



# **LA AUTORÍA FANTASMA**

**Tesis doctoral**

Autor:

Alejandro Nieto Cruz

**Dirigida por**

Dra. Isabel Zurita Martín

Dra. María Dolores Cervilla Garzón

**Programa de Doctorado en Derecho**

**Escuela de Doctorado de la Universidad de Cádiz**

**2024**



*A mis maestras Isabel y Lolín,  
por todas las horas, todos los minutos y todos los segundos...*

*A mi amiga Covadonga,  
por cambiarme para siempre y para mejor*



## ÍNDICE

|                                                                                                                                                          |            |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>CAPÍTULO PRIMERO: LA AUTORÍA FANTASMA .....</b>                                                                                                       | <b>9</b>   |
| <b>1. INTRODUCCIÓN .....</b>                                                                                                                             | <b>9</b>   |
| <b>2. BREVE RECORRIDO POR ALGUNOS CASOS ILUSTRES DE AUTORÍA FANTASMA.....</b>                                                                            | <b>11</b>  |
| <b>3. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE AUTORÍA FANTASMA .....</b>                                                                                            | <b>16</b>  |
| 3.1. Motivaciones y causas del surgimiento de la autoría fantasma.....                                                                                   | 18         |
| 3.2. Notas distintivas del fenómeno de la autoría fantasma .....                                                                                         | 25         |
| 3.2.1. <i>El consentimiento del autor fantasma y del autor aparente.....</i>                                                                             | <i>25</i>  |
| 3.2.2. <i>La confidencialidad del acuerdo entre el autor fantasma y el autor aparente .....</i>                                                          | <i>28</i>  |
| 3.2.3. <i>La onerosidad como regla general en el fenómeno de la autoría fantasma .....</i>                                                               | <i>32</i>  |
| 3.3. La interpretación fantasma .....                                                                                                                    | 38         |
| <b>4. ENFOQUE Y ESTRUCTURA DEL ANÁLISIS DE LA MATERIA.....</b>                                                                                           | <b>40</b>  |
| <b>CAPÍTULO SEGUNDO: LA CREACIÓN Y LA OBRA INTELECTUAL .....</b>                                                                                         | <b>42</b>  |
| <b>1. EL HECHO GENERADOR DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: LA CREACIÓN.....</b>                                                                               | <b>44</b>  |
| <b>2. EL OBJETO DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: LA OBRA INTELECTUAL.....</b>                                                                  | <b>48</b>  |
| 2.1. La originalidad de la obra.....                                                                                                                     | 49         |
| 2.2. El carácter artístico, literario o científico de la obra .....                                                                                      | 58         |
| 2.3. La exteriorización de la obra .....                                                                                                                 | 59         |
| <b>3. LA APORTACIÓN DE IDEAS POR PARTE DEL AUTOR APARENTE ...</b>                                                                                        | <b>62</b>  |
| <b>CAPÍTULO TERCERO: EL CONCEPTO DE AUTOR.....</b>                                                                                                       | <b>73</b>  |
| <b>1. LA TITULARIDAD ORIGINARIA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE AUTOR .....</b>                                                | <b>74</b>  |
| 1.1. La función normativa del artículo 5 de la Ley de Propiedad Intelectual.....                                                                         | 74         |
| 1.2. Requisitos esenciales para ser considerado autor de una obra intelectual.....                                                                       | 78         |
| 1.3. El principio de autoría de la legislación en materia de propiedad intelectual .....                                                                 | 82         |
| <b>2. LAS PRESUNCIONES DE AUTORÍA EN LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL .....</b>                                                                           | <b>85</b>  |
| <b>3. LA AUTORÍA PLURISUBJETIVA: ESPECIAL REFERENCIA A LA OBRA EN COLABORACIÓN .....</b>                                                                 | <b>91</b>  |
| 3.1. Delimitación del concepto de obra en colaboración.....                                                                                              | 91         |
| 3.2. Análisis de la jurisprudencia española relativa al reconocimiento o no de la condición de autor en supuestos de obras en colaboración.....          | 98         |
| <b>4. EXCEPCIONES A LAS REGLAS GENERALES DE RECONOCIMIENTO DE LA AUTORÍA Y ATRIBUCIÓN DE LA TITULARIDAD ORIGINARIA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL .....</b> | <b>106</b> |

|                                                                                                                                                                            |            |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 4.1. La atribución originaria de la propiedad intelectual a un sujeto distinto del autor: el supuesto de las obras colectivas .....                                        | 106        |
| 4.2. Excepción al principio de autoría del artículo 5 de la Ley de Propiedad Intelectual: la autoría de las personas jurídicas sobre los programas de ordenador .....      | 112        |
| 4.3. La constitucionalidad del artículo 97.2 de la Ley de Propiedad Intelectual y la competencia del legislador español para determinar quién es el autor de la obra ..... | 117        |
| 4.4. El núcleo de la polémica: diferencias entre autoría y titularidad originaria .....                                                                                    | 120        |
| <b>5. EL INTÉRPRETE DE LA OBRA INTELECTUAL COMO TITULAR DE UN DERECHO CONEXO.....</b>                                                                                      | <b>124</b> |
| 5.1. Los derechos de los artistas intérpretes como derechos conexos .....                                                                                                  | 124        |
| 5.2. El objeto de protección: la interpretación o actuación artística .....                                                                                                | 127        |
| 5.3. El artista intérprete o ejecutante como titular del derecho conexo .....                                                                                              | 132        |
| 5.4. La interpretación fantasma bajo la óptica de la Ley de Propiedad Intelectual .....                                                                                    | 134        |
| <b>CAPÍTULO CUARTO: LOS DERECHOS MORALES.....</b>                                                                                                                          | <b>136</b> |
| <b>1. BREVE RECORRIDO HISTÓRICO EN TORNO A LA GÉNESIS DEL CONCEPTO JURÍDICO DE DERECHO MORAL .....</b>                                                                     | <b>139</b> |
| <b>2. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS MORALES.....</b>                                                                                                                 | <b>147</b> |
| 2.1. Los derechos morales como derechos de la personalidad .....                                                                                                           | 148        |
| 2.2. Los derechos morales como derechos fundamentales .....                                                                                                                | 155        |
| 2.2.1. <i>Argumentos accesorios en el debate en torno a la propiedad intelectual como derecho fundamental</i> .....                                                        | 157        |
| 2.2.2. <i>El núcleo de la cuestión: el derecho a la libertad de creación</i> .....                                                                                         | 164        |
| <b>3. CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS MORALES.....</b>                                                                                                                     | <b>170</b> |
| 3.1. Irrenunciabilidad e inalienabilidad de los derechos morales .....                                                                                                     | 172        |
| 3.1.1. <i>Irrenunciabilidad</i> .....                                                                                                                                      | 172        |
| 3.1.2. <i>Inalienabilidad</i> .....                                                                                                                                        | 174        |
| 3.2. Disponibilidad de los derechos morales .....                                                                                                                          | 176        |
| 3.3. La revocabilidad del consentimiento prestado con respecto a las autorizaciones a las intromisiones en la esfera de protección de los derechos morales .....           | 180        |
| 3.3.1. <i>Concepto básico de la facultad de revocación del consentimiento</i> .....                                                                                        | 181        |
| 3.3.2. <i>Legitimación activa y pasiva de la facultad revocatoria</i> .....                                                                                                | 182        |
| 3.3.3. <i>La ausencia de necesidad de vincular el ejercicio de la revocación a una justa causa</i> .....                                                                   | 185        |
| 3.3.4. <i>Los efectos irretroactivos de la revocación del consentimiento</i> .....                                                                                         | 187        |
| 3.3.5. <i>Consecuencias patrimoniales de la revocación del consentimiento</i> .....                                                                                        | 190        |
| 3.4. Otras características de los derechos morales .....                                                                                                                   | 192        |
| 3.5. Una perspectiva comparada a la irrenunciabilidad, inalienabilidad y disponibilidad de los derechos morales .....                                                      | 194        |
| 3.5.1. <i>Reino Unido</i> .....                                                                                                                                            | 196        |

|                                                                                                                                                                      |            |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 3.5.2. Estados Unidos.....                                                                                                                                           | 202        |
| 3.5.3. Francia.....                                                                                                                                                  | 205        |
| 3.5.4. Alemania .....                                                                                                                                                | 208        |
| <b>4. LOS DERECHOS MORALES DE DIVULGACIÓN Y DE PATERNIDAD</b>                                                                                                        | <b>212</b> |
| 4.1. El derecho de divulgación .....                                                                                                                                 | 212        |
| 4.1.1. Concepto y contenido .....                                                                                                                                    | 212        |
| 4.1.2. La posibilidad de impedir la divulgación de la obra cuando previamente el autor ha autorizado contractualmente su difusión .....                              | 215        |
| 4.1.3. La posibilidad de forzar la divulgación de la obra tras la muerte del autor .....                                                                             | 220        |
| 4.1.4. La exclusión (o no) del derecho de exposición pública en los supuestos de transmisión del soporte material de una obra de artes plásticas o fotográfica ..... | 223        |
| 4.1.5. El derecho de divulgación en el ámbito de la autoría fantasma .....                                                                                           | 226        |
| 4.2. El derecho de paternidad .....                                                                                                                                  | 228        |
| 4.2.1. Concepto y contenido .....                                                                                                                                    | 228        |
| 4.2.2. El derecho de paternidad como núcleo de los derechos morales .....                                                                                            | 231        |
| 4.2.3. La posibilidad o no de ejercer el derecho de paternidad en otros supuestos similares .....                                                                    | 234        |
| 4.2.4. El derecho de paternidad en el ámbito de la autoría fantasma .....                                                                                            | 238        |
| <b>CAPÍTULO QUINTO: EL ACUERDO DE USURPACIÓN DE AUTORÍA .....</b>                                                                                                    | <b>240</b> |
| <b>1. ELEMENTOS ESENCIALES DEL ACUERDO DE USURPACIÓN DE AUTORÍA.....</b>                                                                                             | <b>241</b> |
| 1.1. Objeto y consentimiento.....                                                                                                                                    | 241        |
| 1.2. Diferenciación entre los actos de mera tolerancia y la concesión de una autorización .....                                                                      | 243        |
| 1.3. La causa del negocio jurídico de usurpación.....                                                                                                                | 246        |
| <b>2. LOS SUJETOS DEL ACUERDO DE USURPACIÓN DE AUTORÍA.....</b>                                                                                                      | <b>247</b> |
| 2.1. El autor fantasma.....                                                                                                                                          | 250        |
| 2.2. El autor aparente.....                                                                                                                                          | 254        |
| 2.3. El profesional de la explotación .....                                                                                                                          | 256        |
| <b>3. LAS PRESTACIONES PRINCIPALES DEL ACUERDO DE USURPACIÓN DE AUTORÍA .....</b>                                                                                    | <b>257</b> |
| 3.1. Las prestaciones del autor fantasma.....                                                                                                                        | 257        |
| 3.1.1. El deber de crear la obra .....                                                                                                                               | 258        |
| 3.1.2. La entrega de la obra y la cesión de los derechos de propiedad intelectual .....                                                                              | 263        |
| 3.1.3. El compromiso de confidencialidad y de no impugnación de la usurpación consentida .....                                                                       | 269        |
| 3.2. Las prestaciones del autor aparente o del profesional de la explotación.....                                                                                    | 274        |

|                                                                                                                                              |            |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 3.2.1. <i>La creación de la apariencia verosímil de autoría y el compromiso de confidencialidad</i> .....                                    | 274        |
| 3.2.2. <i>El pago del precio</i> .....                                                                                                       | 278        |
| 3.2.3. <i>El deber de explotar la obra en el mercado</i> .....                                                                               | 282        |
| <b>4. LA EFICACIA DEL CONSENTIMIENTO DEL AUTOR FANTASMA ....</b>                                                                             | <b>283</b> |
| 4.1. El autor no puede ejercitar la acción declarativa de paternidad intelectual.....                                                        | 284        |
| 4.2. El autor puede ejercitar la acción declarativa de paternidad intelectual, pero su ejercicio supone un incumplimiento del contrato ..... | 288        |
| 4.3. El autor puede revocar libremente su consentimiento.....                                                                                | 291        |
| 4.4. El consentimiento del autor no es eficaz .....                                                                                          | 299        |
| 4.4.1. <i>Examen sobre la licitud de la causa y los límites a la autonomía de la voluntad en el acuerdo de usurpación de autoría</i> .....   | 299        |
| 4.4.2. <i>Análisis de la colisión del acuerdo de usurpación de autoría con la ley, la moral y el orden público</i> .....                     | 304        |
| 4.5. Conclusiones sobre el análisis de la eficacia del acuerdo de usurpación de autoría ..                                                   | 313        |
| <b>5. CONSECUENCIAS DE LA INEFICACIA DEL ACUERDO DE USURPACIÓN DE AUTORÍA .....</b>                                                          | <b>317</b> |
| 5.1. Ineficacia derivada de la colisión con los límites de la autonomía de la voluntad (artículo 1255 del Código Civil).....                 | 318        |
| <b>5.2. Ineficacia derivada de la causa ilícita (artículo 1275 del Código Civil) .....</b>                                                   | <b>320</b> |
| 5.3. Conclusiones sobre las consecuencias restitutorias derivadas de la nulidad del acuerdo de usurpación de autoría.....                    | 326        |
| 5.4. Ejercicio de la acción de nulidad del acuerdo de usurpación de autoría .....                                                            | 329        |
| <b>6. LA RELACIÓN CON EL PROFESIONAL DE LA EXPLOTACIÓN .....</b>                                                                             | <b>332</b> |
| 6.1. Supuestos en los que el profesional no contrata directamente con el autor fantasma                                                      | 333        |
| 6.1.1. <i>Titularidad y cesión de los derechos de explotación del autor fantasma</i> .....                                                   | 334        |
| 6.1.2. <i>La concurrencia de buena o mala fe en el profesional de la explotación</i> .....                                                   | 336        |
| 6.2. Supuestos en los que el profesional sí contrata directamente con el autor fantasma .                                                    | 339        |
| 6.2.1. <i>Relación contractual directa únicamente entre el autor fantasma y el profesional de la explotación</i> .....                       | 340        |
| 6.2.2. <i>Relación contractual simultánea entre el autor fantasma, el autor aparente y el profesional de la explotación</i> .....            | 341        |
| <b>7. ACCIONES JURÍDICAS EJERCITABLES POR EL PÚBLICO ENGAÑADO POR LA AUTORÍA FANTASMA .....</b>                                              | <b>343</b> |
| 7.1. Anulabilidad del contrato por vicios del consentimiento .....                                                                           | 343        |
| 7.2. La falta de conformidad .....                                                                                                           | 351        |
| <b>CONCLUSIONES .....</b>                                                                                                                    | <b>363</b> |
| <b>BIBLIOGRAFÍA Y ANEXO JURISPRUDENCIAL .....</b>                                                                                            | <b>371</b> |



## CAPÍTULO PRIMERO

### LA AUTORÍA FANTASMA

#### 1. INTRODUCCIÓN

Los seres humanos han estado inclinados a la creación artística, en sus diferentes vertientes (literatura, música, pintura, etc.), desde sus propios orígenes. En efecto, sus habilidades no se han limitado a la invención de herramientas útiles capaces de resolver aquellos problemas que obstaculizaran la propia supervivencia, sino que también se han extendido a la creación de obras que no sirvieran sencillamente a ese propósito y que han cumplido otra finalidad completamente distinta: la de expresar artísticamente cualquier asunto que concerniera, de un modo u otro, a cualquier dimensión de la persona humana (sus emociones, sus anhelos, sus preocupaciones, etc.). De igual manera, la pretensión natural de dicho acto expresivo es la de establecer a través de la creación exteriorizada un cauce de comunicación entre la persona que ha originado dicha obra –el autor– y el resto de sujetos que perciben la misma –el público–. Estos últimos no sólo se deleitan como consecuencia de lo que les ha transmitido dicha creación, sino que inevitablemente sienten cierta admiración por la persona que ha tenido el talento y la maestría de crear dicha obra artística. Como consecuencia de todo lo anterior, estaremos dispuestos a admitir que la creación humana, al menos si alcanza determinadas cotas de excelencia u originalidad, lleva aparejada lógicamente un cierto reconocimiento público para el autor por parte del resto de la sociedad.

Dicho prestigio social es naturalmente un objetivo ambicionado por muchos, incluso por aquellos que carecen de la disciplina o de la habilidad necesarias para ser respetados y recordados por las creaciones que han realizado. Ello ha ocasionado que algunos de estos sujetos hayan tratado en alguna ocasión de adjudicarse los méritos creativos realizados, en realidad, por otra persona. En este sentido, así se lamentaba ya el poeta romano Virgilio cuando un tercero trató de apropiarse ilícitamente de unos versos que habían sido escritos por el primero:

*Estos versos los hice yo; otro se llevó los honores  
así vosotras, no para vosotras, hacéis la miel, abejas;  
así vosotros, no para vosotros, lleváis los arados, bueyes;  
así vosotras, no para vosotras, hacéis los nidos, aves;*

*así vosotras, no para vosotras, lleváis los vellones, ovejas*<sup>1</sup>.

Nos encontramos ante un claro supuesto de usurpación de la autoría, en la que un sujeto se adueña de una obra intelectual ajena e intenta arrogarse públicamente la condición de autor de la misma. No cabe duda de que en semejante caso el auténtico creador debe ostentar los instrumentos jurídicos necesarios para impugnar esta situación y reivindicar su condición como verdadero autor de la obra. Más adelante analizaremos los mismos<sup>2</sup>. En cualquier caso, Virgilio no fue el único poeta romano que denunció el intento de un tercero de apropiarse de parte de su obra. De modo similar, el poeta Marcial acusó reiteradamente en sus *Epigramas* al poeta Fidentino de “plagiario” (expresión que se utilizaba en la Antigua Roma para referirse a la persona que vendía como propio un esclavo ajeno). Así pues, en el Epigrama XXIX del Libro I Marcial se expresaba en estos términos:

*Corre el rumor de que tú, Fidentino, lees mis versos al público como si fueran tuyos. Si quieres que se diga que son míos, te enviaré gratis los poemas; si quieres que se diga que son tuyos, compra esto: que no son míos*<sup>3</sup>.

No sería el único epigrama que le dedicaría a su rival Fidentino. Sin embargo, nos gustaría llamar la atención sobre la idea a la que el poeta apunta en el último inciso del texto citado. En efecto, Marcial apremia a Fidentino a pagarle por su silencio —*compra esto: que no son míos*— si pretende aparecer públicamente como el verdadero creador de dichos versos. No sería el único epigrama del poeta en el que dicha idea aparecería. De esta manera, en el Epigrama XX del Libro II afirma:

*Paulo compra poemas. Paulo recita esos poemas como suyos, pues bien puede uno lo que compra llamar suyo*<sup>4</sup>.

De las palabras de Marcial puede deducirse que en la Antigua Roma existía la concepción de que un sujeto podía apropiarse de la autoría de una obra ajena, siempre y cuando

---

<sup>1</sup> La anécdota completa se relata en RUIZ DE ELVIRA PRIETO, A.: “Sic vos non vobis”, *Cuadernos de filología clásica*, N.º. 22, 1989, pp. 33 – 38.

<sup>2</sup> *Vid. infra* capítulo cuarto, epígrafe 4.

<sup>3</sup> MARCOS VALERIO MARCIAL (texto, introducción y notas por J. GUILLÉN; revisado por F. ARGUDO): *Epigramas de Marco Valerio Marcial*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 2003, p. 89.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 131.

hubiera pagado por ella<sup>5</sup>. Por lo tanto, si nos encontráramos ante tal hipótesis, consideramos que ya no estaríamos ante un supuesto de usurpación de la autoría idéntico al que nos hemos referido previamente con el caso de Virgilio. En esta ocasión el auténtico creador habría prestado su consentimiento —elemento ausente en la hipótesis anterior— para que el tercero pudiera aparecer públicamente como el autor de su obra. Cabe preguntarse si la concurrencia de dicho consentimiento podría ocasionar que los hechos merecieran un tratamiento jurídico diferenciado al de la usurpación no consentida de la autoría ajena. Pues bien, al análisis jurídico de esta concreta relación jurídica entre el autor de una obra y quien pretende serlo ante el resto de la sociedad, así como a la realización de propuestas para abordar la misma, es a lo que nos dedicaremos a lo largo del presente trabajo. De aquí en adelante, nos referiremos a dicho fenómeno como el de “la autoría fantasma”.

## **2. BREVE RECORRIDO POR ALGUNOS CASOS ILUSTRES DE AUTORÍA FANTASMA**

En el primer capítulo de la aclamada serie de animación “BoJack Horseman” (2014 – 2020) el agente de una empresa editorial le pregunta al protagonista: “¿Has considerado trabajar con un escritor fantasma?”. La situación es la siguiente: la editorial ha contratado a BoJack Horseman, una antigua estrella de la televisión, para que escriba su autobiografía. La empresa confía en que el libro sea un éxito de ventas y salve a la misma de la precaria situación económica en la que se encuentra. Sin embargo, los retrasos son constantes y la autobiografía no termina de escribirse. El protagonista carece de la disciplina necesaria para ello, se encuentra sumido en un profundo bloqueo creativo y no para de excusarse y de asegurar que el libro estará terminado pronto. Ante dicha situación insostenible, el agente de la editorial pone en contacto a BoJack Horseman con una escritora fantasma que se encargará de entrevistarse con él para así recopilar sus vivencias personales y redactar la biografía de Horseman (que, naturalmente, figurará como si hubiera sido escrita únicamente por él mismo). Si bien “BoJack Horseman” no ha sido la

---

<sup>5</sup> Sobre esta cuestión, DE LA DURANTAYE, K.: “Origins of the Protection of Literary Authorship in Ancient Rome”, *Boston University International Law Journal*, Spring 2007, Columbia Public Law Research Paper No. 07-139, pp. 35 y 38 afirma:

*Ghostwriters in the contemporary sense were unknown in ancient Rome. But authors in financial need are known to have allowed third parties to present their unpublished works as those third parties' own in return for a fee. (...) What it shows all the same is that the Roman reading public was significantly less harsh in its condemning of individuals who had purchased the unpublished works of third parties and subsequently presented them as their own, than they were of individuals who simply took a given published work and claimed it was the fruit of their own mind and pen.*

única obra que ha abordado la existencia de esta clase de autores<sup>6</sup>, creemos que la trama que hemos expuesto nos proporciona una primera imagen mental con la que ilustrar al lector sobre cuál debe ser la dinámica habitual en este tipo de relaciones<sup>7</sup>. En cualquier caso, también podemos encontrar más allá de la ficción numerosos supuestos en los que se ha recurrido a un autor fantasma para que éste cree una obra intelectual cuya autoría se va a arrojar posteriormente un tercero.

Quizás el ejemplo paradigmático de este fenómeno lo encontramos en la figura de Alejandro Dumas. Se tiene constancia de que el novelista francés escribía sus obras a través de un taller de escritores, llegando a señalar la cifra de hasta sesenta y tres colaboradores distintos que habrían sido contratados para dicha finalidad. El procedimiento habitual para escribir estas obras literarias era el siguiente. En primer lugar, Dumas se reunía con sus colaboradores y les planteaba el esquema básico de la historia y de los personajes. A partir de dichas indicaciones su taller de escritores elaboraba el cuerpo del libro. Por último, Dumas modificaba el texto que le proporcionaban, cortando o añadiendo aquello que considerara necesario para darle su propio toque personal al resultado final. Cuando la obra literaria era finalmente publicada, el único sujeto que figuraba como autor de la misma era Alejandro Dumas.

De entre todos los escritores que colaboraron con el novelista francés, cabe destacar especialmente la intervención de Auguste Maquet, que durante diez años le ayudó a escribir algunas de sus obras más relevantes, tales como “El conde de Montecristo” o “Los tres mosqueteros”. La importancia de Maquet en esta materia no se limita sólo a la sustanciosa contribución que realizó al legado literario de Dumas, sino a que la relación de colaboración entre ambos terminaría por romperse cuando el primero demandara al segundo ante los tribunales franceses para reclamar la coautoría de aquellas obras escritas entre los dos. Si bien dichos órganos judiciales estimaron el pago de una mayor cantidad de dinero para Maquet, desestimaron por el contrario su pretensión de aparecer como

---

<sup>6</sup> Entre otras, podemos citar algunas obras de ficción de referencia que abordan esta temática, tales como las películas “El escritor” (2010), de Roman Polanski; “La buena esposa” (2017), de Björn Runge; o “Colette” (2018), de Wash Westmoreland.

<sup>7</sup> ANDRIANI, L.: “Ghost Stories”, *Publishers Weekly*, 26 de mayo de 2006, disponible en <http://www.publishersweekly.com/pw/print/20060529/17394-ghost-stories.html> [consultado el 16 de febrero de 2024] describe cómo funcionan los encargos de obras literarias a autores fantasmas en la práctica.

coautor de dichas creaciones, declarando lícito el acuerdo al que había llegado con Alejandro Dumas en relación con la paternidad de las obras<sup>8</sup>.

No es el único ejemplo de autoría fantasma del que tenemos constancia. Sin ánimo de ser exhaustivos, entre los diversos casos que conocemos que han sucedido a lo largo de la historia, CARON señala cómo Rembrandt firmaba con su nombre cuadros pintados por otras personas; cómo la película “Lo que el viento se llevó” fue fruto del trabajo de varios directores, pese a que sólo se acreditara como tal a uno de ellos; o cómo Wolfgang Amadeus Mozart delegó en su discípulo Franz Xaver Süssmayr la composición de los recitativos de la ópera “La clemencia de Tito”<sup>9</sup>. De hecho, en relación con Mozart, cabe destacar que él mismo fue contratado como autor fantasma por el conde Franz von Walsegg para que compusiera su (finalmente, inacabado) “Réquiem” con el fin de hacerlo pasar como una obra propia<sup>10</sup>.

Pese a lo lejanos que puedan parecer los ejemplos recién expuestos, no queremos dar la falsa impresión de que la autoría fantasma se trata de una práctica propia de otros tiempos en los que las costumbres y los valores morales de la sociedad eran otros bien distintos. Al contrario, se trata de una realidad de una enorme vigencia y actualidad. Recientemente se ha sabido que la autobiografía del controvertido príncipe Harry, duque de Sussex, fue escrita, en realidad, por J.R. Moehringer, premio Pulitzer de periodismo en el año 2000 y autor de otras autobiografías de personajes famosos. Según fuentes periodísticas, la labor desempeñada por el galardonado periodista no sería precisamente barata, puesto que se asegura que percibió “una cantidad de siete cifras” por escribir “Spare”, la biografía del príncipe Harry, a quien le pagaron a su vez cuarenta millones de libras por relatar sus vivencias personales<sup>11</sup>. En relación con la omisión de su nombre como autor en otra de

---

<sup>8</sup> Sobre Alejandro Dumas, Auguste Maquet y sus otros colaboradores, *vid.* GARCÍA, F.: “¿Quién escribió realmente Los tres mosqueteros?”, *La Vanguardia*, 13 de junio de 2020, disponible en <https://www.lavanguardia.com/edicion-impres/20200613/481732698946/quien-escribio-realmente-los-tres-mosqueteros.html> [consultado el 16 de febrero de 2024].

