

# EL LIBRO ELECTRÓNICO Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL: ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DE SU REGULACIÓN ACTUAL Y COMERCIALIZACIÓN *ONLINE*

por Nicolás PULIDO AZPIROZ  
Abogado en Uría Menéndez  
Máster en Propiedad Intelectual (UC3M)

*Fecha de recepción:* 12.04.2020  
*Fecha de aceptación:* 12.05.2020

**RESUMEN:** El mundo digital es una fuente constante de retos para todo ordenamiento legal, que requiere de una actualización normativa constante para hacer frente a los escenarios que plantean las nuevas tecnologías. Dentro de la propiedad intelectual, el libro electrónico es un fenómeno a día de hoy huérfano de una regulación idónea. El contrato de edición que recoge nuestra Ley de Propiedad Intelectual, así como la consideración, según la jurisprudencia europea, de la comercialización en línea de libros electrónicos como un supuesto de comunicación pública, establecen dos marcos normativos distintos para los *ebooks* y los libros en papel que pueden, en último término, influir negativamente en el mercado editorial digital. El presente trabajo analiza el fundamento de la distinción entre distribución y comunicación pública, su proyección —poco afortunada, a juicio del autor— en la comercialización en línea de libros electrónicos, y las principales carencias de la normativa vigente que aconsejan *de lege ferenda* una regulación específica del régimen aplicable al libro electrónico.

**PALABRAS CLAVE:** Propiedad intelectual, libro electrónico, principio del agotamiento, contrato de edición digital, mercado editorial.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. TECNOLOGÍA, COMERCIO Y LECTURA. II. NATURALEZA DE LA EXPLOTACIÓN ON LINE DEL LIBRO ELECTRÓNICO: ¿DISTRIBUCIÓN O COMUNICACIÓN PÚBLICA? 1. APUNTE PRELIMINAR: ¿QUÉ ES EL LIBRO ELECTRÓNICO? 2. LA COMERCIALIZACIÓN DEL LIBRO ELECTRÓNICO EN LÍNEA COMO UN SUPUESTO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA. 3. ADOPCIÓN DEL TDA Y SOLUCIÓN MARCO: ¿INEXISTENCIA DE UN DERECHO DE DISTRIBUCIÓN DIGITAL? III.

EQUIPARACIÓN CON EL LIBRO EN PAPEL. NORMATIVA ACTUAL. 1. CONSIDERACIÓN DE *LIBRO* SEGÚN LA NORMATIVA ACTUAL. 1.1. *Derecho nacional*. 1.2. *Derecho de la Unión Europea*. 1.3. *Derecho internacional*. 1.4. *Derecho comparado*. i) Estados Unidos: el caso del Código Civil de California. ii) Reino Unido. Iii) Francia: la regulación del *livre numérique*. 2. EL CONTRATO DE EDICIÓN EN EL TRLPI. 2.1. *Concepto*. 2.2. *Objeto*. 2.3. *Contenido mínimo del contrato*. 2.4. *Causas de resolución*. 3. TRANSMISIÓN DE DERECHOS PARA LA COMERCIALIZACIÓN EN LÍNEA DEL LIBRO ELECTRÓNICO. 4. JURISPRUDENCIA EUROPEA. EL CRITERIO DIVERGENTE EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y EN MATERIA FISCAL. 5. COROLARIO: LA NECESIDAD DE UNA REFORMA. IV. SITUACIÓN DEL LIBRO ELECTRÓNICO EN EL MERCADO Y EN LA LECTURA EN ESPAÑA. 1. LA FIGURA DEL EDITOR EN LA CADENA EDITORIAL ELECTRÓNICA. 2. FOMENTO DE LA LECTURA DIGITAL. PLANTEAMIENTO DE UN SISTEMA APROPIADO PARA LA EXPLOTACIÓN DEL LIBRO ELECTRÓNICO. V. CONCLUSIONES

*TITLE:* The electronic book: some thoughts on its legal regime and online commercialisation

*ABSTRACT:* In the ever-changing, challenging digital world, rules can be easily overturned by technology in a matter of a few years, and the constant update of the applicable regulation is necessary to face the irruption of new technologies. In Spain, regarding Intellectual Property, the e-book is one of those topics awaiting a step forward. The current regulation of the publishing contract under the Spanish Copyright Act, as well as the recent European case-law on the nature of the online commercialisation of electronic books, set forth a different framework which can potentially affect the publishing market. This paper focuses on the distinction between the distribution and the communication to the public rights, its application regarding electronic books in particular, and the reasons which recommend an amendment of the current publishing regulation.

*KEY WORDS:* Intellectual Property, copyright, electronic book, exhaustion of copyrights, digital publishing, publishing market.

*CONTENT:* I. INTRODUCTION. TECHNOLOGY, COMMERCE AND READING. II. LEGAL NATURE OF THE ON LINE COMMERCIALISATION OF THE EBOOK: A CASE OF DISTRIBUTION OR PUBLIC COMMUNICATION? 1. PRELIMINARY NOTE: WHAT DOES EBOOK MEAN? 2. THE COMMERCIALISATION OF EBOOKS AS A CASE OF PUBLIC COMMUNICATION. 3. ADOPTION OF THE WCT AND THE UMBRELLA

SOLUTION: NON-EXISTENCE OF A DIGITAL DISTRIBUTION RIGHT? III. AS-SIMILATION WITH PAPERBOOKS. CURRENT REGIME. 1. EBOOKS' STATUS UNDER THE CURRENT REGULATION. 1.1. *Spanish Law*. 1.2. *European Law*. 1.3. *International Law*. 1.4. *Comparative Law*. i) The United States: California's Civil Code. ii) United Kingdom. iii) France: the *livre numérique*. 2. THE PUBLISHING CONTRACT UNDER THE SPANISH COPYRIGHT ACT. 2.1. *Concept*. 2.2. *Subject matter*. 2.3. *Minimum content of the contract*. 2.4. *Termination*. 3. RIGHTS TRANSFER TO COMMERCIALISE EBOOKS. 4. EUROPEAN CASE LAW. DIVERGENT CRITERION REGARDING INTELLECTUAL PROPERTY AND TAX DECISIONS. 5. COROLLARY: THE NEED OF A LEGAL REFORM. IV. IMPACT OF THE EBOOK IN THE SPANISH PUBLISHING AND READING MARKET. 1. THE ROLE OF THE EDITOR IN THE ELECTRONIC BOOKCHAIN. 2. BRINGING FORWARD E-READING. OUTLINES FOR A MORE APPROPRIATE COMMERCIAL SYSTEM FOR EBOOKS. V. CONCLUSIONS.

## I. INTRODUCCIÓN. TECNOLOGÍA, COMERCIO Y LECTURA

«La evolución de las tecnologías digitales ha provocado la aparición de nuevos modelos de negocio y ha reforzado el papel de internet como mercado principal para la distribución y acceso a contenidos protegidos por derechos de autor. En este nuevo marco, los titulares de derechos se enfrentan a dificultades cuando intentan conceder bajo licencia sus derechos y obtener una remuneración por la distribución en línea de sus obras. Esas dificultades podrían poner en peligro el desarrollo de la creatividad europea y la producción de contenidos creativos».

Con estas palabras, extraídas de la exposición de motivos de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital, de 14 de septiembre de 2016<sup>1</sup>, se asientan los cimientos sobre los que ha de reconstruirse la sociedad de la información, y sobre los que se ha aprobado la Directiva 2019/790<sup>2</sup>, completando así la DDASI<sup>3</sup> y el desarrollo que le han dado las legislaciones de los Estados Miembros<sup>4</sup>.

---

\* Todas las citas bibliográficas en línea y referencias a contenido legislativo se han cerrado a fecha de 12 de abril de 2020.

<sup>1</sup> COM/2016/0593 final - 2016/0280 (COD).

<sup>2</sup> Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE.

<sup>3</sup> Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

<sup>4</sup> Aunque se pudiera pensar lo contrario, la Directiva 2019/790 no viene a reemplazar la DDASI, sino a completarla en todos aquellos aspectos relacionados con internet y el mundo digital desde que se promulgó en 2001. De entre las principales novedades que introduce, destacan la regulación de la minería de textos, el reconocimiento de un derecho afín para las editoriales de prensa

El impacto de las nuevas tecnologías en el modo de vida y de trabajo ha contribuido a crear un mundo inseparable de las herramientas digitales, influyendo no sólo en el ámbito industrial o comercial, sino también en nuestros hábitos al cambiar las comunicaciones transfronterizas, el comercio electrónico o los bienes y servicios que consumimos<sup>5</sup>. El principal motor detrás de lo que Klaus Schwab ha llamado «La cuarta revolución industrial» en su obra homónima de 2016 es internet, entendido en su sentido amplio. Si bien desde el primer momento se vaticinó que la revolución informática tendría lugar de modo fraccionado pero intenso, a base de varios avances sucediéndose a una velocidad vertiginosa, se avisó de que los poderes públicos debían estar preparados para adaptar sus legislaciones a los grandes cambios que traería consigo internet<sup>6</sup>, dentro de los cuales ocupaba —y sigue ocupando— un lugar especial la propiedad intelectual.

Los avances tecnológicos permiten convertir todo en «unos y ceros», incluida la cultura. Si el Derecho quiere dar soluciones reales y coherentes a los problemas que se puedan plantear en este escenario, es necesario que se ajuste al estado de la tecnología mediante el correspondiente cambio de las normas. En este sentido, la propiedad intelectual es una materia sensible que puede devenir un cuerpo vacío en la sociedad digital. Una regulación desfasada, incapaz de dar cabida a los distintos modelos de explotación que facilitan las nuevas tecnologías, puede condicionar de forma desfavorable la comercialización de las obras de los autores, y prueba de ello han sido las modificaciones a la que se ha sometido al TRLPI<sup>7</sup> en los años 2006<sup>8</sup>, 2014<sup>9</sup> y 2019<sup>10</sup> para así dar respuesta a los distintos problemas que han surgido de la interacción entre internet y la

---

y el establecimiento de un nuevo régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios en línea por la puesta a disposición de contenidos protegidos previamente cargados por los usuarios.

<sup>5</sup> En este punto, no se puede negar que el progreso tecnológico y social van de la mano: no se excluyen, sino que ambos interactúan entre sí; *vid.* CASTELLS, M. *La era de la información. Vol. 1. La sociedad red*, 2ª ed., Alianza Editorial, Madrid, 2000, p. 35.

<sup>6</sup> S. MUÑOZ MACHADO, *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*, Taurus, Madrid, 2000, pp. 12 y 38.

<sup>7</sup> Real Decreto Legislativo 1/1996, de 2 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

<sup>8</sup> Referida a la transposición de la DDASI en el ordenamiento jurídico español, a través de la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.

<sup>9</sup> Referida a la tutela material y procesal frente a la infracción de derechos de propiedad intelectual, a través de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>10</sup> Referida a la reforma completa del régimen de gestión colectiva por parte de las entidades de gestión, y a la actualización del límite en favor de las personas con discapacidad visual con el Tratado de Marrakech, de 27 de junio de 2013, a través de la Ley 2/2019, de 1 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017.

propiedad intelectual. Sin embargo, dentro de las muy diversas manifestaciones que abarca la cultura, el libro —que ha sido descrito como el «tótem cultural por excelencia de nuestra civilización»<sup>11</sup>— es todavía objeto de una regulación insuficiente, y en materias como la edición del libro en el entorno digital y las publicaciones electrónicas tal cambio legislativo aún está por llegar.

No es un tema nuevo: antes del inicio de este siglo se dudaba de la idoneidad de nuestra normativa de propiedad intelectual para adaptarse al mundo digital<sup>12</sup> y se advirtió de que el libro tradicional se vería desplazado en un nuevo modelo editorial que giraría en torno al libro electrónico<sup>13</sup>. Sin embargo, superado el cambio de milenio, la que se esperaba con expectación como la revolución digital de la lectura no se había materializado, y el sector editorial lo achacó precisamente a aquella normativa obsoleta y a unos hábitos de consumo aún fuertemente ligados al papel<sup>14</sup>. Y eso a pesar de que estos últimos años el consumo digital de libros ha ido en aumento, pero no en la medida suficiente como para afirmar que la lectura electrónica se haya consolidado en nuestra sociedad: el libro electrónico supuso unos ingresos de 118,98 millones de euros en 2018 en España, aproximadamente un 5% del total de la facturación del sector editorial español<sup>15</sup>, y sigue la línea del resto de países de nuestro entorno, donde el mercado de la lectura digital goza de un éxito discreto<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> A. BOIX PALOP, «La adaptación del concepto normativo de libro a la pluralidad de soportes en la Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas», en *Comentarios a la Ley de la Lectura, del Libro y de las Bibliotecas (Ley 10/2007, de 22 de junio)* (dir. S. Muñoz Machado), Iustel, Madrid, 2008, p. 87.

<sup>12</sup> M.A. ENCABO VERA, «La digitalización de las obras del espíritu: su desmaterialización», *Puertas a la lectura*, núm. 5, 1998, pp. 67-68.

<sup>13</sup> I. ESPÍN ALBA, «Edición electrónica de libros y derechos de autor. Nuevas perspectivas en la relación entre autores y editores: apuntes para una reflexión», *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, volumen 21, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 71-74.

<sup>14</sup> A. BOIX PALOP, «La adaptación del concepto normativo...», *cit.*, pp. 80-85. Vid. A. CAVALIERE, *El libro impreso y el libro digital. Estudios sobre los modos de producción editorial en el cambio de milenio*, Publicaciones Universidad de Alicante, Alicante, 2005, p. 59, que define el libro impreso como «fuente de reflexión» en contraposición con el libro digital.

<sup>15</sup> FEDERACIÓN DE GREMIOS DE EDITORES DE ESPAÑA, *Comercio interior del libro en España 2018 (avance de resultados)*, FGEE, p. 49 [en línea], disponible en [https://www.federacioneditores.org/img/documentos/comercio\\_interior\\_2018.pptx](https://www.federacioneditores.org/img/documentos/comercio_interior_2018.pptx).

<sup>16</sup> Encontramos esa cifra del 5% en países como Reino Unido e Italia, donde supuso un total de 653 millones de libras en 2018 y 64 millones de euros en 2017, respectivamente. Ese porcentaje aumenta en cambio en Francia hasta el 8,42% del total de ventas en 2018 (212,6 millones de euros), y de forma más acentuada en Estados Unidos, donde supone casi un 13% (1.016,2 millones de dólares en 2018). Las cifras relativas a cada país se pueden consultar en:

— Francia: SYNDICAT NATIONAL DE L'ÉDITION, *Les chiffres de l'édition 2017-2018. Rapport statistique du SNE*, Chirat, p. 10 [en línea], disponible en [https://www.sne.fr/app/uploads/2019/06/RS19\\_Synthese\\_Web01\\_VDEF.pdf](https://www.sne.fr/app/uploads/2019/06/RS19_Synthese_Web01_VDEF.pdf).

— Reino Unido: THE PUBLISHERS ASSOCIATION, *Yearbook 2018*, The Publishers Association, p. 14 [en línea], disponible en [https://adobeindd.com/view/publications/fe60d306-d33b-4369-ba36-5543fea09a8c/4bee/publication-web-resources/pdf/YB\\_2018\\_19.pdf](https://adobeindd.com/view/publications/fe60d306-d33b-4369-ba36-5543fea09a8c/4bee/publication-web-resources/pdf/YB_2018_19.pdf).

— Italia: ASSOCIAZIONE ITALIANA EDITORI, *Report in publishing in Italy: Highlights*, AIE, p. 13 [en línea], disponible en [http://media.giornaledellalibreria.it/presentazione/allegati/Highlights\\_2018\\_DEF\\_digitale.pdf](http://media.giornaledellalibreria.it/presentazione/allegati/Highlights_2018_DEF_digitale.pdf).

— Estados Unidos: ASSOCIATION OF AMERICAN PUBLISHERS, «AAP StatShot: Trade Book Publisher Revenue Increased by 4.6% in 2018», publicado el 12 de febrero de 2019 [en línea], di-

Otro factor relevante en el escaso éxito en nuestro país del *e-book* es la piratería digital. La vulnerabilidad de los autores en el entorno informático no ha sido un incentivo para apostar por el mercado electrónico. Los coletazos de la que, muy ilustrativamente, fue denominada como la «cultura de la transgresión»<sup>17</sup> pueden apreciarse todavía a día de hoy. Especialmente si tenemos en cuenta que el libro electrónico fue uno de los bienes cuyo consumo ilegal aumentó en 2018 con respecto a 2017<sup>18</sup>.

