industrial Propiedad Intelectual. Derecho a la competencia económica. Disciplina de la competencia desleal*, 1ª ed., Civitas, Madrid.

Lionel BENTLY y William R. CORNISH (2010), en Paul Edward GELLER y Melville B. NIMMER (coords.), *International Copyright Law and Practice*, Vol. 2º, pp. UK 62-UK 67.

Wolfgang BÜSCHER, Stefan DITTMER y Peter SCHIWY (2011), *Gewerblicher Rechtsschutz, Urheberrecht, Medienrecht. Kommentar*, Carl Heymanns, München.

Jorge CAFFARENA LAPORTA (1989), "Comentario al artículo 14" en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1ª ed., Tecnos, Madrid.

Santiago CAVANILLAS MÚGICA (1997), "Comentario a los artículos 48 a 50", en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª ed., Tecnos, Madrid.

Fernando CERDÁ ALBERO (1994), "Derechos de autor en el marco de la transmisión de empresa", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 211-212, pp. 69-117.

Antonio DELGADO PORRAS (1988), "Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual", *Cuadernos Civitas*, Madrid.

Adolf DIETZ (1993), "Chronique d'Allemagne", *Revue Internationale du Droit D'Auteur*, núm. 157, pp. 136-228.

--- (2002), "Amendment of German Copyright Law in Order to Strengthen the Contractual Position of Authors and Performers", *IIC*, núm. 3, pp. 828-841.

--- (2003), "Aspectos principales de la legislación y de la jurisprudencia recientes del derecho de los contratos de autor en Alemania", *Revue Internationale du Droit D'Auteur*, núm. 198, pp. 146-255.

--- (2010), en Paul Edward GELLER y Melville B. NIMMER (cords.), *International Copyright Law and Practice*, Vol. 2º, pp. Ger-21-Ger 75.

Hartmut EISENMANN y Ulrich JAUTZ (2012), *Grundriss Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 9 Aufl, Heidelberg.

Isabel ESPÍN ALBA (1994), *El contrato de edición literaria*, Comares, Granada.

Carlos FERNÁNDEZ NOVOA (1987-88), "El derecho moral de los autores", *Actas de Derecho Industrial*, T. 12, pp. 17-36.

Friedrich Karl FROMM y Wilhelm NORDEMANN (2008), *Urheberrecht, Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz*, 10 Aufl, Stuttgart.

Paul Edward GELLER y Melville B NIMMER (2010), *International Copyright Law and Practice*, Vol 2º, New York.

J. C. GINSBURG (1999), "Chronique des États-Unis (II)", *Revue Internationale du Droit D'Auteur*, núm. 180, pp. 164-166.

Mª del Carmen GÓMEZ LAPLAZA (1997), "Comentario al artículo 58", en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª ed., Tecnos, Madrid.

Karsten M. GUTSCHE (2003), "New Copyright Contract Legislation in Germany: Rules on Equitable Remuneration Provide 'Just Rewards' to Authors and Performers", *European Intellectual Property Review*, Vol. 25º, núm. 8, pp. 366-372.

Heinrich HUBMANN y Manfred REHBBINDER (2008), *Urheberrecht: ein Studienbuch*, München.

Alexander KLETT, Mathias SONNTAG y Stephan WILSKE (2008), *Intellectual Property Law in Germany: protection, enforcement and dispute resolution*, Beck, München.

José Luis MANZANARES SAMANIEGO (1992), "La Ley alemana sobre el derecho de autor y otros derechos análogos protegidos", *Poder Judicial*, núm. 26, pp. 59-84.

Juana MARCO MOLINA (1995), *La propiedad intelectual en la legislación española*, Marcial Pons, Madrid.

Pascual MARTÍNEZ ESPÍN (1996), *El daño moral contractual en la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid.

--- (1997), "Comentario al artículo 14", en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª ed., Tecnos, Madrid.

Philipp MÖHRING y Kate NICOLINI (2000), *Urheberrechtsgesetz Kommentar*, 2 Aufl, München.

Nazareth PEREZ DE CASTRO (1993), "Algunas reflexiones en torno a los denominados derechos morales de divulgación y de integridad de la obra", *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Vol. 2º, pp. 1855-1864.

Joaquín RAMS ALBESA (1994), "Comentario a los artículos 428 y 429 del Código Civil y de la Ley de Propiedad Intelectual", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. 5, Vol 4º, Madrid.

José M. RODRÍGUEZ TAPIA (1992), *La cesión en exclusiva de los derechos de autor*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.

Haimo SCHACK (2010), *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, M. Siebeck, Tübingen.

Gerhard SCHRICKER (1991), "En torno a la armonización del Derecho de autor en la Comunidad Económica Europea", *Revista General del Derecho*, núm. 558, pp. 1419-1433.

--- (2004): "Efforts for a Better law on Copyright Contracts in Germany - A Never-Ending Story?", *IIC*, Vol. 35º, núm. 7, pp. 850-858.

--- (2006), *Urheberrecht Kommentar*, 3 Aufl, München.

María SERRANO FERNÁNDEZ (2001), *Contratos en torno a la edición*, Reus, Madrid.

--- (2008), "La autoría de la obra fotográfica. Los autores empleados o asalariados. Fotografías y publicaciones periódicas", en María SERRANO FERNÁNDEZ (coord.), *Fotografía y derecho de autor*, pp. 45-75.

José Angel TORRES LANA (1997), "Comentario al artículo 45" en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª ed., Tecnos, Madrid.

Eugen ULMER (1976), "Some Thoughts on the Law of Copyrights Contracts", *IIC*, núm. 7, pp. 202-219.

Gilles VERCKEN (2009), "Le formalisme dans les contrats d'auteur: un point après la décision de la cour de cassation du 21 novembre 2006", en *Revue Internationale du Droit D'Auteur*, núm. 219, pp. 4-101.

Silke VON LEVINSKI (1993), "Derecho de autor en la Comunidad Económica Europea: las últimas medidas de armonización", *Revista General del Derecho*, núm. 589, pp. 10437-10454.

--- (2010), *Copyright Throughout the World*, Vol 1º, pp. 16-5 a 16-104 y pp. 41-105 a 41-109.

--- (2011), "Chronique d'Allemagne: La evolución del derecho de autor en Alemania desde mediados del 2005 hasta finales del 2010" 1ª parte, *Revue Internationale du Droit D'Auteur*, núm. 228, pp. 164-285.

--- (2011): "Chronique d'Allemagne: La evolución del derecho de autor en Alemania desde mediados del 2005 hasta finales del 2010" 2ª parte, *Revue Internationale du Droit D'Auteur*, núm. 229, pp. 204-266.

Artur-Alex WANDTKE y Willian BULLING (2009), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, 3 Aufl. München.