<sup>9</sup> CARON, C.: “Les nègres et le droit d’auteur”, *La Vie judiciaire*, 4 janvier 1994, p. 7.

<sup>10</sup> Sin embargo, sería la propia viuda de Mozart quien acabaría consiguiendo que se revelara que su difunto marido era el auténtico creador de dicha composición musical. Todo ello se relata en “La misteriosa historia detrás del Réquiem más famoso de Mozart”, *Semana*, 11 de enero de 2018, disponible en <https://www.semana.com/cultura/articulo/la-misteriosa-historia-detras-del-requiem-mas-famoso-de-mozart/553231/> [consultado el 16 de febrero de 2024] y en ESCOBEDO, A.: “El Réquiem de Mozart, una composición rodeada de misterio”, *Historia Hoy*, 6 de diciembre de 2021, disponible en <https://historiahoy.com.ar/el-requiem-mozart-una-composicion-rodeada-misterio-n4547> [consultado el 16 de febrero de 2024].

<sup>11</sup> STRICK, K.: “JR Moehringer: the celebrity ghostwriter and ‘daddy issues’ specialist behind Prince Harry’s memoir Spare”, *Evening Standard*, 5 de enero de 2023, disponible en

las autobiografías que había escrito, la del tenista Andre Agassi, Moehringer afirmó lo siguiente: “La matrona nunca se va a casa con el bebé. (...) Son las memorias de Andre, no nuestras memorias. Es su logro”<sup>12</sup>.

Finalmente, también tenemos constancia de que en nuestro país se han producido algunos casos célebres de autoría fantasma, los cuales han llegado a tener cierta trascendencia histórica o mediática. En primer lugar, podríamos aludir a la historia de la escritora María Lejárraga, que fue la auténtica autora de numerosas obras (entre ellas, la famosa pieza de teatro “Canción de cuna”) que fueron divulgadas bajo el nombre de su marido, Gregorio Martínez Sierra. La relación de colaboración entre ambos sujetos se prolongaría incluso con posterioridad a su divorcio y acabaría perjudicando notablemente a Lejárraga, quien tras el fallecimiento de Martínez Sierra perdió el control total sobre los derechos de sus obras ante la hija de su ex marido, debido a la imposibilidad de acreditar que era la verdadera autora de las mismas<sup>13</sup>. Por otro lado, también podemos hacer referencia al mediático caso de la novela “Sabor a hiel” de la periodista Ana Rosa Quintana. Tras descubrirse que el texto contenía párrafos plagiados de otras novelas y después de que la editorial decidiera retirar el libro del mercado, Quintana reconoció que la novela había sido escrita en colaboración con David Rojo, al que culpó de la inserción de dichos párrafos<sup>14</sup>. Más reciente aún fue el caso de la autobiografía del Presidente del Gobierno Pedro Sánchez Castejón, “Manual de resistencia”, que fue redactada por Irene Lozano y que fue fruto de unas conversaciones que esta última mantuvo con el Presidente del Gobierno para elaborar el libro. Ante el hecho de que sólo figurara el nombre de Pedro

---

<https://www.standard.co.uk/insider/jr-moehringer-who-is-prince-harry-celebrity-memoirist-spare-b1050916.html> [consultado el 16 de febrero de 2024].

<sup>12</sup> SERRANO, B.: “J. R. Moehringer, el escritor fantasma de Enrique de Inglaterra, experto en explorar las tensas relaciones entre padres e hijos”, *El País*, 10 de enero de 2023, disponible en <https://elpais.com/gente/2023-01-10/j-r-moehringer-el-escriptor-fantasma-de-enrique-de-inglaterra-experto-en-explorar-las-tensas-relaciones-entre-padres-e-hijos.html> [consultado el 16 de febrero de 2024].

<sup>13</sup> Estos sucesos se relatan en DÍAZ PÉREZ, E.: “La gran escritora que borró su nombre”, *El País*, 17 de septiembre de 2018, disponible en [https://elpais.com/cultura/2018/09/16/actualidad/1537121678\\_040945.html](https://elpais.com/cultura/2018/09/16/actualidad/1537121678_040945.html) [consultado el 16 de febrero de 2024].

<sup>14</sup> En un comunicado la periodista llegó a afirmar lo siguiente: *Deseo dejar constancia, en primer lugar y para evitar todo equívoco, que el libro está basado en una idea original mía, como mía es la trama, la construcción y el perfil de los personajes, así como la mayoría de los textos (...). Sin embargo, al ser mi primera novela y desarrollarse este proyecto a lo largo de muchos meses, tuve que recurrir a la ayuda y colaboración de una persona de mi entorno, que gozaba de toda mi confianza para que me ayudara en la culminación de la obra. Nunca en mi vida he pretendido engañar a nadie y la existencia de esa colaboración ha sido pública. Jamás se ha ocultado y de hecho queda reflejada en la página de los agradecimientos de la novela. Vid. “Ana Rosa Quintana culpa de los plagios en 'Sabor a hiel' a un ayudante de toda confianza”, *El País*, 23 de octubre de 2000, disponible en [https://elpais.com/diario/2000/10/23/cultura/972252001\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2000/10/23/cultura/972252001_850215.html) [consultado el 16 de febrero de 2024].*

Sánchez en la portada, Lozano afirmó: “El autor es él, yo sólo le he dado forma literaria porque me dedico a ello”<sup>15</sup>. Llama la atención cómo en algunos de los casos señalados – especialmente cuando hablamos de una autobiografía– se insiste en afirmar que el autor fantasma no es el auténtico autor porque la idea o el relato de los hechos provienen del individuo que aparece después como único creador de la obra en cuestión. Posteriormente, analizaremos la consistencia jurídica de dicha concepción<sup>16</sup>.

En cualquier caso, resulta evidente que los ejemplos son numerosos y lo más llamativo es que representan únicamente ese pequeño porcentaje de casos que, de un modo u otro, han llegado a trascender a la opinión pública (lo que, por cierto, no es muy habitual)<sup>17</sup>. En efecto, nuestro objetivo al exponer sucintamente esta ristra de anécdotas destacadas no es ni mucho menos mofarse de los sujetos involucrados o apelar al morbo que pueda generarle al lector el relato de las mismas. Lo que pretendemos conseguir a través de dichos ejemplos es constatar cómo la autoría fantasma constituye un fenómeno mucho más presente en el mercado cultural de lo que nos llegamos a imaginar. Se trata de un tipo de relación jurídica que ha servido como base para crear tanto algunas de las obras de arte más relevantes de la historia de la humanidad como algunos de los productos que en la actualidad copan las listas de los más vendidos. Se hace necesario, por tanto, un estudio riguroso que aborde la licitud de este tipo de acuerdos y las problemáticas que, inevitablemente, se derivarán de una relación basada, por un lado, en la confidencialidad y la confianza entre los sujetos involucrados y, por otro, en el engaño al resto de individuos ajenos al acuerdo. Por todo ello, creemos que lo primero que tendremos que abordar en este sentido es el concepto de autoría fantasma.

---

<sup>15</sup> “Irene Lozano aclara que Sánchez es el autor de su libro: “Yo sólo le he dado forma literaria””, *Público*, 19 de febrero de 2019, disponible en <https://www.publico.es/politica/libro-pedro-sanchez-irene-lozano-aclara-sanchez-autor-libro-le-he-dado-forma-literaria.html> [consultado el 16 de febrero de 2024].

<sup>16</sup> *Vid. infra* capítulo segundo, epígrafe 3.

<sup>17</sup> SUZANNE, C.: “The Good Life of Ghostwriting”, *Writers Weekly*, 3 de octubre de 2001, disponible en [http://writersweekly.com/this\\_weeks\\_article/000607\\_10032001.html](http://writersweekly.com/this_weeks_article/000607_10032001.html) [consultado el 16 de febrero de 2024] afirma: *Book industry insiders estimate that 50% or more of all traditionally published books in today’s market are worked on by one or more ghost/book doctor/line editor*. De hecho, parece que los personajes de cierta relevancia pública suelen recibir ofertas por parte de ciertas empresas para participar en este tipo de negocios. En este sentido, la actriz española Carmen Maura afirmó haber recibido una propuesta de esta naturaleza: “Sí. Escribo cartas a mis amigos o reflexiones sobre mis personajes. Pero nunca jamás se me ocurriría escribir un libro porque solo de pensar en la promoción se me abren las carnes. Me lo han ofrecido alguna vez, incluso que me lo escribiese otra persona. Cuando eres conocida te ofrecen muchas cosas. (...)”, *vid. BERMEJO, A.G.: “Entrevista a Carmen Maura”, Cinemanía*, n.º 325, octubre 2022, p. 88.

### 3. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE AUTORÍA FANTASMA

La autoría fantasma es el fenómeno en el que el autor de una obra intelectual –autor verdadero o autor fantasma– acuerda con un tercero –autor aparente– que sea este último quien aparezca como el auténtico creador de dicha obra ante el público en general. Esta definición que acabamos de aportar contiene los elementos esenciales que están presentes en todos y cada uno de los diferentes supuestos que podrían englobarse bajo el concepto de autoría fantasma. Sin embargo, consideramos que la hipótesis prototípica de una obra creada por un autor fantasma implica otras notas adicionales a las que merece la pena aludir<sup>18</sup>. En efecto, como regla general, este acuerdo se tratará de un pacto secreto por el que el autor aparente remunerará al autor fantasma por la creación de la obra y por la cesión de sus derechos de explotación, estando, a cambio, éste obligado a mantener la confidencialidad sobre la verdadera autoría de la obra. De este modo, el contenido de este tipo de pactos siempre va a incidir ineludiblemente en el derecho moral de paternidad que ostenta el autor fantasma<sup>19</sup>.

Tradicionalmente han sido varios los términos que se han empleado para designar a este individuo, siendo el más popular de ellos el de “negro”<sup>20</sup>. Este último proviene del vocablo francés *nègre*, que se utilizó primero para designar a los esclavos africanos traídos a Europa durante el siglo XVI y posteriormente para referirse por analogía a cualquiera que era explotado sin que se le reconociera ningún tipo de derecho. Así pues, parece que la expresión se popularizó especialmente a partir del caso del novelista

---

<sup>18</sup> Si bien no las consideramos como características esenciales de esta práctica, algunos autores han señalado otras notas distintivas de la autoría fantasma que iremos destacando a lo largo de este trabajo, dado que en la práctica las mismas suelen estar presentes con frecuencia. De este modo, JANKOWSKA, M.: “Ghostwriting revisited”, *ZN UJ, Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej (Jagiellonian University Scholarly Notebooks. Papers on Intellectual Property Law)*, n. 125, 2014, p. 103 afirma lo siguiente: *The features of ghostwriting agreement are fiduciary relationship and confidentiality*. Por su parte, FOSKO, T. J.: “Buying a Lie: The Harms and Deceptions of Ghostwriting”, *U. Ark. Little Rock L. Rev.* 165, Vol. 35, 2012, pp. 167 – 167 restringe la autoría fantasma a aquellos supuestos en los que existe un propósito intencionado de engañar al público. Finalmente, VILARIM BARBOSA ARAÚJO, A.P.: “Os contratos de Ghostwriting no direito de autor: comentário ao Acórdão Bruna Surfistinha do Superior Tribunal de Justiça do Brasil (Processo nº 2012/0162477-2)”, *Revista de Direito Intelectual*, n.2, 2017, p. 215 incluye la idea de remuneración en la definición del fenómeno.

<sup>19</sup> Por dicho motivo hemos denominado en alguna ocasión a este tipo de acuerdos como “contrato de cesión (o renuncia) del derecho de paternidad sobre una obra intelectual”, *vid.* NIETO CRUZ, A.: “La eficacia del contrato de cesión del derecho de paternidad sobre una obra”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, Nº. 16, 2022, pp. 152 – 175. En cambio, en esta ocasión y en aras de la brevedad manejaremos sencillamente el concepto de autoría fantasma o el de usurpación consentida de la autoría.

<sup>20</sup> En este sentido, el Diccionario de la Real Academia Española define negro en su décimo séptima acepción de la siguiente manera: “Persona que trabaja anónimamente para lucimiento y provecho de otro, especialmente en trabajos literarios”. *Vid.* RAE, *Diccionario de la lengua española*, versión digital, disponible en <https://dle.rae.es/negro> [consultado el 16 de febrero de 2024].



Alejandro Dumas, que fue tildado de esclavista por recurrir a un amplio taller de escritores para elaborar sus obras literarias<sup>21</sup>. En la actualidad el término posee innegables connotaciones racistas, motivo por el que el Ministerio de Cultura francés ha propuesto el uso de la expresión *prête-plume* en lugar de la de “negro”<sup>22</sup>. Sin embargo, a nuestro entender dicho término (al igual que el de “negro literario”) parece circunscribir todo este fenómeno a la explotación de las obras literarias, obviando así que esta relación jurídica puede producirse igualmente en el ámbito de las artes plásticas, la música o las disciplinas audiovisuales. En consecuencia, consideramos que para el objeto del presente trabajo el término más adecuado para referirnos a este sujeto es el de “autor fantasma” –expresión inspirada en la palabra inglesa *ghostwriter*– o, simplemente, el de “autor verdadero”.

Antes de empezar a profundizar en el estudio de este fenómeno, es preciso reseñar que en ocasiones existe cierta confusión en torno a si determinadas situaciones entran o no dentro del ámbito de la autoría fantasma. Por ello, haremos posteriormente un esfuerzo notable para delimitar adecuadamente los contornos de esta práctica. Sin embargo, nos gustaría comenzar aclarando que no debe confundirse la autoría fantasma con la dinámica habitual que existe entre el autor de una obra intelectual y el intérprete de la misma.

En la primera hipótesis el autor aparente usurpa consentidamente la posición del autor fantasma con el fin de mostrarse ante el público como el auténtico creador de la obra en cuestión, ocultando, por lo general, la necesaria participación del autor verdadero. En cambio, la situación es notablemente distinta en el segundo supuesto. Si bien es posible que un mismo individuo sea simultáneamente el autor de una determinada obra y el intérprete de la misma, nada obsta (y de hecho, es bastante común) para que dichos roles se desdoblén en dos sujetos distintos, de tal modo que haya, por una parte, una persona que sea la autora de la creación original –por ejemplo, una canción– y, por otra, un individuo que se limite a realizar la interpretación de la misma –siguiendo con el ejemplo

---

<sup>21</sup> En estos términos se expresó Eugène de Mirecourt (alias del periodista Charles Jacquot) en su planfletito *Alexandre Dumas, fabrique de romans et compagnie* en relación con Alejandro Dumas y con el que pretendía atacar los orígenes étnicos de Dumas: “Il embauche des transfuges de l’intelligence, des traducteurs à gages qui se ravalent à la condition de nègres travailleurs sous le fouet d’un mulâtre”. Dicha historia se relata en “Le nègre littéraire: une exception française”, *Une autre histoire*, disponible en <http://une-autre-histoire.org/le-negre-litteraire-une-exception-francaise/> [consultado el 16 de febrero de 2024].

<sup>22</sup> CORROTO, P.: “Francia ya no acepta “negros literarios”; España, sí”, *El País*, 16 de enero de 2018, disponible en [https://elpais.com/cultura/2018/01/15/actualidad/1516032449\\_502773.html](https://elpais.com/cultura/2018/01/15/actualidad/1516032449_502773.html) [consultado el 16 de febrero de 2024]. En cualquier caso, es importante reseñar que la palabra francesa *nègre* –que es la empleada en este ámbito– tiene una serie de connotaciones peyorativas y racistas de las que carece el término *noir*.

recién expuesto, sería el caso del cantante que canta una obra musical compuesta por otra persona—. Como norma general, quien interpreta una creación intelectual no pretende usurpar la posición del autor de la misma. Todo lo contrario en realidad, puesto que lo habitual es que le reconozca la labor realizada en la forma más usual según el tipo de medio de explotación del que estemos hablando<sup>23</sup>. Por tanto, la interpretación de una obra creada por un tercero no entraría en ningún caso dentro del paraguas de la autoría fantasma<sup>24</sup>. Sólo podríamos entender lo contrario si en el supuesto concreto el intérprete sí tratara de arrogarse públicamente la condición de autor de la obra con el consentimiento del verdadero creador.

Así mismo y de forma análoga a lo que sucede en la autoría fantasma, también podríamos hablar del fenómeno de la interpretación fantasma, en el que lo que se usurparía no es la posición de autor, sino la de intérprete. Nos referiremos con más detenimiento a esta realidad en el último epígrafe del presente capítulo, puesto que consideramos más interesante para el objeto de este trabajo que previamente nos centremos en reflexionar sobre las razones que dan lugar a un fenómeno como el de la autoría fantasma.

### **3.1. Motivaciones y causas del surgimiento de la autoría fantasma**

Es innegable que la autoría fantasma suele constituir una forma de garantizar una adecuada y rentable explotación comercial de determinadas creaciones intelectuales. En efecto, en el marco de un convulso mercado cultural el autor aparente acostumbra a ser una persona que, gracias a su fama, su posición social o a cualquier otra característica similar, puede propiciar unas mejores condiciones de venta de la obra de las que podrían

---

<sup>23</sup> Es relevante tener en cuenta que cada medio artístico tiene sus propios usos habituales. Así pues, en el caso de las representaciones de obras teatrales es frecuente que el nombre del autor de la misma figure tanto en el cartel principal como en el folleto de mano. Por el contrario, no es habitual que se mencione el nombre del autor de la letra y de la música –que, incluso, podrían haber sido elaboradas por personas diferentes– de cada canción que se interpreta en un concierto ante un público masivo. En este sentido, el art. 77 *Copyright, Designs And Patents Act* británica de 1988 reconoce el derecho a que aparezca el nombre del creador cuando la obra es publicada, interpretada o comunicada al público, sin embargo, no reconoce ese mismo derecho cuando una obra musical va a ser interpretada o comunicada a un público. Sobre esta cuestión, *vid.* DAVIES, G. y GARNETT, K.: *Moral rights*, Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2016, pp. 127 – 128.

<sup>24</sup> Por ello, no compartimos algunos de los ejemplos que expone JANKOWSKA, M.: “Ghostwriting revisited”, *op. cit.*, pp. 104 y 123 (discursos pronunciados por políticos, cantantes que interpretan obras compuestas por otras personas o presentadores de televisión que leen unas intervenciones que ellos mismos no han redactado), puesto que entendemos que no estaríamos ante supuestos de autoría fantasma, sino ante el desdoblamiento habitual entre creación e interpretación.

asegurarse si la misma se vendiera bajo el nombre del autor verdadero<sup>25</sup>. Si tenemos en cuenta los rendimientos económicos que pueden generar las obras creadas bajo este régimen, entenderemos con facilidad que las empresas que integran la industria cultural (tales como las editoriales, las discográficas o las productoras audiovisuales) se ven enormemente beneficiadas por esta clase de prácticas, por lo que sospechamos que constituyen en muchos casos un actor necesario que participa proactivamente en la celebración de este tipo de negocios.

En este sentido, bastaría con destacar la labor realizada en muchos casos por las empresas de *book packaging*, que actúan como intermediarias entre las editoriales y el resto de agentes necesarios para la creación de una obra literaria (escritores, ilustradores, fotógrafos, etc.). Su misión es la de coordinar a todos estos sujetos en la labor de creación de la obra intelectual, que será posteriormente cedida a una empresa editorial para que lleve a cabo su explotación comercial. Pues bien, es ampliamente conocido en el mercado literario que estas empresas se encargan de contratar a escritores fantasmas para que redacten dichas obras por encargo a cambio del pago de un precio a tanto alzado. Estos autores asumen un compromiso de confidencialidad en virtud del cual no pueden revelar su verdadera identidad, consintiendo que las obras que han creado se divulguen bajo la identidad de una persona real o ficticia<sup>26</sup>. Este *modus operandi* es el que está detrás de, por ejemplo, la creación de exitosas sagas literarias para jóvenes como “Lorien Legacies”, cuyos libros fueron publicados bajo el pseudónimo de Pittacus Lore y que, en realidad, habían sido escritos por varios autores<sup>27</sup>. Más adelante, analizaremos las implicaciones que se derivan de esta relación tripartita entre el autor fantasma, el autor aparente y la persona encargada de explotar comercialmente la obra en el mercado (sujeto al que a partir de ahora y en aras de la brevedad nos referiremos como “el profesional de la explotación”)<sup>28</sup>.

Sin embargo, la generación de rendimientos económicos no explica suficientemente por qué tanto el autor aparente como el autor fantasma aceptarían llegar a un acuerdo de esta naturaleza. No resulta posible examinar la infinidad de motivos subjetivos por los que un

---

<sup>25</sup> Así lo sostuvimos en NIETO CRUZ, A.: “El autor fantasma: determinación de la autoría y derechos morales”, *Actualidad civil*, Nº 1, 2022, p. 2. En el mismo sentido, RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: *El contrato de representación teatral*, Reus, Madrid, 2003, p. 56.

<sup>26</sup> Sobre las empresas de *book packaging*, vid. LIPTON, J.D., *Law and Authors: A Legal Handbook for Writers*, University of California Press, 2020, pp. 44 – 59.

<sup>27</sup> Así lo relata LIPTON, J.D., *Law and Authors...*, *op. cit.*, pp. 44 – 45.

<sup>28</sup> Vid. *infra* capítulo quinto, epígrafe 2.

individuo concreto aceptaría formar parte de una relación jurídica como ésta, pero sí podemos señalar algunas cuestiones generales que pueden resultar ilustrativas. A nuestro entender, la principal razón por la que el autor aparente decide contratar a un autor fantasma es porque desea el reconocimiento social y la reputación que llevan aparejadas la creación de una obra intelectual. Los motivos por los que este sujeto no crea por sí mismo la obra en cuestión pueden ser variados. El más elemental sería la falta de la destreza o disciplina necesarias para acometer tal hazaña creativa<sup>29</sup>. No obstante, no creemos que necesariamente siempre el autor aparente carezca de las habilidades necesarias para crear una obra intelectual. En ocasiones podemos encontrarnos ante un artista que se ve inmerso en un bloqueo creativo o que no posee el tiempo suficiente para hacer frente a la inmensa demanda de trabajo que recibe. Así pues, en estos casos dicho individuo necesitaría ser capaz de mantener esa “marca artística” que ya ha creado asociada a su nombre gracias a sus trabajos previos<sup>30</sup>. Por ello, decide recurrir a otras personas que le ayuden a mantener el nivel de producción creativa que necesita<sup>31</sup>. Bajo nuestro punto de vista, consideramos que la razón última por la que el autor aparente recurre a la contratación de un autor fantasma, incluso en un supuesto como el que acabamos de referirnos, seguiría siendo en realidad el anhelo de tener un determinado estatus dentro de la sociedad, pretendiendo en este caso conservar la fama ya alcanzada o aumentarla.

Podría alegarse, en cambio, que el deseo de mantener esa marca artística responde, en realidad, a una motivación puramente económica. Piénsese en el supuesto de un escritor

---

<sup>29</sup> JANKOWSKA, M.: “Ghostwriting revisited”, *op. cit.*, p. 101 señala que a menudo las personas que contratan a un escritor fantasma son profesionales de un campo (p.ej.: físicos, expertos financieros, etc.), que pretenden atraer clientes o mostrarse como expertos en un tema, pero que carecen del tiempo o la habilidad para redactar el libro en cuestión por sí mismos.

<sup>30</sup> Precisamente, GINSBURG, J.C.: “The author’s name as a trademark: a perverse perspective on the moral right of paternity”, *Columbia Law School, Public Law & Legal Theory Working Paper Group*, Paper Number 05-91, 2005, pp. 1 – 9 defiende que la autoría de una obra intelectual debe ser objeto de protección por la legislación en materia de protección de la marca comercial. En opinión de este autor, ello llevaría a que en los supuestos de autoría fantasma habría que proteger al autor aparente en tanto que haya sido éste quien haya volcado su personalidad en la obra y haya controlado el proceso de creación, incluso aunque no lo haya ejecutado.

<sup>31</sup> Por citar algún ejemplo ilustre, parece que éste sería el caso del historietista español Francisco Ibáñez, que contó con diversos colaboradores para elaborar la serie de cómic “Mortadelo y Filemón” ante la presión de la editorial por sacar nuevos números. A este respecto, *vid.* MIGUEL TRULA, E.: “La entrevista borrada al ‘negro’ de Ibáñez que nos recuerda los problemas de autoría en el cómic en España”, *Xataka*, 25 septiembre 2018, disponible en <https://www.xataka.com/magnet/entrevista-borrada-al-negro-ibanez-que-nos-recuerda-problemas-autoria-comic-espana> [consultado el 16 de febrero de 2024]. RÍOS, P.: “Francisco Ibáñez: blanco sobre negros”, *CTXT*, núm. 270, marzo 2021, disponible en <https://ctxt.es/es/20210301/Culturas/35462/comics-mortadelo-y-filemon-premio-princesa-asturias-francisco-ibanez-pablo-rios.htm> [consultado el 16 de febrero de 2024].

que se gana la vida a partir de la venta de libros publicados bajo su nombre. El público desea adquirir dichas obras porque confía en la calidad de los mismos en la medida en que van asociados al nombre de ese reputado autor<sup>32</sup>. Sin embargo, este escritor no se encuentra en las condiciones de crear nuevas obras, por lo que contrata a un autor fantasma que le ayude en la redacción del texto a partir del argumento o de las ideas que diseña el primero. Sería, en definitiva, un supuesto similar al de Alejandro Dumas y su taller de escritores. ¿Qué mueve al autor en este caso: el deseo de mantener su reputación o el de mantener su negocio? Posiblemente ambos.

En cualquier caso, llama la atención que en la hipótesis expuesta existiría la opción de que la obra apareciera bajo el nombre tanto del autor verdadero como del autor aparente. No obstante, este último prefiere que sea su nombre el único que aparezca en la portada del libro. Ello es lo que nos lleva, en definitiva, a concluir que lo que de verdad late en el fondo de las pretensiones del autor aparente es el deseo de obtener un cierto reconocimiento social por una obra que, en realidad, no ha creado (al menos, en solitario)<sup>33</sup>. En cualquier caso, nuestro objetivo no es realizar valoraciones morales sobre los deseos o el comportamiento de este sujeto, sino plantear una reflexión mucho más pertinente que nos acompañará a lo largo de este trabajo: ¿debe este anhelo del autor aparente de apropiarse del mérito ajeno ser un interés jurídico digno de protección que se anteponga a otros bienes jurídicos relevantes en juego?

Por el contrario, en circunstancias normales el autor fantasma no consigue ningún reconocimiento público por la labor creativa que ha desempeñado. Por tanto, deducimos que necesariamente tiene que estar obteniendo otro tipo de beneficio con este acuerdo, puesto que si no fuera así, lo lógico sería que deseara el crédito social que lleva aparejada la realización de la obra intelectual que ha creado<sup>34</sup>. De este modo, lo más habitual es que

---

<sup>32</sup> La misma idea se recoge en GINSBURG, J.C.: “The author’s name...”, *op. cit.*, pp. 2 – 3, donde se señala que la autoría de una obra es una característica más del producto que permite a los consumidores tomar una determinada decisión. En sentido similar, *vid.* JANKOWSKA, M.: “Ghostwriting revisited”, *op. cit.*, p. 123.