No habiendo alcanzado el libro electrónico el éxito —o, al menos, la relevancia en términos de ventas— que se auguraba, cabe preguntarse si un modelo de explotación basado únicamente en la edición digital para el gran público tiene visos de resultar rentable, cuando tanto el gusto de los lectores como las normas actuales siguen pensando en la edición física de libros; cabe preguntarse qué puede hacerse para lograr que esa revolución digital de la lectura que se vislumbraba a principios de siglo llegue finalmente a triunfar. Son muchos factores los que influyen —los hábitos de los consumidores, la iniciativa por parte de las editoriales, la citada falta de regulación, etc.—, pero lo cierto es que, en una sociedad que se mueve en un entorno tecnológicamente galopante, no se puede afirmar que haya acabado de consolidarse el consumo tecnológico de ciertos bienes y servicios (*v.gr.* los libros electrónicos). El principal inconveniente derivado de esta menor popularidad del libro electrónico es el bajo incentivo para fomentar la lectura electrónica, la cual puede quedar en una posición rezagada en la revolución digital. Ello es especialmente alarmante teniendo en cuenta el rol protagonista que se busca que la transmisión y el uso de contenidos digitales, y en concreto la lectura de libros electrónicos, desempeñen en el mercado y la economía de la Unión Europea<sup>19</sup>.

Y es que, como decimos, no sería ilusorio relacionar, entre otras causas, la falta de éxito del libro electrónico con la actual regulación, pues seguimos

---

sponible en <https://newsroom.publishers.org/aap-statshot-trade-book-publisher-revenue-increased-by-46-in-2018/>.

<sup>17</sup> F. CARBAJO CASCÓN, «Creación, edición y lectura en la sociedad de la información: entre la propiedad intelectual y el acceso a la cultura», *Pliegos de Yuste*, núm. 10-11, 2010, p. 129.

<sup>18</sup> LA COALICIÓN DE CREADORES E INDUSTRIAS DE CONTENIDOS, *Observatorio de la piratería y hábitos de consumo de contenidos digitales 2018*, 2018 [en línea], disponible en [http://lacoalicion.es/wp-content/uploads/ejecutivo-obs.-pirateria-2018\\_ok-5-de-abril.pdf](http://lacoalicion.es/wp-content/uploads/ejecutivo-obs.-pirateria-2018_ok-5-de-abril.pdf), pp. 10 y 11. Estos datos se analizan con más detalle *infra*, V.2. Aunque el incremento entre 2017 y 2018 fue de un 1%, el consumo ilegal de libros y publicaciones digitales mantiene una tendencia ascendente en los últimos años, además de que cerca de un cuarto de la población lectora (24%) accede de forma ilícita a los libros en formato digital.

<sup>19</sup> Así resulta tanto desde el plano institucional (<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/ebooks>) como de las diversas Directivas promulgadas en 2019, incluyendo la ya citada Directiva 2019/790 o la Directiva 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, en cuyo primer considerando leemos que «[g]arantizar a los consumidores un mejor acceso a los contenidos y servicios digitales, y facilitar que las empresas suministren contenidos y servicios digitales, puede contribuir a impulsar la economía digital de la Unión y a estimular el crecimiento general».

contando con una serie de preceptos desfasados en nuestro TRLPI, basados en la edición en papel para regular la edición en línea de libros electrónicos (arts. 58-73). A pesar de que el resto de preceptos del TRLPI y la teoría general de obligaciones suplen esta insuficiencia normativa, ellos solos no bastan para regular el libro electrónico.

Ante el estado actual de la materia, en este trabajo se busca analizar las circunstancias que permitan comprender la posición —aún incipiente, al menos en España— del libro electrónico y localizar los principales puntos de la normativa vigente en propiedad intelectual cuya reforma ayudaría a que aumentase su presencia en el mercado y en los hábitos de lectura de los consumidores. Para ello, se analizarán: su naturaleza jurídica —principalmente, las cuestiones que suscita en tanto que producto digital— (II); la normativa actual nacional e internacional sobre el libro y el encaje que tiene el libro electrónico en ella, así como sus posibilidades actuales de explotación conforme a la misma (III), y la cadena de producción editorial y la situación actual del mercado (IV).

## **II. NATURALEZA DE LA EXPLOTACIÓN ON LINE DEL LIBRO ELECTRÓNICO: ¿DISTRIBUCIÓN O COMUNICACIÓN PÚBLICA?**

### **1. APUNTE PRELIMINAR: ¿QUÉ ES EL LIBRO ELECTRÓNICO?**

Antes de empezar, conviene hacer una doble matización. Por un lado, el término «libro electrónico» puede ser confuso, ya que se refiere tanto al dispositivo de lectura (*e-book hardware*) como a la obra en formato digital —al igual que como sucede en el papel con el término «libro»—. Carbaajo Cascón propone, a este respecto, designar al *hardware* como «libro electrónico», y a la obra publicada digitalmente como «publicación electrónica»<sup>20</sup>.

Por otro lado, con base en el artículo 2.a) de la Ley 10/2007, de 22 de junio, de la Lectura, del Libro y de las Bibliotecas (LLLB), la publicación puede existir tanto en soporte tangible (el ejemplar electrónico) como intangible (el archivo puesto a disposición del público para ser consultado en línea)<sup>21</sup>, y la explotación se considerará fuera de línea (*offline*) si el ejemplar comercializado está plasmado de forma tangible —ej. CD-ROM—, y en línea (*online*) en caso contrario. Del mismo modo, en nuestro ordenamiento también se realiza una asimilación entre los libros publicados en formato papel y en formato digital en

<sup>20</sup> F. CARBAJO CASCÓN, *Publicaciones electrónicas y propiedad intelectual*, Colex, Madrid, 2002, pp. 29 y 30.

<sup>21</sup> J.A. CORDÓN GARCÍA, F. CARBAJO CASCÓN y J. ALONSO ARÉVALO, «El libro electrónico: propiedad intelectual, derechos de autor y bibliotecas», en *El copyright en cuestión. Diálogos sobre propiedad intelectual* (coords. J. Torres Ripa y J.A. Gómez Hernández), Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2011, p. 173.

el artículo 2 del Real Decreto 1398/2018, de 23 de noviembre<sup>22</sup>, aunque lo sea tan solo a los efectos de la regulación del sistema de compensación equitativa por copia privada (art. 25 TRLPI).

El supuesto de la venta *online* de libros y demás publicaciones editoriales es el núcleo de este trabajo, por lo que se usarán indistintamente los términos «libro electrónico», «libro digital», «libro editado o comercializado de forma/en formato digital» o «*e-book*» para referirnos a las publicaciones electrónicas objeto de comercialización en línea.

## 2. LA COMERCIALIZACIÓN DEL LIBRO ELECTRÓNICO EN LÍNEA COMO UN SUPUESTO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA

Con el fin de comprender la regulación actual del libro electrónico, es necesario analizar la naturaleza de su comercialización en línea y la lógica que subyace a su calificación como un supuesto de comunicación pública<sup>23</sup>.

El TRLPI, al regular el derecho de distribución en su artículo 19, establece expresamente que tal derecho comprende la explotación económica de una obra mediante la puesta a disposición del original o de copias en un *soporte tangible*. La principal consecuencia de que el acto de explotación derive del ejercicio del derecho de distribución será la aplicación del principio del agotamiento dentro de la Unión Europea<sup>24</sup> (apartado 4): si bien el titular del derecho de distribución no podrá ejercer ningún control respecto a posteriores ventas u otras formas de transmisión de la propiedad del bien (*rectius*, de la propiedad del soporte), sí conservará en cambio la facultad de controlar las demás formas de explotación —por ejemplo, el alquiler o el préstamo—<sup>25</sup>. Ahora bien, el mismo artículo excluye la posibilidad de ser titular de un derecho de distribución sobre bienes

---

<sup>22</sup> Real Decreto 1398/2018, de 23 de noviembre, por el que se desarrolla el artículo 25 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, en cuanto al sistema de compensación equitativa por copia privada.

<sup>23</sup> Un estudio en mayor detenimiento sobre la distinción entre ambos derechos, si bien no deja de ser pertinente, desbordaría el ámbito de este apartado. Para un estudio en mayor detalle sobre la configuración de los dos derechos, pueden consultarse. J.M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Artículo 19» y «Artículo 20», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. J.M. Rodríguez Tapia), 2ª ed., Civitas, Cizur Menor, pp. 182-203; R. SÁNCHEZ ARISTI, «Comentario al artículo 19» y «Comentario al artículo 20.1 y 20.2», y J.C. ERDOZÁIN, «Comentario al artículo 20.3 y 20.4» en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, pp. 338-443, y A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ «Artículo 19. Distribución» y M.A. MICHINEL ÁLVAREZ, «Artículo 20. Comunicación pública» en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dirs. F. Palau Ramírez y G. Palao Moreno), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 338-366.

<sup>24</sup> En puridad, dentro del Espacio Económico Europeo, según el artículo 2.1 del Protocolo 28 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, aprobado en Oporto el 2 de mayo de 1992.

<sup>25</sup> Idea asentada ya desde la STJCE 28-11-1998, asunto C-200/96 (*Metronome Musik GmbH v. Music Point Hokamp GmbH*), ECLI:EU:C:1998:172.

intangibles o no físicos; en tal caso, la obra será objeto de comunicación pública, la cual excluye la presencia de ejemplares o de copias.

Una referencia expresa de que la lectura de un libro electrónico puede ser objeto de comunicación pública la encontramos en la Ley 23/2011, de 29 de julio, de Depósito Legal (LDL), cuyo artículo 8, refiriéndose a los obligados a solicitar el depósito de documentos electrónicos, establece que:

«2. Se habilita a los centros de conservación, tanto de titularidad estatal como autonómica, el detectar y reproducir documentos electrónicos que hayan sido objeto de comunicación pública y los sitios web libremente accesibles a través de redes de comunicaciones que pueden resultar de interés para los fines del depósito legal, [...]»,

por lo que los documentos electrónicos transmitidos en línea —e incluidos en ellos, los libros electrónicos— no pueden ser objeto de distribución, sino de comunicación pública; en concreto, en su modalidad de puesta a disposición del público [artículo 20.2.i) TRLPI].

Aunque esta delimitación entre ambos derechos resulta *a priori* obvia, las diferencias entre uno y otro se diluyen en lo digital, donde el lenguaje informático da lugar a reproducciones permanentes que, aunque se pueden comercializar mediante copias no físicas —y, por lo tanto, excluirían el ejercicio del citado derecho de distribución—, acaban por tener el mismo efecto para el usuario que adquiere una copia física del bien<sup>26</sup>.

Así, nos encontramos con que el problema surge con el formato: existen reproducciones digitales, pero su transmisión por internet no da lugar a un supuesto de distribución sino de comunicación pública. El texto que llega a manos del lector en un libro en papel está plasmado en un objeto físico, mientras que el que se proyecta en un ordenador o un dispositivo de lectura es un producto definido en lenguaje alfa-numérico que se transmite y transporta de forma (in)alámbrica, siendo posible adquirir y disfrutar de un bien sin necesidad de contar con una copia tangible del mismo. Siguiendo este esquema, se da la peculiaridad de que un libro electrónico, en función del modo o formato de su transmisión —soporte físico o soporte virtual u *online*—, será objeto de distribución o comunicación al público.

Ahora bien, la cuestión a discutir se suscita en esas situaciones en que el usuario o consumidor puede acceder a un servidor para descargar e instalar

---

<sup>26</sup> M.M. WALTER y S. VON LEWINSKY, *European Copyright Law. A commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 987. Los mismos autores también señalan que, aunque sea así desde un punto de vista económico-funcional, el tema no deja de suscitar debate por cuanto no dejamos de estar ante un acto de comunicación pública (*ibíd.*).

una copia en su terminal. Aunque se adquiriera una copia de un libro para ser almacenada en un dispositivo de lectura y leerla cuantas veces se quiera como si fuera un libro impreso, no se trata de un soporte tangible —sólo es tangible el dispositivo de lectura—, por lo que esa transmisión de contenidos no se considera un acto de distribución. La implicación principal y más relevante de que el libro se comercialice en un formato u otro será la cesión de distintos derechos, ante lo cual se aplicarán distintas reglas y, como resultado, tendrán lugar consecuencias legales distintas que pueden influir a la postre en los ingresos de los autores<sup>27</sup>. En particular, en los supuestos de comunicación pública no se sigue el principio del agotamiento, por lo que el titular de este derecho podrá controlar la posterior comercialización del libro vendido y, si se comercializa sin su consentimiento, actuar contra el responsable.

La exclusión del agotamiento brinda un mayor poder económico al autor, en la medida en que va a seguir poseyendo la llave que permitirá que la obra circule en el mercado<sup>28</sup>, pero también es cierto que este control puede limitar en exceso la libre circulación de mercancías<sup>29</sup>. Ello aparte de que el agotamiento, aunque pueda parecer lo contrario, también trae consigo una serie de ventajas en el plano socio-económico, como son el incentivo de mercados secundarios de copias lícitas, una mayor difusión y preservación de la cultura, o la mejora de la competitividad entre plataformas que revendan la obra<sup>30</sup>.

Asimismo, también se han señalado los beneficios que se derivarían de la aplicación de un posible «agotamiento digital»<sup>31</sup>. Entre otros, se ha apuntado, por un lado, el efecto positivo que tendría sobre la innovación, cuya proyección puede incrementarse exponencialmente en el mercado digital en comparación

---

<sup>27</sup> Principalmente, y como se explica *infra* (III.2), la no-aplicación imperativa de las normas del contrato de edición.

<sup>28</sup> Dentro de las vías de explotación propias del comercio electrónico, se ha señalado que los modelos de suscripción y la comercialización de licencias de uso suponen una alternativa a los modelos de adquisición de copias por parte de los consumidores, «evadiendo» así la temida aplicación de la regla del agotamiento y mitigando la consecuente —aunque desmentida— reducción del volumen de ingresos de la comercialización en línea de obras, según señala p. MEZEI, «Digital First Sale Doctrine Ante Portas», 6 (2015) *JIPITEC* 23, para 165 y 166.

<sup>29</sup> Según jurisprudencia consolidada, de no existir el agotamiento del derecho de distribución, se estaría restringiendo la libre circulación de bienes en territorio europeo y fragmentando el mercado común. *Vid.* STJCE 08-06-1971, asunto C-78/70 (*Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH v. Metro-SB-Grossmarkte GmbH & Co. KG*), ECLI:EU:C:1971:59, apartados 12 y 13, y STJCE 20-01-1981, asuntos acumulados 55/80 y 57/80 (*Musik-Vertrieb GmbH y K-tel International, v. GEMA*), ECLI:EU:C:1981:10, apartados 10 y 27.

<sup>30</sup> A. RUBÍ PUIG, «Agotamiento de derechos de autor, modificación física de ejemplares y principio *salva rerum substantia*. La tensión entre control e innovación descentralizada en el asunto *Art & Allposters International BV y Stichting Pictoright*», *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, 4, 2015, pp. 27-29 [en línea], disponible en [http://www.indret.com/pdf/1190\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/1190_es.pdf).

<sup>31</sup> Para un estudio en mayor detalle, *vid.* W. KERBER, «Exhaustion of digital goods: An economic perspective», *MAGKS Joint Discussion Paper Series in Economics*, No. 23-2016, Philipps-University Marburg, School of Business and Economics, Marburgo [en línea], disponible en: <http://hdl.handle.net/10419/144688>.

con el analógico<sup>32</sup>, así como, por otro lado, su necesidad para garantizar la portabilidad de datos entre distintas plataformas y reducir el control que los grandes intermediarios puedan tener sobre las obras que ofrecen al gran público<sup>33</sup> —lo cual ya ha suscitado algún problema en el mercado editorial desde la óptica del Derecho de la competencia<sup>34</sup>—.

La posibilidad de que un mismo libro pueda estar sometido en el mercado a dos regímenes distintos, únicamente sobre la base del soporte empleado, puede suponer un desincentivo para la lectura digital<sup>35</sup>, por cuanto no aplicar el principio de agotamiento a los libros electrónicos da lugar a un modelo de consumo extraño para los consumidores, acostumbrados a adquirir un libro físico de segunda mano y poder revenderlo<sup>36</sup>. Los lectores preferirán comprar un ejemplar en papel —y lo prefieren—, y aun existiendo reventas, los autores no dejan por ello de crear obras y de publicarlas en papel.

### 3. ADOPCIÓN DEL TDA Y SOLUCIÓN MARCO: ¿INEXISTENCIA DE UN DERECHO DE DISTRIBUCIÓN DIGITAL?

Incluir el derecho de puesta a disposición del público dentro del derecho de comunicación pública no fue una solución pacífica. Fue mencionado por primera vez en el artículo 8 del TDA<sup>37</sup>, y esa solución se recogió en la DDASI (art. 3.2).

Antes de que comenzasen las rondas de negociación del tratado, doctrinalmente se barajaban dos posibilidades para regular la cuestión de la transmisión digital de contenidos: incluir la comercialización de bienes en soportes intangibles dentro del derecho de distribución, o considerarla un supuesto de comunicación pública. Algunos círculos doctrinales alemanes y estadounidenses se pronunciaban a favor de la primera, en los que se abogaba por constituir un nuevo derecho de explotación: un *derecho de distribución inmaterial* o «distribución por transmisión», que no era sino una modalidad del derecho de distribución

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>33</sup> *Ibid.*, pp. 18-20.