<sup>33</sup> A este respecto, Juan Manuel Muñoz, colaborador de Francisco Ibáñez, se expresaba en los siguientes términos, *vid.* MIGUEL TRULA, E.: “La entrevista borrada...”, *op. cit.*:

*Por motivos que no acabo de comprender, siempre me ha mantenido en la sombra. No ha sido fácil para mí escucharle una y otra vez negar mi existencia. Quizás cree que decir públicamente que tiene un ayudante desde hace más de 35 años lo desmerece como creador. Es posible que algún día justifique la injusticia que ha cometido conmigo, que he dedicado prácticamente toda mi vida profesional a sus personajes. Y por supuesto las editoriales han tenido su parte de responsabilidad en este ocultamiento, intuyo que para no contrariar a Ibáñez.*

<sup>34</sup> Para reflejar de forma ilustrativa la ambición humana de obtener el reconocimiento ajeno MARCO TULIO CICERÓN (texto, traducción, ordenación directa y versión interlínea por J. VELÁZQUEZ ARENAS); *Discurso en defensa del poeta Aulo Licinio Arquias*, Bosch, Barcelona, 1974, p. 18 afirmaba lo siguiente: “Aquellos

el autor fantasma perciba una serie de rendimientos patrimoniales por el trabajo que ha desempeñado. De hecho, pudiera ocurrir incluso que la realización de varios encargos de esta naturaleza llegara a constituir una forma de sustento económico para algunos de estos creadores<sup>35</sup>. Es más, habrá autores fantasmas incluso para los que la creación intelectual carezca de cualquier connotación romántica<sup>36</sup>. Sencillamente desean una retribución económica y poseen las habilidades necesarias para, por ejemplo, escribir esa autobiografía que el personaje público en cuestión no es capaz de redactar. No anhelan ningún tipo de fama, por lo que para estos individuos se trataría simplemente de una mera transacción comercial<sup>37</sup>. Igualmente, también pudiera ocurrir que el autor fantasma no estuviera tan interesado en los beneficios económicos que obtiene por el concreto encargo que ha recibido, sino en la promesa del autor aparente (o del profesional de la explotación) de facilitar que el autor verdadero pudiera publicar otras obras con su propio nombre en el futuro o de recompensarlo con nuevas oportunidades laborales<sup>38</sup>.

Por último, más allá de la existencia o no de motivaciones económicas o laborales de esta índole, no deberíamos perder de vista la concurrencia de elementos emocionales, los cuales son frecuentes en el ámbito de la creación intelectual humana. De igual manera que el autor aparente normalmente pretende a través de esta práctica alcanzar un cierto reconocimiento social (lo que entronca con determinadas necesidades personales o emocionales), es posible que el autor fantasma quiera que su obra sea conocida por el

---

ilustres filósofos, incluso en aquellos libritos que escriben sobre despreciar la gloria, inscriben su propio nombre: en este mismo librito, en que desprecian la alabanza y la notoriedad, quieren que se hable de ellos y que se les nombre”.

<sup>35</sup> En esta línea, DANVILA COLLADO, M.: *La propiedad intelectual: La propiedad intelectual: Legislación española y extranjera comentada, concordada y explicada según la historia, la filosofía, la jurisprudencia y los tratados*, Imprenta de la correspondencia de Madrid, Madrid, 1882, pp. 351 – 352, quien defendió la licitud de esta clase de acuerdos, afirmó:

*El derecho de propiedad literaria ó artística deriva en principio de la cualidad de autor , que es el creador del objeto nuevo , libro ó dibujo , el cual le pertenece necesariamente por ser dueño de su creaciou . Sin embargo, esta regla general tiene las excepciones que merecieron los epigramas de Boileau y que se refieren á la adquisicion de obras ajenas para colocar en ellas el nombre de quien no supo crearlas . Muchas veces la necesidad obliga á oscuros obreros de la inteligencia á tener en menos la gloria que el dinero y á escribir para otros las obras que les hayan encargado . Este contrato es completamente lícito, salvo el derecho de la opinion pública de denunciar el fraude y descubrir el secreto.*

<sup>36</sup> En palabras de POUILLET, E.: *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation* (3e édition, refondue et mise au courant de la législation, de la doctrine et de la jurisprudence), Marchal et Billard, París, 1908, p. 121 : *Il y aura toujours d’obscurs ouvriers littéraires, travaillant à forfait, et tenant moins à la gloire qu’à l’argent ; ... c’est là une convention qu’on ne saurait louer, assurément, mais qui n’a rien d’illicite.*

<sup>37</sup> En este sentido, vid. SUZANNE, C.: “The Good Life...”, *op. cit.* ANDRIANI, L.: “Ghost Stories”, *op. cit.*

<sup>38</sup> De hecho, GINSBURG, J.C.: “The author’s name...”, *op. cit.*, pp. 8 – 9 considera que el deseo del autor fantasma de recibir nuevos encargos es lo que podría garantizar que éste no desvelara su identidad incluso aunque legalmente tuviera las herramientas para hacerlo.

público y que considere que ésta es la única forma de que una empresa de cierta relevancia llegue a explotar la misma. Naturalmente no sería éste el supuesto de las biografías de ciertos personajes públicos en las que no existe un especial margen para que el autor verdadero pueda reflejar en el texto su propia personalidad o sus inquietudes creativas. No obstante, sí que podría, en cambio, ser el caso de una novela o de una composición musical que acaba siendo explotada bajo el nombre del autor aparente con la finalidad de que sea éste quien se lleve todo el mérito. De esta forma, en un contexto en el que las grandes empresas de la industria cultural no desean particularmente tomar riesgos adicionales al apostar por individuos cuya identidad no es conocida por el público en general o que no reúnen las características idóneas para promocionar el producto en cuestión, el autor fantasma se vería de algún modo constreñido a aceptar este acuerdo con tal de que su obra fuera conocida.

En nuestra opinión, la posibilidad de que sean tantas las motivaciones que lleven al autor de una obra a aceptar que su nombre no figure en la creación que ha realizado es lo que ha ocasionado que la autoría fantasma haya recibido valoraciones tan contrapuestas<sup>39</sup>. Tendremos que aceptar, por tanto, que no es posible aportar una solución jurídica que se adecúe a la perfección a la totalidad de hipótesis imaginables, que abarcan desde el sujeto que desearía en realidad poder publicar con su propio nombre hasta el que ha hecho de éste su modo de vida sin mayores remordimientos. Sin embargo, nos percataremos de que ninguna normativa de carácter tuitivo –piénsese en la protección de los consumidores o de los arrendatarios de viviendas– lo consigue plenamente, en el sentido de que el sujeto protegido por estas normas siempre puede intentar en la práctica aprovecharse maliciosamente de la especial tutela jurídica que la legislación le ha concedido.

---

<sup>39</sup> Por un lado, LIPTON, J.D., *Law and Authors...*, *op. cit.*, p. 49 considera que estos acuerdos pueden resultar muy provechosos y lucrativos para los escritores fantasmas, puesto que a través de los mismos pueden desarrollar sus habilidades literarias y obtener a su vez beneficios económicos. Por otro lado, VILARIM BARBOSA ARAÚJO, A.P.: “Os contratos de Ghostwriting...”, *op. cit.*, pp. 207 – 226 señala tanto la injusticia que supone que un tercero se apropie del mérito realizado por el verdadero autor, que además es la parte débil de la relación contractual, como el interés que tiene la sociedad en conocer la auténtica identidad de los creadores de obras intelectuales. JANKOWSKA, M.: “Ghostwriting revisited”, *op. cit.*, p. 107 resume la situación de la siguiente forma:

*To sum up, the grounds for the practice of ghostwriting are mainly sought in market reality, where young authors find it hard to make it to the top by themselves. It is also noted that commissioned writing is an easy and lucrative way to earn a living. Authors who create in the shadow of anonymity do not have to worry about obtaining a publishing agreement, promoting the work, and gaining financial profit from the undertaking. (...) However, most of the time the price for the legal and financial safety of the ghostwriter is the absence of attribution. Due to this fact, ghostwriters themselves admit that the job is neither glorious nor ambitious. In time, as ghostwriters claim, the lack of attribution and freedom of creation increasingly plagues them.*

Pese a que dicha posibilidad pudiera ocurrir, ello no ha obstaculizado que el ordenamiento jurídico decida seguir proporcionando una especial protección a quienes, por norma general, se encuentran en una posición de mayor debilidad para negociar una determinada relación jurídica. Así lo hace, en efecto, nuestra legislación en materia de propiedad intelectual, puesto que parte de la consideración del autor como parte débil de la relación contractual. En la medida en que ésa ha sido la visión que el legislador ha decidido incorporar en la regulación de esta materia, entendemos que la misma debe ser tenida en cuenta a la hora de proponer una solución coherente con el conjunto de nuestro ordenamiento jurídico<sup>40</sup>.

En conclusión, creemos que la reflexión que hemos realizado sobre las motivaciones subjetivas de las partes para celebrar este acuerdo contribuye a iluminar diversas facetas de una práctica sobre la que no se ha escrito demasiado. En esencia, pretendemos apuntar hacia la innegable pugna de intereses públicos y privados que está presente en la autoría fantasma y cuya resolución es la que va a determinar, en definitiva, que nos decanemos por la licitud o no de esta práctica. De igual modo, si bien es cierto que el Derecho Civil no atiende, como regla general, a dichas motivaciones subjetivas, los fines subjetivos de las partes son relevantes y son objeto de valoración si fueran ilícitos o si las partes los hubieran incorporado expresamente en el negocio jurídico que han celebrado<sup>41</sup>.

Precisamente, éste es el caso de la autoría fantasma. Consideramos que la causa de dicho acuerdo no queda suficientemente perfilada si la constreñimos a la función económica-social<sup>42</sup> del contrato de encargo de obra o de cesión de derechos –intercambio de precio

---

<sup>40</sup> Por su parte, RAMS ALBESA, J.: “Comentario del artículo 55” en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales: Artículos 428 y 429 del Código Civil y Ley de Propiedad Intelectual* (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART), Tomo V, Vol. 4-A, Edersa, Madrid, 1994, pp. 838 – 841 se muestra especialmente crítico con este planteamiento, ya que considera que el marcado carácter tuitivo de la Ley de Propiedad Intelectual no resulta apropiado en el ámbito de los derechos de autor.

<sup>41</sup> Así lo señalan, entre otros, CLAVERÍA GOZÁLVEZ, L.H.: “Comentario a la STS de 30 de diciembre de 1985”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 10, 1986, pp. 3392 – 3392. ROCA SASTRE, R.M. y PUIG BRUTAU, J.: *Estudios de Derecho Privado*, volumen I, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 102 – 103. Según la terminología de nuestro Alto Tribunal, son los conocidos como “motivos causalizados”, cuya ilicitud además también puede ser valorada. Sobre esta cuestión, *vid.* STS (Sala de lo Civil) núm. 1126/1993 de 24 noviembre (RJ\1993\9210), STS (Sala de lo Civil) núm. 306/1998 de 1 abril (RJ\1998\1912), STS (Sala de lo Civil) núm. 1100/2000 de 30 noviembre (RJ\2000\9319), o STS (Sala de lo Civil) núm. 125/2015 de 17 marzo (RJ\2015\1476), entre otras.

<sup>42</sup> El análisis del concepto de causa desborda por mucho el objeto de este trabajo, sobre todo si tenemos en cuenta que se trata de uno de los elementos sobre cuyo significado más ha discutido la doctrina a lo largo de las últimas décadas. Las teorías sobre la causa suelen clasificarse en teorías objetivistas (causa como función económica-social del negocio), subjetivistas (causa como intenciones o motivos de las partes) o mixtas (causa como función o propósito común querido por las partes). En la actualidad la doctrina mayoritaria ha abogado por la objetivización de la causa (lo que implica la existencia de una finalidad o fin idéntico para cada tipo de negocio jurídico), sin que ello suponga desconocer que en ocasiones los motivos



por la creación de la obra y la consiguiente transmisión de la propiedad intelectual–, sino que el fin pretendido por las partes es la consecución de una apariencia verosímil de autoría que lleve al público en general a considerar que el autor aparente es el verdadero creador de la obra intelectual. Todo ello llevaría a que se pudiera examinar la licitud de la causa de conformidad con el artículo 1275 del Código Civil<sup>43</sup>, lo que determinaría la posible eficacia de la relación jurídica que se ha entablado entre las partes. Dado que en capítulos posteriores analizaremos detenidamente esta cuestión<sup>44</sup>, nos centraremos a continuación en el análisis de los elementos que caracterizan la práctica que estamos examinando y que permiten delimitarla con aún más precisión.

### **3.2. Notas distintivas del fenómeno de la autoría fantasma**

#### **3.2.1. El consentimiento del autor fantasma y del autor aparente**

En nuestra opinión, el elemento clave de la autoría fantasma lo constituye el consentimiento prestado por el autor verdadero para que el autor aparente usurpe públicamente la autoría de la obra que ha creado. En consecuencia, no entran dentro de esta categoría todos aquellos casos en los que está ausente el consentimiento de las partes involucradas.

En primer lugar, no sería un supuesto de autoría fantasma aquél en el que el tercero se arroga la condición de autor de una obra sin el consentimiento del auténtico creador de la misma. Se trataría de un caso de plagio, que podría ser perseguido bien a través del ejercicio del derecho de paternidad, bien a través de la vía penal (siempre y cuando concurrieran todos los elementos típicos).

En segundo lugar, la falsa atribución de paternidad sobre una obra propia no entraría tampoco dentro del ámbito de la autoría fantasma. Hablamos de la hipótesis en la que un individuo crea una determinada obra y decide identificarla ante el público en general como una creación realizada por un tercero sin el consentimiento de éste. Tal y como

---

subjetivos de las partes guardan cierta relevancia, tanto en relación con el examen de la licitud o ilicitud de la causa como cuando los mismos han sido incorporados expresamente en el contrato a modo de modo o condición. Por tanto, las posturas bascularían entre una tesis objetiva suavizada o la teoría mixta. Para un estudio más pormenorizado de estas cuestiones, *vid.* CLAVERÍA GOZÁLVEZ, L.H.: “Comentario a la STS...”, *op. cit.*, pp. 3387 – 3394. Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I: *Introducción. Teoría del contrato*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 255 – 285. ROCA SASTRE, R.M. y PUIG BRUTAU, J.: *Estudios de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 90 – 135.

<sup>43</sup> El art. 1275 CC dispone: “Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral”.

<sup>44</sup> *Vid. infra* capítulo quinto, epígrafe 4.

veremos más adelante, si bien los sistemas jurídicos de la órbita del *common law* tienden a otorgar una suerte de derecho moral específico para perseguir este tipo de comportamientos, las legislaciones continentales –entre ellas, la española– afrontan esta problemática concreta a través de los mecanismos generales que se derivan de la regulación en materia de competencia desleal, protección del nombre o tutela de otros derechos de la personalidad<sup>45</sup>.

Por último, existiría un tercer tipo de supuestos no integrados dentro de este fenómeno, pero en los que la frontera con el mismo resulta un tanto más difusa. Nos referimos a una dinámica particular que se produce, por lo general, en las obras en colaboración<sup>46</sup>. En efecto, la autoría fantasma puede darse en este tipo de obras, de tal forma que el autor aparente sí realice alguna contribución sustantiva al resultado final, pero omita la intervención de otros sujetos en lo que respecta a la publicidad de la autoría. Bajo nuestra perspectiva, dicho proceder entraría dentro del campo de juego de la autoría fantasma solamente si los involucrados fueran conscientes de la usurpación de la autoría y, de algún modo, consintieran expresa o tácitamente que dicha usurpación se produjera por parte del autor aparente. Sin embargo, bien pudiera ocurrir que uno de los sujetos intervinientes realizara una aportación al resultado final y no existiera consenso sobre si la misma reúne el nivel de importancia suficiente como para poder considerar a dicha persona coautora de esa creación.

En este caso sería posible que una de las partes explotara de buena fe la obra como propia porque considerara que la creación es exclusivamente suya y que el otro individuo ha realizado labores meramente auxiliares. Este último sujeto no ha consentido en ningún momento que su autoría fuera omitida, e incluso puede que no impugne la situación inmediatamente porque tarde más tiempo del deseado en ser consciente de que la obra se está explotando bajo el nombre exclusivo de uno solo de los involucrados en el proceso de creación. A nuestro entender, al no concurrir el consentimiento de todas las partes, no estamos ante un auténtico supuesto de autoría fantasma, sino de autoría discutida, en el que los involucrados no comparten la opinión sobre quiénes de los afectados sí alcanzan la condición de autor y quiénes no, lo que los avoca a tener que dirimir sus diferencias ante los tribunales. No obstante, independientemente de si las consecuencias entre

---

<sup>45</sup> *Vid. infra* capítulo cuarto, epígrafe 4.

<sup>46</sup> Posteriormente, abordaremos esta institución con más profundidad, *vid. infra* capítulo tercero, epígrafe 3.

encontrarse en uno u otro supuesto de hecho pudieran ser idénticas o no, resulta complicado dirimir en la práctica cuál es la diferencia entre aquel sujeto que realmente desconoce la usurpación de la autoría y por ello no ha reivindicado previamente su paternidad (autoría discutida) y aquel otro que ha consentido tácitamente que se genere esa situación para luego impugnarla porque posteriormente entiende que le beneficia desvelar la auténtica autoría de su obra (autoría fantasma).

Al hilo de lo último que hemos apuntado, consideramos que el consentimiento prestado por el autor fantasma puede ser explícito o tácito. Por un lado, en la primera hipótesis el autor verdadero habría alcanzado un acuerdo expreso en virtud del cual habría consentido la usurpación de la autoría. Dado el marcado carácter confidencial de estos acuerdos resulta difícil creer que, en principio, dichos pactos pudieran llegarse a alcanzar por escrito; no obstante, la praxis en algunos países del entorno del *common law* parece apuntar en sentido contrario. En este sentido, baste aludir a cómo la *Writer's Union of Canada* ofrece en su página web un modelo de contrato de *ghostwriting* por un determinado precio para cualquier interesado en ello<sup>47</sup>.

Por otro lado, en el caso de consentir tácitamente, el autor fantasma nunca habría expresado de forma verbal o escrita su voluntad explícita de estar dispuesto a que se usurpara su posición, pero podría deducirse inequívocamente del comportamiento de las partes que éstas consintieron de algún modo que ésa sería la situación que se crearía. A modo de ejemplo, pensemos en el supuesto de un determinado cuadro que ha sido pintado conjuntamente por un aprendiz de pintor y su maestro, pero en el que consta únicamente la firma del segundo sin que el primero (aun siendo consciente de la forma de proceder de su mentor) se hubiera opuesto nunca a ello. Ciertamente, cabe reconocer que en determinadas circunstancias un comportamiento pasivo puede llegar a suponer una auténtica aquiescencia para la usurpación de la autoría<sup>48</sup>; sin embargo, convendremos en que el consentimiento tácito genera importantes dificultades para determinar cuáles son

---

<sup>47</sup> En este sentido, puede consultarse la página web de dicha entidad: <https://www.writersunion.ca/get-published/ghostwriting>

<sup>48</sup> Así lo afirma CASTILLA BAREA, M.: *Las intromisiones legítimas en el derecho a la propia imagen. Estudio de las circunstancias que legitiman la intromisión en la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 176: “(...) podrá incluso admitirse que las circunstancias hacen en ocasiones que un silencio deje de ser mero silencio para convertirse en aquiescencia, pero en ningún caso –en nuestra opinión– puede admitirse que quepa presumir el consentimiento”.

los límites del mismo o incluso si éste verdaderamente se ha producido<sup>49</sup>. En cualquier caso, el consentimiento nunca podrá ser presunto, en el sentido de que su concurrencia se derive de una presunción legal *iuris tantum* o *iure et de iure*, sino que su existencia se deberá establecer a partir de su emisión de forma escrita, verbal o por hechos concluyentes<sup>50</sup>.

Tanto en el primer supuesto como en el segundo queda constatado que, más allá del resto de obligaciones y derechos que ambas partes pudieran pactar, el auténtico núcleo de la práctica de la autoría fantasma viene representado por el hecho de que el autor verdadero presta su consentimiento para autorizar la usurpación de la paternidad de su creación por parte del autor aparente. Por este motivo, es preciso que nos planteemos si dicho consentimiento supone una transmisión de los derechos morales del creador, una renuncia a ellos o la asunción de la obligación negativa de no ejercitar jamás su derecho moral de paternidad<sup>51</sup>. De igual modo, debemos analizar la posible eficacia o ineficacia del consentimiento prestado por el autor fantasma en relación con esta materia concreta, en la medida en que entendemos que ello determinará la validez del negocio jurídico en su conjunto<sup>52</sup>.

### **3.2.2. La confidencialidad del acuerdo entre el autor fantasma y el autor aparente**

Otro elemento natural –que no necesariamente esencial– de la autoría fantasma es la confidencialidad sobre el negocio jurídico celebrado, puesto que ésta es imprescindible

---

<sup>49</sup> En esta línea, PASCUAL MEDRANO, A.: *El derecho fundamental a la propia imagen: fundamentos, contenido, titularidad y límites*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2003, p. 93. CASTILLA BAREA, M.: *Las intromisiones legítimas...*, *op. cit.*, pp. 170 – 171.

<sup>50</sup> En sentido similar con respecto al derecho a la propia imagen, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “El consentimiento como causa de exclusión de la ilegitimidad de la intromisión”, en AA.VV.: *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen* (coord. por J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 240 – 241. CASTILLA BAREA, M.: *Las intromisiones legítimas...*, *op. cit.*, pp. 174 – 177. Por su parte, VENDRELL CERVANTES, C.: *El mercado de los derechos de imagen. El consentimiento o autorización para la intromisión en los derechos de la personalidad y la transmisión de derechos de imagen*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 286 – 296 expone cómo la idea de consentimiento expreso no se opone a la de consentimiento tácito, sino a la de consentimiento presunto. En consecuencia, lo único relevante es que no queda duda de que el titular del derecho ha consentido inequívocamente la intromisión en el ámbito de sus intereses personales. Además de todo ello, en diversas ocasiones nuestro Alto Tribunal ha reiterado que el consentimiento puede ser emitido de cualquiera de las formas apuntadas. Así la STS (Sala de lo Civil) núm. 527/1996 de 27 junio (RJ 1996\4792) afirma: “...el consentimiento expreso no tiene necesariamente que ser por escrito; puede ser verbal o de otra forma concluyente”. Igualmente, la STS (Sala de lo Civil) núm. 124/2009 de 25 febrero (RJ 2009\1624) establece: “...la doctrina constante y pacífica de esta Sala que exige para su apreciación que [el consentimiento] sea expreso, por escrito o por actos o conductas de inequívoca significación...”.

<sup>51</sup> *Vid. infra* capítulo cuarto, epígrafe 3 y capítulo quinto, epígrafe 1.

<sup>52</sup> *Vid. infra* capítulo quinto, epígrafe 4.

para crear la apariencia verosímil de autoría frente al público en general. Si el secreto no se mantiene en los términos en que las partes lo han pactado, se frustrarían inevitablemente las expectativas económicas del negocio que se está celebrando. En consecuencia, no sólo es necesario que no figure en la obra el nombre del autor verdadero en la forma más usual, sino que este sujeto no puede –fuera de ciertos circuitos– revelar que dicha creación ha sido realizada por él mismo. Igualmente, tampoco podrá inscribir dicha obra a su nombre en el Registro de la Propiedad Intelectual, lo que ocasionará que el autor fantasma no se vea amparado por ninguna de las presunciones *iuris tantum* de autoría que nuestra normativa contempla.

Por tanto, en la mayoría de ocasiones las partes involucradas asumirán la obligación negativa de no revelar la celebración de este negocio jurídico. Si bien no podemos más que teorizar en este sentido, dicha obligación podría vincularse a una cláusula penal que fijara un elevado importe para la indemnización de daños y perjuicios en caso de que se no se respetara la confidencialidad del acuerdo. A nuestro entender, la parte más interesada en mantener el secreto es naturalmente el autor aparente, puesto que será la persona desacreditada y ridiculizada en el caso de que se descubra que se está apropiando del mérito ajeno<sup>53</sup>. Sin embargo, no puede descartarse *a priori* que el autor fantasma, por algún motivo, pudiera estar interesado a su vez en mantener la confidencialidad del negocio, de tal manera que también decidiera accionar contra el autor aparente en caso de que éste fuera quien desvelara lo sucedido. En cualquier caso, más allá del remiendo que pudiera suponer el pago, en su caso, de la correspondiente indemnización, es obvio que los sujetos involucrados (o, al menos, el autor aparente) no están interesados en el inevitable descrédito que les acarrearía la ruptura del compromiso de confidencialidad, por lo que –reparaciones patrimoniales del daño aparte– no nos cabe duda de que la relación que entablan las partes reviste un importante carácter fiduciario, en el sentido de que la misma está basada en la confianza mutua que se profesan el autor aparente y el autor fantasma<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> En línea semejante, GAUTIER, P.Y.: “L’œuvre écrite par autrui”, *R.I.D.A.*, nº 139, enero – marzo 1989, p. 68. Además, este autor señala cómo la jurisprudencia francesa –en concreto, la sentencia de la Cour d’appel de Paris de 5 de abril de 1979– ha considerado que acusar a otro sujeto de haber contratado a un autor fantasma para la creación de su obra es un atentado contra el honor y la reputación de aquél.

<sup>54</sup> Precisamente, JANKOWSKA, M.: “Ghostwriting revisited”, *op. cit.*, p. 103 señala: *The features of ghostwriting agreement are fiduciary relationship and confidentiality.*

Pese a todo lo dicho, nos cuestionamos hasta cierto punto la capacidad real que tienen los sujetos involucrados de llevar sus pretensiones ante los tribunales. En el caso de que cualquiera de las partes no realizara alguna de las prestaciones acordadas, resulta difícil pensar que la contraparte acudiría ante un órgano judicial a reclamar su cumplimiento o la resolución del contrato, puesto que supondría desvelar una relación jurídica que –no nos engañemos– constituye un auténtico tabú en nuestra sociedad. Mientras las partes deseen mantener el secreto, no tendrán incentivo alguno para exigir el cumplimiento coactivo de lo pactado ante los tribunales, puesto que las repercusiones negativas que se derivarían de dicho comportamiento (descrédito público, pérdida de oportunidades laborales, etc.) pueden llegar a ser mucho peores que lo que se pretendiera reclamar.