<sup>34</sup> *Vid.* la decisión de la Comisión de 4 de mayo de 2017, asunto C AT.40153 (*E-book MFNs and related matters*) [C(2017) 2876 final]. En ella se apuntan varias de las barreras que pueden surgir derivadas de la concentración en un solo agente de la oferta del catálogo de libros electrónicos, como son la consolidación de una línea de negocio específica que reduce la iniciativa de los distribuidores a invertir en modelos de negocio alternativos (apartado 74), o la limitación del acceso a las obras existentes en el mercado mediante unos determinados dispositivos de lectura, sustitutivos de otros modelos desde los cuales no se pueden leer los libros (apartado 65).

<sup>35</sup> Cuestión distinta es que la copia digital pueda ser más fácilmente reproducible, pero no por ello su reproducción es lícita. Aquí entran en juego las diversas medidas de protección que pueden implantarse para salvaguardar los derechos del autor.

<sup>36</sup> En una línea muy parecida se pronuncia p. MEZEI, «Digital First Sale Doctrine...», *cit.*, para 162.

<sup>37</sup> Tratado sobre el Derecho de Autor adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996 por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

y se aplicaba, en consecuencia, el principio del agotamiento<sup>38</sup>. Con este telón de fondo, se iniciaron las negociaciones para alcanzar un acuerdo sobre el contenido del futuro TDA. Mientras la Unión Europea abogaba por la opción referida a la comunicación pública, EEUU defendía fervientemente la creación de esta suerte de derecho de distribución digital<sup>39</sup>.

La postura estadounidense se justificaba en el interés en proteger su industria nacional. Bajo su sistema, el derecho de distribución permite oponerse a la comercialización de copias de una obra tanto en un ámbito público como privado —de tal forma que un usuario no puede entregar una copia del bien sin la autorización del titular de derechos de propiedad intelectual a ninguna persona, ni tan siquiera si dicha persona forma parte de su círculo familiar—, mientras que en los casos de comunicación pública únicamente cabe impedir la representación de la obra en ámbitos públicos. La búsqueda de una mayor protección para los titulares de derechos de propiedad intelectual impulsaba a Estados Unidos a querer incluir dentro del derecho de distribución la transmisión de contenidos digitales<sup>40</sup>. En cambio, los partidarios de la comunicación pública mantenían que, si no existen ejemplares materiales en las transmisiones interactivas, no hay distribución *stricto sensu* y el principio del agotamiento carece de sentido. Así quedó reflejado tanto en el citado artículo 8 del Tratado como en las Declaraciones concertadas de los artículos 6 y 7, que establecen expresamente que los derechos de distribución y alquiler se aplican exclusivamente a los originales y copias fijados en *objetos tangibles*<sup>41</sup>.

Transcurridos más de veinte años tras la adopción del TDA, los sectores más ortodoxos abogan por mantener esta distinción entre ambos derechos y defender la solución adoptada a nivel comunitario, esto es, el reconocimiento de un derecho de comunicación al público. En lo que se refiere a la doctrina, el criterio preponderante es rechazar que la venta de libros electrónicos se pueda considerar un caso de distribución<sup>42</sup>. De hecho, hay quien se opone a aplicar

---

<sup>38</sup> Opiniones resumidas por F. CARBAJO CASCÓN, en *Publicaciones electrónicas...*, *cit.*, pp. 156 y ss.

<sup>39</sup> Para saber sobre las negociaciones durante la redacción del tratado con más detalle, *vid.* I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *El derecho de autor en internet. Los Tratados de la OMPI de 1996 y la incorporación al Derecho Español de la Directiva 2001/29/CE*, 2ª ed., Comares, Granada, 2003, pp. 175 y ss., así como el trabajo de P. SAMUELSON, «The U.S. Digital Agenda at WIPO», *Virginia Journal of International Law*, 1996, 37, pp. 369-439 [en línea], recuperado de <https://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/882/>.

<sup>40</sup> P. SAMUELSON, «The U.S. Digital Agenda...», *cit.*, pp. 395-398.

<sup>41</sup> La Declaración concertada del artículo 2.e del TIEF (Tratado sobre Interpretación y Ejecución de Fonogramas adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996 por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual) también limita el ámbito del derecho de distribución de fonogramas a objetos tangibles.

<sup>42</sup> Son varios quienes opinan de este modo. El más tajante, J.P. APARICIO VAQUERO, «Propiedad intelectual y suministro de contenidos digitales», *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, 3, 2016, p. 23 [en línea], disponible en <http://www.indret.com/pdf/1246.pdf>. *Vid.* también J. REINBOTHE y S. VON LEWINSKY, *The WIPO Treaties on Copyright. A Commentary on the WCT, the WPPT, and the BTAP*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 113-114, y F. CARBAJO CASCÓN,

de forma extensiva la doctrina adoptada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el caso *UsedSoft*<sup>43</sup> y aplicar el principio del agotamiento a los supuestos de comercialización de copias digitales de cualesquiera productos, arguyendo que ello contravendría la voluntad de los Estados al redactar los tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), así como que el mismo TJUE reconoció que en aquel supuesto concreto no era de aplicación la DDASI sino la Directiva 2009/24/CE<sup>44</sup>, que constituye *lex specialis* en sede de programas de ordenador<sup>45</sup>.

Parte de la jurisprudencia reciente sigue esta delimitación estricta entre los derechos de distribución y comunicación pública cuando está entremedio la posible aplicación de la regla del agotamiento dentro de las lindes de internet. Así se puede apreciar en la sentencia dictada en el asunto *Renckhoff* o el caso *ReDigi* en Estados Unidos<sup>46</sup>.

En el primer asunto, el TJUE hubo de decidir sobre el régimen aplicable a un acto de puesta a disposición de una fotografía en una página web distinta a la página web de origen, de donde fue descargada sin contar previamente con la autorización de su autor para su segunda puesta a disposición. El tribunal estableció que la regla del agotamiento no era trasladable ni se podía aplicar a los actos de comunicación pública, no solo porque así se establezca en la propia DDASI (art. 3.3), sino también porque, de lo contrario, se estaría privando a los titulares de derechos de autor de obtener una remuneración adecuada por cada utilización de sus prestaciones protegidas (apartados 32-34). Por su parte, el segundo caso, ventilado bajo la legislación estadounidense, enfrentó a Capital Records con ReDigi, una empresa comercializadora de canciones de iTunes, previamente descargadas y suministradas por adquirentes sin ya interés en ellas, y en el que aborda la cuestión del agotamiento sobre bienes comercializados en soportes inmateriales bajo el régimen de la *US Copyright Law* [secciones 106.3 y 109(a)]. La Corte de Nueva York consideró que no resultaba de aplicación la regla del agotamiento, dado que esta solo se predica de copias materiales, y lo facilitado por los usuarios y vendido por ReDigi no eran copias físicas sino los ejemplares digitales, que eran igualmente comercializados en soporte intangible.

---

«Aspectos jurídicos básicos del libro electrónico y las publicaciones digitales», en *Libros electrónicos y contenidos digitales en la sociedad del conocimiento: mercado, servicios y derechos* (coords. J.A. Cordon García, F. Carbajo Cascón, R. Gómez Díaz y J. Alonso Arévalo), Ediciones Pirámide, Madrid, 2012, pp. 455-457.

<sup>43</sup> STJUE 03-07-2012, asunto C-128/11 (*UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.*), ECLI:EU:C:2012:407.

<sup>44</sup> Directiva 2009/24/CE, de 23 de abril, sobre la protección jurídica de los programas de ordenador.

<sup>45</sup> J.P. APARICIO VAQUERO, «Propiedad intelectual...», *cit.*, pp. 22-25.

<sup>46</sup> STJUE 07-08-2018, asunto C-161/17 (*Land Nordrhein-Westfalen v. Dick Renckhoff*), ECLI:EU:C:2018:634, y *US Court of Appeals, Second Circuit*, no. 16-2321 (12-12-2018), respectivamente. Para no desviarnos del propósito de este trabajo, nos remitimos a la lectura de ambas sentencias para profundizar en ellas.

Tanto esta jurisprudencia como la doctrina referida adoptan un criterio conservador que, sin embargo, casa mal con nuestro entorno tecnológico. Otorgar tanta relevancia a la tangibilidad del soporte es una excentricidad en el actual comercio electrónico transfronterizo, basado en las transmisiones de información a escala global, que ya ha empezado a mostrar sus primeras brechas en materias tan significativas como la venta de programas de ordenador<sup>47</sup>, el préstamo de libros electrónicos<sup>48</sup> o la descarga de videojuegos<sup>49</sup>. Asimismo, se ha criticado la desfasada redacción de la DDASI, que impide acoger las nuevas innovaciones tecnológicas y dificulta la evolución del Derecho europeo hacia la regulación de un posible agotamiento digital<sup>50</sup>.

A este respecto, del TDA puede decirse que contiene una solución coherente con la naturaleza del derecho de distribución, teniendo en cuenta el momento en que se adoptó —en 1996 las nuevas tecnologías no habían alcanzado el grado de sofisticación de hoy en día—, pero que desentona en un mercado digital interconectado a escala mundial. Resulta llamativo que los denominados «Tratados de internet», que introdujeron el derecho esencialmente digital de puesta a disposición (solución que posteriormente incorporaron los Estados Miembros a sus legislaciones), hayan quedado obsoletos en la época de internet. Y la misma DDASI, promulgada cinco años después, constituye la incorporación del TDA al acervo comunitario.

Así, nada debería impedir que se aplique a la comercialización de productos digitales el razonamiento seguido por el TJUE con respecto a los programas de ordenador<sup>51</sup>. Desde un punto de vista teleológico, si atendemos al objeto de cada derecho de explotación, la distribución protege el derecho de comercializar la obra en ejemplares, mientras que la comunicación pública protege la representación o visualización de la misma a un público sin posterior reparto de copias. La comercialización de *copias digitales* de un bien —aquí hablamos de libros, pero lo mismo se puede decir de películas o videojuegos— es reveladora

---

<sup>47</sup> El referido caso *UsedSoft*.

<sup>48</sup> STJUE 10-11-2016, asunto C-174/15 (*Vereniging Openbare Bibliotheken v. Stichting Leenrecht*), ECLI:EU:C:2016:856.

<sup>49</sup> Sobre los que de momento contamos con un pronunciamiento a nivel nacional; *vid. Jugement du Tribunal de Grande Instance de Paris*, 17-09-2019, nº RG 16/01008. Resulta especialmente interesante el apartado III.B.2, en el que el tribunal indica que la regla del agotamiento es de aplicación igualmente a las copias inmateriales.

<sup>50</sup> *Vid.* C. SGANGA, «A Plea for Digital Exhaustion in EU Copyright Law», 9 (2018) *JIPITEC* 211, para 78 y p. MEZEI, «Digital First Sale Doctrine...», *cit.*, para 172.

<sup>51</sup> *Cfr.* G. MINERO ALEJANDRE, «Las nuevas reglas en el consumo de contenidos digitales protegidos por la propiedad intelectual, con especial referencia a los programas de ordenador: Calificación de los actos de explotación y aplicación de la regla del agotamiento a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en *Estudios sobre la ley de propiedad intelectual: últimas reformas y materias pendientes* (coords. J.J. MARÍN LÓPEZ, R. CASAS VALLÉS y R. SÁNCHEZ ARISTI), Dykinson, Madrid, 2016, p. 506, quien considera más adecuada una reforma de las distintas directivas europeas que homogeneice la regulación del principio del agotamiento, en lugar de aplicar de forma extensiva la doctrina del caso *UsedSoft*.

en este sentido: una vez se ha consumado un acto de comunicación pública, no queda (o no debería quedar) rastro alguno de la obra ni el usuario obtiene posteriormente un ejemplar o una copia permanente de la misma. De hecho, las plataformas de contenidos ofrecen ambas modalidades de explotación económica de los *e-books*: se puede optar por un modelo de suscripción para tener acceso a una serie de contenidos de forma temporal a cambio de un precio, o bien un simple modelo de adquisición de copias<sup>52</sup>. El usuario que escoge la segunda opción descarga una copia de un libro electrónico para su adquisición, la retiene en su poder y puede leerla cuantas veces quiera. Es en este caso cuando tiene lugar un acto de transmisión plena de la propiedad sobre un bien específico que, a la luz de la DDASI y del TDA, tan solo es posible cuando ha mediado previamente un acto de distribución y no de comunicación pública<sup>53</sup>.

Desde un punto de vista normativo, deben tenerse presente las pautas que la propia OMPI da para interpretar sus tratados. Por un lado, la Declaración concertada núm. 6 del TDA no establece una limitación, sino el contenido mínimo del derecho de distribución: nada impide extender la protección del derecho de distribución a las copias intangibles. Lo que parece una restricción no es sino una facultad que ejercieron los Estados firmantes para configurar el derecho siempre que respetaran su contenido, pudiendo darle un alcance más amplio. Así,

«[L]a obligación mínima consiste en extender el derecho de distribución a la puesta a disposición de copias tangibles. Se desprende de la índole de las obligaciones mínimas que, en virtud del WCT<sup>54</sup>, no se obstaculiza la aplicación de un derecho superior en alcance y nivel a lo prescrito en él. Esto significa que se puede extender el derecho de distribución a la distribución a través de la reproducción mediante transmisión y aplicar ese derecho de distribución más amplio en concordancia con la «solución marco» reseñada en los comentarios sobre el Artículo 8 del WCT»<sup>55</sup>.

La solución marco o «solución paraguas» consistió en, dadas las discrepancias de los Estados para clasificar el derecho de puesta a disposición de contenidos digitales, no darle ninguna clasificación: el Tratado tiene una redacción intencionadamente genérica para permitir a los propios Estados decidir con qué

---

<sup>52</sup> Varios ejemplos de plataformas que ofrezcan ese modelo de suscripción serían *Nubico*, *24symbols* o *Scribd*. No obstante, para el propósito de este trabajo, haremos referencia únicamente al modelo de descarga.

<sup>53</sup> STJUE 17-04-2008, asunto C-456/06 (*Peek & Cloppenburg v. Cassina SpA*), ECLI:EU:C:2008:232, apartados 31-34.

<sup>54</sup> *World Copyright Treaty*, entendido como el TDA.

<sup>55</sup> FICSOR, M., *Guía sobre los Tratados de Derecho de Autor y Derechos conexos administrados por la OMPI*, 2003, p. 209 [en línea], disponible en [http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/891/wipo\\_pub\\_891.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/891/wipo_pub_891.pdf).

forma jurídica dotarían a ese derecho, siempre y cuando así se aumentara la protección garantizada por el Convenio de Berna<sup>56</sup>. Por otro lado, es práctica permitida desde la adopción del Convenio de Berna que los Estados firmantes adopten en sus legislaciones una solución distinta a la recogida en el tratado de que se trate, siempre que la solución nacional respete el contenido del derecho protegido<sup>57</sup>. En otras palabras: lo mismo vale que se considere distribución o comunicación pública, siempre y cuando el núcleo, el contenido del derecho, sea el mismo que reconoce el Tratado. El TDA no impediría, por tanto, un cambio en la regulación (siquiera *ad hoc*) para incluir la puesta a disposición de contenidos dentro del derecho de distribución que permitiese la homogeneización del régimen aplicable a la comercialización fuera de línea y en línea de libros, en papel y electrónicos.

En definitiva, calificar jurídicamente la venta de libros electrónicos como una comunicación pública da lugar en la práctica a un régimen que muestra varios defectos que, lejos de quedar aquí, tienen una serie de implicaciones legales dentro del ámbito del TRLPI, lo cual es objeto de análisis en el siguiente apartado.

### III. EQUIPARACIÓN CON EL LIBRO EN PAPEL. NORMATIVA ACTUAL

#### 1. CONSIDERACIÓN DE *LIBRO* SEGÚN LA NORMATIVA ACTUAL

Como decíamos anteriormente, el soporte no prejuzga la condición de obra; no hay que confundir el soporte del libro (*corpus mechanicum*) con el contenido del mismo (*corpus mysticum*), sobre los que se proyectan derechos de propiedad distintos (artículos 3.1º y 56.1 TRLPI). Lo que interesa analizar es si la normativa de propiedad intelectual —y cualquiera que afecte al sector del libro— da un tratamiento distinto o no a los libros por el hecho de ser comercializados de forma digital en lugar de en papel.

##### 1.1. *Derecho nacional*

La primera norma que merece nuestra atención, el TRLPI, no menciona de forma directa el libro electrónico. Tampoco distingue entre soportes ni establece un régimen distinto para unos u otros. De hecho, su redacción es bastante abierta, a excepción del artículo 19, que se refiere a la explotación del original o de copias mediante un soporte tangible.

A lo largo de todo su articulado, la expresión *en cualquier forma*, reiterada de manera constante, permite dar cabida al libro electrónico. Así, valga la pena

---

<sup>56</sup> *Ibid.*, pp. 215 y 216.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 216.

destacar que: las obras se pueden divulgar en cualquier forma (artículo 4) y se pueden expresar por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, conocido o por conocer (artículo 10); que el autor decide en qué forma quiere divulgar su obra (artículo 14.1º) y que puede explotarla en cualquier forma (artículo 17), pudiendo ser la reproducción en cualquier medio y en cualquier forma (artículo 18) y la transformación, cualquier modificación en la forma de la obra (artículo 21); y que la remuneración por copia privada tiene en cuenta tanto la copia analógica como la digital (artículo 25.5.5º), pudiendo realizarse dicha copia en cualquier soporte (artículo 31.2).

El único supuesto que parece guardar relación de forma más específica con el *e-book*, sustituyendo el derecho de distribución por el de comunicación pública, es el recogido en el artículo 37.3, el cual hace alusión expresa a la *comunicación o puesta a disposición* de obras digitalizadas en el archivo de las bibliotecas y centros culturales.

Es necesario fijarse en el resto de leyes patrias para encontrar una equiparación del libro digital con el físico. Así sucede con la LLLB a efectos legales para su inclusión en los hábitos de consumo, cuyo artículo 2 resulta sumamente clarificador:

« a) Libro: obra (...) que puede aparecer impresa o en cualquier otro soporte susceptible de lectura.

Se entienden incluidos en la definición de libro, a los efectos de esta Ley, los libros electrónicos y los libros que se publiquen o se difundan por Internet o en otro soporte que pueda aparecer en el futuro».

La ley otorga una definición amplia y abierta. Es una idea que se mantiene en el resto de artículos: el libro puede ser objeto de «edición y comercialización en *cualquier tipo de soporte susceptible de lectura*», comprendiendo también las publicaciones seriadas (artículo 1.2); el editor y el productor de libros pueden trabajar la obra cualquiera que sea su soporte [artículo 2.c) e i)], y hay que obtener un ISBN para *cualquier libro* (artículo 8), incluido el digital —incluidas las publicaciones monográficas electrónicas y los audiolibros (Anexo I del RD 2063/2008, de 12 de diciembre<sup>58</sup>)—.

Otro tanto puede decirse de la LDL que también equipara los libros electrónicos a los libros en papel a efectos del depósito legal (según el artículo 1, «las publicaciones de todo tipo reproducidas en cualquier clase de soporte y destinadas por cualquier procedimiento a su distribución o comunicación pública»), aunque siguen un régimen ligeramente distinto que se justifica por la

---

<sup>58</sup> Real Decreto 2063/2008, de 12 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 10/2007, de 22 de junio, de la Lectura, del Libro y de las Bibliotecas en lo relativo al ISBN.

distinta naturaleza de uno y otro soporte. Así, el artículo 4.1 delimita el ámbito de aplicación de la ley al indicar que son objeto de depósito legal todo tipo de publicaciones, «comunicadas en cualquier soporte o por cualquier medio, tangible o intangible», y en su apartado 3 incluye, entre dichas publicaciones, los documentos electrónicos, cualquiera que sea su soporte [letra n)]. Para evitar cualquier confusión, la propia ley ofrece también un listado de definiciones en el artículo 3, del que es bastante ilustrativo que contenga un concepto autónomo de «Soporte no tangible» para referirse al «soporte virtual de una obra o contenido difundidos a través de redes electrónicas».

El RD 635/2015<sup>59</sup> también parte de la distinción entre formatos para regular el depósito de las publicaciones en línea, *i.e.* sin soporte físico tangible [art. 2.e)<sup>60</sup>].

### *1.2. Derecho de la Unión Europea*

El único texto normativo que hace mención expresa del libro electrónico es la Directiva 2017/1564<sup>61</sup>, cuyo artículo 2.1) incluye dentro del concepto de obra los libros electrónicos para así permitir su acceso a personas con discapacidad visual.

### *1.3. Derecho internacional*

Los distintos tratados y convenios no regulan el libro electrónico ni hacen mención alguna. No obstante, debe analizarse si, dentro de sus respectivas redacciones, puede tener cabida.

Así, el Convenio de Berna, en su artículo 2, establece que por «obra» se entiende toda producción *cualquiera que sea el modo o forma de expresión* (apartado 1), sin perjuicio de que la legislación nacional pueda establecer un régimen distinto para obras no plasmadas en un soporte físico tangible (apartado 2). El concepto de publicación es asimismo flexible, ya que comprende *cualquiera sea el modo de fabricación de los ejemplares* (artículo 3.3). El problema estriba, precisamente, en el término «ejemplares», ya que éstos son posibles únicamen-

---

<sup>59</sup> Real Decreto 635/2015, de 10 de julio, por el que se regula el depósito legal de las publicaciones en línea.

<sup>60</sup> Los apartados k) y l), por su parte, definen el soporte no tangible y tangible, respectivamente.

<sup>61</sup> Directiva 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017, sobre ciertos usos permitidos de determinadas obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor y derechos afines en favor de personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder a textos impresos y por la que se modifica la Directiva 2001/29/CE relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

te en la distribución de copias físicas y no en la comunicación al público. De hecho, no considera publicación de una obra la «transmisión o radiodifusión de las obras literarias o artísticas», expresión que, si bien por el tiempo en que se redactó, se entiende referida a la recitación por radio o por televisión, debería extenderse también a los medios con que contamos en la actualidad que dan lugar a una transmisión por internet (v.gr. la puesta a disposición del art. 20.2.i TRLPI). ¿Debería entonces considerarse que un libro electrónico no se ha publicado cuando se vende electrónicamente o cuando se transmite por estos medios? Si entendemos que la publicación se limita a la distribución, autor y editor estarían obligados a tener que comercializar la obra en ejemplares físicos para que se considerase publicada, lo cual carecería de fundamento. Aun siguiendo el Convenio un concepto estricto de «publicación», limitado a medios físicos, la doctrina aboga por hacer una interpretación amplia del concepto para así incluir en el mismo la puesta a disposición interactiva de contenidos<sup>62</sup>. Como señala GINSBURG:

«Dado que no hay ninguna justificación normativa convincente para excluir las transmisiones digitales del concepto de “publicación” (...) lo preferible es hacer una interpretación del artículo 3(3) conforme a la realidad de los tiempos»<sup>63</sup>.

Y el artículo 9, al regular el derecho de reproducción, protege la que se realice «por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma» (apartado 1)<sup>64</sup>.

Por lo demás, el Anexo arroja poca luz al asunto, pues está regulando claramente la edición en papel: su artículo 2, entre otros, al regular la facultad de conceder licencias para traducir la obra, se refiere a las «obras publicadas en forma de edición impresa o cualquier otra forma análoga de reproducción» (apartado 1), y obliga asimismo a «haber agotado todas las ediciones» (apartado 2.b), o «agotar existencias» (apartado 6).

Por otra parte, el TDA, como mencionamos arriba, establece que el derecho de distribución se da únicamente respecto de copias fijadas en soportes tangibles (artículo 6), sin olvidar que el artículo 8 recoge el contenido mínimo del

---

<sup>62</sup> En este sentido, S. RICKETSON y J. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond. Vol. I*, Oxford University Press, Oxford, 2ª edición, 2006, pp. 277 y 278, y R. EVANGELIO LLORCA, «Artículos 3 y 4», en *Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tecnos, Madrid, 2013, pp. 359-362.

<sup>63</sup> Traducción libre de «Because there is no persuasive policy justification for excluding digital transmissions from the universe of ‘publications’ (...) it would be desirable if the text of article 3(3) is lent itself to a more progressive interpretation», en S. RICKETSON y J. GINSBURG, *International Copyright...*, cit., p. 277.

<sup>64</sup> Si bien debe interpretarse conjuntamente con el artículo 2 DDASI para dar cabida a las reproducciones digitales, dada la obsoleta redacción del Convenio de Berna (I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, «Artículo 9», en *Comentarios al Convenio de Berna...*, cit. pp. 719 y 730-732).

derecho de puesta a disposición, susceptible de ampliación por los Estados firmantes, y que es de libre formulación, siempre y cuando se respete dicho contenido.

#### 1.4. Derecho comparado

Hemos analizado la situación del libro electrónico en España, pero es igualmente conveniente fijarse en las legislaciones de otros Estados a la hora de buscar posibles soluciones para la regulación del libro electrónico en España.

##### i) Estados Unidos: el caso del Código Civil de California

En los demás países, encontramos diversas peculiaridades respecto al libro electrónico, y no solo en relación con la propiedad intelectual, sino en otros ámbitos que guardan una estrecha conexión con su consumo, como es la protección de datos. En el ámbito anglosajón, por ejemplo, y más concretamente EEUU, el Código Civil de California regula parcialmente el e-book tras una reforma introducida en 2011<sup>65</sup>, la cual se enmarca en la obligación de los proveedores de servicios de Internet de denunciar las posibles infracciones que se pudieran estar cometiendo con respecto a información de carácter íntimo o privado en la comercialización del libro.

Así, se define el libro de forma similar a como lo hace la legislación española:

*(1) Por «libro» se entiende cualquier contenido paginado u organizado de forma similar en formato impreso, auditivo, electrónico o cualquier otro, incluidos trabajos de ficción, no-ficción, académicos u otros normalmente publicados en un volumen o número determinado de volúmenes, excluyéndose las publicaciones seriadas como las revistas o periódicos [Cal. Civ. Code § 1798.90 (b)]<sup>66</sup>.*

Y en el apartado referido a su explotación comercial, se incluyen contratos como el alquiler, adquisición, préstamo, navegación en la Red o visionado de libros en pantalla [Cal. Civ. Code § 1798.90 (b) (2)].

---

<sup>65</sup> *California Reader Privacy Act, SB-602, 2011.*

<sup>66</sup> Traducción libre de «*«Book» means paginated or similarly organized content in printed, audio, electronic, or other format, including fiction, nonfiction, academic, or other works of the type normally published in a volume or finite number of volumes, excluding serial publications such as a magazine or newspaper.*».

ii) Reino Unido

En la *Copyright, Designs and Patents Act*, de 15 de noviembre de 1988, de Reino Unido, la transmisión de copias digitales a través de licencias (*Section 56*) tiene una regulación afín al criterio seguido en el caso *UsedSoft*: el licenciatario está facultado para utilizar la copia que adquiere y, si no se dice nada en contrario, transmitirla, con el límite siempre presente de no transmitir más copias de las que adquirió (*i.e.* tiene vedado el derecho de reproducción de la copia objeto de licencia). Tampoco puede, en caso de que la copia original devenga inútil o se deteriore, realizar una copia nueva y licenciarla.

iii) Francia: la regulación del *livre numérique*

Pero si tenemos que detenernos en un país en concreto, ése ha de ser Francia. La legislación francesa es de las más vanguardistas en la regulación del libro electrónico (*livre numérique*) tras una reforma introducida en el año 2014<sup>67</sup>. Desde tal año, el contrato de edición, regulado en los artículos L. 132-1 a 17 del Code de la Propriété Intellectuelle (CPI), se define como aquél por el que se ceden los derechos para realizar un determinado número de ejemplares —*i.e.* reproducir—<sup>68</sup> (*“fabriquer ou de faire fabriquer”*), o bien de editarla o hacerla editar de forma digital (*“sous une forme numérique”*)<sup>69</sup> por cuenta y riesgo del editor.

En dicha regulación se establece un régimen común para la edición en una y otra clase y, a continuación, especialidades respecto al régimen del *livre numérique* (artículos L. 132-17, apartados 1 a 8). Llama la atención el detalle con el que se tratan varias cuestiones del libro electrónico —a veces, sin equivalente en la regulación del libro en papel—, así como el marcado carácter tuitivo del contrato buscando proteger la posición del autor. Hay que tener presente que, para determinar el contenido de varios de estos artículos, la norma francesa se remite al correspondiente acuerdo o convenio sectorial<sup>70</sup> (artículo 132-17-8), y su incumplimiento puede servir de base para resolver el contrato (artículo 132-17-5).

---

<sup>67</sup> Ordenanza n° 2014-1348 de 12 de noviembre de 2014 (NOR: MCCE 1419117R).

<sup>68</sup> El derecho de reproducción abarca la posibilidad de realizar copias y comercializarlas, entendiéndose comprendido el derecho de distribución —de lo contrario, de nada le interesaría al cesionario estar facultado para reproducir la obra—. Recordemos que la legislación francesa reconoce tres derechos patrimoniales de los que emanan todos los demás: *reproduction, représentation* (L. 122-1 CPI) y el derecho de participación o *droit de suite* (L. 122-8 CPI).

<sup>69</sup> Mención que se repite en el artículo L. 132-9.

<sup>70</sup> *Arrêté du 10 décembre 2014 pris en application de l'article L. 132-17-8 du code de la propriété intellectuelle et portant extension de l'accord du 1er décembre 2014 entre le Conseil permanent des écrivains et le Syndicat national de l'édition sur le contrat d'édition dans le secteur du livre*, disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000029966188>.

Son varias las razones por las que se puede calificar como tuitivo y, en ocasiones, rígido, el contrato de edición del libro electrónico. Por un lado, en lo que se refiere a la cesión de derechos, se impone la obligatoriedad de celebrar dicha cesión de forma independiente en el contrato, so pena de nulidad de la misma (artículo 132-17-1), así como la posibilidad de que, en los contratos que incluyan tanto la edición electrónica como en papel, y en función de las obligaciones incumplidas por el editor, se pueda resolver de forma autónoma sin afectar a la edición en papel (artículo 132-17-2). Por otro, se busca que el autor perciba una remuneración justa y equitativa, para lo cual se regulan parte de las posibles vías de ingresos por la comercialización digital de la obra: para la venta de unidades individuales, se toma como referencia el precio de venta al público; la publicidad supone un concepto separado como fuente de ingresos adicionales a la remuneración por la cesión de derechos, y el pago alzado está prohibido como método de remuneración —puede pactarse, pero nunca como forma de contraprestación económica por la explotación de la obra— (artículo L. 132-17-6).

## 2. EL CONTRATO DE EDICIÓN EN EL TRLPI

El TRLPI dedica uno de sus capítulos a regular el contrato de edición (artículos 58-73), dentro del cual encontramos la edición literaria (artículo 62) y la edición musical (artículo 71), contratos que, aun estando sujetos a las normas de dicho capítulo, presentan sus propias particularidades. Analizando dichos preceptos se desprende que, a falta de una reforma normativa de calado, el contrato de edición digital debe considerarse un contrato atípico, sin encaje en el contrato de edición ni en el más específico de edición literaria. Se pueden aplicar las normas generales sobre cesión de derechos de propiedad intelectual (artículos 43-57), pero es una solución pobre por dos motivos: el primero, por ser insuficientes para cubrir todos los aspectos que abarca un contrato de edición —pues, en lo material, la comercialización de ejemplares digitales de una obra literaria no deja de ser una modalidad de edición—; el segundo, porque la exclusión del contrato de edición supone la no aplicación imperativa de dicho régimen (artículo 57<sup>71</sup>).

No obstante, merece la pena analizar el contrato de edición con que contamos actualmente para ver si es capaz de acoger al libro electrónico, y buscar soluciones o alternativas para aquellos aspectos que queden fuera de su ámbito.

---

<sup>71</sup> Dicho artículo establece que los contratos de edición se regirán por sus disposiciones específicas, recogidas en el capítulo II del libro I, y en su defecto, por las disposiciones generales del capítulo I (artículos 43 y ss.).

## 2.1. Concepto

El referido capítulo comienza definiendo el contrato de edición (artículo 58) como aquél por el que se ceden los derechos de reproducción y distribución, siendo una «transmisión cuya finalidad es la de difundir o diseminar la obra entre el público»<sup>72</sup>. No incluye la necesaria comunicación pública en su modalidad de puesta a disposición para la edición de libros electrónicos, por cuanto la única modalidad de explotación concebible al momento de tipificar el contrato de edición en la ley era a través del papel.

Además, el TRLPI establece que la cesión ha de ser expresa, no pudiendo presumirse nunca la cesión implícita de derechos, salvo que, aunque no se hayan especificado debidamente, sean necesarios para cumplir con la finalidad del contrato (artículo 43.2 *in fine*). A propósito de la cesión implícita, a la hora de celebrar el correspondiente contrato, y salvo que se pacte lo contrario, carbajo aboga por incluir la comercialización digital fuera de línea (*i.e.* en los soportes electrónicos en que esté contenido el libro digital) en el contrato de edición, siempre que se hubiese cedido el derecho de reproducción digital<sup>73</sup>.

La edición también se caracteriza por ser el editor quien asume por su cuenta y riesgo la empresa, rasgo que se considera definitorio de este contrato<sup>74</sup> y que desaparece cuando el autor pasa a asumirlo, aunque sea parcialmente<sup>75</sup>. La autoedición es, así, una realidad a tener en cuenta, si bien su impacto es de mayor interés en la cadena de producción editorial (*vid. infra*, apartado IV)<sup>76</sup>.