Además, incluso aunque una de las partes decidiera acudir a los tribunales, si el negocio jurídico fuera considerado ilícito, sus pretensiones no llegarían a ser estimadas. En concreto, centrándonos en el asunto de la cláusula penal por el incumplimiento de la obligación de confidencialidad, si el consentimiento prestado por el autor fantasma para silenciar su autoría no fuera eficaz, entendemos que no se le podría exigir el pago de una indemnización por el incumplimiento de una obligación nula<sup>55</sup>. En definitiva, sospechamos que en la práctica lo más probable es que la cuestión de la autoría fantasma sólo sería llevada ante los tribunales si el autor verdadero decidiera ejercer su derecho moral de paternidad para reivindicar la autoría de la obra usurpada, reclamando a su vez y en su caso las pertinentes cantidades económicas que considerara que le corresponden como consecuencia de tal condición.

En cualquier caso, nos gustaría señalar que la ocultación de la identidad del autor verdadero no ha sido siempre una constante en todos los supuestos de autoría fantasma. Efectivamente, se han producido casos en los que las partes han decidido revelar públicamente y de forma consensuada la identidad del autor fantasma, lo que, en principio, colisionaría con la razón de ser de la propia figura. En ocasiones incluso se incluye el nombre del autor verdadero entre los agradecimientos de la obra, tal y como ocurrió, por ejemplo, en el caso de la biografía de Andre Agassi escrita por J.R. Moehringer. Con ello se pretende otorgar un cierto reconocimiento a la figura del autor

---

<sup>55</sup> Este razonamiento es de RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: *El contrato de...*, Reus, *op.cit.*, p. 57.

fantasma, aunque sin concederle propiamente la condición de autor y reduciéndole a la categoría de un apreciado colaborador<sup>56</sup>.

Bajo nuestro punto de vista, creemos que dicho reconocimiento parcial de la contribución aportada por el autor fantasma se realiza principalmente por dos razones. Por un lado, aunque no interese que la obra aparezca a nombre de este individuo, su identidad puede llegar a convertirse en un elemento más que contribuya a la promoción del producto en cuestión (piénsese, por ejemplo, en que Moehringer se trata de un escritor de una elevadísima reputación). Por otro lado, creemos que lo que además subyace en el fondo es una determinada visión sobre el concepto de autoría. Así pues, es posible que los sujetos involucrados no consideren que el autor fantasma sea el auténtico creador de la obra, sino un auxiliar que ha contribuido a darle forma.

Sería, por ejemplo, la hipótesis ya señalada de las “autobiografías” de ciertos personajes públicos. En el caso de este tipo de obras literarias es frecuente que el autor aparente colabore estrechamente con el autor fantasma narrándole sus experiencias vitales a través de una serie de entrevistas, charlas o encuentros. Así mismo, es indudable que el contenido de dicha obra está integrado por las experiencias vitales que ha descrito el autor aparente (y que solamente podía aportar él en la medida en que ha sido quien ha vivido las mismas). Todo ello puede generar la sensación de que quien crea el contenido original es el autor aparente, encargándose únicamente el autor fantasma de darle una determinada forma al relato de los hechos. Como consecuencia de dicha visión, no existiría pudor alguno en revelar quién es el autor verdadero, ya que, en primer lugar, se le estaría considerando un mero colaborador en la labor de redacción del libro; y, en segundo lugar, al público puede que no le importe la contratación de un autor fantasma, puesto que el motivo de fondo por el que adquiere dicho producto es porque desea conocer la vida del biografiado.

Como ya indicamos previamente, abordaremos más adelante esta cuestión desde una perspectiva jurídica<sup>57</sup>. No obstante, no podemos dejar de señalar que quizás existen otras soluciones más razonables para afrontar el asunto de las biografías de personajes públicos o de relevancia que han sido escritas en realidad por terceros, y que no dependerían de la licitud o no de la práctica de la autoría fantasma. A nuestro entender, bastaría con que en

---

<sup>56</sup> Vid. LIPTON, J.D., *Law and Authors...*, op. cit., pp. 55 – 56.

<sup>57</sup> Vid. *infra* capítulo segundo, epígrafe 3.

la portada de una obra de estas características constara la identidad tanto de la persona que la ha escrito como del biografiado, pudiendo ser incluso razonable que el nombre de este último apareciera con un tamaño mayor o en un lugar más privilegiado o principal. Esta opción que proponemos permitiría que el producto se explotara aprovechando el tirón comercial del personaje cuya vida se está relatando, pero sin desmerecer la labor del sujeto que ha hecho posible que esa obra exista<sup>58</sup>.

Para finalizar, querríamos señalar que, por más sugerentes que sean los supuestos concretos en los que la identidad del autor fantasma es revelada de forma consensuada por todas las partes involucradas, cabría no perder de vista que constituyen, a todas luces, un supuesto excepcional. Analizamos un fenómeno en el que inevitablemente la mayoría de acuerdos que se celebran se alcanzan sin que el público llegue a saber nunca sobre la existencia de los mismos. Lamentablemente, sólo conocemos aquellos escasísimos casos en los que la identidad del autor fantasma es revelada de forma no consensuada –bien porque lo hace el propio autor fantasma con el fin de reivindicar, casi siempre extraprocesalmente, la paternidad de la obra; bien porque lo hace un tercero ajeno a la relación– y aquellos supuestos en los que es revelada de mutuo acuerdo. Si bien estos últimos ejemplos no pueden ser obviados (sobre todo, porque integran la parte visible del iceberg que representa la autoría fantasma) convendría no tomarlos como la norma general a la hora de proponer soluciones jurídicas coherentes a una problemática en la que la mayoría de sujetos afectados se encuentran invisibilizados.

### **3.2.3. La onerosidad como regla general en el fenómeno de la autoría fantasma**

En los escasos trabajos que existen sobre la autoría fantasma se ha señalado habitualmente que dicho fenómeno está caracterizado, entre otras cuestiones, por el derecho del autor verdadero a exigir una contraprestación económica por el trabajo que ha realizado<sup>59</sup>. Dicha afirmación conduciría a concluir que la relación jurídica que se entabla entre las partes es esencialmente onerosa. Sin embargo, si bien consideramos que efectivamente ésta debe constituir la norma general, no descartamos la posibilidad de que el autor fantasma consienta la usurpación de su autoría de forma completamente gratuita. Aunque no nos cabe duda de que el pago del precio como contraprestación por la labor realizada por el autor fantasma constituirá el supuesto habitual, no podemos desechar *a priori* otras

---

<sup>58</sup> FOSKO, T. J.: “Buying a Lie...”, *op. cit.*, pp. 182 y ss. propone fórmulas similares.

<sup>59</sup> En este sentido, GAUTIER, P.Y. : “L’œuvre écrite...”, *op. cit.*, p. 64. VILARIM BARBOSA ARAÚJO, A.P.: “Os contratos de Ghostwriting...”, *op. cit.*, p. 215.



posibilidades. No obstante, no pretendemos detenernos en todas y cada una de las posibles prestaciones onerosas que el autor verdadero pudiera solicitar en lugar del pago del precio, sino que nos limitaremos a aludir a algunas hipótesis que destacan precisamente por desviarse, de un modo u otro, de esta regla general.

Así pues, en primer lugar, no podemos descartar que el autor fantasma consienta la usurpación de la autoría como un acto de mera liberalidad por el que no exija nada a cambio y con el que simplemente pretenda beneficiar, por el motivo que sea, a un tercero con la apariencia pública de autoría de la obra que ha creado. En dicho supuesto la relación jurídica que se entablaría entre el autor verdadero y el autor aparente revestiría un claro carácter gratuito. En línea semejante, pudiera ocurrir que el autor fantasma sólo pretendiese que su creación se explotase en el mercado sin exigir ningún otro tipo de contraprestación adicional. En otras palabras, dicho sujeto desearía tantísimo que su obra sea conocida por el público en general que estaría dispuesto a aceptar que ello ocurriera a través de la usurpación de su autoría. En este escenario es cierto que la explotación económica de la obra le reportaría un beneficio no patrimonial al autor fantasma (es decir, que la creación intelectual sea públicamente conocida); sin embargo, en nuestra opinión ello no bastaría para considerar que hay una equivalencia en las prestaciones que permita hablar propiamente de onerosidad.

Entendemos que el carácter gratuito de un determinado negocio jurídico no viene determinado por la inexistencia de cualquier tipo de beneficio para el obligado, es decir, por la concurrencia de una causa liberal<sup>60</sup>; sino por la ausencia de reciprocidad objetiva entre las partes (entendiendo por tal la interdependencia entre las atribuciones patrimoniales acordadas, de tal modo que una sea la justificación de la otra)<sup>61</sup>. En este

---

<sup>60</sup> DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho...*, Vol. I, *op. cit.*, pp. 99 – 102 señala que existen actos en los que, pese a que no se recibe nada a cambio de lo que se da, no existe ánimo liberal. Por ello, en lo que respecta a la distinción entre onerosidad y gratuidad, se muestra partidario de una tesis objetiva, es decir, de valorar “la estructura económica del acto, sin controlar los especiales intereses que hayan movido a las partes”. Igualmente, RABANETE MARTÍNEZ, I. J.: “La gratuidad como elemento esencial del contrato de comodato. El comodato en interés del comodante”, *Revista Boliviana de Derecho*, n.º. 30, 2020, pp. 307 – 308 distingue entre la liberalidad y la gratuidad, de tal modo que no todo acto gratuito tiene que ser necesariamente liberal. La autora lo ejemplifica aludiendo, entre otros, al supuesto de un empresario que regala un bien para hacer publicidad del mismo. En este caso si bien el ánimo del empresario no sería liberal, el acto sí que sería considerado gratuito.

<sup>61</sup> Así lo plantea RABANETE MARTÍNEZ, I. J.: “La gratuidad como...”, *op. cit.*, pp. 308 – 309, quien concluye: “En definitiva, la onerosidad implica la existencia de dos atribuciones patrimoniales y dos desplazamientos en sentido recíproco e inverso. Y serán gratuitos los contratos en los que haya una sola atribución patrimonial y un solo desplazamiento. De modo que el hecho de que el disponente de una liberalidad o un contrato a título gratuito extraiga alguna ventaja o utilidad para sí mismo, sea patrimonial o no, no implica la conversión del tipo contractual, sino que para ello será necesario que se le imponga al

caso el autor aparente obtendría tanto el reconocimiento social deseado como los correspondientes rendimientos económicos derivados de la comercialización de la obra sin tener que realizar nada más que garantizar la explotación económica de la obra por sí mismo o por un tercero. De hecho, cabría recordar que, en todo caso, este sujeto estaría obligado a la explotación patrimonial de dicha obra, puesto que la legislación en la materia le obliga a la misma como consecuencia de la cesión exclusiva del derecho de propiedad intelectual<sup>62</sup>. En cambio, el autor fantasma cedería la propiedad intelectual a cambio de nada más que de la satisfacción de saber que su creación será conocida por el público en general. En dicha hipótesis se estaría produciendo un desequilibrio patrimonial tan grande entre los sacrificios realizados por ambos sujetos que difícilmente podría hablarse de un negocio oneroso.

Por último, es ciertamente frecuente en autores noveles que estos reciban promesas de diversa naturaleza en las que se les garantiza que si consienten la usurpación de autoría de una obra concreta, en un eventual futuro se les facilitará la consecución de nuevas oportunidades laborales o la explotación económica de otras de sus creaciones. Si dichas promesas alcanzan un suficiente grado de concreción, las mismas pueden vehiculizarse a través de distintas vías jurídicas. Por un lado, el autor aparente o el profesional de la explotación pueden asumir en el propio contrato de usurpación de autoría la obligación de desarrollar un comportamiento activo dirigido a garantizar o a facilitar la obtención de dichas oportunidades para el autor fantasma (pudiendo configurarse dicha prestación tanto como una obligación de medios como una de resultado). Por otro, también sería posible que el autor aparente o el profesional de la explotación se comprometieran con el autor verdadero a celebrar con éste un futuro contrato (ya sea de carácter civil o laboral). Si así fuera, nos encontraríamos ante un precontrato o promesa de contrato, siempre y cuando el mismo contuviera ya todos los elementos esenciales del contrato definitivo. En consecuencia, en los dos casos señalados la relación jurídica revestiría un claro carácter oneroso, ya que existiría una innegable interdependencia entre las prestaciones de las partes.

---

favorecido una prestación que suponga el *pago* o *intercambio* de la atribución patrimonial efectuada. No es la ventaja que pueda obtener una parte la que caracteriza al contrato de oneroso, sino la prestación o atribución patrimonial que las partes realizan”.

<sup>62</sup> En este sentido, el segundo párrafo del art. 48 LPI dispone: “Esta cesión [la cesión en exclusiva] constituye al cesionario en la obligación de poner todos los medios necesarios para la efectividad de la explotación concedida, según la naturaleza de la obra y los usos vigentes en la actividad profesional, industrial o comercial de que se trate”.

No obstante, intuimos que lo anterior no constituye la práctica habitual en la realidad, puesto que sospechamos que las promesas que realiza la contraparte al autor fantasma suelen alcanzar un alto grado de vaguedad. Así pues, podría sostenerse, por un lado, que en este supuesto el negocio jurídico revestiría carácter gratuito, dado que el autor aparente o el profesional de la explotación no ostentaría en realidad ninguna obligación jurídica con respecto al autor verdadero. De este modo, aunque éste no estaría movido por un ánimo puramente liberal, sino por la esperanza de ser recompensado eventualmente por haber aceptado la usurpación de su autoría, ello no sería óbice para considerar que estamos frente a una relación jurídica gratuita al no existir una relación de interdependencia y reciprocidad entre las prestaciones de las partes. Por lo tanto, si siguiéramos este razonamiento hasta sus últimas consecuencias, el autor fantasma no podría exigir nada a la contraparte en el caso de que finalmente no obtuviera ninguna de las oportunidades laborales o contractuales que anhelaba, puesto que dicho sujeto nunca asumió un compromiso serio y expreso en este sentido.

Sin embargo, bien podríamos tratar de acogernos a un planteamiento diferente de la situación. En este sentido, podríamos considerar que el autor aparente o el profesional de la explotación sí asumieron la realización de una prestación en favor del autor fantasma, pero que la misma no estaba claramente determinada o no resultaba determinable. En tal caso, independientemente de otras consideraciones, la falta de determinación ocasionaría la nulidad del negocio jurídico en su conjunto por ausencia de un elemento esencial del mismo<sup>63</sup>. Desde nuestro punto de vista, esta hipótesis nos parece más razonable que la anterior, ya que entendemos que la causa que impulsó al autor fantasma a prestar su consentimiento fue la expectativa cierta y justificada –y, por tanto, no un mero deseo o esperanza– de obtener una contraprestación por el sacrificio que había asumido. Ante la imposibilidad de exigir coactivamente la realización de la misma como consecuencia de la indeterminación del objeto del negocio, la eficacia del mismo devendría nula y el autor fantasma tendría derecho a exigir la restitución de lo ya entregado (artículo 1303 del Código Civil). Con todo, creemos que la disquisición que acabamos de realizar posiblemente carezca de verdadera relevancia, puesto que la misma sólo podría llegar a

---

<sup>63</sup> Vid. GETE-ALONSO CALERA, M.C.: “Comentario del artículo 1273 del Código Civil”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, y P. SALVADOR CODERCH), Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, p. 477.

tener trascendencia si finalmente concluyéramos que el acuerdo de usurpación tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico.

En cualquier caso, una vez evidenciado que el negocio jurídico que estamos analizando puede revestir carácter gratuito, es preciso que nos detengamos a reflexionar si dichas cesiones no onerosas tienen cabida en nuestra legislación en materia de derechos de autor. Ello nos lleva a plantearnos una cuestión previa y es si las normas generales contenidas en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (en adelante, Ley de Propiedad Intelectual o LPI) resultan de aplicación directa a la autoría fantasma.

Pues bien, partimos de la premisa de que, aunque el legislador tiene en su mano la posibilidad de reconocer expresamente dicho fenómeno y otorgarle un estatus jurídico propio, dicha situación no se ha producido ni resulta previsible que se llegue a producir. Por tanto, entendemos que la licitud de esta práctica dentro de nuestro ordenamiento jurídico pasa necesariamente por su encaje dentro de la actual regulación de los derechos de autor en vigor. A grandes rasgos ello se traduce, a nuestro entender, en dos cuestiones de vital importancia. Por un lado, habrá que analizar la compatibilidad del consentimiento prestado por el autor fantasma con la caracterización legal de los derechos morales como facultades “irrenunciables e inalienables”<sup>64</sup>. Dado que dicha problemática será abordada con profundidad a lo largo de este trabajo, no nos centraremos en la misma en este momento<sup>65</sup>. Por otro, si dicho consentimiento tuviera eficacia alguna dentro de nuestro ordenamiento jurídico, entendemos que resultarían de aplicación, entre otras, las reglas generales recogidas en los artículos 42 a 57 de la Ley de Propiedad Intelectual sobre transmisión de derechos.

Bien es cierto que tanto de este conjunto normativo como de la regulación de los contratos típicos de explotación de la propiedad intelectual podría deducirse que el legislador parece contemplar casi exclusivamente las cesiones onerosas. Destacan particularmente las previsiones legales referentes al contrato de edición, que incluyen la compensación económica dentro de la definición típica del mismo (artículo 58.1) y que establecen la inclusión expresa de la remuneración del autor en el documento en el que se formaliza el

---

<sup>64</sup> El primer inciso del art. 14 LPI afirma: “Corresponden al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables (...)”.

<sup>65</sup> *Vid. infra* capítulo quinto, epígrafe 4.

negocio como un requisito obligatorio (artículo 60.5º), cuya omisión se pena con la nulidad del contrato (artículo 61). Sin embargo, un numeroso sector de la doctrina, con el que nos alineamos, ha entendido que la Ley de Propiedad Intelectual no veta en modo alguno las cesiones gratuitas, pese al silencio legal que guarda con respecto a las mismas<sup>66</sup>. Así, por ejemplo, con respecto a la aludida regulación del contrato de edición, GETE-ALONSO CALERA sostiene que la misma no impide la posibilidad de ceder gratuitamente los derechos de reproducción y distribución, puesto que considera que si ése hubiese sido el resultado deseado, el legislador tendría que haber prohibido expresamente dicha posibilidad. No obstante, la autora sostiene que tal cesión será considerada atípica, estando sometida a las reglas generales contenidas en los preceptos ya citados y, en su caso, a las reglas que sean aplicables del contrato de edición para evitar la comisión de un acto en fraude<sup>67</sup>.

En nuestra opinión, entendemos que, a falta de prohibición expresa, lo más razonable es considerar que la Ley de Propiedad Intelectual sí permite las cesiones gratuitas de los derechos de autor. Si bien es innegable que el grueso del tráfico jurídico relativo a esta materia descansa sobre la base de que el creador pretende obtener rendimientos patrimoniales por la obra que ha creado y que el cesionario va a explotar, tampoco puede obviarse que en la práctica se producen situaciones en las que el autor no tiene problema en consentir dichas cesiones sin deseo alguno de recibir ninguna contraprestación económica por ello –a modo ilustrativo, podríamos aludir a cesiones realizadas a amigos, a asociaciones sin ánimo de lucro, entidades benéficas, etc.–, no existiendo motivo cabal para que la normativa vetara dichos actos. No obstante, no deberíamos perder de vista que la Ley de Propiedad Intelectual reviste un marcado carácter tuitivo y que su pretensión fundamental es la de amparar al cedente del derecho (especialmente, cuando éste es el autor de la obra). Por tanto, creemos que, en cualquier caso, es necesario que la posibilidad de llevar a cabo cesiones gratuitas se interprete siempre de manera restrictiva, imposibilitando la realización de posibles actos fraudulentos que pretendan evitar la aplicación de determinados preceptos de la normativa relativa a la materia<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> Entre otros, RAMS ALBESA, J.: “Comentario del artículo 43”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil...*, op. cit., p. 692. ROGEL VIDE, C.: “Comentario del artículo 58”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil...*, op. cit., p. 886. GETE-ALONSO CALERA, M.C.: “Comentario del artículo 43”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, Madrid, 2017, pp. 871 – 875.

<sup>67</sup> GETE-ALONSO CALERA, M.C.: “Comentario del artículo 43”, op. cit., pp. 872 – 873.

<sup>68</sup> En línea semejante, GETE-ALONSO CALERA, M.C.: “Comentario del artículo 43”, op. cit., p. 874.

En conclusión, como consecuencia de todo lo que hemos expuesto y en lo que a la autoría fantasma respecta, si finalmente concluyéramos que dicho fenómeno constituye un negocio jurídico perfectamente lícito dentro de nuestro ordenamiento, tendríamos que reconocer, en primer lugar, que el mismo podría tener tanto carácter oneroso como gratuito y, en segundo, que dicha relación jurídica tendría que respetar el contenido imperativo dispuesto por la Ley de Propiedad Intelectual. En relación con este último asunto, ello presenta especial importancia, puesto que, entre otras cuestiones, determina por mandato legal imperativo el contenido de las prestaciones que el autor aparente debe asumir, tal y como abordaremos posteriormente en el presente trabajo.

### **3.3. La interpretación fantasma**

La legislación en materia de propiedad intelectual realiza una tradicional diferenciación entre la autoría (creación de una obra intelectual) y la interpretación (ejecución a partir de una obra preexistente). Pues bien, de igual modo que hemos hablado de que existe un fenómeno al que hemos denominado autoría fantasma, existe otro análogo al que podríamos referirnos como interpretación fantasma. De idéntica manera, el mismo supondría la presencia de dos sujetos indispensables: un individuo que realiza la interpretación –intérprete fantasma o intérprete verdadero– y otro que aparece ante el público como la persona que realmente ha ejecutado dicha interpretación –intérprete aparente–.

Si bien la autoría fantasma puede ser el régimen bajo el que se cree cualquier tipo de obra intelectual, la interpretación fantasma parece, en cambio, quedar circunscrita por su propia naturaleza a un ámbito más concreto. Ello se debe a que la interpretación debería poder ejecutarse sin que el público conociera la auténtica identidad de la persona que la está llevando a cabo. De este modo, aquellas disciplinas relacionadas, por ejemplo, con el uso de la voz (canto, recitación, doblaje, etc.) podrían encajar fácilmente en este modelo. Sería el supuesto prototípico del *playback*, en el que el cantante está fingiendo interpretar una canción que, en realidad, ha sido pregrabada con la voz de otro sujeto, desconociendo el público dicha eventualidad. Así pues, por citar un caso ilustrativo de lo que apuntamos, podríamos hablar del famoso dúo musical Milli Vanilli, quienes hacían *playback* de canciones grabadas e interpretadas por otras personas. En este sentido, cabe destacar que sus miembros cayeron en desgracia en el momento en que revelaron

públicamente que no eran los auténticos intérpretes de sus canciones<sup>69</sup>. Del mismo modo, otro supuesto posible de usurpación en este ámbito sería el relativo a la interpretación de un instrumento musical realizada por un tercero. Sería el caso, por ejemplo, de la grabación de un reputado músico tocando el violín que posteriormente se comercializa bajo el nombre del intérprete aparente<sup>70</sup>.

Por el contrario, existen disciplinas en las que su propia idiosincrasia dificulta que pudiera producirse un acuerdo de este tipo. Es difícil concebir, en principio, un intérprete fantasma en el ámbito de la actuación escénica o cinematográfica, en la medida en que en la mayoría de casos el actor realiza su labor a rostro descubierto o sin dejar lugar a dudas sobre frente a quién nos encontramos. Sin embargo, también es cierto que no podría descartarse completamente que esta práctica pudiera darse en determinados supuestos en los que no fuera posible conocer a simple vista quién es la persona que está realizando la actuación y que, en consecuencia, la misma pudiera ser atribuida a otro sujeto distinto. Sería el caso, por ejemplo, de los personajes que van completamente disfrazados, maquillados o que son generados por un ordenador a partir de los movimientos ejecutados por un actor en un set de rodaje. Es más, teniendo en cuenta el actual estado de la tecnología, no podemos descartar que se empleara para este propósito la conocida técnica del *deepfake* u otras similares para sustituir el rostro del intérprete real por el del intérprete aparente<sup>71</sup>.

Así mismo, nos gustaría aludir al caso de los conocidos como “dobles de acción”, es decir, aquellos profesionales que han sido entrenados para ejecutar secuencias especialmente peligrosas y que se encargan de grabarlas en lugar del actor contratado para interpretar al personaje en cuestión. Si bien su labor debe desarrollarse sin que el espectador sea capaz

---

<sup>69</sup> Para un relato de la historia del dúo Milli Vanilli, *vid.* SANGUINO, J.: “Éxito, vergüenza y muerte: lo que queda de Milli Vanilli 30 años después del escándalo en los Grammy”, *El País*, 21 de febrero de 2020, disponible en [https://elpais.com/elpais/2020/02/19/icon/1582113185\\_020495.html](https://elpais.com/elpais/2020/02/19/icon/1582113185_020495.html) [consultado el 16 de febrero de 2024].

<sup>70</sup> El ejemplo ha sido extraído de CÁMARA ÁGUILA, P: “Comentario del artículo 113”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), *op. cit.*, p. 1670, si bien dicha autora aludía a las dificultades de que se pudiera producir una usurpación no consentida en el ámbito de la interpretación.

<sup>71</sup> Nos gustaría destacar que el reemplazo del rostro de un actor por el de otro a través de efectos especiales ya es una realidad en la industria cinematográfica. Si bien no se ocultó la identidad de los intérpretes verdaderos, en la película “Rogue One: A Star Wars Story” el rostro de la actriz Ingvild Deila que interpretaba a la princesa Leia fue sustituido por el de la difunta actriz Carrie Fisher. *Vid.* BRITT, R.: “Here’s What Princess Leia Looked Like in ‘Rogue One’ Before CGI”, *Inverse*, 24 de marzo de 2017, disponible en <https://www.inverse.com/article/29486-rogue-one-princess-leia-cgi-rogue-one-star-wars#:~:text=Actress%20Ingvild%20Deila%20played%20Leia,young%20Carrie%20Fisher%2C%20circ a%201977>. [consultado el 16 de febrero de 2024].

de detectar a simple vista que determinadas secuencias han sido realizadas por un actor diferente, no quiere ello decir que no obtengan el reconocimiento suficiente en los correspondientes créditos de la obra audiovisual o en el programa de mano del espectáculo de artes escénicas. Sin embargo, bien pudiera ocurrir que se decidiera silenciar el recurso a este tipo de profesionales para atribuir esas hazañas físicas al actor principal con el fin de aumentar su fama o su reputación entre el público (o de mantenerla, por ejemplo, en aquellos supuestos en los que el intérprete hubiera sido conocido precisamente por su capacidad para ejecutar escenas de acción, pero en los que ya no se encontrase en las condiciones físicas adecuadas para hacerlo).