## 2.2. Objeto

Analizando el contrato de edición, se ha suscitado un debate doctrinal en torno a determinar su objeto. Por una parte, se ha escrito que dicho objeto lo constituyen las obras literarias, artísticas o científicas en tanto que bienes inmateriales<sup>77</sup>; otros defienden que no son tanto las obras, sino la edición en sí (las prestaciones cedidas: los derechos de reproducción y distribución), de tal suerte

---

<sup>72</sup> R. SÁNCHEZ ARISTI, «Comentario al artículo 58», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), *cit.*, p. 1003.

<sup>73</sup> F. CARBAJO CASCÓN, *Publicaciones electrónicas...*, *cit.*, p. 208.

<sup>74</sup> R. SÁNCHEZ ARISTI, «Comentario al artículo 58», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), *cit.*, p. 1002.

<sup>75</sup> I. ESPÍN ALBA, *Contrato de edición literaria (un estudio del derecho de autor aplicado al campo de la contratación)*, Comares, Granada, 1994, p. 193.

<sup>76</sup> No obstante, en este caso no estamos ante un auténtico contrato, ya que el autor estaría realizando una auto-cesión de derechos. *Vid.* J.M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Artículo 58», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. J.M. Rodríguez Tapia), *cit.*, p. 464.

<sup>77</sup> I. ESPÍN ALBA, «Contrato de edición literaria...», *cit.*, p. 227, y R. SÁNCHEZ ARISTI, «Comentario al artículo 58», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), *cit.*, pp. 1017-1018.

que «la edición sería la “cosa” que las partes persiguen en el contrato»<sup>78</sup>. Una tercera postura, más completa, desdobra el objeto del contrato en una vertiente inmaterial —«la obra que va a ser editada»— y otra, material —«los ejemplares o copias editadas y la compensación económica»—<sup>79</sup>.

En relación con el libro electrónico, se puede decir que el contrato de edición electrónica y el de edición del TRLPI coinciden en las obras objeto de explotación. Es respecto a la modalidad de explotación donde se aprecia el difícil encaje con la normativa actual, ya que como hemos visto la comercialización en línea de la obra requeriría de una tipificación legal expresa —pendiente de introducirse en nuestro Ordenamiento— para considerarse un contrato de edición.

De este modo, aplicar el contrato de edición a estos casos de comunicación pública no se contempla a día de hoy, pero resulta llamativo, cuando menos, que la explotación de libros en soporte físico pueda considerarse edición (artículos 58-73), y su explotación mediante soporte intangible sea una mera cesión de derechos de propiedad intelectual (artículos 43-57). El carácter tuitivo propio del contrato de edición no puede aplicarse a los autores que opten por comercializar libros digitales<sup>80</sup>, lo cual choca con la interpretación *pro auctore* que inspira al TRLPI<sup>81</sup>. Ello supondrá, entre otras cuestiones, que el autor no podrá exigir *ope legis* que se recojan en el contrato aspectos como el plazo para la puesta en circulación de la edición (artículo 60.6º) o la remuneración (artículo 60.5º) —extremo éste cuya omisión da lugar a la nulidad del contrato (artículo 61.1), pero que el autor no podrá invocar en el caso de firmar un contrato gratuito, por ejemplo, por falta de poder de negociación con el editor, por la sencilla razón de no encontrarnos ante un contrato de edición—, ni tampoco podrá resolverlo por incumplimiento de las obligaciones del editor (artículo 68).

La solución pasaría, por tanto, o bien por interpretar de forma extensiva el contrato de edición, o bien redefinirlo, sea para dar cabida a las distintas modalidades de edición que puedan surgir con el desarrollo de nuevas tecnologías,

---

<sup>78</sup> M.L. LACRUZ MANTECÓN, *Las obligaciones del editor en el contrato de edición literaria*, Editorial Reus, Madrid, 2000, pp. 165-167.

<sup>79</sup> J.M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Artículo 58», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. J.M. Rodríguez Tapia), *cit.*, p. 463.

<sup>80</sup> Carácter tuitivo que los tribunales han predicado respecto de su articulado, como el artículo 60, a propósito de la forma escrita del contrato (SAP Asturias, sección 5ª, 17-12-1998, núm. 659/1998 [AC 1998\2364], FD 3º) y el número máximo y mínimo de ejemplares (SJM núm. 6 de Madrid, 31-03-2016, núm. 359/2012 [AC 2016\941], FD 3º), o el artículo 59, sobre la compatibilidad de la edición con el encargo de obra (SAP Madrid, sección 28ª, 24-11-2017, núm. 512/2017 [AC 2017\1889], FD 3º).

<sup>81</sup> Así venía recogido en el preámbulo de la ley en su versión de 1987 y lo ha venido recordando el Tribunal Supremo, el cual ha establecido que han sido «[a]quellos derechos que la propia LPI de 1987, en una trayectoria normativa siempre rectilínea de especial protección al autor, [lo que] quiso más especialmente proteger como «núcleo esencial» de su regulación» (STS 18-10-2001, núm. 954/2001 [RJ 2001\8644], FD 5º. *Vid.* también la STS 08-06-2007, núm. 629/2007 [RJ 2007\3650]).

o para introducir una modalidad de edición específica para el libro electrónico, como sucede actualmente con el libro en papel (artículo 62) o las partituras (artículo 71). Analizando el artículo 62, su principal particularidad es la de añadir más puntos obligatorios al contrato de edición cuando la obra se edite en forma de libro (*v.gr.* el anticipo que se vaya a conceder). La estructura del artículo 71 podría servir de inspiración para regular un contrato de edición digital, pues recoge el derecho de comunicación pública y especialidades respecto al contenido y la terminación del contrato.

### 2.3. *Contenido mínimo del contrato*

Como hemos ido adelantando, si aplicásemos los artículos 58-73, no todo lo que se dice de la edición en el TRLPI se ajustaría a la edición digital. Una consecuencia evidente es que no procede aplicar todos los requisitos de validez del contrato recogidos en el artículo 60, por cuanto dan lugar a situaciones incasables con el libro electrónico: principalmente, el número mínimo y máximo de ejemplares (apartado 3º)<sup>82</sup> y su forma de distribución (apartado 4º)<sup>83</sup>.

Respecto a lo primero, no se puede determinar una cifra exacta de ejemplares a editar si la comercialización no se realiza mediante la distribución de copias físicas, sino mediante una comunicación pública, en la que el acceso del público a la obra no depende del número de copias que se impriman, sino de poder acceder a través de internet a la obra. Si tenemos en cuenta que la mención del número mínimo de ejemplares cumple una función tuitiva del autor al garantizarle que la obra contará con la presencia suficiente en el mercado para lograr beneficios<sup>84</sup>, sería más adecuado reemplazar dicho requisito por la obligación del editor de poner la obra a disposición del público, indicando la página web desde la que se podrá descargar (la cual podrá ser la del propio editor o de terceros) para un mejor seguimiento del número de descargas<sup>85</sup> y que, en función de que el número total de descargas realizadas alcance una cifra pactada como máximo de copias vendidas, autor y editor puedan negociar de nuevo las condiciones del contrato a la vista del éxito comercial de la

---

<sup>82</sup> La exclusión del artículo 60.3º supondría igualmente la inaplicación del artículo 61.1, regulador de las causas de nulidad del contrato.

<sup>83</sup> El requisito del ámbito territorial (apartado 2º) también llama la atención, pues el principal motivo para publicar de forma digital es, precisamente, la posibilidad de superar las fronteras físicas en la explotación de la obra. Siempre cabe pactar una explotación limitada territorialmente, llevándose a cabo mediante el geo-bloqueo (*geofiltering*) o la adopción de medidas digitales que impidan el acceso inalámbrico a la obra desde territorios determinados, aunque esta solución resultaría especialmente costosa para el editor.

<sup>84</sup> M.L. LACRUZ MANTECÓN, «Invalidez e ineficacia en el contrato de edición», *pe.i: revista de propiedad intelectual*, 2006, 23, p. 32.

<sup>85</sup> En caso de que la página web fuese de terceros proveedores, sería conveniente también hacer constar en el contrato quiénes serán esos proveedores o, si no se hace constar, ir informando al autor, cuando menos, de en qué páginas ha conseguido colocar la obra para su difusión.

obra. Además, si tenemos en cuenta la obligación del editor de poner todos los medios para garantizar la explotación y difusión de la obra (artículo 64.4º)<sup>86</sup>, habría que incluir igualmente un deber de promocionar la obra y realizar la publicidad necesaria que garantice su difusión (cuyo contenido específico es algo que pactarán las partes).

En lo que concierne a la forma de distribución de los ejemplares (artículo 60.4º), ésta tiene una menor proyección en la comercialización de libros electrónicos, donde el aspecto visual no tiene la misma relevancia que tienen los libros editados en papel en las ediciones rústicas, infantiles, de bolsillo, etc. Es cierto que las publicaciones electrónicas también pueden editarse de distintas formas —lo cual tiene su reflejo en la interfaz o en la inclusión de imágenes, principalmente—, pero su mayor atractivo reside en la posibilidad de acompañar el libro con contenidos que complementen la lectura. Ello arrojará como resultado una obra multimedia, en cuyo caso habría que recabar el derecho de transformación —*v.gr.* para la citada inclusión de imágenes, o fragmentos musicales en el caso de un audiolibro—. Sí debería mantenerse la mención de las copias destinadas a fines distintos de la venta directa al público (principalmente, crítica y promoción), no tanto desde un punto de vista cuantitativo —debido a la sencillez de realizar copias digitales—, sino cualitativo —para quiénes y en qué contexto—.

Por otra parte, si bien no presenta divergencias insalvables, podría puntualizarse respecto al apartado 6º del artículo 60<sup>87</sup> que la «única o primera edición» debería entenderse referida a, o bien la obra tal y como se entrega, pudiendo justificarse una segunda edición cuando el autor realice modificaciones en el contenido, o bien una nueva forma de comercializar la obra —en clara alusión a lo que acabamos de decir sobre incluir contenidos adicionales en el texto—. Y en lo concerniente al plazo destinado a la puesta en circulación de ejemplares, deberá entenderse referido al plazo para iniciar la puesta a disposición en línea de los consumidores o internautas.

Y en cuanto a las demás obligaciones del editor en este contrato, sería igualmente conveniente modificar su redacción. Los ordinales 1º y 6º<sup>88</sup> y el ordinal 3º del artículo 64<sup>89</sup>, aparte de hacer mención del término «ejemplares», deberían referirse, en lugar de a la «distribución», a la «puesta a disposición interactiva» de la obra. El control de la edición que facilita *a priori* la prueba de la tirada (ordinal 2º) tendría que sustituirse por la entrega previa al autor de una copia

---

<sup>86</sup> Sin olvidar la obligación equivalente de todo cesionario, recogida en el artículo 48.II TRLPI, de lograr la efectividad de la explotación de la obra.

<sup>87</sup> Referido al plazo de puesta en circulación de la única o primera edición.

<sup>88</sup> Este apartado, por cierto, devendría obsoleto en la medida en que —tal y como se hace para las ediciones en papel— no se entrega el original sino una copia del mismo en archivo informático.

<sup>89</sup> Referidos a la reproducción de la obra en la forma pactada (1º), devolver al autor el original tras finalizar la impresión y tirada (6º), y proceder a la distribución de la obra en plazo (3º).

de la obra tal y como se publicará, acompañada de una ficha de información detallada del modo en que se comercializará, abarcando desde aspectos tan cruciales como las medidas tecnológicas de protección que se puedan introducir, hasta otros como los contenidos multimedia que se añadan a la copia<sup>90</sup>.

#### 2.4. *Causas de resolución*

Por último, en lo que se refiere a la resolución del contrato de edición digital, los artículos 68.1.c) y e), y 69.2<sup>91</sup> son los que más problemas plantearían en caso de ser aplicados, precisamente por el distinto modo en que se reproduzca la obra en el ámbito digital: no puede tenerse como referencia el número de ejemplares como causa de extinción del contrato, por cuantos éstos no se fabrican sino que nacen con la descarga que realiza el comprador. En esta línea, la venta en saldo y la destrucción de ejemplares (recogidas en los artículos 67 y 70, respectivamente) también pierden su razón de ser en la edición digital. Ante la ausencia de fabricación de ejemplares físicos, no hay ningún gasto que compensar ni ningún excedente del que desprenderse, ni tampoco un espacio físico que liberar, ya que las plataformas virtuales son el principal almacén y punto de distribución.

Asimismo, si tenemos en cuenta que con la resolución el autor busca recuperar los derechos que transmitió, la solución más apropiada sería, si el autor sigue interesado en querer explotarla económicamente, recuperar los derechos de explotación para transmitírselos a otro editor —en este supuesto, podría suceder que la obra permaneciera en la *nube*, esperando en el ínterin a ser comercializada de nuevo; hasta entonces, sería conveniente la implantación de medidas tecnológicas que restringieran el acceso a la obra—. Si, por el contrario, el autor deseara finalizar la comercialización de la obra, el editor debería dejar de tener acceso a la obra, y ésta tendría que ser suprimida de la Red.

Por último, si a la comercialización *online* de libros electrónicos no le es de aplicación imperativa el contrato de edición, tampoco pueden aplicarse de forma imperativa, en lo que sea compatible con la naturaleza de la edición digital, el régimen de extinción específico de dicho contrato (artículos 68-70), ni cualquiera de las facultades o beneficios que el artículo 55 establece que son irrenunciables para el autor (que son los recogidos en los artículos 58-73). El único modo en que el autor podría hacerlos valer sería pactándose expresamente en el contrato que firmase con el editor.

---

<sup>90</sup> La modificación de lo que se deba entender por control de la tirada se extendería también al artículo 72, obligando a dictar una nueva norma que sustituyera al Real Decreto 396/1988, de 25 de abril, reguladora del control de tirada.

<sup>91</sup> Que tratan de la resolución por venta de saldo injustificada, por no realizar una nueva edición cuando se agote la anterior, y por la venta de la totalidad de los ejemplares, respectivamente.

### 3. TRANSMISIÓN DE DERECHOS PARA LA COMERCIALIZACIÓN EN LÍNEA DEL LIBRO ELECTRÓNICO

En el modelo de explotación digital, no se transmite el derecho a realizar copias —sin perjuicio de que el usuario pueda realizar una reproducción en su dispositivo—, sino el derecho a *utilizar* la copia. Con el libro electrónico el editor no fabrica ejemplares que posteriormente distribuye entre el público, sino que es el público el que accede al original y realiza una copia para sí. Así, los derechos objeto de transmisión en un contrato de edición digital en línea comprenden los derechos de reproducción (tanto para que el editor pueda almacenar el original como para que los usuarios puedan descargarlo y realizar copias al hacer su compra) y comunicación pública (para poner el libro a disposición del público). También sería necesario obtener el derecho de transformación para que sea traducido, para el caso de que el libro haya sido previamente impreso y vaya a ser incorporado a una base de datos<sup>92</sup>, o para que pueda crearse posteriormente una obra multimedia<sup>93</sup>. Con respecto a este último derecho, cabe señalar que la simple digitalización de una obra no supone un acto de transformación sino de reproducción<sup>94</sup>, por no considerarse el resultado, a pesar del cambio de formato, una obra distinta<sup>95</sup>.

De este modo, para tener un conocimiento actualizado de los tipos de contratos que se firman ahora mismo y de su contenido, se analizan los modelos facilitados por la Asociación Colegial de Escritores de Cataluña y Amazon. El distinto carácter de una y otra entidad permite apreciar dos tipos diferentes de contratos; en vez de realizar un análisis de todo el contenido, se procede al estudio de las cláusulas más relevantes de cada acuerdo.

El contrato que propone la Asociación Colegial de Escritores de Cataluña<sup>96</sup> es muy ilustrativo. Al no estar tipificada la edición digital, el documento es denominado «Contrato de *cesión de derechos de explotación digital*», cuyo objeto son los derechos de reproducción digital y comunicación pública, especialmente en su modalidad de puesta a disposición (cláusula Primera). La cláusula Cuarta

---

<sup>92</sup> F. CARBAJO CASCÓN, *Publicaciones electrónicas...*, cit., p. 212. En este caso, la transformación ha tenido lugar no en un plano material sino formal, al radicar la originalidad de las bases de datos en la disposición de su contenido.

<sup>93</sup> Cfr. I. ESPÍN ALBA, «Edición digital y contratación de derechos de explotación: perspectivas legislativas», en *Cuestiones de actualidad en el ámbito de la propiedad intelectual* (dir. I. Vives Tesón), Dykinson, Madrid, 2015, p. 61.

<sup>94</sup> La doctrina es unánime; vid. G. BERCOVITZ ÁLVAREZ, «Los derechos de explotación», en *Manual de propiedad intelectual* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tirant lo Blanch, Valencia, 8ª ed., 2018, p. 97; p. MARISCAL GARRIDO-FALLA, *Derecho de transformación y obra derivada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 157 y 158; I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *El Derecho de autor...*, cit., p. 275; y F. CARBAJO CASCÓN, *Publicaciones electrónicas...*, cit., p. 209.

<sup>95</sup> Cfr. SAP Barcelona, sección 15ª, 7-11-2007, recurso 107/2006 [AC 2010\1655], que entiende que la conversión de una obra escrita a formato HTML sí supone un acto de transformación.

<sup>96</sup> Disponible en <http://www.acec-web.org/spa/2/CED.pdf>.

obliga al editor a poner en línea la obra (sustituye la obligación de distribución de los ejemplares que prevé el artículo 64.3° TRLPI), cuyo incumplimiento es causa de resolución, y la cláusula Decimoprimeras toma como medida de ingresos un número mínimo de puestas a disposición, que, si no es satisfecho, dará lugar a la extinción del contrato. Por último, en la cláusula Séptima el editor se obliga a gestionar de forma apropiada la explotación de la obra a través de una amplia difusión y empleando estándares de calidad para el uso interactivo de la obra, lo cual puede entenderse incluido en la obligación de dar una difusión comercial correcta a la obra, según el artículo 64.4<sup>97</sup>.

Un planteamiento totalmente distinto es el que ofrece el acuerdo-licencia de Amazon para su servicio de autopublicación (*Kindle Direct Publishing*). Aunque sea por la aplicación de otro Derecho nacional y las dimensiones de una compañía como Amazon, el contrato es mucho menos equilibrado en lo que se refiere a contraprestaciones por cada una de las partes, así como ambiguo por el lenguaje<sup>98</sup>. Así, el acuerdo comienza definiendo los libros electrónicos como el contenido digital distribuido a través de la plataforma, para a continuación reservar para Amazon la facultad de, una vez extinguido el contrato, conservar copias digitales del libro para facilitar el acceso y su re-descarga para los clientes que lo hubiesen adquirido antes de finalizar el contrato (cláusula 3)<sup>99</sup>.

El apartado 5 («Derechos de distribución del libro») resulta peculiar en varios aspectos. En su cláusula 5.5 (*Grant of Rights* o «Cesión de derechos») establece que el autor cede el derecho para imprimir y distribuir el libro<sup>100</sup> (*i.e.* reproducción y distribución) en los formatos que desee. Pero aquí el término «distribuir» se entiende en sentido amplio —no referido únicamente a copias físicas—, ya que la cláusula continúa e incluye, de forma no exhaustiva, varias facultades dentro del citado derecho, como son: a) reproducir y almacenar el libro en ordenadores, así como su digitalización; b) exponer, distribuir y otorgar licencias sobre cualquier fragmento del libro para los clientes, y c) permitir que los clientes puedan almacenar el libro digital adquirido y acceder cuantas veces quieran.

---

<sup>97</sup> «Séptima.—El EDITOR gestionará de forma directa o indirecta la explotación de los derechos cedidos, buscando su más amplia difusión conforme a los usos habituales en el ámbito de la explotación digital.

El Editor se compromete a velar por asegurar que se empleen estándares de calidad en la explotación digital, tanto en las plataformas como en los dispositivos digitales, teniendo en cuenta criterios de movilidad, interoperabilidad, disponibilidad, conectividad e interactividad.».

<sup>98</sup> Disponible en [https://kdp.amazon.com/es\\_ES/help/topic/G200627430](https://kdp.amazon.com/es_ES/help/topic/G200627430). Se analiza la versión del acuerdo en inglés, intentando trasladarlo a su equivalente más próximo a nivel legislativo y lingüístico español.

<sup>99</sup> La finalidad de esta cláusula es permitir al consumidor que haya adquirido el libro —siendo Amazon todavía la cesionaria de los derechos de explotación— su posterior descarga tras expirar la cesión del autor a Amazon.

<sup>100</sup> «Right and license to print».

Este párrafo, sin embargo, se ve rodeado de otros cuya lectura despierta dudas en torno a su carácter favorable para el autor. Puede citarse a este respecto la cláusula 5.1.5, según la cual el libro que entregue el autor puede ser convertido a otros formatos y sufrir modificaciones o errores no queridos, frente a los cuales el «único remedio» de que dispone este es retirar la obra de la venta. Esta estipulación no es admisible, no ya porque —encubiertamente— contravenga la teoría general de obligaciones (artículos 1103 y 1104 CC) y porque una eventual negligencia no parezca quedar excusada por las obligaciones que impone al editor una comercialización respetuosa de la obra (artículo 64.1º y 4º), sino porque puede suponer una vulneración de la integridad de la obra (artículo 14.4º TRLPI). Asimismo, la cláusula 5.6 tampoco resulta alentadora para firmar el contrato, que establece que es un derecho —y no una obligación— de Amazon la adopción de DRM y otras técnicas, como el geo-bloqueo, para la comercialización de libros electrónicos.

Tampoco se contempla la devolución al autor del libro que entregó (cláusula 5.1.1), infringiendo el artículo 64.6º TRLPI (puede admitirse que esta tarea es de difícil cumplimiento en el entorno digital, salvo que Amazon eliminase la obra que le entregó el autor, o que éste la entregase con una serie de medidas tecnológicas que impidiesen a Amazon su uso cuando finalizase el contrato). Y en lo que se refiere a la promoción del libro (artículo 60.4º TRLPI), queda a la entera discreción de Amazon decidir cuántos ejemplares, qué partes del libro y a quién se entregan de forma gratuita (cláusula 5.2.1).

#### 4. JURISPRUDENCIA EUROPEA. EL CRITERIO DIVERGENTE EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y EN MATERIA FISCAL

Los pronunciamientos más relevantes sobre la naturaleza del libro electrónico provienen del TJUE, a propósito de su equiparación con el libro tradicional a la hora de determinar una posible aplicación unitaria de la legislación a ambos tipos de libro. El tribunal europeo ha tenido la oportunidad de analizar no sólo la legislación de propiedad intelectual, sino también la normativa fiscal en lo que atañe a la posterior comercialización de los libros.

- En lo que concierne a la propiedad intelectual, el número de sentencias en la materia es tan escaso como relevante. La primera resolución que se dictó, directamente ligada con el tema, fue la sentencia de 10 de noviembre de 2016 (caso *Verenignen Openbare Bibliotheken*)<sup>101</sup>, referida a una materia específica, como es el préstamo de libros electrónicos que cuenta con su propia *lex specialis* (la Directiva 2006/115<sup>102</sup>). En este caso, la asociación de bibliotecas

---

<sup>101</sup> *Vid.* n. 48.

<sup>102</sup> Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de

holandesas recurrió un proyecto de ley del Gobierno de los Países Bajos que excluía el préstamo electrónico del derecho a una remuneración equitativa previsto para el préstamo de libros en papel, según la legislación neerlandesa.

El TJUE se apoya en el TDA, en la Declaración concertada de los artículos 6 y 7 y en la Directiva 2006/115 para resolver el asunto. Así, extrae del Tratado que, al referirse únicamente al derecho de alquiler en copias tangibles, el derecho de préstamo queda excluido y pueden someterse a tratamientos diferentes (apartado 37). El alquiler y el préstamo son dos derechos distintos, y sobre esta base establece que los objetos sobre los que recae uno y otro no tienen por qué coincidir (apartados 38 y 39). Un razonamiento parecido hace con respecto a la Directiva 2006/115, de la que dice que durante su tramitación no se pretendió la exclusión del préstamo digital de su ámbito de aplicación, haciendo hincapié en que uno de los objetivos de la Directiva es adaptar la protección de la propiedad intelectual a las nuevas realidades económicas, según su considerando 4 (apartados 40-46). Finalmente, consideró que nada impedía reconocer el derecho de remuneración equitativa en los supuestos de préstamo digital.

La respuesta que da aquí el tribunal es peculiar. Por un lado, extiende la protección que concede la normativa a libros no editados en papel, siguiendo así el criterio del Abogado General, quien indicaba que no puede limitarse el concepto de *copia* únicamente a las copias materiales, pues las copias digitales también suponen un acto de reproducción (apartados 43 y 44 de sus conclusiones). Por otro lado, sin embargo, esta tesis —propia de realizar una interpretación abierta de la normativa— parece más bien el resultado de haber llevado a cabo previamente una interpretación cerrada. El TJUE apoya sus argumentos en una interpretación literal de la normativa, especialmente el TDA, y de los trabajos preparatorios de la Directiva 92/100<sup>103</sup>, precedente del texto de 2006 actualmente vigente. De estos se desprende que la directiva no contempla (ni en su versión actual ni en la anterior) los libros electrónicos dentro de su ámbito de aplicación, ya que, al tiempo de su promulgación, el nivel de desarrollo de la industria tecnológica no era el mismo que el alcanzado al momento en que se dicta la sentencia, como indican el propio tribunal (apartado 42) y el Abogado General (apartado 25 de sus conclusiones). Así, cuando el TJUE extiende la aplicación de la normativa a los libros electrónicos, aduciendo que así se atienden a las nuevas realidades económicas existentes, no parece sino estar acudiendo en realidad a un criterio subsidiario, aplicable en caso de que las normas actualmente vigentes guarden silencio (y ello bajo el riesgo de que tales normas puedan resultar

---

la propiedad intelectual (versión codificada).

<sup>103</sup> Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual.

obsoletas o no se correspondan del todo con la realidad socio-económica a la que pretenden aplicarse).

- Una sentencia que da una primera respuesta expresa al debate es la sentencia de 19 de diciembre de 2019 (caso *Tom Kabinet*)<sup>104</sup>, en la que se discute acerca de la calificación como distribución o comunicación pública la venta en línea de libros electrónicos de segunda mano. Las cuestiones planteadas por el órgano remitente estaban dirigidas a determinar si cabe aplicar la regla del agotamiento a ejemplares que son revendidos a través de una plataforma digital, teniendo en cuenta la naturaleza de la operación de compraventa y la posible aplicación de la doctrina contenida en la sentencia *UsedSoft*<sup>105</sup>.

Para responder a las preguntas planteadas por el órgano remitente, el tribunal lleva a cabo una interpretación conjunta del TDA y de la DDASI, teniendo en consideración no solo sus artículos sino también el espíritu que subyacía a ambas normas durante su tramitación. De este modo, el razonamiento del TJUE es tajante para excluir del alcance del derecho de distribución la comercialización de bienes fijados en soportes intangibles, sobre la base de las siguientes razones: 1) el término «ejemplares» empleado en el TDA —a la luz de las declaraciones concertadas de sus artículos 6 y 7— hace referencia únicamente a aquellos fijados en soportes tangibles (apartados 40 y 41); 2) de los trabajos preparatorios de la DDASI se desprende que el derecho de distribución, según viene regulado en la norma, está referido exclusivamente a copias físicas (apartados 43-45); 3) siguiendo un criterio teleológico, debe considerarse que estamos ante un caso de comunicación pública en la medida en que la DDASI, por un lado, busca crear un marco general y flexible que permita la adaptación de la normativa al desarrollo tecnológico, y por otro, sus considerandos 28 y 29 establecen que los servicios en línea quedan excluidos del alcance del agotamiento, el cual tiene por objeto la venta de bienes (apartados 47 y 51, respectivamente), y, por último, 4) la jurisprudencia europea ha circunscrito el ámbito de aplicación del artículo 4 de la DDASI a los bienes materiales, toda vez que la doctrina *UsedSoft* (como sugerían

---

<sup>104</sup> STJUE 19-12-2019, asunto C-263/18 (*Nederlands Uitgeversverbond y Groep Algemene Uitgevers v. Tom Kabinet Internet BV y otros*), ECLI:EU:C:2019:1111.

<sup>105</sup> Antes de que se dictase la sentencia, el caso *Tom Kabinet* levantó una gran expectación entre la doctrina por el impacto que tendría en la regulación del agotamiento digital (especialmente, a la luz de la jurisprudencia dictada hasta entonces). Así, pueden tenerse en cuenta el comentario de la Asociación Literaria y Artística para la Defensa del Derecho de Autor (ALADDA), «A propósito del caso RediGi. El problema del «agotamiento»: programas de ordenador (UsedSoft), música (RediGi), artes visuales (Allposters) y libros (Tom Kabinet)», disponible en <http://aladda.es/a-proposito-del-caso-redigi-el-problema-del-agotamiento-programas-de-ordenador-usedsoft-musica-redigi-artes-visuales-allposters-y-libros-tom-kabinet/>, y la opinión (tajante) de la Association Littéraire et Artistique International (ALAI), «Opinion on Case C-263/18 (NUV/GAU v. Tom Kabinet)», disponible en <http://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/181012-opinion-tom-kabinet-case-en.pdf>, que se anticipó a la decisión finalmente adoptada por el TJUE.

algunos autores) tan solo debe predicarse respecto de los programas de ordenador, sometidos a la Directiva 2009/24 (apartados 52 en adelante).

La labor metodológica del TJUE sigue una línea conservadora, en lo tocante no solo a la distinción entre soporte tangible e intangible para resolver el asunto, sino en la aplicación de la DDASI conforme a unos principios y a un espíritu que no obedecen a las necesidades de la época actual<sup>106</sup>. No actúa siguiendo un enfoque prospectivo, como sería de desear, sino retrospectivo a la hora de conjugar la redacción de la directiva con los nuevos supuestos que plantea la economía digital. Cuando el tribunal dice estar adaptando la DDASI a nuevas realidades económicas, en realidad está tratando de encajar éstas en la directiva: no centra tanto su análisis en torno a los nuevos desarrollos tecnológicos que afectan al comercio electrónico y las distintas vías que abren en éste, sino más bien en lo que se dijo y se buscaba cuando se publicaron dos normas (la DDASI y el TDA) que cuentan con casi un cuarto de siglo de vigencia en un ámbito que ha sufrido una evolución tan marcada como es internet.

A propósito de este punto, es muy significativo que, en los dos supuestos relacionados con comercialización en línea de bienes intangibles en los que ha reconocido la aplicabilidad de la regla del agotamiento, se haya aplicado no la normativa general, sino dos directivas que regulan sendas materias específicas<sup>107</sup>. Que sea en estos casos cuando abogue por hacer una interpretación del Derecho acorde con la evolución de la tecnología, y, en cambio, se muestre tan reticente a hacerlo cuando aplica la DDASI (*lex generalis*), da que pensar sobre si ésta es verdaderamente apta para responder a esas nuevas realidades económicas que afronta el TJUE.

Por último, tanto el Abogado General como el tribunal se separan del criterio defendido en la sentencia *Openbare*, y mantienen la diferencia de régimen entre libros en papel y libros electrónicos, pues consideran que éstos, al no estar sujetos al mismo proceso de degradación que aquéllos, son un sustituto perfecto de la obra original y ello afectaría claramente a la retribución que pudiesen (dejar de) percibir los autores (apartado 58). Esta cuestión entronca directamente con las consecuencias económicas derivadas de aplicar la regla del agotamiento a la comercialización en línea generalizada de bienes, que ya hemos tratado *supra*<sup>108</sup>, y de la que tan solo recordaremos que existen una serie de ventajas que, cuando menos, equilibrarían la balanza de los intereses

---

<sup>106</sup> *Vid.* n. 50.

<sup>107</sup> Como acertadamente señala Sganga, el TJUE dejó escapar la ocasión de construir un precedente que hubiera ofrecido una «guía sistemática»; que no se hubiera escudado en el recurso a la *lex specialis* sino que hubiese asumido la labor de buscar una «respuesta holística» al debate; *vid.* C. SGANGA, «A plea for digital exhaustion...», *cit.*, para 54.

<sup>108</sup> *Vid.* apartado II.2

de los distintos agentes involucrados en la puesta en circulación y venta de libros electrónicos.

Estas dos resoluciones han sido las únicas que han abordado, por el momento, la aplicación de la normativa de propiedad intelectual. Sí ha sido más recurrente, en cambio, la cuestión fiscal del libro electrónico. La consideración de la explotación *online* del libro electrónico como un caso de puesta a disposición supone aplicar la normativa comercial correspondiente de las prestaciones de servicios; como ya hemos señalado, dicha calificación no deja de ser una opción legislativa en detrimento de la posibilidad de considerar esta modalidad de explotación como un caso de distribución.

Teniendo esto presente, varias sentencias del TJUE han zanjado diversos problemas suscitados en los Estados Miembros en relación con la comercialización del libro electrónico. Todas ellas tienen en común que los Estados involucrados en cada asunto consideraban, a efectos fiscales, la comercialización en línea del libro electrónico como un supuesto de distribución de ejemplares, precisamente sobre la base de que desde un punto de vista funcional descargarse un libro electrónico no presenta grandes diferencias en comparación con la compra de un libro en papel.

Las sentencias se ventilaron con base en la normativa reguladora del IVA, pero no dejan de ser interesantes por las implicaciones que las respuestas adoptadas en ellas puedan tener a la hora de estudiar la naturaleza del libro electrónico.