En cualquiera de los ejemplos señalados la dinámica sería similar a la lógica apuntada para la autoría fantasma. Las legislaciones en materia de derechos de autor reconocen a los intérpretes el derecho moral de paternidad sobre las interpretaciones que ejecutan, de tal modo que el intérprete fantasma estaría consintiendo la transmisión o renuncia del mismo o, por lo menos, estaría asumiendo la obligación negativa de no ejercitar dicha facultad. En tanto en que el derecho moral de paternidad que ostenta el intérprete reviste las mismas características básicas que el que poseen los autores de obras intelectuales, se pueden trasladar las valoraciones ya apuntadas en relación con la autoría fantasma, siendo, en definitiva, necesario analizar la posible eficacia o ineficacia del consentimiento prestado por este sujeto de cara a la validez de este tipo de acuerdos. Este último asunto constituye el núcleo de la investigación que estamos abordando en el presente trabajo, tanto con respecto a la autoría fantasma como en relación con la interpretación fantasma. Dada la similitud entre ambos fenómenos, a lo largo de este estudio aludiremos principalmente a la práctica de la autoría fantasma, siendo trasladables al otro fenómeno las consideraciones que realicemos y haciendo referencia especialmente al mismo en aquellos supuestos en los que exista alguna diferencia reseñable.

#### **4. ENFOQUE Y ESTRUCTURA DEL ANÁLISIS DE LA MATERIA**

Para concluir, si bien es cierto que el asunto del consentimiento del autor verdadero para disponer del derecho moral representa la piedra angular de la autoría fantasma, consideramos imprescindible analizar las diferentes aristas de este negocio jurídico con el fin de ser capaces, por un lado, de proporcionar una respuesta adecuada para esta problemática y, por otro, de abordar todas las diferentes cuestiones que hemos ido destacando a lo largo de este primer capítulo. Por todo ello, proponemos la siguiente



secuencia de análisis como la forma más idónea de acercarnos a esta práctica en su total complejidad.

En primer lugar, examinaremos el objeto de esta relación jurídica, es decir, el derecho de propiedad intelectual que se genera sobre una obra creativa original. A su vez, ello nos permitirá reflexionar sobre la trascendencia jurídica de la aportación de ideas o de vivencias personales al resultado final. A continuación, nos centraremos en el reconocimiento de la condición jurídica de autor por parte de nuestra legislación. Seguidamente, abordaremos la cuestión esencial de los derechos morales, exponiendo sus características propias y aproximándonos así al tema fundamental de este trabajo. Tras haber estudiado todas las cuestiones referidas al régimen de protección de la propiedad intelectual, nos encontraremos en las condiciones adecuadas para analizar los aspectos jurídicos del acuerdo de usurpación de autoría.

En dicho capítulo nos detendremos a examinar quiénes son los sujetos involucrados en este negocio jurídico (autor fantasma, autor aparente y el profesional de la explotación), estudiando las obligaciones que asumen cada uno de ellos y los elementos tripartitos que están presentes en esta relación. Así mismo, expondremos nuestras consideraciones sobre la posible eficacia o ineficacia del consentimiento prestado por el autor fantasma y sobre las consecuencias del mismo de cara a la licitud o no del negocio jurídico en su totalidad. De igual modo, dedicaremos un epígrafe a reflexionar sobre las posibles herramientas jurídicas con las que cuentan los adquirentes de estas creaciones que se sientan estafados por la desvelación de la auténtica paternidad de las mismas. Finalmente, como consecuencia de todo lo expuesto previamente, compartiremos las conclusiones que hemos alcanzado a este respecto y propondremos las soluciones jurídicas que consideramos más convenientes para hacer frente a esta problemática.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### LA CREACIÓN Y LA OBRA INTELECTUAL

El objeto básico de la relación jurídica que entraña la autoría fantasma recae sobre el conjunto completo de prerrogativas que conforman el derecho de propiedad intelectual sobre la obra cuya autoría se pretende usurpar, con especial incidencia en aquellas potestades de naturaleza personalísima que integran los derechos de autor. En este sentido, la propiedad intelectual<sup>72</sup> es un tipo de propiedad especial<sup>73</sup> que supone la atribución originaria al autor de una obra de un conjunto de facultades, tanto patrimoniales como personales, sobre la creación que ha realizado. En la medida en que el Código Civil se refiere sólo de forma tangencial a la misma, dedicándole apenas dos escuetos preceptos (los artículos 428 y 429), tendremos que remitirnos a la Ley de Propiedad Intelectual para conocer su regulación esencial en detalle<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> Ha existido cierto debate terminológico entre el uso de la expresión “propiedad intelectual” o la de “derechos de autor”, que parte de la doctrina ha considerado como más acertada. La controversia principal en torno a la que gravita esta polémica radica en que el derecho en cuestión presenta una dimensión personal o espiritual que trasciende a la clásica faceta patrimonial de la propiedad ordinaria, motivo por el que en ocasiones se ha considerado como más apropiada la denominación de “derechos de autor”. Por su parte, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario del artículo 1” en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), *op. cit.*, pp. 22 – 23 ha defendido que el concepto de propiedad intelectual refleja una mejor conexión con el resto del ordenamiento que el de derecho de autor, así como que el actual concepto de propiedad es lo suficientemente versátil como para acoger en su seno un tipo de propiedad especial como la que hoy nos ocupa. En una línea similar, PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: *Derecho de autor: la facultad de decidir la divulgación*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 31 – 32 expone los argumentos a favor de mantener la denominación de propiedad intelectual. Sobre las distintas acepciones con la que se emplean los términos “propiedad intelectual” o “derechos de autor”, *vid.* PLAZA PENADÉS, J.: *El derecho moral de autor y su protección en el artículo 20, 1, B) de la Constitución*, Universidad de Valencia, 1995, disponible en <https://roderic.uv.es/handle/10550/38578>, pp. 181 – 188. En cualquier caso, en el presente trabajo ambos conceptos se utilizarán de forma indistinta.

<sup>73</sup> Así, los artículos 428 y 429 CC relativos a la propiedad intelectual se encuentran ubicados dentro del Título IV del Libro Segundo del Código Civil, cuya denominación es “De algunas propiedades especiales”. Algunas de sus particularidades residen en el objeto sobre el que recaen (un bien inmaterial), la existencia de un vínculo espiritual e indisoluble entre la obra y su autor, que justifica que éste ostente una serie de facultades personales inalienables e intrasmisibles; o su duración temporal. Sobre la categoría jurídica de las propiedades especiales en nuestro ordenamiento, *vid.* MARCO MOLINA, J.: “Bases históricas y filosóficas y precedentes legislativos del Derecho de autor”, *Anuario de derecho civil*, Vol. 47, Nº 1, 1994, pp. 178 – 208. Sobre la propiedad intelectual como propiedad especial, *vid.* RODRÍGUEZ TAPIA, J. M.: “Comentario del artículo 2” en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. por J.M. RODRÍGUEZ TAPIA), Civitas, Madrid, 2009, pp. 64 - 73.

<sup>74</sup> El Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, refundió la Ley 22/1987 con otras cuatro leyes especiales, que habían sido aprobadas para la transposición de varias Directivas europeas. La Ley 22/1987 ya había introducido importantes innovaciones con respecto a la anterior regulación (la Ley de 1879 y su normativa complementaria) al reconocer expresamente los derechos morales, eliminar la necesidad de la inscripción en el Registro para el reconocimiento de los plenos derechos o acabar con el monopolio legal de la Sociedad General de Autores de España, entre otras novedades. Desde su entrada en vigor, el RDL 1/1996 ha sido objeto de numerosas modificaciones, muchas de ellas motivadas por la necesidad de transponer nuevas Directivas europeas. Para un recorrido histórico sobre la regulación legal de la propiedad intelectual en España, *vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Introducción a la propiedad intelectual”, en

Es preciso señalar que las problemáticas que genera el fenómeno de la autoría fantasma sólo pueden surgir cuando estemos ante una obra intelectual que reúna las condiciones necesarias para ser protegida por nuestra Ley de Propiedad Intelectual (a saber: una obra literaria, artística o científica, que sea original y que haya sido exteriorizada). De este modo, si por el contrario estuviéramos hablando de una “mera obra material” que careciera de originalidad creativa alguna, la misma estaría sometida únicamente al derecho de propiedad ordinaria. En tal hipótesis no habría ninguna clase de controversia: la propiedad se transmitiría siguiendo las reglas generales de nuestro Código Civil y no habría impedimento alguno para que, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, las partes pudieran pactar una cláusula de confidencialidad sobre la anterior titularidad de dicha obra material si así lo decidieran. En este caso no existiría como tal una condición de autor que fuera trascendente a efectos jurídicos, puesto que la posición del titular originario del bien carecería de relevancia una vez que aquél se hubiera deshecho del mismo. Sea como fuere, cabe señalar que, como regla general y más allá de la licitud de este pacto, poco interés va a tener ningún sujeto en apropiarse del mérito ajeno por la creación de una obra carente de originalidad, puesto que la realización de la misma no va a suscitar las mismas cotas de admiración por parte del resto de individuos que la creación de una obra artística.

De igual manera, el ordenamiento jurídico es claramente consciente de la diferencia que existe entre el resultado procedente de una labor creativa original –obra intelectual– y del producto de un hacer genérico que, por más complicado que resulte su materialización, no reúne ese necesario plus de originalidad –obra material–<sup>75</sup>. Como consecuencia de ello, el legislador otorga un régimen jurídico distinto para cada uno de estos dos tipos de obra. En nuestra opinión, ello ya nos parece señalar que la solución para afrontar la usurpación consentida de la autoría de una creación intelectual no puede ser la misma que si ésta se tratara de una mera obra material, o al menos no podría instrumentarse por los mismos cauces jurídicos. Sea como fuere, parece relevante detenernos en las

---

AA.VV.: *Manual de propiedad intelectual* (coord. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 43 – 48.

<sup>75</sup> El hecho de que la institución de la propiedad intelectual esté caracterizada por la presencia de un conjunto de intereses personales de gran relevancia no impide que, tal y como señala SÁNCHEZ ARISTI, R.: “Comentario del artículo 17”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), *op. cit.*, p. 275, nota 2, en la propiedad ordinaria no puedan aparecer también coyunturalmente esos intereses morales (p.ej.: álbum de fotografías, reloj heredado entre varias generaciones, etc.), lo que permitiría al titular del bien reclamar daños morales en el caso de que un tercero llevara a cabo una conducta ilícita contra dicho objeto.

particularidades de la obra intelectual en tanto que su existencia es la premisa básica de todo el fenómeno de la autoría fantasma. Por dicho motivo, comenzaremos este capítulo estudiando el hecho generador del derecho de propiedad intelectual sobre dicha obra intelectual; posteriormente, analizaremos sus notas características; y, finalmente, realizaremos una serie de reflexiones sobre si la aportación de ideas o de vivencias personales puede constituir objeto de protección por parte de la Ley de Propiedad Intelectual.

## **1. EL HECHO GENERADOR DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: LA CREACIÓN**

La Ley de Propiedad Intelectual comienza su regulación estableciendo cuál es la vía de atribución originaria de todas las facultades, personales y patrimoniales, que integran este derecho de propiedad especial. En concreto, el artículo 1 de dicho texto legal dispone lo siguiente: “La propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación”. Por tanto, la creación por parte de una determinada persona de una obra que revista una serie de características concretas constituye el punto de partida de la propiedad intelectual en nuestro ordenamiento<sup>76</sup>. El legislador español acierta así al vincular el nacimiento del derecho con la materialización de la obra sin necesidad de satisfacer ningún otro requisito adicional. De esta forma, se brinda protección jurídica al autor desde el mismo momento en que la obra ha sido creada y se ha generado ya, por tanto, ese vínculo indisoluble entre la obra y su creador.

Es importante insistir en lo acertado de esta decisión, porque, en contra de lo que pudiera parecer, no era la única opción por la que podría haberse decantado nuestro ordenamiento jurídico. Prueba de ello es la regulación que se contenía en la Ley española de 10 de enero de 1879 de propiedad intelectual, que exigía la inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual si el autor quería gozar de todos los beneficios que se contemplaban en dicho texto legal<sup>77</sup>. Bien es cierto que tampoco en aquel momento podía considerarse que la

---

<sup>76</sup> PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M.: “Comentario de los artículos 428 y 429” en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA), t. V, vol. 2, Madrid, 1985, p.747 afirma que la creación de una obra intelectual es: a) un modo de adquisición originaria; b) el único modo de adquisición del derecho autor en sentido pleno; y c) un hecho jurídico. Por el contrario, ROGEL VIDE, C.: “Comentario del artículo 1”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil...*, op. cit., pp. 72 – 73 considera que la creación es siempre un acto jurídico.

<sup>77</sup> En este sentido, el artículo 36 establecía en su primer párrafo: “Para gozar de los beneficios de esta ley es necesario haber inscrito el derecho en el Registro de la propiedad intelectual, con arreglo a lo establecido en los artículos anteriores”. A este respecto, ROGEL VIDE, C.: “Comentario del artículo. 1”, op. cit., pp. 68

inscripción tuviera eficacia constitutiva del derecho<sup>78</sup>, pero la ausencia de la misma otorgaba al Estado la facultad de publicar y reimprimir la obra<sup>79</sup>, así como la entrada en dominio público de la misma tras diez años desde el momento en que ésta debió inscribirse<sup>80</sup>. De manera similar, otra muestra de que la actual regulación no era la única opción posible es que los países del entorno del *common law* han establecido tradicionalmente como requisito para el reconocimiento de la propiedad intelectual la inscripción de la obra en un registro público<sup>81</sup>, si bien es cierto que dichos ordenamientos jurídicos han ido acercando progresivamente sus normativas a las legislaciones continentales o de *droits d'auteur*<sup>82</sup>.

Como vemos, en la actualidad nuestra legislación ha suprimido la exigencia de requisitos formales adicionales, tales como la inscripción en el registro, para reconocer el nacimiento de las facultades que conforman la propiedad intelectual. De este modo,

---

– 69 sugiere que la exigencia de la inscripción pudo haber surgido inicialmente como una contrapartida impuesta por el legislador por haber otorgado un mayor plazo de protección de los derechos de autor.

<sup>78</sup> Ello se puede deducir del artículo 12: “No es necesaria la publicación de las obras para que la ley ampare la propiedad intelectual. Nadie por tanto tiene derecho a publicar sin permiso del autor una producción científica, literaria o artística que se haya estenografiado, anotado o copiado durante su lectura, ejecución o exposición pública o privada, así como tampoco las explicaciones orales”. Si el plazo para inscribir comenzaba al año siguiente de la publicación de la obra (artículo 36, párrafo tercero) y el referido precepto está reconociendo la propiedad intelectual con anterioridad a la publicación, es obvio que la inscripción no puede tener eficacia constitutiva, ya que, siguiendo esta lógica, el derecho ha debido necesariamente generarse con anterioridad. En sentido similar, tanto RODRÍGUEZ TAPIA, J. M.: “Comentario del artículo 1” en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. por J.M. RODRÍGUEZ TAPIA), *op. cit.*, pp. 59 – 61 como BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario del artículo 1”, *op. cit.*, pp. 24 – 26 razonan que la inscripción no tenía carácter constitutivo, si bien la sanción por no llevarla a cabo era tan grande que en la práctica se forzaba al autor a la misma.

<sup>79</sup> Así lo disponía el artículo 38: “Toda obra no inscrita en el Registro de la propiedad intelectual podrá ser publicada de nuevo reimpresa por el Estado, por las Corporaciones científicas o por los particulares durante diez años, a contar desde el día en que terminó el derecho de inscribirla”.

<sup>80</sup> De esta forma, el artículo 39 preceptuaba: “Si pasase un año más después de los diez sin que el autor ni su derechohabiente inscriban la obra en el Registro, entrará ésta definitiva y absolutamente en el dominio público”.

<sup>81</sup> Los sistemas de derecho de autor, como el nuestro, vinculan el nacimiento del derecho con la creación de la obra. Por tanto, el registro únicamente cumple la función de acreditar *iuris tantum* la existencia y la autoría de la obra. Ello se contrapone a aquellos ordenamientos, como tradicionalmente han sido los del *common law*, en los que el poder público es quien concede el monopolio de la obra al autor, para lo cual le exige a éste que cumpla con unas determinadas cargas formales (depósito o inscripción de la obra, pago de las tasas, etc.). Así lo expone RODRÍGUEZ TAPIA, J. M.: “Comentario del artículo 1”, *op. cit.*, pp. 63 - 64.

<sup>82</sup> Por ejemplo, una de las diferencias tradicionales entre el sistema continental y el sistema del *copyright* era la falta de reconocimiento de los derechos morales por parte de los ordenamientos del *common law*. Sin embargo, tras la ratificación del Convenio de Berna por los países de este entorno, se ha producido un progresivo acercamiento entre ambos modelos de protección de la protección intelectual. En este sentido, *vid.* ROSELLÓ MANZANO, R.: *Derechos de la personalidad y derechos morales de los autores*, Reus, Madrid, 2011, pp. 101 – 109. Por su parte, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet: los tratados OMPI de 1996 y la incorporación al derecho español de la Directiva 2001/29/CE*, Comares, Granada, 2003, pp. 144 y ss. ha destacado cómo estas tensiones entre sistemas pertenecientes a distintas tradiciones jurídicas, así como el inherente conflicto de intereses entre autores y cesionarios, ha dificultado el reconocimiento de las vulneraciones de los derechos morales en el ámbito de Internet.

nuestro país se integra en la corriente internacional mayoritaria en esta materia, que vincula el nacimiento de este derecho con la mera creación de la obra. En este sentido, podemos destacar por su similitud con el precepto español el artículo L111-1 del *Code de la propriété intellectuelle*<sup>83</sup> o el artículo 6 de la norma italiana<sup>84</sup>. Todo ello, a su vez, es coherente con la pauta normativa establecida por el Convenio de Berna<sup>85</sup>, ratificado por España el 4 de septiembre de 1887 y que, precisamente, tiene como uno de sus principios fundamentales brindar un marco mínimo de protección jurídica internacional a los autores de determinadas obras sin necesidad de exigir el cumplimiento de ninguna formalidad. Así lo dispone el artículo 5.2 del Convenio: “El goce y el ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad y ambos son independientes de la existencia de protección en el país de origen de la obra (...)”<sup>86</sup>.

Sin embargo, pese a que nuestro ordenamiento jurídico establezca que el hecho generador de la propiedad intelectual es la creación de la obra, la Ley de Propiedad Intelectual no proporciona ninguna definición de dicho término<sup>87</sup>. En cierto modo, ello es lógico.

---

<sup>83</sup> El primer párrafo del referido precepto establece: *L'auteur d'une oeuvre de l'esprit jouit sur cette oeuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous.*

<sup>84</sup> El art. 6 de la *Legge 22 aprile 1941, n. 633 Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio* dispone: *Il titolo originario dell'acquisto del diritto di autore e' costituito dalla creazione dell'opera, quale particolare espressione del lavoro intellettuale.*

<sup>85</sup> Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886 (enmendado el 28 de septiembre de 1979). Tal y como relata RIGAMONTI, C.P.: “The Conceptual Transformation of Moral Rights”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 55, No. 1, Winter 2007, pp. 95 – 96, la denominación del Convenio fue objeto de controversia entre Francia (que se decantaba por la denominación “protección de la propiedad literaria y artística”) y Alemania (que prefería la utilización del término “protección de los derechos de autor”), por lo que finalmente se apostó por una vía intermedia entre ambas opciones.

<sup>86</sup> Es importante resaltar que, en virtud del propio Convenio de Berna (art. 5.3), en el país de origen la obra estará protegida o no en función de lo dispuesto en la correspondiente legislación nacional. Por tanto, la ausencia de formalidades establecida en el art. 5.2 hace referencia exclusivamente a la protección internacional de la obra en un país distinto al del origen. La primera redacción del Convenio de Berna de 1886 exigía, en cambio, para obtener dicha protección haber cumplido los requisitos exigidos en el país de origen, lo que generó numerosos litigios ante la dificultad de comprobar dicho extremo. Ello, unido a las sucesivas reformas que se produjeron en los sistemas de *droits d'auteur* que vincularon el nacimiento del derecho con la creación de la obra, condujo a la modificación del Convenio de Berna y a su actual regulación. Para un análisis más detenido del precepto, *vid.* LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A.: “Comentario del artículo 5” en AA.VV.: *Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, 2013, pp. 418 - 426.

<sup>87</sup> En cambio, la *Copyright Act* estadounidense de 1976 sí proporciona una definición jurídica del término. El art. 101 de dicho texto legal afirma lo siguiente: *A work is “created” when it is fixed in a copy or phonorecord for the first time; where a work is prepared over a period of time, the portion of it that has been fixed at any particular time constitutes the work as of that time, and where the work has been prepared in different versions, each version constitutes a separate work. (...) A work is “fixed” in a tangible medium of expression when its embodiment in a copy or phonorecord, by or under the authority of the author, is sufficiently permanent or stable to permit it to be perceived, reproduced, or otherwise communicated for a period of more than transitory duration. A work consisting of sounds, images, or both, that are being transmitted, is “fixed” for purposes of this title if a fixation of the work is being made simultaneously with its transmission.*

“Crear” no es, en puridad, un término jurídico, sino un concepto que posee tanto un contenido material como un sentido propio, cuya existencia además es previa a su incorporación al ordenamiento jurídico. Para delimitar su significado podríamos recurrir al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, que define “crear” como “producir algo nuevo” o “producir algo de la nada”<sup>88</sup>. Ambas acepciones corren el peligro de interpretarse de manera excesivamente estricta, lo que, sin duda, invalidaría la utilidad del término en el ámbito de la propiedad intelectual. Para empezar, porque resultaría verdaderamente complicado poder concluir que una obra es absolutamente novedosa, en la medida en que el número de ideas y formas es, hasta cierto punto, limitado y la toma de inspiración en obras ajenas o en elementos de la vida misma es frecuente por parte de los autores. Dicho de otra forma, podemos encontrar patrones comunes que se repiten entre distintas obras que son independientes entre sí.

Por ello, no debemos interpretar lo nuevo como aquello desprovisto de cualquier influencia o inspiración anterior, sino como aquello que presenta cierta originalidad (concepto relevante en la legislación en materia de derechos de autor y sobre el que inmediatamente regresaremos). Así mismo, es obvio que ningún ser humano puede crear de la nada, en tanto en cuanto, además de apoyarse en materiales o instrumentos previos, el autor forma parte de un determinado sustrato social y cultural, que se constituye en el caldo de cultivo del que, posteriormente, nacerán las ideas. Insistimos, en definitiva, sobre el mismo planteamiento: ninguna obra se crea en el vacío, ninguna obra nace de la más absoluta nada. El creador está subido en los hombros de quienes le precedieron en su labor<sup>89</sup>.

A falta de una definición del concepto “crear” en el texto legal, RODRÍGUEZ TAPIA propone la siguiente:

---

<sup>88</sup>RAE, *Diccionario de la lengua española*, versión digital, disponible en <https://dle.rae.es/crear> [consultado el 16 de febrero de 2024].

<sup>89</sup> Reflexiones similares realiza RODRÍGUEZ TAPIA, J.M. “Comentario del artículo 1”, *op. cit.*, p. 61. En cualquier caso, nos gustaría aclarar que, pese a que destaquemos la influencia del contexto cultural y social en el que se integra el autor, no queremos con ello decir que la obra sea una creación de la comunidad. Creemos que este sujeto sí debe ostentar un derecho de propiedad sobre su creación, aunque el mismo tampoco puede ser idéntico al de la propiedad ordinaria. Por tanto, nos alineamos con la que se ha considerado como la postura intermedia en un largo debate histórico sobre esta cuestión: el reconocimiento de un derecho al creador que se encuentre limitado para hacerlo compatible con los intereses de la sociedad. Sobre las distintas teorías que fundamentan y justifican la propiedad intelectual, *vid.* DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistemas de Derecho civil, Vol. III: Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 198 – 199.

*Desde el punto de vista legal, podemos entender por crear una obra, plasmar en una forma exterior una obra original, en parte o en todo, perceptible por los sentidos (hasta hoy, por el tacto, vista u oído; mañana, quizá, también por el olfato y gusto: los perfumes, sabores y fragancias).*<sup>90</sup>

Posiblemente, la gran virtud de esta definición, al menos en lo relativo a su dimensión jurídica, es que conecta el término creación, empleado en el artículo 1 de la Ley de Propiedad Intelectual, con los requisitos exigidos por el artículo 10 del mismo texto legal para que la obra intelectual pueda ser protegida por la norma en cuestión. Dicha conexión nos resulta oportuna, puesto que en esta materia concreta nacen de forma simultánea el derecho subjetivo (la propiedad intelectual) y su objeto de protección (la obra intelectual)<sup>91</sup>. Así pues, en lo que respecta al fenómeno de la autoría fantasma, lo ya expuesto sencillamente nos señala que el derecho de propiedad intelectual que se pretende transmitir se constituirá en el momento en el que el autor verdadero cree la obra intelectual (independientemente de si la misma ha sido creada como consecuencia del encargo del autor aparente o de si ya había sido creada con anterioridad a dicho acuerdo). Una vez ya asentada esta primera noción fundamental, debemos examinar a continuación cuáles son las notas distintivas de la obra intelectual sobre la que recae dicho derecho.

## **2. EL OBJETO DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: LA OBRA INTELECTUAL**

Tal y como hemos ido señalando, la legislación en materia de derechos de autor no protege cualquier de tipo de creación humana, sino únicamente aquéllas que revistan una serie de características concretas<sup>92</sup>. En este sentido, el artículo 10.1 de la Ley de Propiedad Intelectual establece: “Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o

---

<sup>90</sup> RODRÍGUEZ TAPIA, J. M.: “Comentario del artículo 1”, *op. cit.*, p. 62.

<sup>91</sup> Por todos, así lo destaca BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario del artículo 1”, *op. cit.*, p. 24: “La propiedad intelectual y su objeto nacen al mismo tiempo y, desde ese momento –el de la creación de la obra–, el autor y sus derechohabientes reciben plena protección de la Ley, sin que se exija depósito e inscripción alguna, o cualquier tipo de divulgación en momento alguno”.

<sup>92</sup> Cabe destacar que la doctrina clásica suele señalar, incluso antes de analizar los requisitos que debe tener la obra para ser objeto de protección, que el artículo 10 LPI habla de “creaciones”, debiendo entender como tales únicamente las que son el resultado de una actividad creativa humana. De este modo, quedarían fuera del ámbito de protección de esta ley las “obras” realizadas por un animal o por una máquina. En este sentido, *vid.* RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario del artículo 10” en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. por J.M. RODRÍGUEZ TAPIA), *op. cit.*, p. 122 y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario del artículo 10” en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), *op. cit.*, pp. 160 - 161.



intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro (...)”. Del precepto se deduce que para que una obra pueda ser objeto de protección por esta norma debe reunir los siguientes requisitos: ser original; tratarse de una creación literaria, artística o científica; y haber sido exteriorizada de algún modo<sup>93</sup>.