- En la sentencia de 11 de septiembre de 2014 (caso *K Oy*)<sup>109</sup> se resolvió una cuestión prejudicial planteada en torno al caso de *K.*, una empresa editorial de Finlandia que aplicaba el tipo reducido del IVA de libros editados en papel a los libros que comercializaba en un soporte físico distinto (en concreto, los audiolibros y los libros electrónicos editados en CD-ROM), y se discutía en torno a la validez de una normativa nacional que permitiese aplicar un tipo impositivo distinto a un mismo libro en función del soporte. Respetando siempre el principio de neutralidad que caracteriza al impuesto, el TJUE establece que la aplicación de un tipo impositivo u otro viene justificada por la similitud que presenten los bienes o servicios desde el punto de vista del consumidor medio; tal similitud viene definida por la capacidad de los bienes y servicios para satisfacer las mismas necesidades, obviando las posibles diferencias que puedan existir si «no influyen de manera considerable en la decisión del consumidor medio de recurrir a uno u otro de dichos bienes o prestaciones» (apartado 25). A partir de aquí, corresponde a los Estados Miembros aplicar un gravamen distinto o no. Para justificar ese tipo impositivo habrá que estarse al nivel de implantación de las nuevas tecnologías en los respectivos mercados nacionales, y comprobar si la lectura digital es

---

<sup>109</sup> STJUE 11-09-2014, asunto C-219/13 (*K Oy*), ECLI:EU:C:2014:2207.

de algún modo distinto a la lectura en papel, más allá del soporte empleado<sup>110</sup> (es decir: si las diferencias que presenta el libro electrónico son de tal envergadura que influyen en la decisión del consumidor medio de comprar el mismo libro en papel o un soporte distinto, entonces sí se podrá aplicar un gravamen distinto)<sup>111</sup>.

- El año siguiente, el TJUE sancionó a Luxemburgo en su sentencia de 5 de marzo de 2015<sup>112</sup> por aplicar a los libros electrónicos el tipo reducido previsto para los servicios recogidos en la Directiva 2006/112/CE, de 28 de noviembre, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido (DIVA) en sus anexos II y III. La sentencia se atiene a lo que establecen literalmente las normas y determina que la reducción es aplicable únicamente al libro en soporte físico, ya que la aplicación de este tipo reducido es de por sí una excepción al tipo general, que debe interpretarse de manera estricta (apartado 38); el suministro de libros electrónicos no encaja en ninguno de los servicios mencionados en los citados anexos (apartado 37) ni se considera una entrega de bienes, por lo que, aunque sea de forma residual, se considera una prestación de servicios (apartado 42).
- Por último, la sentencia de 7 de marzo de 2017 (caso *RPO*)<sup>113</sup> resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional de Polonia a propósito de la exclusión de los libros electrónicos de los servicios recogidos en la DIVA. Esta sentencia quizás sea la que mejor exponga la peculiar situación del *e-book* y su tratamiento poco intuitivo<sup>114</sup>. En ella se lee que la razón de aplicar un tipo impositivo distinto no se debe a razones de fondo ligadas a una naturaleza distinta del libro que se edita en soporte papel o en soporte digital, sino a meras cuestiones logísticas encaminadas a facilitar la gestión del impuesto y a no alterar una norma del legislador europeo; norma que debe cumplirse no porque su planteamiento sea más o menos acertado, sino por seguridad jurídica en su aplicación (apartados 60-66).

Estas actitudes legislativas de los Estados Miembros parecen haberse hecho eco en el seno de la Unión Europea, por cuanto la reforma de la DIVA, aprobada en otoño de 2018, equipara fiscalmente la venta de libros en soporte físico y

---

<sup>110</sup> Apartados 30-33.

<sup>111</sup> En este sentido, los *e-books* pueden cambiar la lectura al incorporar servicios o prestaciones adicionales que no proporciona un libro en papel como, por ejemplo, motores de búsqueda o vínculos hacia otros materiales (apartado 50 de sus conclusiones).

<sup>112</sup> STJUE 05-03-2015, asunto C-502/13 (*Comisión Europea v. Gran Ducado de Luxemburgo*), ECLI:EU:C:2015:143.

<sup>113</sup> STJUE 07-03-2017, asunto C-390/15 (*RPO*), ECLI:EU:C:2017:174.

<sup>114</sup> La propia sentencia reconoce la importancia del comercio electrónico en el mercado actualmente al decir que «es un importante potencial de creación de riqueza y de empleo en la Unión y [que] la institución de un marco normativo claro y preciso constituye una condición previa esencial para crear un clima de confianza que fomente la inversión de las empresas y su actividad en el tráfico mercantil» (apartado 56).

en soporte digital<sup>115</sup>; su actual anexo III, referenciado en el artículo 98, permite aplicar un tipo reducido del impuesto al suministro de libros cualquiera sea su soporte, incluido el electrónico.

Las instituciones europeas y nacionales parecen estar despejando el camino para una nueva regulación del libro electrónico y han dado un paso al frente en eliminar esa dicotomía fiscal para dos situaciones de por sí excluyentes (la venta de bienes y la prestación de servicios) pero que, en el caso del libro, resultan ser la misma: un libro sigue siendo un libro con independencia de su soporte.

## 5. COROLARIO: LA NECESIDAD DE UNA REFORMA

Hasta ahora, podemos resumir lo expuesto en que la explotación comercial del libro digital se ve atrapada entre un contrato atípico que no puede acogerse a los beneficios legales, y una legislación desfasada y materialmente inaplicable.

En lo que atañe al primer punto, no se discute que las normas que rigen el contrato de edición son de carácter imperativo o, cuando menos, ley especial frente a las disposiciones generales de transmisión de derechos (artículo 57), las cuales tendrán carácter supletorio en aquello que no cubra la normativa específica<sup>116</sup>. No obstante, si dichos artículos se aplican únicamente a los contratos que cumplan con los requisitos que establece el TRLPI respecto de la edición —quedando excluida, por su propia naturaleza, la explotación del libro electrónico a través de la comunicación pública—, al contrato de edición digital en línea no le serán de aplicación los artículos 58-73.

Por ello, la solución a esta situación pasa por responder a la siguiente pregunta: ¿se puede incluir el libro no editado en soporte físico dentro del contrato de edición? Hay quienes se atienen al tenor literal de la ley y excluyen tajantemente la inclusión del libro digital dentro del actual TRLPI<sup>117</sup>. En este trabajo, en cambio, somos más partidarios de realizar una interpretación que favorezca la adaptación

---

<sup>115</sup> Directiva (UE) 2018/1713 del Consejo, de 6 de noviembre de 2018, por la que se modifica la Directiva 2006/112/CE en lo relativo a los tipos del impuesto sobre el valor añadido aplicados a los libros los periódicos y las revistas, de 6 de noviembre de 2018.

<sup>116</sup> J.M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Artículo 57», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. J.M. Rodríguez Tapia), *cit.*, pp. 459-60; I. ESPÍN ALBA, «El contrato de edición literaria...», *cit.*, pp. 161-162; R. SÁNCHEZ ARISTI, «Comentario al artículo 58», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), *cit.*, p. 1000. No obstante, como bien ha señalado HUALDE SÁNCHEZ, el hecho de que sean normas especiales no significa que no puedan articularse cesiones de derechos mediante contratos distintos; *vid.* J.J. HUALDE SÁNCHEZ, «Comentario al artículo 57», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), *cit.*, p. 996.

<sup>117</sup> *Vid.* C. MUÑOZ VIADA, *Transmisión de los derechos de autor: el contrato de edición*, Grupo Difusión, Barcelona, 2007, p. 55, y T. STEINHAUS, «Capítulo 20. El contrato de edición», en *Propiedad intelectual. Doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios* (coord. M.A. Esteve Pardo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 375.

de la normativa actualmente vigente a las modalidades de explotación que posibilita internet para así facilitar a los autores más mecanismos legales de protección.

La base de esta postura descansa en cumplir con el «mandato legal de interpretar las normas de acuerdo con la realidad social del tiempo en que deben aplicarse» de acuerdo con el artículo 3.1 del Código Civil<sup>118</sup>, sobre todo si se tiene en cuenta que el contrato de edición ha sido definido como un contrato «dinámico»<sup>119</sup>. Una solución parecida se anticipaba a principios de este siglo cuando se dijo que «la problemática suscitada recomienda revisar las disposiciones específicas sobre el contrato de edición y la transmisión de derechos de propiedad intelectual en general en la legislación nacional, debidamente interpretadas con las necesarias adaptaciones de los derechos exclusivos al nuevo entorno digital» según las normas de la OMPI y de la Unión Europea<sup>120</sup>. Sánchez Arísti también aboga por incluir el libro electrónico en dicho precepto, y propone realizar «una interpretación correctora o extensa del término “libro”, a fin de abarcar otros formatos en los que acaso no estaban pensando los redactores de este precepto»<sup>121</sup>, pero también mantiene una posición cauta y dice que, dado que dicho contrato se refiere únicamente a los derechos de reproducción y distribución, sería necesario ceder igualmente el derecho de puesta a disposición para que su regulación fuese aplicable mientras no se modifique o introduzca un nuevo tipo contractual<sup>122</sup>.

En cualquier caso, en lo que atañe a la segunda carencia señalada, lo que sí se ve como urgente es una reforma legislativa, ya que la aplicación del contrato de edición no puede exigirse *ope legis*. Como advierte Espín Alba, la rigidez de los artículos 58-73 TRLPI hacen dudar de la idoneidad de dichos artículos para tratar la cesión de derechos de explotación digital<sup>123</sup>; mientras no exista una regulación especial de la edición, «la rigidez de algunas normas...provocan el efecto contrario al deseado de la protección de los autores: que se vuelva a una situación similar al período anterior a la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, en el que el sector editorial era bastante informal, en el sentido de que la fórmula escrita no estaba generalizada»<sup>124</sup>. Si bien es poco probable que los contratos de edición digital tiendan en un futuro a formalizarse verbalmente sólo por no existir una regulación específica al respecto, sí es cierto que esta falta de normativa coloca a los autores en una situación más desfavorable de

---

<sup>118</sup> A. LINDNER, «Artículo 58. Concepto», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dirs. F. Palau Ramírez y G. Palao Moreno), *cit.*, p. 911. Otro argumento a favor que aporta es que la concepción amplia de *contrato* que rige el TRLPI no debería excluir la edición del libro electrónico (*ibid.*).

<sup>119</sup> I. ESPÍN ALBA, *Contrato de edición...*, *cit.*, p. 170.

<sup>120</sup> F. CARBAJO CASCÓN, *Publicaciones electrónicas...*, *cit.*, p. 208.

<sup>121</sup> R. SÁNCHEZ ARISTI, «Comentario al artículo 62», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), *cit.*, p. 1070.

<sup>122</sup> R. SÁNCHEZ ARISTI, «Comentario al artículo 58», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), *cit.*, pp. 1021-1023.

<sup>123</sup> I. ESPÍN ALBA, «Edición digital...», *cit.*, pp. 60-61.

<sup>124</sup> *Ibid.*, p. 62.

la que gozan al celebrar un contrato de edición típico, lo cual no casa bien con el espíritu *pro auctore* de la legislación de propiedad intelectual.

Como ya señalaba bondía román al momento de promulgarse la LPI, volviendo a aquella relación que nace entre tecnología y cultura que indicábamos en la introducción:

«[L]os conceptos fundamentales y las categorías dogmáticas de la propiedad intelectual responden a los medios de creación y de difusión existentes en la época en que la legislación de propiedad intelectual se desarrolló»<sup>125</sup>.

Estas palabras, empleadas antes de la irrupción de internet en todos los ámbitos de la sociedad, pueden aplicarse también hoy en día. El Derecho es una ciencia viva que debe responder al tiempo y al estado de la técnica, por lo que, una vez más, una visión estricta de la legislación puede resultar estéril para regular el libro digital.

A este respecto, hay que señalar que los poderes públicos tienen una obligación reforzada para con la ciudadanía, por cuanto no pueden permanecer ajenos al progreso tecnológico y a las necesidades de la sociedad mientras el deber de promover la cultura (artículo 44 de la Constitución Española) sea un principio rector de sus políticas. Mucha de la normativa que se ha promulgado en relación con el libro electrónico apela a ese incentivo de la cultura digital: desde el fomento de la lectura y comercialización del libro electrónico dentro de una planificación general del fomento y promoción de la lectura (arts. 3.1, 3.3, 7, 12.1 y DA 1ª LLLB), hasta el depósito legal, que se realiza sobre la base de permitir el acceso de los ciudadanos a la cultura (arts. 1 y 2.1 LDL).

#### **IV. SITUACIÓN DEL LIBRO ELECTRÓNICO EN EL MERCADO Y EN LA LECTURA EN ESPAÑA**

El libro electrónico no ha acabado de consolidarse en el mercado editorial, pero ha puesto, no obstante, en guardia a todo el sector y hace que se contemple como vía de explotación adicional a la del libro en papel.

En la edición digital, la cadena editorial que se sirve de numerosos intermediarios para colocar la obra a disposición del gran público deja de ser imprescindible, y el libro electrónico se ha hecho un hueco en el mercado —sin que tenga necesariamente que desplazar al libro en papel—, sin perjuicio de que necesite una protección efectiva que garantice la inmunidad de su comercialización en

---

<sup>125</sup> F. BONDÍA ROMÁN, *Propiedad intelectual: su significado en la sociedad de la información (la nueva Ley de 11 de noviembre de 1987)*, Trivium, Madrid, 1988, p. 130.

el entorno cibernético. Estas dos ideas servirán de pauta para estudiar el estado actual del mercado editorial y su interacción con el mundo digital.

#### 1. LA FIGURA DEL EDITOR EN LA CADENA EDITORIAL ELECTRÓNICA

Según la LDL, los editores están obligados a realizar el depósito legal, tanto en soporte tangible como electrónico, en sustitución de los impresores (artículos 7 y 8). Este cambio se justifica en el mayor protagonismo que la ley quería otorgarles en el sector del libro —como destaca el apartado II de su preámbulo—. Sin embargo, la libertad que ofrece lo digital ha dado una mayor autonomía a los autores para editar sus propias obras y no tener que acudir a terceros, alterando así la cadena que empezaba en el autor, pasaba por el agente literario, la editorial, los impresores, el distribuidor, el punto de venta, y finalizaba en el lector.

La ubicuidad de internet ha propiciado un incremento de la popularidad de la autoedición y del número de usuarios que han optado por ella, reduciendo considerablemente la longitud de la cadena editorial hasta el punto de que, ahora mismo, es posible comercializar un libro con la ayuda de un único intermediario entre el autor y el público. La mayor presencia y expansión comercial de las compañías que ofrecen editar las obras de forma no muy costosa y rápida en el modelo que propone la comercialización digital de libros no hace sino poner de manifiesto que, si la edición digital va ganando protagonismo progresivamente, toda editorial que busque estar presente en el mercado debe ofrecer un servicio digital y global.

Un personaje especialmente llamado a tener en cuenta en el mercado digital es el editor, quien ha de cambiar necesariamente su función si quiere continuar siendo una figura necesaria en el sector del libro. Internet brinda una facilidad desbordada para que los usuarios publiquen toda clase de contenidos sin necesidad de ser sometidos al filtro del editor —o de cualquier tercero—. En un entorno de difusión descontrolada de contenidos, es la desaparición de esta faceta del editor definida simbólicamente como «agente transmisor o difusor de la cultura»<sup>126</sup> lo que el mundo de las letras echaría más en falta.

No obstante, la figura del editor puede conservarse mediante el desempeño de funciones distintas o secundarias a las que ha realizado de forma habitual (la distribución de la obra y su colocación en el mercado). Por ejemplo, puede actuar como una especie de marca o *goodwill* a la cual vaya asociado cierto prestigio o presunción de calidad superior en un mercado de consumo masivo de cultura, para así distinguir unas publicaciones de

---

<sup>126</sup> F. CARBAJO CASCÓN, *Publicaciones electrónicas...*, cit., p. 19.

otras<sup>127</sup>, y ser garantía de comercialización de obras de un carácter más selecto o sofisticado.

En esta progresiva debilitación de la figura del editor tradicional ha de abordarse el fenómeno de la autoedición, que ha proliferado en la revolución digital. La imagen negativa que se tenía de ella —por ser la alternativa para los autores que no conseguían publicar sus obras de otro modo— parece haber desaparecido, y ahora es una fuente de ingresos complementaria para las editoriales y también mayor para los autores que la edición en papel<sup>128</sup>. La autoedición trae beneficios para todos los niveles en la nueva (reducida) cadena editorial. Supone un acicate para los autores y consumidores: para los primeros, porque así logran una mayor penetración en el mercado que, de otro modo, se hace muy difícil sin la ayuda de un intermediario asentado o de prestigio; para los segundos, porque aumenta la oferta de las obras entre las que elegir para su lectura, así como la reducción en el precio de las mismas, lo cual puede facilitar en términos económicos el acceso a la cultura<sup>129</sup> (lo cual podría, en el medio o largo plazo, reducir la piratería de obras literarias). Y también los editores tradicionales, al contrario de lo que se puede pensar, pueden tener sus alicientes, en la medida en que pueden encontrar en los escritores *autoeditados* más populares autores de potencial éxito en el mercado si le facilitan los medios de los que aquéllos no disponen individualmente<sup>130</sup> (como es una mayor publicidad en la comercialización de sus obras o la referida asociación al prestigio de cierta editorial).