## 2.1. La originalidad de la obra

El primer requisito que establece el referido artículo es el de la originalidad, un concepto que, sin duda, es mucho más fácil de comprender intuitivamente que de definir. Ello se debe, por un lado, a que resulta extremadamente complicado perfilar los contornos de una figura tan difusa como ésta, que además presenta tantos matices en función del tipo de obra del que estemos hablando y del ámbito o del contexto en el que nos encontremos. Por otro lado, tampoco ayuda el hecho de que existan ciertas concomitancias con el objeto de protección de la propiedad industrial, siendo, de esta forma, frecuentes los litigios en los que se dirime si un determinado tipo de obra puede estar cubierta simultáneamente

---

<sup>93</sup> Tal y como se irá desarrollando posteriormente, los criterios para considerar si una obra es objeto de protección por la regulación en materia de propiedad intelectual no están establecidos únicamente por la normativa española. El TJUE ha establecido en la STJUE (Gran Sala) de 13 de noviembre de 2018, asunto C-310/17, Caso Levola Hengelo BV. contra Smilde Foods BV. (TJCE 2018\255) lo siguiente:

33. A este respecto, la Directiva 2001/29 dispone, en sus artículos 2 a 4, que los Estados miembros establecerán un conjunto de derechos exclusivos referidos, respecto a los autores, a sus «obras», y señala, en su artículo 5, una serie de excepciones y limitaciones a esos derechos. Dicha Directiva no contiene ninguna remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar el sentido y alcance del concepto de «obra». Por lo tanto, y habida cuenta de las exigencias tanto de aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad, este concepto debe ser objeto normalmente de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 16 de julio de 2009 , Infopaq International, C-5/08, EU:C:2009:465, apartados 27 y 28, y de 3 de septiembre de 2014 , Deckmyn y Vrijheidsfonds, C-201/13, EU:C:2014:2132, apartados 14 y 15).

(...) 35. En este sentido, para que un objeto pueda ser calificado de «obra» en el sentido de la Directiva 2001/29, es preciso que concurren simultáneamente dos requisitos.

36. Por una parte, es necesario que el objeto en cuestión sea original, en el sentido de constituir una creación intelectual propia de su autor (sentencia de 4 de octubre de 2011, Football Association Premier League y otros, C-403/08 y C-429/08, EU:C:2011:631, apartado 97 y jurisprudencia citada).

37. Por otra parte, la calificación como «obra», en el sentido de la Directiva 2001/29 , se reserva a los elementos que expresan dicha creación intelectual (véanse, en este sentido, las sentencias de 16 de julio de 2009 , Infopaq International A/S, C-5/08, EU:C:2009:465, apartado 39, y de 4 de octubre de 2011 , Football Association Premier League y otros, C-403/08 y C-429/08, EU:C:2011:631, apartado 159).

De este modo, el TJUE señala dos criterios, en cierto modo coincidentes con los establecidos en nuestra legislación nacional, para brindar la protección dimanante de la propiedad intelectual: que se trate de una obra (para lo cual tendrá que estar exteriorizada) y que sea original. Para un análisis más detenido sobre esta cuestión, vid. CÁMARA ÁGUILA, P.: “Los conceptos autónomos sobre el objeto de protección del Derecho de autor: el concepto de obra y el concepto de originalidad” en AA.VV.: *La Unificación del Derecho de Propiedad Intelectual en la Unión Europea* (coord. por P. CÁMARA ÁGUILA e I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 47 – 93.

bajo el paraguas normativo de ambas leyes o, en cambio, solamente por el de una de ellas<sup>94</sup>.

Determinados ordenamientos jurídicos, tales como el del Reino Unido, han establecido un estándar de originalidad considerablemente bajo. En este sentido, se exige únicamente que la creación intelectual sea resultado del esfuerzo propio del autor y que no sea, a su vez, una copia intencionada de otra obra. Ello permitiría que pudiera haber dos obras cuasi idénticas y que ambas pudieran estar tuteladas por un derecho de propiedad intelectual distinto, siempre y cuando no se pudiera probar que uno de los autores copió al otro<sup>95</sup>. Por el contrario, los sistemas continentales de protección de la propiedad intelectual tienden a construir un concepto de originalidad que exija algo más que el mero esfuerzo y la ausencia de copia (si bien es cierto que las legislaciones de países como Francia, Alemania o Italia no hacen referencia explícita a dicha noción en los preceptos normativos pertinentes a la hora de definir el objeto de protección de la propiedad intelectual)<sup>96</sup>. En el caso español se suele recurrir a los siguientes elementos para determinar la originalidad de una obra intelectual: la apreciación de originalidad subjetiva

---

<sup>94</sup> Así, por ejemplo, la STJUE (Sala Tercera) de 12 de septiembre de 2019, asunto C-683/17, Caso Cofemel – Sociedade de Vestuário, S.A. contra G-Star Raw CV. (TJCE 2019\186) concluyó que, según el Derecho de la Unión Europea, los modelos de prendas de vestir sólo podían estar protegidos bajo la normativa en materia de propiedad industrial, y no por las leyes de propiedad intelectual al no reunir los requisitos necesarios para ser considerados una obra protegible por los derechos de autor.

<sup>95</sup> La sentencia *Sawkins V Hyperion Records Ltd*, Court Of Appeal (Mummery, Mance and Jacob L.JJ.): May 19, 20051[2005] EWCA Civ 565; [2005] R.P.C. 32 aborda la perspectiva británica del requisito de la originalidad en las obras protegibles:

*The important point is that copyright can be used to prevent copying of a substantial part of the relevant form of expression, but it does not prevent use of the information, thoughts or emotions expressed in the copyright work. It does not prevent another person from coincidentally creating a similar work by his own independent efforts. It is not an intellectual property monopoly in the same sense as a patent or a registered design. There is no infringement of copyright in the absence of a direct or indirect causal link between the copyright work and the alleged copy. (...) The policy of copyright protection and its limited scope explain why the threshold requirement of an "original" work has been interpreted as not imposing objective standards of novelty, usefulness, inventiveness, aesthetic merit, quality or value. A work may be complete rubbish and utterly worthless, but copyright protection may be available for it, just as it is for the great masterpieces of imaginative literature, art and music. A work need only be "original" in the limited sense that the author originated it by his efforts rather than slavishly copying it from the work produced by the efforts of another person.*

<sup>96</sup> Así pues, el art. L112-1 del *Code de la propriété intellectuelle* se limita a establecer: *Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les oeuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination*. Por su parte, tras circunscribir la propiedad intelectual al ámbito de las obras artísticas, literarias o científicas, el apartado 2 de la sección segunda de la norma alemana habla de creaciones personales intelectuales personales: *Werke im Sinne dieses Gesetzes sind nur persönliche geistige Schöpfungen*. Por último, el primer párrafo del art. 1 de la Legge 22 aprile 1941, n. 633 Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio dispone: *Sono protette ai sensi di questa legge le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro ed alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione*.

u objetiva, la existencia de cierto margen de libertad creativa para el autor y la concurrencia de un nivel mínimo de altura creativa. Analicemos, por tanto, cuáles son algunas de las conclusiones que se pueden extraer tras examinar la jurisprudencia y la doctrina relativas a este tema.

En relación con la jurisprudencia, cabría señalar que nuestros Tribunales no se han caracterizado precisamente por aportar un nítido y delimitado concepto de originalidad. A menudo, al analizar la cuestión, la jurisprudencia recurre a dos criterios habituales: por un lado, la originalidad objetiva, entendiendo como tal el aporte de novedad que supone la creación; y, por otro, la originalidad subjetiva, haciendo referencia la misma al reflejo de la personalidad del autor en la obra<sup>97</sup>. Aun así, es necesario destacar que los tribunales suelen limitarse a apuntar dichos criterios, sin profundizar en los mismos y sin establecer pautas específicas para determinar la originalidad de una obra. Ello nos lleva inevitablemente a pensar que lo verdaderamente fundamental en la práctica a la hora de decidir si una creación concreta es original o no es el criterio subjetivo del juzgador que debe resolver el litigio. No obstante, con ello no pretendemos insinuar que se trate de una decisión irracional, pues aquél deberá adoptar la misma utilizando criterios racionales, tales como el tipo de obra específica ante la que se encuentra o el grado de libertad que tenía el autor a la hora de crearla.

En lo que respecta a este último criterio, que ha sido acogido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cabe reseñar que es precisamente la existencia de un cierto margen de libertad creativa lo que determina la posibilidad de que se aprecie la concurrencia de originalidad en la creación intelectual que se esté examinando. De hecho, se trata de dos elementos interconectados de forma directamente proporcional. Cuanto mayor sea el margen que tenga el autor de libertad creativa, mayor será la exigencia de originalidad a los efectos del artículo 10 de la Ley de Propiedad Intelectual. De manera inversa, se exigirá una menor originalidad en aquellas obras en las que dicho margen de libertad era más bien reducido o limitado<sup>98</sup>. Precisamente ello es lo que ha permitido al Tribunal

---

<sup>97</sup> Encontramos la alusión directa a dichos conceptos, entre otras, en STS (Sala de lo Civil) de 26 octubre 1992 (RJ\1992\8286), STS (Sala de lo Civil) núm. 138/1998 de 20 febrero (RJ 1998\971) o la STS (Sala de lo Civil) núm. 214/2011 de 5 abril (RJ 2011\3146). Como señalaremos inmediatamente, desde el año 2004 las referencias se centrarán cada vez más en la originalidad objetiva, a menos en lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Independientemente de ello, cabe destacar que la jurisprudencia menor también se ha hecho eco de estos conceptos en diversas sentencias: entre ellas, SAP Barcelona (Sección 15ª) núm. 411/2005 de 29 septiembre (AC 2006\121), SAP Vizcaya (Sección 4ª) núm. 187/2009 de 10 marzo (AC\2009\225) o SAP León (Sección 1ª) núm. 141/2010 de 22 abril (AC\2010\418).

<sup>98</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario del artículo 10”, *op. cit.*, pp. 164 – 165.

Supremo en el pasado considerar como protegibles obras menores tales como los conocidos cuadernos pedagógicos “Rubio”<sup>99</sup>, las instrucciones de instalación de una mampara de ducha<sup>100</sup> o los anuncios por palabras con ofertas laborales que se publicaban en el periódico “La Vanguardia”<sup>101</sup>. En nuestra opinión, no se puede negar *a priori* que dichas creaciones pudieran llegar a estar amparadas por los derechos de autor, pero en tal caso sería conveniente que los tribunales trataran de desarrollar una argumentación más exhaustiva que les permitiera fundamentar adecuadamente dicha conclusión<sup>102</sup>. Pese a todo lo dicho, es necesario aclarar que desde el año 2004 nuestro Alto Tribunal inauguró una nueva línea jurisprudencial en la que puso el acento en dos elementos concretos de cara a reconocer la protección derivada de la normativa en materia de propiedad intelectual: la existencia de originalidad objetiva y de una mínima relevancia o altura creativa<sup>103</sup>.

---

<sup>99</sup> Vid. STS (Sala de lo Civil) núm. 563/1995 de 7 junio (RJ\1995\4628), que afirma: “(...) resulta incuestionable que los cuadernos pedagógicos «Rubio» merecen la calificación de «obras» a cuantos efectos se derivan de la Ley indicada, tanto más cuando no puede dejar de tenerse en cuenta que ambas sentencias, la del Juzgado y la de la Audiencia, destacan el elemento de originalidad en los Cuadernos, al decir, de modo respectivo que «la originalidad no es grande, ni en lo científico... ni en lo artístico... ni en lo literario... pero el conjunto es original en tanto realización material compleja de varios elementos» y que «la originalidad de los cuadernos del actor estriba precisamente en la estructura y en la presentación de esos conocimientos»”.

<sup>100</sup> Vid. STS (Sala de lo Civil) núm. 34/1996 de 30 enero (RJ\1996\540), que concluye: “Pero la verdad es que cualquiera que sea el valor literario del folleto, entendido como calidad noble del arte de la expresión por medio de la palabra, lo que la Ley protege es la creación original de una composición del lenguaje escrito de modo que en el caso tal característica se da (...)”.

<sup>101</sup> Vid. STS (Sala de lo Civil) núm. 429/2002 de 13 mayo (RJ\2002\6744), que razona: “Y ello no es asumible, desde el instante mismo que dichos anuncios conocidos con la denominación de «ofertas de empleo o trabajo», suponen lisa y llanamente una actividad creativa con cargas de originalidad, que no puede encasillarse en cláusulas de estilo o usos tipográficos. No hay que olvidar en ese aspecto, que un ofrecimiento de un puesto de trabajo, con la carga socio-económica que supone, precisa una actividad intelectual de cierto calado para hacer atractiva la oferta y con el fin de obtener un éxito que redundaría a favor, tanto del oferente como del futuro solicitante, así como del medio en el que se plasma la misma, que tiene, por ello, el derecho a ser protegido en su afán creador”.

<sup>102</sup> Hablamos de una materia que está, por supuesto, abierta a los matices. Pensemos, por ejemplo, en las instrucciones de instalación de una mampara de ducha. Desconocemos el ejemplar concreto que examinaron los Tribunales, por lo que no podemos descartar de plano la existencia de unas instrucciones confeccionadas o presentadas de forma tan singular que merecieran la protección por parte de la legislación en materia de propiedad intelectual. No obstante, ante la ausencia de una argumentación que justificara dicha postura, cabe plantear la duda razonable de si quizás el Tribunal Supremo se excedió a la hora de considerar que en dicho caso nos encontrábamos dentro del ámbito de aplicación de la norma. Al hilo de lo que queremos apuntar, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Introducción a la propiedad intelectual”, *op. cit.*, p. 49 alerta del peligro de ampliar excesivamente el objeto de protección de la propiedad intelectual. Así mismo, CÁMARA ÁGUILA, P.: “Los conceptos autónomos...”, *op. cit.*, p. 63 aboga por excluir del ámbito de protección de los derechos de autor aquellas obras que no reúnan una mínima altura creativa o que sean el resultado de la simple actividad que hubiese realizado cualquier persona si hubiese estado en dichas circunstancias.

<sup>103</sup> En este sentido, STS (Sala de lo Civil) núm. 542/2004 de 24 junio (RJ\2004\4318), STS (Sala de lo Civil) núm. 214/2011 de 5 abril (RJ 2011\3146), STS (Sala de lo Civil) núm. 630/2012 de 30 octubre (RJ 2013\2273). STS (Sala de lo Civil) núm. 64/2017 de 2 febrero (RJ 2017\454). Destaca, en nuestra opinión, la STS (Sala de lo Civil) núm. 253/2017 de 26 abril (RJ\2017\1736) que abiertamente desdeña el criterio

Así mismo, además de nuestra jurisprudencia nacional, tenemos que destacar que la emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea también juega un papel fundamental en esta materia, puesto que en numerosas ocasiones ha reiterado que el concepto de obra es un concepto autónomo del Derecho de la Unión y que, por tanto, su interpretación debe ser uniforme en todos los Estados<sup>104</sup>. De este modo, ha sido en ocasiones el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el que ha determinado si un tipo de obra concreta reúne la originalidad suficiente como para estar protegida o no por la normativa en materia de propiedad intelectual, estableciendo un criterio común para todos los Estados miembros, entre ellos España. A este respecto, si bien en un primer momento el Tribunal de Justicia caracterizaba las obras originales como “creaciones intelectuales atribuidas a su autor”<sup>105</sup>, en sentencias posteriores fue perfilando dicho concepto para poner el foco, efectivamente, en la libertad creativa. De este modo, no habría originalidad en aquellas obras en las que su autor no tuvo margen para tomar este tipo de decisiones<sup>106</sup>.

---

subjetivo de originalidad y abraza la visión de la doctrina alemana de la originalidad: novedad objetiva que reúna una mínima altura creativa. Así pues la mencionada sentencia afirma:

*Aunque en ciertas épocas prevaleció la concepción subjetiva de originalidad (y este mismo criterio pueda ser aplicable en principio a algunas obras de características muy especiales como es el caso de los programas de ordenador, art. 96.2 de la Ley de Propiedad Intelectual), actualmente prevalece el criterio de que la originalidad prevista por el art. 10.1 TRLPI exige un cierto grado de altura creativa. Esa concepción objetiva permite destacar el factor de reconocibilidad o diferenciación de la obra respecto de las preexistentes, imprescindible para atribuir un derecho de exclusiva con aspectos morales y patrimoniales, lo que requiere que la originalidad tenga una relevancia mínima suficiente.*

Toda esta jurisprudencia es comentada por CÁMARA ÁGUILA, P.: “Los conceptos autónomos...”, *op. cit.*, pp. 81 - 91, que critica la falta de alusión en varias de las sentencias del Tribunal Supremo a la jurisprudencia del TJUE.

<sup>104</sup> Vid. nota 89.

<sup>105</sup> STJUE (Sala Cuarta) de 16 de julio de 2009, asunto C-5/08, Caso Infopaq International A/S contra Danske Dagblades Forening. En relación con esta idea de “creación intelectual propia de su autor”, CÁMARA ÁGUILA, P.: “Los conceptos autónomos...”, *op. cit.*, p. 59 señala que dicha expresión empleada por el TJUE podía evocar tanto al criterio objetivo como subjetivo de originalidad. Por su parte, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: “La expresión de la obra y su carácter original como requisitos de su protección por el derecho de autor. Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de noviembre de 2018, asunto C-310/17: Levola Hengelo”, *La Ley Unión Europea*, número 68, 2019, pp. 4, 11 – 12 y 14 – 15 considera que la expresión alude al concepto subjetivo de originalidad, lo que, a su entender, generará un panorama jurídico inestable e implica además renunciar a la exigencia de altura creativa.

<sup>106</sup> En este sentido, STJUE (Sala Tercera), de 22 de diciembre de 2010, asunto C-393/09, Bezpečnostní Softwarová Asociace – Svaz Softwarové Ochrany contra Ministerstvo Kultury; STJUE (Gran Sala), de 4 octubre 2011, asuntos acumulados C-403/08 y C-429/08, Caso Football Association Premier League Ltd y otros contra QC Leisure y otros (TJCE 2011\294); STJUE (Sala Tercera), de 1 de diciembre de 2011, asunto C-145/10, Caso Eva Maria Painer contra Standard Verlags GmbH y otros (TJCE 2011\388); STJUE (Sala Tercera), de 1 de marzo de 2012, asunto C-604/10, Caso Football Dataco Ltd y otros contra Yahoo! UK Ltd y otros (TJCE 2012\42); y STJUE (Gran Sala), de 2 de mayo de 2012, asunto C-406/10, Caso SAS Institute Inc contra World Programming Ltd (TJCE 2012\103). En relación con la jurisprudencia citada, CÁMARA ÁGUILA, P.: “Los conceptos autónomos...”, *op. cit.*, p. 76 concluye que el TJUE ha terminado por subjetivizar el criterio de la originalidad, pero no al modo del sistema francés, sino del alemán, al no poner el foco en la personalidad del autor, sino en su libertad creativa.

Con respecto a la doctrina, cabe destacar que ésta sí que ha tratado de ahondar con mayor profundidad en el concepto de originalidad, lo que no significa que la discusión sobre esta cuestión dentro de la misma sea, ni mucho menos, pacífica. La doctrina más clásica, inspirada por los autores franceses, ha solido decantarse por el criterio subjetivo de originalidad<sup>107</sup>, posición que ha recibido numerosas críticas por generar inseguridad jurídica, puesto que se arguye que hoy en día la mayoría de obras protegidas por la propiedad intelectual no suponen ningún reflejo de la personalidad de su autor<sup>108</sup>. En cambio, en la actualidad la mayor parte de nuestra doctrina nacional apuesta por un concepto objetivo de originalidad, si bien introducen ciertos matices al mismo.

En este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO ha criticado tanto el criterio subjetivo de originalidad por las razones ya expuestas, como el de novedad subjetiva (que supone limitarse a valorar la ausencia de copia), ya que –en opinión de este autor– el empleo de dichas pautas contribuiría a generar un panorama caótico en el ámbito de protección de la propiedad intelectual. Por ello, apuesta por un criterio de novedad objetiva, entendiendo como tal la existencia de una singularidad en la creación intelectual que permita distinguirla de obras preexistentes y que puede hallarse bien en la concepción de la misma o bien en su ejecución. Entre los diversos argumentos que emplea para defender que éste es el modelo por el que se decanta nuestra regulación, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO recuerda el tratamiento diferenciado que la Ley de Propiedad Intelectual otorga a la creación y a la interpretación. Así pues, pese a que no cabe duda de que el intérprete manifiesta y refleja su personalidad en la labor que ejecuta, no se le reconoce a este sujeto la condición de autor precisamente porque no se considera que haya realizado una aportación suficiente de novedad objetiva con respecto a la obra que interpreta. Por último, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO incorpora también a la idea de originalidad el concepto de altura creativa proveniente de la doctrina alemana (*Gestaltungshöhe*)<sup>109</sup>. De

---

<sup>107</sup> A modo ilustrativo, DESBOIS, H.: *Le Droit d'auteur en France*, Dalloz, París, 1966, p. 5 afirma: *Il suffit, pour qu'une oeuvre soit originale, au sens subjectif du mot: point n'est besoin qu'elle soit nouvelle, au sens objectif*. En el mismo sentido, BONDÍA ROMÁN, F.: *Propiedad intelectual. Su significado en la sociedad de la información*, Trivium, Madrid, 1988, p. 195 – 199. BAYLOS CORROZA, H.: *Tratado de derecho industrial, propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1993, 2ª edición, pp. 533 – 535.

<sup>108</sup> Esto sería así por la ampliación del elenco de obras protegidas por la normativa de propiedad intelectual, ocasionada tanto por el desarrollo de la tecnología (fotografías, programas de ordenador o bases de datos), como por una incorporación –¿quizás excesiva?– de obras con escasa altura creativa a las que ya hemos aludido previamente (folletos de instrucciones, anuncios por palabras, etc.).

<sup>109</sup> En este sentido, DIETZ, A.: *El derecho de autor en España y Portugal* (traducida por R.E. LÓPEZ SÁEZ) Ministerio de Cultura, Madrid, 1992, p. 30: “[E]l presupuesto de protección contiene, para todas las obras, una cierta proporción de configuración creadora, lo que no tiene nada que ver con una inadmisibles

este modo, si bien es cierto que no debe entrarse a valorar la calidad de la obra a la hora de determinar su tutela o no por el derecho de autor, sí que va a ser preciso que la obra revista de una relevancia mínima para que la misma sea protegida por el ordenamiento jurídico<sup>110</sup>.

No es el único autor que se ha decantado en la doctrina más reciente por esta perspectiva concreta de la originalidad<sup>111</sup>. Sin embargo, si bien compartimos en su mayoría la argumentación anterior, apreciamos que quizás la idea de novedad como tal encaja mejor con la visión de la normativa de propiedad industrial que con la de propiedad intelectual, ya que en la primera precisamente se busca una innovación en el estado de la técnica existente para proteger la creación en cuestión, mientras que en la segunda se pretende proteger las obras del espíritu<sup>112</sup>. Por ello, CÁMARA ÁGUILA, pese a ser partidaria del criterio de originalidad objetiva, realiza una serie de apuntes al mismo para perfilar adecuadamente este concepto. Dicha autora entiende que la idea de novedad en el ámbito de la propiedad intelectual no puede asimilarse a una innovación en el estado del conocimiento, tal y como se exige en el ámbito de la propiedad industrial; ni tampoco puede limitarse a requerir solamente esfuerzo, trabajo y ausencia de copia, requisitos característicos del sistema anglosajón. En consecuencia, una obra protegida por el derecho de autor debe, por un lado, reflejar algo diferente a lo que ya existía y, por otro, no ser resultado de la aplicación mecánica de una técnica en la que apenas haya margen para la libertad del autor. De nuevo, concluye argumentando que es preciso exigir, además, un nivel mínimo de altura creativa<sup>113</sup>.

---

valoración estética”. En la doctrina italiana, FABIANI, M.: *Il diritto d'autore nella giurisprudenza*, CEDAM, Padua, 1972, pp. 2 – 3 hace referencia a cómo la jurisprudencia de su país ha negado protección a las obras carentes de un mínimo de altura creativa.

<sup>110</sup>Podemos encontrar un extenso desarrollo de todos los argumentos señalados en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario del artículo 10”, *op. cit.*, pp. 160 – 166. Críticas similares comparte GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: “La expresión de...”, *op. cit.*, p. 10, quien señala cómo en la práctica dicha concepción subjetiva supone que para acreditar la originalidad basta con demostrar que no se copió una obra preexistente.

<sup>111</sup> En este sentido, destaca GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: “La expresión de...”, *op. cit.*, pp. 10 – 11 quien afirma lo siguiente:

*Se requiere por tanto que haya novedad objetiva, lo que excluye que puedan coexistir dos derechos de autor diferentes sobre dos obras idénticas, incluso aunque sean del mismo autor (una obra plástica y una réplica, por ejemplo). Es necesario que exista alguna diferencia entre las distintas obras para considerar la segunda como original, no basta con la mera singularidad del autor para dar originalidad a la obra si dicha singularidad no se ha manifestado en diferencias objetivas respecto de obras preexistentes.*

Así mismo, este autor señala que la exigencia de un mínimo de altura creativa está ligada inexorablemente a esta idea de novedad objetiva.

<sup>112</sup> En sentido similar, PLAZA PENADÉS, J.: *El derecho moral...*, *op. cit.*, p. 384.

<sup>113</sup> Esta postura es defendida en CÁMARA ÁGUILA, P.: “Los conceptos autónomos...”, *op. cit.*, pp. 61 – 63.

Por último, nos parece particularmente interesante la tesis propuesta por ERDOZAÍN LÓPEZ, que afirma que será original aquella creación intelectual que reúna una especificidad suficiente como para singularizarla, tanto por ser reconocible por sí misma como por diferenciarse del resto de obras existentes. Para valorar si se ha alcanzado este nivel mínimo de originalidad será determinante el criterio subjetivo de un observador imparcial, que junto al criterio de la singularidad empleará otros complementarios como el de la estética, la concreta combinación de elementos (piénsese, por ejemplo, en las exposiciones, los concursos de televisión, etc.) o el del resultado conseguido (empleado, sobre todo, en obras de carácter científico donde lo que prevalece es el alcance teórico alcanzado con la obra). Así mismo, destaca que el vínculo que la obra guarda con su concreto creador es un elemento más que contribuye a diferenciar dicha creación intelectual frente a otras<sup>114</sup>.

En nuestra opinión, ni el criterio subjetivo ni el objetivo de originalidad son suficientes por sí mismos para valorar todos y cada uno de los diferentes tipos de creaciones protegidas por la Ley de Propiedad Intelectual. Por ello, nos inclinamos más por la genérica idea de singularidad apuntada por ERDOZAÍN LÓPEZ –si bien, como hemos visto, no es el único autor en la doctrina que recurre a dicha noción o a una similar–, puesto que la percibimos como un concepto lo suficientemente flexible y omnicomprendivo como para abarcar los diferentes supuestos de obras intelectuales que se pueden dar en la práctica. En la medida en que no se van a proteger ni las obras desprovistas de cualquier clase de creatividad ni las que no son más que meras copias de creaciones ajenas, entendemos que lo que el ordenamiento pretende tutelar es el ingenio, el esfuerzo y el trabajo de aquellos autores que han creado obras que son diferentes, es decir, que tienen una identidad por sí mismas, lo que las caracteriza y permite diferenciarlas de otras semejantes.