## 2. FOMENTO DE LA LECTURA DIGITAL. PLANTEAMIENTO DE UN SISTEMA APROPIADO PARA LA EXPLOTACIÓN DEL LIBRO ELECTRÓNICO

Por otra parte, no es sólo la irrupción de nuevos modos de explotación contra lo que debe protegerse el mundo editorial: para que triunfe el *e-book* es necesario el fomento de la lectura digital, lo cual se logra no sólo mediante labores institucionales o publicitarias, sino ofreciendo también un producto atractivo y cómodo para el consumidor.

A este respecto se ha pronunciado el gremio de editores y libreros con el propósito de ofrecer un producto cuyo uso resulte igual de cómodo que el del libro en papel. Una de las principales funcionalidades con que ha de cumplir el libro electrónico es garantizar la *maneabilidad* de la obra para su explotación, materializada en la posibilidad de comercializar la misma de forma parcial

---

<sup>127</sup> A. CAVALIERE, *El libro impreso...*, cit., pp. 33-34.

<sup>128</sup> J. CELAYA, «Tendencias digitales en el mundo del libro», en *Libros electrónicos y contenidos digitales...*, cit., pp. 59-60.

<sup>129</sup> J. WALDFOGEL e I. REIMERS, «Storming the gatekeepers: Digital disintermediation in the market for books», *Information Economics and Policy*, vol. 31 (2015), 47, p. 50.

<sup>130</sup> Conclusión que se puede extraer de la experiencia estadounidense; *vid. ibíd.*, p. 55.

(uno o varios episodios) y paralela a la adquisición del libro en su conjunto. Así sucede especialmente en el ámbito académico, donde puede suceder que el usuario esté más interesado en un capítulo o episodio que en consultar la obra entera, si bien, desde el punto de vista de proveedores, libreros y bibliotecarios virtuales, esta explotación puede resultar problemática, por cuanto el mayor éxito de una parte del libro o revista puede tentarles a diseñar catálogos incompletos o de obras fragmentadas, en detrimento de aquellos capítulos menos demandados por el público<sup>131</sup>.

Otro aspecto a tener en cuenta es la *publicidad* que se pueda dar a la obra. El boca a boca parece tener aquí mucho que decir, pues muchas de las recomendaciones hechas en el entorno digital son realizadas por los lectores. La Red ha dejado de ser un mercado de consulta; ahora lo es de consumo, y ante la oferta comprendida en un catálogo de libros electrónicos, al tener su base en la Red, es la propia Red la que despeja las dudas y aconseja al lector que busca sugerencias con base en parámetros de popularidad en lugar de calidad.

No obstante, lo cierto es que, acudiendo a los números, las obras comercializadas en forma digital aún tienen que recorrer un largo camino para integrarse en la vida cotidiana de los lectores. De momento, supone en torno a un 5% del volumen total del sector editorial español, si bien su consumo ha ido en aumento: en 2014, supuso unos 110,02 millones de euros; 115,44 millones en 2015; 117,19 millones en 2016 y 119,10 millones de euros en el año 2017, a pesar de que en 2018 ha sufrido un descenso —casi testimonial (0,1%)— hasta los 118,98 millones de euros (ver tabla 1)<sup>132</sup>.

Sí se ha resentido más el número de títulos editados en nuestro país, los cuales ascendieron a 76.202 títulos en 2018, frenando la tendencia ascendente desde 2014, y de los cuales se redujeron las cifras relativas a los nuevos libros digitales (19.236 en 2018, frente a los 27.138 de 2017) aunque, sorprendentemente, ascendió ligeramente el número de ejemplares vendidos de libros electrónicos (ver tabla 2)<sup>133</sup>.

En cuanto a la venta de ejemplares por materias, los textos de no-ficción son los más populares entre los libros electrónicos, abarcando un 52,7% del total de facturación, seguidos de lejos por los demás textos de carácter no universitario (21,6%), y en tercer lugar, por los de ficción para adultos (20,1%)<sup>134</sup>.

---

<sup>131</sup> A. SOULES, «The Shifting Landscape of E-Books», *New Library World*, 2009, vol. 110, n. 1/2, p. 18.

<sup>132</sup> Federación de Gremios de Editores de España, *Comercio interior...*, cit., p. 40.

<sup>133</sup> *Ibid.*, p. 50.

<sup>134</sup> *Ibid.*, p. 51.

	2014	2015	2016	2017	2018
<b>Total de facturación (millones de euros)</b>	<b>2.195,80</b>	<b>2.257,07</b>	<b>2.317,20</b>	<b>2.319,36</b>	<b>2.363,90</b>
Librerías	746,92	788,37	810,86	813,71	831,56
Cadenas de librerías	370,95	398,88	410,75	411,10	421,95
Hipermercados	188,46	182,91	188,90	189,39	194,58
Quioscos	81,98	80,01	80,26	80,20	80,80
Empresas e instituciones	335,14	340,66	347,95	346,44	353,66
Bibliotecas	11,67	10,85	10,90	10,88	11,12
Venta a crédito	78,62	75,78	77,84	76,93	77,00
Clubs del libro	48,23	44,75	45,97	45,92	45,91
Internet	19,81	20,27	22,00	22,77	24,52
Suscripciones	68,83	65,32	68,11	68,06	68,58
Otros canales	135,17	133,82	135,47	134,85	135,22
<b>Canales para libro electrónico</b>	<b>110,02</b>	<b>115,44</b>	<b>117,19</b>	<b>119,10</b>	<b>118,98</b>

Tabla 1. Número de obras vendidas según el canal de comercialización. Fuente de elaboración propia a partir de los datos recopilados por la Federación de Gremios de Editores de España (n. 132).

Principal magnitud de edición digital	2015	2016	2017	2018	Variación entre 2017 y 2018 (%)
Número de nuevos títulos editados	20.847	22.819	27.138	19.236	-29,1
Número total de títulos comercializados	170.726	174.266	178.154	178.908	+0,4
Facturación por venta de libros (millones de euros)	115,44	117,19	119,10	118,98	-0,1
Descargas / Ejemplares vendidos (millones de ejemplares)	12,7	12,3	12,83	12,86	+0,2
Precio medio del libro (euros)	9,10	9,50	9,28	9,25	-0,3

Tabla 2. Relación anual de la comercialización de libros electrónicos. Fuente de elaboración propia a partir de los datos recopilados por la Federación de Gremios de Editores de España (n. 133).

Por otro lado, en el ámbito doméstico, en 2015 el 17,7% de los lectores usaban un soporte digital<sup>135</sup>, porcentaje que ha crecido en 2018 hasta el 24% de los hogares<sup>136</sup>.

No obstante, a pesar de lo tajantes que son las cifras, no queda del todo claro hasta qué punto se puede atribuir la culpa exclusivamente al mercado del escaso éxito del *e-book*. Por ejemplo, en lo que concierne a las bibliotecas, en 2015 sólo el 6% de los préstamos bibliotecarios fueron electrónicos y en 2016 descendieron hasta un simbólico 1,6%<sup>137</sup>, número achacable posiblemente al escaso número de bibliotecas dotadas con lectores de libros electrónicos —aunque haya ascendido el número de bibliotecas equipadas al efecto—: 2,1% en 2010, 6,5% en 2012 y 8,4% en 2014<sup>138</sup>.

Quizás este escaso éxito<sup>139</sup> se podría combatir de forma directa en el ámbito público (a través de una mayor inversión pública y fomento del libro electrónico) e indirecta en el privado (mediante beneficios o mandatos legales, *v.gr.* la equiparación fiscal o las menciones a los planes de fomento de la lectura en el ya mencionado artículo 7 LLLB).

Tampoco hay que olvidar que uno de los principales males que ha asolado al libro electrónico, y también el culpable de su débil implantación, es la piratería digital. Con el objeto de combatirla se promulgaron la *ley Sinde*<sup>140</sup> y la posterior reforma del TRLPI de 2014, las cuales trajeron consigo la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual y un nuevo procedimiento para la denuncia de la vulneración de dichos derechos. Sin embargo, su poco éxito, debido en parte a lo farragoso del propio procedimiento, así como los sujetos a los que se dirige —los prestadores de servicios de la sociedad de la información, sin incluir a los infractores individuales—, no ayuda a pensar que

---

<sup>135</sup> INE, *España en cifras 2017*, Catálogo de publicaciones oficiales de la Administración General del Estado, 2017, p. 16 [en línea], disponible en [https://www.ine.es/prodyser/espa\\_cifras/2017/files/assets/common/downloads/publication.pdf](https://www.ine.es/prodyser/espa_cifras/2017/files/assets/common/downloads/publication.pdf).

<sup>136</sup> INE, *España en cifras 2019*, Catálogo de publicaciones oficiales de la Administración General del Estado, 2019, p. 26 [en línea], disponible en [https://www.ine.es/prodyser/espa\\_cifras/2019/files/assets/common/downloads/publication.pdf](https://www.ine.es/prodyser/espa_cifras/2019/files/assets/common/downloads/publication.pdf).

<sup>137</sup> INE, *España en cifras 2018*, Catálogo de publicaciones oficiales de la Administración General del Estado, 2018, p. 15 [en línea], disponible en [https://www.ine.es/prodyser/espa\\_cifras/2018/files/assets/common/downloads/publication.pdf?uni=4f7e7b429c56ccbc4bf56b3e93ebc47b](https://www.ine.es/prodyser/espa_cifras/2018/files/assets/common/downloads/publication.pdf?uni=4f7e7b429c56ccbc4bf56b3e93ebc47b).

<sup>138</sup> INE, *España en cifras 2017*, *cit.*, p. 15.

<sup>139</sup> Aun y todo, estas cifras no deben tomarse muy estrictamente, ya que no tienen en cuenta a todas las editoriales actualmente operativas: la dispersión de editores en el mercado, que se agrupan entre agremiados y no agremiados, así como el surgimiento de autores-editores independientes (muchos de ellos, no agremiados), incitan a pensar que el libro digital puede ser un producto más popular de lo que se piensa, elevando ese 5% hasta un posible 11% de cuota de mercado (J. CELAYA y J.A. VÁZQUEZ, «El mercado de ebooks en español alcanza el 11% del total de las ventas del sector editorial», disponible en <http://www.dosdoce.com/2018/01/18/mercado-ebooks-espanol-alcanza-11-del-total-las-ventas-del-sector-editorial/>).

<sup>140</sup> Disposición Final 43ª de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

la propiedad intelectual cuenta con una mejor protección (al menos, relevante) que con la que contaba antes de la reforma<sup>141</sup>.

En este sentido, también se ha recurrido a la implantación de las medidas tecnológicas de protección, pero no han resultado ser la eficaz herramienta contra la piratería que se esperaba que iban a ser; ha sido precisamente lo restrictivo y aparatoso que resultan estas medidas para el lector lo que impiden equiparar el libro electrónico con el libro en papel.

Irónicamente, el mayor daño que ha sufrido la propiedad intelectual ha sido el intento de protegerla: los libros son, junto a las retransmisiones y demás formas de acceso a contenidos de fútbol, los únicos bienes cuyo consumo ilícito ha aumentado el año pasado —las pérdidas patrimoniales aumentaron un 1% entre 2017 y 2018<sup>142</sup>, y entre 2016 y 2017 ya habían supuesto un aumento del 16,3 %<sup>143</sup>—. Nos encontramos con que se utilizan herramientas de protección para evitar la descarga ilegal de libros, pero da como resultado un producto incómodo para el consumidor, quien decide adquirir el producto libre de dichas medidas para su mayor disfrute.

La piratería condiciona otro asunto sensible en la explotación digital como es el relativo a la remuneración del autor. Como ya hemos señalado, la licencia de uso es la herramienta idónea para comercializar la obra. El pago por la adquisición de la licencia de uso ilimitada, de una suscripción temporal, la mera descarga digital contra pago o los ingresos por publicidad son las vías de ingresos más usadas hoy en día por los autores —lo cual no impediría que, en el marco de un contrato de cesión de derechos digitales, el autor pudiese percibir un anticipo del editor, tal y como establece el artículo 62.1.b) en sede del contrato de edición, que quedaría posteriormente cubierto con las visualizaciones *online* de la obra—. Pero mientras la venta de *e-books* no goce de una seguridad similar con respecto a la venta de libros físicos, y siga predominando el consumo en papel, el aspecto económico no parece ser el principal aliciente para decantarse por la explotación digital.

---

<sup>141</sup> Para una crítica de la ley Sinde en lo que se refiere a la tutela administrativa de los derechos, *vid.* el análisis realizado por S. MUÑOZ MACHADO, «El problema de los derechos digitales. (Plagiadores, piratas y otros depredadores de la propiedad intelectual)», en *Los retos actuales del Derecho administrativo en el Estado autonómico. Estudios en homenaje al profesor José Luis Carro Fernández-Valmayor* (coords. L. Míguez Macho y M. Almeida Cerredá), vol. II, Santiago de Compostela: Fundación Democracia y Gobierno Local y Andavira Editora, S.L., Santiago de Compostela, 2017, pp. 201-227.

<sup>142</sup> LA COALICIÓN DE CREADORES DE INDUSTRIAS Y CONTENIDOS, *Observatorio de piratería y hábitos de consumo digitales 2018*, *cit.*, p. 16.

<sup>143</sup> LA COALICIÓN DE CREADORES DE INDUSTRIAS Y CONTENIDOS, *Observatorio de piratería y hábitos de consumo digitales 2017*, 2017 [en línea], disponible en <https://www.gremieditores.cat/wp-content/uploads/2018/04/2017-Observatorio-de-pirateria-y-habitos-de-consumo-de-contenidos-digitales.pdf>, p. 21.

## V. CONCLUSIONES

1. El contenido mínimo del derecho de puesta a disposición en línea. Los artículos del TDA definen el derecho de puesta a disposición de forma abierta, excluyendo no obstante la comercialización de bienes físicos. Ahora bien, el contenido del TDA es un contenido *de mínimos*, que no impide a los Estados contratantes regular la puesta a disposición como un derecho de comunicación pública o de distribución, siempre que reconozcan el mismo derecho que establece el Tratado. Aunque el TJUE se haya mostrado reticente en la aplicación del principio del agotamiento a los soportes intangibles —con la salvedad del caso *UsedSoft*—, el estado actual de la tecnología demuestra que la interpretación más reciente de la DDASI no es la más acorde con las exigencias del marco económico digital contemporáneo.

En esta situación, a falta de un giro jurisprudencial en la interpretación de los derechos de distribución y comunicación pública, es necesaria *de lege ferenda* una redefinición del derecho de distribución para incluir las copias comercializadas en línea, o bien reconocer un derecho de explotación autónomo que evite esta dicotomía entre ambos derechos. En cualquier caso, el reconocimiento del principio del agotamiento en la venta de copias digitales no supondría una disminución del valor de los derechos de autor, y además conllevaría una serie de ventajas en el mercado de comercialización de los mismos.

2. Una necesaria reforma del contrato de edición. La distinción actual, puramente normativa, que distingue entre la distribución y la comunicación al público de un mismo libro en función del soporte de comercialización suscita dudas en el plano económico —resulta aquí muy ilustrativa la equiparación fiscal del libro en papel y el electrónico llevada a cabo por el legislador europeo— y plantea problemas en la vertiente patrimonial de los derechos de autor: el contenido del contrato de edición es distinto en función del soporte y puede conllevar una mayor desprotección del autor en la explotación comercial en su modalidad de comunicación pública por la no-aplicación del régimen del contrato de edición.

No es factible que se tipifique un contrato para la edición física de libros, con sus correspondientes reglas, y que dicho contrato no pueda aplicarse a la explotación del libro electrónico con carácter general —salvo que se pacte expresamente—, debido únicamente al distinto formato en que se va a poner en circulación la obra. En tanto no contemos con una regulación idónea del libro electrónico, una solución factible, de *lege lata*, consistiría en realizar una interpretación extensiva del contrato de edición para que diese cabida a la explotación en línea del libro electrónico, avalada por la realidad socio-económica actual.

3. Una nueva configuración del mercado editorial en el mundo digital. Las facilidades que brindan las nuevas tecnologías han remodelado el comercio electrónico y, dentro de éste, el mercado editorial. Pueden recordarse aquí todos los diversos factores que entran en juego en la comercialización del libro electrónico (la acumulación en una sola persona de las labores necesarias de la cadena editorial, la reducción de costes y el aumento del número de obras publicadas, y las vulnerabilidades frente a las que hay que protegerse en el entorno digital —*v.gr.* la piratería—). Corolario de ello es la escasa (o no tan alta como se predijo) popularidad del libro electrónico en Europa en general y en España en particular; una «falta de despegue» que, mientras persistan la pasividad del legislador en reformar el contrato de edición o el poco interés que han mostrado de momento los consumidores, retrasará que el libro electrónico pueda equipararse al libro editado en papel en el mercado editorial actual.