A nuestro entender, una creación puede ser singular o diferente sin necesariamente ser reflejo de la personalidad de su autor (pensemos, por ejemplo, en el caso de los programas de ordenador) o sin ser completamente novedosa (es decir, la obra podría presentar elementos temáticos o formas que han sido tratados con anterioridad, pero aportando una perspectiva única y diferente de los mismos). Así pues, creemos, por tanto, que la idea de singularidad podría englobar de forma armoniosa y complementaria los conceptos de

---

<sup>114</sup> Así lo expone en ERDOZAÍN LÓPEZ, J.C.: “El concepto de originalidad en el derecho de autor”, *Pe. i.: Revista de propiedad intelectual*, N° 3, 1999, pp. 55 – 94.



originalidad subjetiva y objetiva, si bien es cierto que la posición que defendemos estaría más cercana a este último criterio que al primero. Finalmente, compartimos con la doctrina y la jurisprudencia más recientes la necesidad de valorar en este ámbito tanto el margen de libertad creativa que ha tenido el autor como la existencia de un nivel mínimo de altura creativa en la obra, dado que la incorporación de dichos límites al concepto de originalidad permitirá que el objeto de la propiedad intelectual no se amplíe de tal forma que se desnaturalice la esencia y la finalidad de la norma.

En cualquier caso, queremos destacar que la idea de originalidad –más allá del contenido concreto que le pretendamos otorgar– se constituye como uno de los conceptos clave dentro de la normativa en materia de derechos de autor, puesto que el mismo se encuentra presente tanto en relación con el objeto del derecho como en lo que respecta a la titularidad originaria del mismo. En efecto, la Ley de Propiedad Intelectual sólo va a proteger la obra que sea original<sup>115</sup>, y, además, de entre todas las personas que hayan intervenido en su proceso de materialización, sólo le va a reconocer la condición de autor a aquella que haya realizado una contribución original a dicho proceso creativo, reduciendo al resto de intervinientes al rango de meros colaboradores. Insistimos: sólo quien efectúa una aportación creativa original puede ser recompensado por el ordenamiento jurídico con el reconocimiento de una prerrogativa de dominio sobre lo creado. Dicha afirmación nos parece de vital importancia en relación con la autoría fantasma, puesto que niega la condición de autor a quienes no realizan dicha aportación esencial. Por consiguiente, la existencia o no de originalidad suficiente en la actividad creativa desempeñada por el sujeto cuyo nombre se omite determinará su condición bien como autor fantasma o bien como mero auxiliar carente de derecho moral alguno. Del mismo modo, el autor aparente sólo podrá ser considerado coautor de la obra intelectual en aquellos supuestos en los que efectúe una auténtica contribución original a la misma. Posteriormente, regresaremos sobre esta idea esencial.

---

<sup>115</sup> Particularmente interesante resulta el razonamiento de PLAZA PENADÉS, J.: *El derecho moral...*, op. cit., pp. 374 – 376, que concluye que la obra será protegible desde el momento en el que dicha creación ya pueda considerarse original (y no, por tanto, cuando se entienda que la misma está terminada). Ello entronca con la protección que otorga el art. 10 LPI, por ejemplo, a los ensayos o los bocetos de las obras plásticas.

## 2.2. El carácter artístico, literario o científico de la obra

En segundo lugar, la Ley de Propiedad Intelectual protege las obras que sean artísticas, literarias o científicas<sup>116</sup>. De esta forma, lo que se pretende, en esencia, es amparar bajo esta norma las conocidas como obras del espíritu, denominación empleada en el artículo L112-1 del *Code de la propriété intellectuelle*<sup>117</sup> y que, posiblemente, resulte más apropiada comparativamente que el conjunto de adjetivos utilizados en el precepto español. En definitiva, estaríamos hablando de aquellas creaciones que generan un fuerte vínculo espiritual con su autor al reflejar de algún modo su personalidad y que, por tanto, se diferencian de las creaciones que se circunscriben al ámbito de la propiedad industrial<sup>118</sup>. En efecto y enlazando con lo ya expuesto, el criterio decisivo en las obras de carácter industrial no es el de la originalidad, sino el de la mera novedad –entendiendo como tal cualquier adelanto tecnológico que, objetivamente, suponga un avance en el estado del conocimiento actual– o, en el caso del Derecho de marcas, el de su capacidad para distinguirse dentro del mercado y asociarse con una determinada empresa<sup>119</sup>.

En consecuencia, el artículo 10.1 realiza una larga enumeración de obras que van a estar incluidas dentro del paraguas normativo de la propiedad intelectual: libros, composiciones musicales, obras cinematográficas, esculturas, etc. El precepto establece un listado abierto, un *numerus apertus*, que permite la aplicación de este régimen legal para obras de distinta naturaleza a las expresamente contempladas en dicha enumeración. De hecho, tal y como destaca GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, la actual jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión vetaría la existencia de “listas cerradas” en la regulación de la propiedad intelectual de los Estados miembros, puesto que éstos estarían obligados a proteger “cualquier expresión precisa y objetiva que sea [además] suficientemente original”<sup>120</sup>. Así pues, no resulta muy complicado imaginar obras que no estén recogidas

---

<sup>116</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario del artículo 10”, *op. cit.*, pp. 166 - 168, recuerda que estos términos deben interpretarse de forma amplia, pues el objetivo del legislador no es el de establecer clasificaciones cerradas, sino el de proteger a las obras del espíritu. De igual modo, critica la inclusión de las obras científicas, puesto que considera que en las mismas no se protege el contenido –que debe circular libremente–, sino la exposición del mismo, lo que, en definitiva, supone el mismo tratamiento que una obra literaria.

<sup>117</sup> El art. L112-1 dispone: *Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les oeuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination.*

<sup>118</sup> Pese a todo, cabe destacar que una misma obra puede estar protegida simultáneamente tanto por la propiedad intelectual como por la propiedad industrial. Así lo permite el art. 3 LPI al establecer la compatibilidad entre ambos tipos de derechos.

<sup>119</sup> Sobre las diferencias entre la originalidad y la novedad o la capacidad de distinción en el mercado, *vid.* ERDOZAÍN LÓPEZ, J.C.: “El concepto de...”, *op. cit.*, pp. 60 – 66.

<sup>120</sup> GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: “La expresión de...”, *op. cit.*, pp. 9 – 10.

en el listado del artículo 10 y cuya protección por la propiedad intelectual es (y debe ser) innegable, como lo son las obras radiofónicas o los videojuegos.

Los tribunales han sido constantes a la hora de interpretar los sucesivos apartados del artículo 10.1 como una lista ejemplificativa del tipo de obras que están protegidas por la norma; enumeración que, en ningún caso, agota todas las posibilidades. En este sentido, puede mencionarse, aunque sea únicamente por su trascendencia mediática, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Bilbao núm. 543/2007 de 23 de noviembre<sup>121</sup> y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª) núm. 187/2009 de 10 marzo<sup>122</sup> relativas al Puente Zubi Zuri, diseñado por Santiago Calatrava. En dicho litigio se planteaba la vulneración del derecho moral de integridad del autor, por lo que para estimar dicha pretensión era imprescindible considerar el mencionado puente como una obra en el sentido del artículo 10 de la Ley de Propiedad Intelectual, premisa necesaria en la que coincidieron tanto el Juzgado de lo Mercantil como la Audiencia Provincial. Ambos órganos judiciales alcanzaron dicha conclusión argumentando que las obras arquitectónicas, más allá de la finalidad práctica para la que hubiesen sido creadas, debían ser consideradas indudablemente una creación artística. Por ello, dichas obras podrían estar amparadas por la Ley de Propiedad Intelectual, siempre que alcanzaran el grado de originalidad suficiente, como se consideró que ocurría con el Puente Zubi Zuri de Calatrava; decisión que, efectivamente, compartimos<sup>123</sup>.

### 2.3. La exteriorización de la obra

Por último, se exige que la creación esté exteriorizada o expresada por cualquier medio tangible o intangible. Por tanto, a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos o en el

---

<sup>121</sup> AC\2007\2062, comentada en CASAS VALLÈS, R.: “Obra arquitectónica y derecho de autor: el caso Calatrava (*Santiago Calatrava c. Ayuntamiento de Bilbao y otros*. Sentencia del Juzgado Mercantil núm. 1 de Bilbao, España, de 23 de noviembre de 2007)”, *Pe. i.: Revista de propiedad intelectual*, N° 27, 2007, pp. 75 – 83.

<sup>122</sup> AC\2009\225, comentada en CASAS VALLÈS, R.: “El caso Calatrava o “Zubi Zuri”, ¿una victoria pírrica en apelación? (*Santiago Calatrava c. Ayuntamiento de Bilbao y otros*. Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, España, de 10 de marzo de 2009)”, *Pe. i.: Revista de propiedad intelectual*, N° 32, 2009, pp. 99 – 117.

<sup>123</sup> En este sentido, baste reseñar la siguiente afirmación que realizó la SAP Vizcaya (Sección 4ª) núm. 187/2009 de 10 marzo (AC\2009\225): “En cuanto a la inclusión de la obra del Sr. Aurelio y, en particular, su puente “Zubi Zuri” entre las que son objeto de protección conforme al artº 10 de la Ley de Propiedad Intelectual, bastaría considerar que se trata de una creación “artística” y “original”, que son dos de los calificativos que en dicho precepto se emplean para definir a las obras objeto de esa propiedad especial; este puente es una obra de arte, en el sentido que este último vocablo es definido por el Diccionario de la Real Academia, a saber, 2. virtud, disposición y habilidad para hacer algo, y 2. Manifestación de la actividad humana mediante la cual se expresa una visión personal y desinteresada que interpreta lo real o imaginado con recursos plásticos, lingüísticos o sonoros”.

Reino Unido, no resulta necesaria la fijación de la obra en ningún soporte material<sup>124</sup>. Así pues, la Ley de Propiedad Intelectual no va a proteger, en ningún caso, las meras ideas, por más originales o novedosas que éstas sean, ya que por su propia naturaleza las mismas deben circular libremente y no deben ser objeto de apropiación exclusiva por parte de un sujeto determinado<sup>125</sup>. Así lo entendió desde un primer momento nuestro Tribunal Supremo:

*[P]ara que las ideas constituyan propiedad privativa a que se apliquen las disposiciones legales reguladoras del dominio, precisa que se hayan manifestado en alguna de las formas de que hace expresión la ley especial de 10 de enero de 1879, sin que fuera de ella puedan constituir materia de apropiación, tanto por carencia de precepto legal que lo disponga, cuanto porque la naturaleza y conexiones de la inteligencia humana impiden que el mero pensamiento, no contenido dentro de los moldes expresados en la ley sobre Propiedad intelectual, tenga que ser atribuido exclusivamente a un solo individuo con las condiciones y de la manera necesarias para constituir, en la esfera coercitiva del derecho, objeto apropiable que lo pueda ser consiguientemente de reivindicación o de indemnización<sup>126</sup>.*

En consecuencia, es necesario que la idea salga de la esfera mental del individuo que la ha concebido y que se materialice en una forma creativa concreta para que así pueda entrar en juego el régimen normativo de la propiedad intelectual. Además, si lo pensamos detenidamente, todo ello es plenamente coherente con la lógica y el proceso característico de creación de una obra. Como ya se ha apuntado previamente, las ideas son, hasta cierto

---

<sup>124</sup> Se trata de una cuestión específica sobre la que, de hecho, el Convenio de Berna otorga margen de decisión a cada país, ya que el art. 1.2 dispone: “Sin embargo, queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de establecer que las obras literarias y artísticas o algunos de sus géneros no estarán protegidos mientras no hayan sido fijados en un soporte material”. A modo de ejemplo, el art. 3 (2) *Copyright, Designs And Patents Act* británica de 1988 preceptúa: *Copyright does not subsist in a literary, dramatic or musical work unless and until it is recorded, in writing or otherwise; and references in this Part to the time at which such a work is made are to the time at which it is so recorded*. Igualmente y tal como ya hemos señalado, el art. 101 de la *Copyright Act* estadounidense de 1976 establece lo siguiente: *A work is “created” when it is fixed in a copy or phonorecord for the first time (...)*.

<sup>125</sup> Entre otros autores, BAYLOS CORROZA, H.: *Tratado de derecho industrial...*, op. cit., pp. 597 – 599. COLOMBET, C.: *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo. Estudio de derecho comparado*, Ediciones UNESCO/CINDOC, Madrid, 1997, pp. 9 – 11. DENOIX DE SAINT MARC, S.: *Le contrat de commande en droit d’auteur français*, Litec, París, 1999, p. 116 – 118. LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de derecho civil. Tomo III: Derechos reales. Volumen primero: Posesión y propiedad*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 354.

<sup>126</sup> STS de 18 de noviembre de 1903, consultada en Colección Legislativa de España (Ministerio de Justicia), tomo XIV, vol. 2 (julio-diciembre 1903), § 116.

punto, finitas, de tal modo que lo que diferencia una creación de otra similar es la perspectiva original que aporta el autor de la obra. Para poder percibir ésta, la idea no es suficiente por sí sola, sino que hay que observar el matiz concreto que se ha adoptado a la hora de materializarla. A modo de ejemplo, estaremos de acuerdo en que la idea de pintar un cuadro que represente el rostro de una mujer no es particularmente original, pero podremos convenir, en cambio, que “La Gioconda” de Leonardo da Vinci y “La joven de la perla” de Johannes Vermeer son dos obras completamente diferentes. Ambos cuadros parten de una misma idea en común, pero la forma en que ésta se ha expresado es claramente distinta, lo que permite considerarlas como obras originales y diferentes que van a generar cada una de ellas los correspondientes derechos de autor<sup>127</sup>.

Si bien inmediatamente nos detendremos a reflexionar sobre la pertinencia o no de tutelar las ideas a través de la legislación sobre derechos de autor, nos gustaría primero reseñar cómo el criterio de la exteriorización de la obra, que tradicionalmente ha tenido la función de descartar la protección de lo que todavía son simples ideas –y que, por tanto, deben circular libremente–, ha adquirido un nuevo cariz de relevancia en los últimos tiempos (sobre todo si tenemos en cuenta la pretensión actual por parte de ciertos sujetos en el mercado de extender lo máximo posible el ámbito de aplicación de la norma como una forma de garantizar determinados monopolios de control). En esta línea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha razonado que para considerar como obra protegible por la propiedad intelectual una creación, la misma debe estar exteriorizada y ser identificable con “suficiente precisión y objetividad, aun cuando esta expresión no sea necesariamente permanente”, lo que otorga seguridad jurídica y no hace pender la delimitación del objeto de protección de impresiones puramente subjetivas, personales e intransferibles<sup>128</sup>. Esta fue la argumentación que empleó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para impedir la inscripción del sabor de un queso<sup>129</sup> y de la que, posteriormente, se hizo eco nuestro

---

<sup>127</sup> A un ejemplo similar recurre MASOUYÉ, C.: *Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras (Acta de París, 1971)*, WIPO, Ginebra, 1978, p. 19 para explicar la diferencia entre originalidad y novedad.

<sup>128</sup> En la misma línea que el TJUE se pronuncia CÁMARA ÁGUILA, P.: “Los conceptos autónomos...”, *op. cit.*, pp. 49 – 56.

<sup>129</sup> STJUE (Gran Sala) de 13 de noviembre de 2018, asunto C-310/17, Caso Levola Hengelo BV. contra Smilde Foods BV. (TJCE 2018\255). Para un análisis de esta sentencia, *vid.* GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: “La expresión de...”, *op. cit.*, pp. 1 – 26.

Tribunal Supremo para denegar el carácter de obra en el sentido del artículo 10 de la Ley de Propiedad Intelectual a una determinada faena taurina<sup>130</sup>.

En conclusión y como consecuencia de todo lo que hemos expuesto hasta este punto, podemos afirmar que la obra intelectual debe ser, fundamentalmente, una creación del espíritu, original y que haya sido exteriorizada de algún modo. Solamente cuando la obra reúna estas notas características surgirá el derecho de propiedad intelectual por la mera creación de la misma y, en consecuencia, podrán presentarse las problemáticas propias de la autoría fantasma. No obstante, antes de proseguir en el capítulo siguiente con el análisis de la figura del autor, creemos que los razonamientos que hemos ido realizando en las páginas previas pueden resultarnos útiles para llevar a cabo una última reflexión sobre la consideración jurídica que deben tener determinadas aportaciones que, habitualmente, suele efectuar el autor aparente en el proceso de creación de la obra.

### **3. LA APORTACIÓN DE IDEAS POR PARTE DEL AUTOR APARENTE**

Podríamos afirmar (al menos de cara al razonamiento que pretendemos realizar a continuación) que el autor aparente puede adoptar cuatro posibles actitudes con respecto al proceso de creación de la obra intelectual realizado por el autor fantasma. Podríamos sintetizar dichas posibilidades de la siguiente manera: a) contribuir activamente a la materialización de la obra; b) no efectuar ninguna aportación de ningún tipo; c)

---

<sup>130</sup> La STS (Sala de lo Civil) núm. 82/2021 de 16 febrero (RJ\2021\456) rechazó la posibilidad de considerar la lidia de un toro como obra protegible en el sentido del art. 10 LPI. El argumento principal que empleó el Alto Tribunal para rechazar la pretensión fue la imposibilidad de determinar cuál era el objeto concreto sobre el que el torero pretendía ostentar las facultades propias de la propiedad intelectual. Los pasos, lances y recursos no podían ser objeto de apropiación exclusiva por un solo sujeto, ya que forman parte de un acervo común. De este modo, el Tribunal Supremo afirma que lo que hipotéticamente podría considerarse creación en este ámbito es “la secuencia de movimientos, de los pases realizados por el torero, que para ser originales deberían responder a opciones libres y creativas, o a una combinación de opciones con un reflejo estético que proyecte su personalidad. Y, en cualquier caso, esta expresión formal original debería poder ser identificable con precisión y objetividad”. He aquí donde el Tribunal concluye que no se puede identificar con precisión en qué consiste la creación artística del torero, más allá de la emoción que pueda generar en el público asistente a la lidia del toro.

En nuestra opinión, el Tribunal Supremo acierta con la decisión, pero no con la argumentación, que en su tramo final se vuelve confusa y vacía de contenido, dando la sensación de que el Tribunal tenía clara la conclusión, pero no la manera de unir las piezas para llegar hasta ese punto. Los argumentos del Juzgado de primera instancia o de la Audiencia Provincial resultaban mucho más certeros, planteando, por ejemplo, que, al igual que ocurría en las competiciones deportivas, la libertad creativa venía restringida por las reglas del juego, por lo que no se podía apreciar que hubiera originalidad. Igualmente, merece la pena rescatar otro de los razonamientos que realizó en apelación la SAP Badajoz (Sección 2ª) núm. 22/2018 de 22 enero (AC 2018\114), que apunta a cómo ante una situación de peligro el torero no puede estar planteándose si está vulnerando la propiedad intelectual de algún sujeto: “En momentos tan dramáticos como lo es el lance taurino no es posible estar pensando si lo que se va a hacer está o no amparado por la propiedad intelectual de otro”.

proporcionar ideas sobre la creación sin llegar a realizar ninguna labor para su exteriorización en un soporte tangible; o d) aportar el relato de sus experiencias o vivencias personales en el caso de las autobiografías u otras obras similares<sup>131</sup>.

En lo que respecta al reconocimiento o no de la condición de autor, las dos primeras hipótesis no plantean controversia alguna. Si el autor aparente colabora junto con el autor verdadero en la materialización de la obra intelectual, será considerado coautor de la misma, siempre y cuando haya realizado alguna aportación original a dicho proceso. En tal caso estaríamos ante una obra en colaboración, figura que más adelante estudiaremos con más profundidad<sup>132</sup>. Por el contrario, dicho sujeto no podrá ser reconocido como autor de dicha obra si no ha realizado ninguna clase de contribución, de tal modo que su vinculación con el resultado final se limite sencillamente a que su nombre figure en el mismo. Poco más hay que comentar a este respecto. Sin embargo, consideramos que las otras dos posibilidades que hemos expuesto –nos referimos, en concreto, a los supuestos c) y d)– sí que merecen un análisis más detallado.

En dichos supuestos el autor aparente no realiza ningún acto material para la fijación de la obra en un soporte tangible. Si no fuera así, estaríamos otra vez en la primera hipótesis ya expuesta, en la que simplemente valoraríamos la concurrencia o no de originalidad en la actividad desempeñada. Por tanto, en estos casos el autor aparente se va a limitar o a concebir las ideas a partir de las cuales se llevará a cabo la creación de la obra, o a relatar sus vivencias personales. En relación con la primera de estas dos posibilidades, ya hemos establecido que las meras ideas no pueden constituir objeto de protección por parte del derecho de autor, puesto que las mismas deben circular libremente. De este modo, el sujeto que se limite a sugerir, por ejemplo, una premisa o una temática concreta para la futura obra no ha realizado una aportación creativa

---

<sup>131</sup> Para poner un ejemplo de cada una de estas posibilidades aludiremos a algunos de los casos señalados en la introducción de este trabajo. De este modo, la colaboración entre Alejandro Dumas y Auguste Maquet representaría el supuesto prototípico de un autor aparente que participa activamente en la creación de la obra, aunque sea aportando la historia y dándole su toque personal al cuerpo del texto ya redactado por el autor fantasma. Por otro lado, la composición del “Réquiem” por parte de Mozart o las canciones interpretadas en playback por Milli Vanilli son ejemplos de obras o interpretaciones en los que el autor aparente no ha contribuido en nada a su creación. Con respecto a la hipótesis de que el autor aparente proporcione el contenido original de la obra pero no realice ningún acto de materialización de la misma, podemos hacer referencia al ya referido caso de las empresas de *book packaging* que contratan a escritores fantasmas para que redacten, por ejemplo, el contenido de una saga de libros juvenil a partir de un esquema y una trama previamente diseñadas por las mismas. Finalmente, podríamos citar el caso de “Spare”, la biografía del príncipe Harry, en relación con el supuesto de aportación de vivencias personales para que el autor fantasma redacte la obra literaria a partir de las mismas.

<sup>132</sup> Vid. *infra* capítulo tercero, epígrafe 3.

suficiente para que se le pueda elevar a la categoría de autor. No obstante, sería interesante que nos planteáramos qué ocurriría en el caso de que el autor aparente, pese a no contribuir a la materialización de la obra, especificara al detalle el contenido que debe poseer la obra intelectual que va a realizar el autor fantasma. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto en el que dicho sujeto es quien concibe tanto los diversos sucesos de la trama de una obra literaria como los personajes de la misma.

Partamos, en primer lugar, de que la obra intelectual suele ser, en general, el resultado de una combinación inseparable entre su contenido (trama, temática elegida, etc.) y la forma que adopta el mismo (el conjunto de trazos de pintura, palabras escritas, planos grabados, etc.)<sup>133</sup>. Pese a ello, constituye un principio clásico de la regulación de los derechos de autor la protección solamente de la forma creativa<sup>134</sup>. Con todo, debemos recordar que en este ámbito el concepto de “forma” se ha utilizado tradicionalmente en contraposición al de “idea”. En consecuencia, lo que entendemos que se deriva de dicho principio es que el ordenamiento jurídico protege la concreta forma original en la que se ha exteriorizado una determinada idea (que por sí sola no podría estar tutelada por el mismo). Dicha decisión resulta completamente lógica por varios motivos. Tal y como hemos reiterado, las ideas no pueden ser objeto de apropiación exclusiva por un único individuo, lo que obliga a garantizar su libre circulación. Además, una misma idea puede ser materializada a través de distintas formas creativas, todas ellas originales y generadoras de un derecho de propiedad intelectual diferente. Sin embargo, todo ello no ha impedido que la doctrina reconozca que en determinados casos el contenido de una obra intelectual también puede estar protegido por los derechos de autor<sup>135</sup>.

---

<sup>133</sup> A este respecto, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario del artículo 10”, *op. cit.*, p. 169 matiza lo siguiente: “Hay que tener en cuenta que en muchas obras es difícil o imposible distinguir entre forma y contenido. Otras veces hay que admitir que todo es forma, puesto que no se pretende comunicar información alguna. Así ocurre con la música”.

<sup>134</sup> En esta línea, COLOMBET, C.: *Grandes principios del...*, *op. cit.*, pp. 9 – 10 afirma: “La propiedad literaria y artística excluye las ideas de su campo de aplicación y sólo toma en cuenta la forma en que éstas se expresan y se componen”.

<sup>135</sup> En este sentido, LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de derecho civil, Tomo III, Volumen primero*, *op. cit.*, p. 356: “Sin embargo, la ley no ampara sólo a la expresión literaria concreta, sino asimismo a su línea argumental, cuya utilización absolutamente servil por otro puede llegar a ser considerada como plagio aunque la vestidura: verbal sea distinta, e incluso si se introducen cambios insustanciales, como si el conjunto se traslada de época o de país”. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario del artículo 10”, *op. cit.*, p. 169 afirma: “Hay que tener en cuenta que hay obras en las que determinados contenidos también quedan protegidos. Así ocurre en las obras narrativas (algunas poesías, novelas, obras teatrales, cinematográficas), en las que se incluye protege el argumento, los personajes, los ambientes, las escenas. No obstante, conviene señalar que la narración imaginativa no proporciona ninguna información”.



En efecto, la tutela conferida por el ordenamiento jurídico sería ilusoria si, por ejemplo, un determinado sujeto pudiera plagiar la totalidad de la trama de una novela ajena siempre y cuando empleara para ello una redacción diferente. Precisamente, ante la necesidad de proporcionar soluciones equilibradas para conflictos concretos, la jurisprudencia ha acogido esta línea de pensamiento y ha conferido cierta tutela al contenido de determinadas obras intelectuales, incluso aunque todavía no hubieran adoptado su forma final. A modo de ejemplo, podríamos aludir a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20ª) núm. 96/2005 de 17 de febrero<sup>136</sup>, que consideró que el argumento o pre-guion para un programa-concurso de televisión, que contaba con un enorme grado de detalle sobre el funcionamiento del mismo, era objeto de protección por la propiedad intelectual, aunque todavía no se hubiera producido el programa<sup>137</sup>.

Sin embargo, parte de la doctrina pretende ir más allá y manifiesta su discrepancia con la tradicional dicotomía que se produce en esta materia entre “las formas creativas” y “las ideas”<sup>138</sup>. En esta línea, SÁNCHEZ ARISTI entiende que es conveniente proteger aquellas ideas que reúnan un suficiente grado de originalidad (mismo criterio que ya se emplea con respecto a la forma). Desdeña el argumento de que las ideas carezcan de contornos expresivos, puesto que al final éstas necesitan adoptar un cierto nivel de concreción –por ejemplo, en la forma de un discurso– para que puedan ser comunicadas al resto de individuos. En definitiva, lo que este autor plantea es que la concepción de una idea, al igual que ocurre con las obras intelectuales completamente finalizadas, está marcada por diversas etapas que van perfilándola progresivamente hasta su configuración final, de tal modo que no se trataría de proteger esa primera idea inicial, sino únicamente aquéllas que ya revistieran un cierto grado de complejidad y originalidad. Así pues, bajo esta

---

<sup>136</sup> (AC\2005\426).

<sup>137</sup> En este sentido, la referida sentencia afirma: “Tanto la doctrina científica como la jurisprudencia exigen, para que una creación humana pueda ser considerada como obra de propiedad intelectual, que la misma venga caracterizada por dos notas esenciales: por un lado que no se traten de simples ideas genéricas o abstractas y, sobre todo, que en la misma se refleje la intervención del autor mediante la exposición de ideas distintas y enriquecedoras del ámbito social o cultural al que vayan destinadas. En base a ello, no se consideran objeto de la propiedad intelectual las ideas en abstracto, así como tampoco los simples esquemas o bosquejos del asunto a tratar, precisándose, en todo caso, que exista un mínimo grado de elaboración o desarrollo”.

<sup>138</sup> Entre ellos, CHERPILLOD, I.: *L’objet du droit d’auteur*, CEDIDAC, Lausana, 1985, pp. 18 – 19 y 97. DESJEUX, X.: *La protección de las ideas*, Jornadas de estudio ALAI (1992. Sitges), Sociedad General de Autores de España, 1994, p. 161. JEHOAM, H.C.: *La protección de...*, *op. cit.*, p. 170. RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario del artículo 10”, *op. cit.*, p. 120 – 122.

argumentación seguirían sin estar protegidas aquellas ideas que no salieran de la esfera mental del sujeto en cuestión o aquéllas que fueran excesivamente vagas o genéricas<sup>139</sup>.

Por nuestra parte, nos mostramos reacios a afirmar que las ideas deban ser protegidas como tal en nuestro ordenamiento. En un contexto como el actual, en el que diversos actores del tráfico jurídico pretenden ampliar indiscriminadamente el objeto de protección de la propiedad intelectual, creemos que incluir las ideas dentro de dicha tutela podría desembocar en un escenario en el que se limitara indeseadamente la libertad de creación de los ciudadanos y el progreso cultural de la sociedad en su conjunto. Pese a ello, sí que nos gustaría matizar que, en todo caso, no puede ponerse al mismo nivel una idea cualquiera y el contenido de una obra intelectual que aún no ha adoptado una concreta forma expresiva. Si imaginamos la creación intelectual como un proceso compuesto por diferentes fases que comienza con la concepción de la primera idea inicial y que culmina con la exteriorización de la obra finalizada en su totalidad, podremos advertir que la delimitación del contenido de dicha obra se llevará a cabo en un estadio intermedio entre ambas fases<sup>140</sup>. Por ejemplo, la trama de una novela, en principio, se diseña habitualmente con anterioridad a que estén escritas todas las páginas de la misma. Por tanto, consideramos que, llegados a esa fase del proceso creativo, dicha trama ya habría abandonado la condición de simple idea y habría alcanzado la de obra (o la de “pre-obra” o “proto-obra”, si se prefiere), pese a no haber adoptado todavía su forma literaria final. Sería el mismo razonamiento que ocasiona que los bocetos de una obra plástica estén incluidos dentro del listado del artículo 10 de la Ley de Propiedad Intelectual, siempre y cuando éstos reúnan el necesario nivel de originalidad.

Es cierto que la apreciación anterior que hemos realizado quizás conduzca a un debate puramente terminológico que carezca de interés real<sup>141</sup>. En efecto, independientemente de si denominamos a esta realidad “idea” u “obra”, lo que es indudable es que a través de este razonamiento estaríamos protegiendo el contenido de una creación intelectual, incluso aunque todavía éste no se hubiera materializado en la forma final a la que se va a incorporar. Por ello, entendemos que si se pretende conferir dicha posibilidad de tutela,

---

<sup>139</sup> SÁNCHEZ ARISTI, R.: “Las ideas como objeto protegible por la propiedad intelectual”, *Pe. i.: Revista de propiedad intelectual*, N° 4, 2000, pp. 25 – 68.

<sup>140</sup> En esta línea, también señala el proceso creativo como una concatenación de fases o grados, DESBOIS, H.: *Le droit d’auteur...*, *op. cit.*, p. 11.

<sup>141</sup> Sobre los distintos significados del concepto idea, *vid.* OROZCO PARDO, G.: “Acerca de la protección de las ideas por el derecho de autor. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1992”, *Actualidad Civil*, 1993-1, pp. 205 – 206.

debe elevarse el estándar de originalidad a la hora de valorar si dicho contenido puede estar protegido por la Ley de Propiedad Intelectual. Tal y como establecimos previamente, de igual modo que la exigencia de originalidad es menor en aquellas obras en las que existe un estrecho margen de libertad creativa, entendemos que para proteger el contenido de una obra intelectual se debe requerir un alto grado de especificidad y detalle del mismo para obtener la tutela del ordenamiento jurídico. Si, por ejemplo, el sujeto está diseñando el contenido de la trama de su futura novela, no va a encontrar apenas límites a la hora de realizar dicha labor más allá de su propia capacidad de imaginación. Dicho individuo posee un margen de libertad creativa inconmensurable. Por ello, si desea obtener un derecho de propiedad intelectual sobre lo que está concibiendo, debe ser capaz de delimitar a la perfección aquello de lo que pretende apropiarse y de acreditar además el plus de originalidad creativa que está aportando con respecto a lo ya existente<sup>142</sup>. De lo contrario, estaríamos otorgando a dicho sujeto un monopolio exclusivo sobre aquello que, en realidad, debe ser patrimonio común de la humanidad en su conjunto.

Como consecuencia de todo lo expuesto, si el autor aparente le detalla al autor fantasma el contenido de la obra intelectual que debe crear, podría llegar en determinados casos a alcanzar la condición de coautor de dicha obra intelectual. No obstante, conviene ser prudente con la hipótesis anterior, puesto que un entendimiento excesivamente laxo de esta posibilidad podría conducir al indeseable resultado de que se considerara coautor de una obra al comitente de la misma por el mero hecho de haber proporcionado ciertas instrucciones al contratista sobre la creación que desea obtener<sup>143</sup>. Por ello, volvemos a insistir en la especial exigencia de originalidad que concurriría en este supuesto, de tal modo que el autor aparente debería proporcionar una cantidad tan detallada de indicaciones sobre el contenido de la futura obra que supusiera una contribución esencial de originalidad para la culminación final de la misma. Regresando al ejemplo de la novela, si el autor aparente detallara al completo al autor fantasma todo y cada uno de los sucesos de la trama, así como el elenco completo de personajes con todas sus características, y dicho relato fuera además suficientemente original, podría considerarse,

---

<sup>142</sup> En esta línea, DENOIX DE SAINT MARC, S.: *Le contrat de commande...*, *op. cit.*, pp. 119 – 120 considera que el comitente de una obra puede revestir la condición de coautor de la misma siempre y cuando las indicaciones que realice al contratista posean la suficiente originalidad y precisión.

<sup>143</sup> Resultado que el tenor literal del art. 5 LPI pretendería claramente imposibilitar, *vid.* CARRASCO PERERA, A. y DEL ESTAL SASTRE, R.: “Comentario del artículo 5” en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), *op. cit.*, p. 109.

en nuestra opinión, que dicho individuo es coautor de esa obra literaria. Sería como si el autor aparente y el autor fantasma hubiesen funcionado como una suerte de tándem en el que uno de ellos se ha encargado de delimitar al completo el contenido del libro y el otro de darle forma literaria.

Cabe destacar que ello tampoco ocasionaría –como a veces se ha pretendido hacer creer a la opinión pública– que el autor fantasma fuese un mero auxiliar al servicio del autor aparente. Dada la variedad de formas que puede adoptar un mismo contenido, ambos elementos revisten una importancia similar a la hora de determinar la singularidad de una obra intelectual. En el ejemplo de la novela el libro no sería el mismo si hubiese escrito por otra persona con otras palabras, incluso aunque relatar los mismos hechos. Ello provoca que se tenga que considerar que el autor fantasma está aportando también una contribución original indispensable<sup>144</sup>. Para sostener lo contrario sería necesario que dicho sujeto se limitara a desempeñar una labor puramente mecánica, que en un caso como éste equivaldría a encargarse únicamente de transcribir las palabras que un tercero está dictando.

Por otro lado, creemos que la cuestión referente a las autobiografías realizadas por encargo no se presta a semejante cantidad de matices. Ello se debe básicamente a que los hechos de la vida de una persona no reúnen las notas características de la obra intelectual protegible por el ordenamiento jurídico. En concreto, no pueden considerarse en sí mismos una obra del espíritu y además carecen de originalidad creativa<sup>145</sup>. Por tanto, estamos convencidos de que cada persona es la autora de su propia vida, pero no de cada uno de los libros que se escriban sobre la misma. De lo contrario tendríamos que llegar a la absurda conclusión de que, por ejemplo, Napoleón es coautor de todas las biografías que diferentes historiadores han escrito sobre su vida a lo largo del tiempo<sup>146</sup>. Las vivencias personales de un individuo no quedan protegidas por el derecho de autor, sino que su tutela jurídica se lleva a cabo a través del derecho a la intimidad, que ampara la

---

<sup>144</sup> De hecho, éste fue el razonamiento defendido en la SAP Madrid (Sección 28ª) núm. 204/2021 de 21 de mayo (JUR\2021\209687), que comentaremos más adelante, en lo referente al litigio entre la pintora Fumiko Negishi y Antonio de Felipe.

<sup>145</sup> En sentido contrario, GAUTIER, P.Y.: “L’œuvre...”, *op. cit.*, p. 72 parece entender que el relato de las vivencias personales parece trascender la comunicación de las meras ideas.

<sup>146</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario del artículo 10”, *op. cit.*, p. 169 establece importantes matizaciones a este respecto. Por un lado, considera que si se trata de sucesos históricos, el argumento y los personajes no quedan protegidos por el derecho de autor. Por otro, entiende que sí debería existir dicha tutela si se trata de acontecimientos relacionados con personas no conocidas o que sólo lo son en círculos muy reducidos.

existencia de un espacio de vida personal e íntima que terceros ajenos a la misma no pueden invadir ni revelar sin el consentimiento del afectado<sup>147</sup>. Dado que en este caso el biografiado presta su consentimiento para que dichas experiencias personales sean narradas en una obra literaria, no se produciría una lesión ilícita de su derecho a la intimidad.

Aunque este conjunto de experiencias vitales no pueda ser protegido por el derecho de autor, sí lo estaría en cambio la biografía resultante de la colaboración entre el autor aparente y el autor fantasma, siendo éste el único titular originario de la misma. En efecto, aunque los hechos de la vida de una persona carecen de originalidad por sí mismos, la forma concreta en que éstos se narran sí puede resultar original. Así pues, el autor fantasma toma un elemento no original y crea a partir del mismo una obra que sí lo es, del mismo modo que el artista que pinta un cuadro único en el mundo a partir de un tema genérico como la belleza, el amor o la muerte. Si bien es cierto que lo que más interesa al público en general sobre dicha obra es, en principio, los sucesos que se van a narrar – motivo por el que al personaje público se le retribuye con una suma de dinero considerablemente superior a la que se paga al autor de la obra usurpada–, y no tanto la forma en que éstos se cuenten, al biografiado sí que le preocupa particularmente que el relato de los mismos esté narrado satisfactoriamente. Precisamente, ése suele ser el motivo por el que contrata a un autor fantasma, porque el autor aparente es incapaz de escribir por sí mismo su propia biografía con la calidad necesaria, buscando para ello a menudo a un escritor con un especial talento para redactar este tipo de obras literarias.

Ello nos apunta a que esa obra intelectual única en el mundo no podría existir sin la necesaria contribución del autor fantasma, ya que al fin y al cabo es él quien ordena los materiales y quien elige la forma concreta en que los mismos van a ser exteriorizados. De hecho, incluso por más que el autor fantasma tenga que acoplarse al estilo de narrar del personaje cuya vida se narra, es innegable que la obra final sería diferente si hubiera sido redactada por otra persona, lo que evidencia la aportación de originalidad que realiza el autor fantasma. Por tanto, entendemos que para considerar autor al biografiado sería necesario que éste prácticamente dictara su vida al otro sujeto, que se limitaría a

---

<sup>147</sup> En efecto, la STC núm. 231/1988 de 2 diciembre (RTC 1988\231) estimó que los derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar implicaban “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana”.

transcribir la misma<sup>148</sup>. En cualquier caso, no parece que esta última posibilidad sea la más frecuente en la práctica, ya que sería poco razonable (y poco económico) contratar a reputados escritores o a formados profesionales para limitarse a realizar labores mecánicas.

Pese a todo lo que hemos expuesto, la postura que aquí defendemos no fue la que se adoptó en el acórdão Bruna Surfistinha do Superior Tribunal de Justiça do Brasil (processo nº 2012/0162477-2)<sup>149</sup>, una de las pocas sentencias que hemos encontrado sobre el fenómeno de la autoría fantasma. El supuesto de hecho era el siguiente: Bruna Surfistinha (pseudónimo de Raquel Pacheco, quien había sido anteriormente prostituta y actriz pornográfica) publicó con la editorial Original el libro “O doce veneno do escorpião – O diário de uma garota de programa”, en el que relataba sus experiencias personales en la industria del sexo, algunas de las cuales ya habían sido narradas previamente en un blog online que tenía la autora. Dicha obra literaria resultó ser tal éxito de ventas internacional que llegó a ser posteriormente adaptada al cine. Sin embargo, el escritor Jorge Tarquini demandó a Raquel Pacheco reclamando ser el auténtico autor del libro y revelando que había sido contratado por la editorial para que redactara la biografía ante la falta de pericia de Pacheco para ello. En concreto, en el contrato que Tarquini había suscrito con la editorial había renunciado a todos sus derechos como autor de la obra a cambio de una remuneración fija por el trabajo que iba a desempeñar. Ante el éxito de la obra, Tarquini reclamaba ahora su reconocimiento como auténtico autor de la biografía, la imposición de sanciones civiles a la editorial por la traducción no autorizada de la

---

<sup>148</sup> En línea semejante, CARRASCO PERERA, A. y DEL ESTAL SASTRE, R.: “Comentario del artículo 5”, *op. cit.*, p. 109 sostienen lo siguiente: “No crea, en el sentido del artículo 5.º de la Ley, la persona cuya vivencia es aprovechada por un tercero (biografías, etc.), aunque la propia vivencia sea transmitida en forma de información oral o escrita. Las memorias de una actriz, escritas por un tercero con la información que aquélla le suministra o se inventa, no son obra de la actriz, sino del escritor. A menos, de nuevo, que los hechos individualizados en cada caso permitan considerar que el escritor se ha limitado a trasladar instrumentalmente la creación ya completa que proviene de un tercero. Ni se puede excluir que se trate eventualmente de una obra en colaboración. Todo ello sin perjuicio de cualesquier otras acciones que los sujetos en conflicto puedan deducir entre sí (v.gr., difamación, incumplimiento de contrato, revelación inconsentida de secretos, etc.)”. Por su parte, la SAP Madrid (Sección 11ª) núm. 206/2005 de 13 mayo (AC\2005\1067) denegó las pretensiones de los demandantes contra una productora cinematográfica que había grabado una película cuyo guion versaba sobre un matrimonio que había realizado una marcha reivindicativa hacia Madrid junto a sus hijas y que estaba presuntamente inspirado en la vida de los actores. Entre otros argumentos, la Audiencia entendió que la premisa de la película –una marcha reivindicativa a pie hacia la capital del país– constituía una mera idea que no podía ser objeto de apropiación exclusiva por parte de ningún sujeto, motivo por el que desestimó la demanda.

<sup>149</sup> Dicha sentencia es analizada por VILARIM BARBOSA ARAÚJO, A.P.: “Os contratos de Ghostwriting...”, *op. cit.*, pp. 207 – 226.

misma a otros idiomas y el pago de una indemnización por la violación de sus derechos patrimoniales y morales.

Finalmente, pese a tratarse de un país cuya regulación de la propiedad intelectual sigue el modelo de los sistemas continentales europeos, los tribunales brasileños no estimaron ninguna de sus pretensiones. En este sentido, entendieron que Raquel Pacheco había creado tanto al personaje de Bruna Surfistinha como el conjunto de historias que se narraban sobre la misma, limitándose Jorge Tarquini a dar forma literaria a dicha creación. Por lo tanto, a ojos del tribunal, el escritor no había realizado ninguna labor creativa, por lo que no podía ser considerado autor, sino un mero editor que había colaborado a dar forma a la biografía. Además, se recalcó que Tarquini había suscrito un contrato de *ghostwriting*, siendo consciente en todo momento de que no figuraría en ningún caso como autor de dicha biografía, por lo que había que atenerse a una interpretación estricta de las cláusulas de dicho contrato<sup>150</sup>.

Al respecto de esta decisión judicial, VILARIM BARBOSA ARAÚJO, que se posiciona en contra de la licitud de la práctica de la autoría fantasma, defiende que en el caso anterior debería haberse producido un reconocimiento conjunto de la autoría tanto de Pacheco, que había aportado los hechos de su vida personal, como de Tarquini, que se había encargado de darle forma literaria a los mismos<sup>151</sup>. En nuestra opinión y de conformidad con todo lo que ya hemos expuesto, creemos que el único autor de dicha obra literaria era Jorge Tarquini, puesto que fue el único que realizó un verdadero aporte de originalidad creativa<sup>152</sup>. Sin embargo, bien es cierto que desconocemos si los sucesos narrados por

---

<sup>150</sup> En estos términos se expresó en primera instancia el Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

*Não há dúvida de que a personagem e suas histórias, baseadas ou inspiradas em sua vida como prostituta, são criações exclusivas da ré Raquel, anteriores à publicação do livro. Como não criou a personagem e respectivas histórias, contadas ao autor ou redigidas pela própria ré em seu endereço virtual, antes da publicação do livro, ao autor coube tão-somente a tarefa de redigir o texto do livro com coesão, correção gramatical e estilística e maior apelo comercial. A tarefa de redação de histórias alheias relativas à personagem criada por outrem não traduz qualquer desenvolvimento artístico, literário ou criativo. (...) Compulsando os autos, verifica-se que, na fase de pontuação contratual (fls. 23), o apelante foi convidado pela Editora recorrida para prestar serviços de redação na condição de "Ghost writer", aceitando a incumbência conforme demonstram os documentos anexados (fls. 24 e ss.), vindo a celebrar contrato definitivo (fls.82/84). (...) Desta forma, percebe-se que o apelante sempre teve ampla ciência que não seria considerado autor da obra, não havendo nos autos nenhum elemento probatório que afaste este entendimento.*

<sup>151</sup> VILARIM BARBOSA ARAÚJO, A.P.: “Os contratos de Ghostwriting...”, *op. cit.*, p. 225.

<sup>152</sup> En un sentido similar, CARRASCO PERERA, A. y DEL ESTAL SASTRE, R.: “Comentario del artículo 5”, *op. cit.*, p. 109 rechazan el carácter de obra en colaboración para la biografía de una persona escrita por un tercero. Este último será el único que será reconocido como autor, aunque el biografiado le haya aportado información sobre sus vivencias personales.

Raquel Pacheco eran inventados o ficticios (al menos, parcialmente), o si ya le había proporcionado cierta forma creativa singular al relato de los mismos (recuérdese que éstos ya habían sido publicados previamente por Pacheco en un blog online), ya que cualquiera de las dos opciones abriría la puerta a valorar la originalidad de su contribución y, por tanto, a poder determinar su condición como coautora del libro. Cuestión distinta al reconocimiento originario de la condición de autor es la eficacia del consentimiento prestado por el autor fantasma y las consecuencias que se derivan del mismo; problemática que analizaremos con posterioridad en el presente trabajo<sup>153</sup>.

Por último y a modo de recapitulación, nos gustaría recordar que en el capítulo anterior señalábamos varios ejemplos en los que las partes involucradas en un supuesto de autoría fantasma aseguraban que el autor era, en todo caso, el creador aparente por ser bien el sujeto que había ideado la trama o por ser la persona cuya vida se estaba relatando. Sin embargo, nuestra conclusión es que dicha afirmación no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico en la mayoría de supuestos (por más que ésta sea la visión que, incluso de buena fe, puedan ostentar tanto el autor fantasma como el autor aparente). Así pues, el autor aparente no sería titular originario de los derechos de autor sobre la obra en el caso de las autobiografías en los que únicamente le narra su vida al escritor fantasma. Sin embargo, sí podría serlo si realizara alguna aportación original al resultado final, incluso aunque dicha contribución se ciñera exclusivamente al contenido de la obra y no a la forma de la misma. No obstante, de conformidad con lo ya expuesto, entendemos que el baremo de originalidad que debería emplearse en esta hipótesis para reconocerle o no a dicho sujeto la condición de autor tendría que ser más elevado que si además también hubiera contribuido a crear la forma creativa. Más allá de todas estas cuestiones, nos hemos referido en múltiples ocasiones a lo largo de este epígrafe al concepto de autor como titular originario del derecho de propiedad intelectual. Por ello, con el fin de reforzar aún más las conclusiones alcanzadas nos gustaría profundizar a continuación en el significado que la Ley de Propiedad Intelectual otorga a esta figura.

---

<sup>153</sup> Vid. *infra* capítulo quinto, epígrafe 4.



### **CAPÍTULO TERCERO**

#### **EL CONCEPTO DE AUTOR**

La legislación en materia de propiedad intelectual aporta una clara definición del concepto de autor, entendiendo como tal a aquel sujeto que crea una obra literaria, artística o científica. No puede afirmarse que se trate de una definición arbitraria de dicha figura, puesto que plasma a la perfección el significado que cualquier ciudadano medio le atribuiría a dicho concepto<sup>154</sup>. Con todo, ello no quiere decir que en la práctica jurídica sea sencillo determinar quién debe ser considerado el autor de la obra de entre todos los individuos que han contribuido de algún modo al proceso de materialización de la misma. Tal y como ya tuvimos oportunidad de señalar en el capítulo anterior, dicho concepto conecta con otras dos nociones igualmente relevantes –creación y originalidad–, que inciden tanto sobre el hecho generador de la propiedad intelectual como sobre su objeto de protección. De este modo, el significado que le otorguemos en el plano jurídico a estos dos términos va a condicionar a su vez a qué sujeto finalmente se le va a reconocer el estatus de autor de la obra intelectual.

En la medida en que ya hemos estudiado suficientemente estos dos conceptos básicos, consideramos pertinente proseguir a continuación con el análisis del último componente que nos resta de esta tríada de elementos. Además, dado que la autoría fantasma supone la usurpación consentida de la condición de creador de una obra intelectual, parece conveniente analizar en profundidad todo lo relativo al régimen jurídico de esta figura. Por consiguiente, en el presente capítulo centraremos nuestros esfuerzos, en primer lugar, en examinar toda la regulación relativa a la autoría de una obra intelectual. Así pues, abordaremos cuestiones tales como la delimitación de la figura del autor, las presunciones de autoría, las hipótesis de autoría plurisubjetiva, las excepciones al principio de autoría consagrado en el artículo 5 de la Ley de Propiedad Intelectual y, por último, la posibilidad de que nuestro ordenamiento reconozca legalmente el fenómeno de la autoría fantasma.

No obstante, antes de proceder a dicho análisis nos gustaría señalar que, en cualquier caso, el concepto de autor no es inmutable. Si bien no es una controversia absolutamente novedosa, percibimos que algunas de las discusiones que se producen en la actualidad

---

<sup>154</sup> Así pues, el Diccionario de la Real Academia Española define autor en sus tres primeras acepciones de la siguiente forma: “1. Persona que es causa de algo. 2. Persona que inventa algo. 3. Persona que ha producido alguna obra científica, literaria o artística”. *Vid.* RAE, *Diccionario de la lengua española*, versión digital, disponible en <https://dle.rae.es/autor?m=form> [consultado el 16 de febrero de 2024].

sobre esta cuestión gravitan en torno a la importancia que debe darse respectivamente, por un lado, a la ideación o concepción de la obra y, por otro, a la ejecución de la misma o a su materialización en un determinado soporte. A modo de ejemplo podemos citar el caso del pintor Damien Hirst, que declaró ya hace unos años de manera bastante ilustrativa lo siguiente: “Uno vive en una casa hecha por un arquitecto que no necesariamente ha colocado los ladrillos de las paredes, pero nadie tiene dudas sobre su autoría intelectual. En mis obras no importa quién haga los puntos coloreados: yo soy quien decide si están bien hechos o no”<sup>155</sup>; reconociendo así abiertamente que él no era quien se encargaba de pintar sus cuadros, aunque sí fuera quien los firmara finalmente.

Del mismo modo, la reciente irrupción de las inteligencias artificiales en el ámbito de la creación literaria o artística genera dudas razonables sobre a quién debe imputarse la titularidad de las creaciones realizadas por las mismas. El actual desarrollo de esta tecnología invita a presagiar un futuro no muy lejano en el que los seres humanos cada vez contribuyan menos a efectuar el conjunto de tareas materiales necesarias para la plasmación de la obra en cualquier soporte, de tal forma que su participación se limite exclusivamente a la concepción de la obra y a la toma de decisiones sobre la misma a partir del material creado por la inteligencia artificial en cuestión. En definitiva, todo ello apunta a una cierta crisis del concepto actual de autoría; problemática cuyo estudio detallado desborda el objeto del presente trabajo, pero a la que nos referiremos tangencialmente a lo largo del mismo.

## **1. LA TITULARIDAD ORIGINARIA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE AUTOR**

### **1.1. La función normativa del artículo 5 de la Ley de Propiedad Intelectual**

Tal y como señalábamos en epígrafes anteriores, el ordenamiento jurídico concede la titularidad originaria de la gama completa de facultades que integra la propiedad intelectual a un determinado sujeto: al autor, es decir, al creador de la obra protegida. En cierto modo, el concepto de creación y el de autor guardan ciertas analogías. Ambos conceptos (mencionados por primera vez en el artículo 1 de la Ley de Propiedad Intelectual) constituyen la base sobre la que se asienta el edificio normativo de los

---

<sup>155</sup> Vid. RODRÍGUEZ, C., “Damien Hirst: “No importa quién pinte mis cuadros; yo decido si están bien hechos o no”, *El Mundo*, Cultura, 10 de abril de 2018, disponible en <https://www.elmundo.es/papel/cultura/2018/04/10/5ac3537de2704edc298b45f5.html> [consultado el 16 de febrero de 2024].

derechos de autor. Así mismo, ambos términos hacen referencia a una realidad preexistente a su reconocimiento por el ordenamiento jurídico, por lo que tienen un significado propio, que el legislador debería tener en cuenta con el fin de no realizar una definición arbitraria de los mismos<sup>156</sup>.

Sin embargo, podemos advertir una diferencia importante entre éstos y es que la Ley de Propiedad Intelectual sí define expresamente el concepto de autor. De esta manera, el artículo 5.1 establece lo siguiente: “Se considera autor a la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica”. Es la misma definición que aportan la normativa alemana o la británica, que disponen que el autor es el creador de la obra<sup>157</sup>. En cambio, la legislación italiana o la francesa no realizan una definición expresa de este sujeto, si bien ambas establecen que el autor es el titular originario del derecho por la mera creación de la obra<sup>158</sup>.

En cualquier caso, el artículo 5 no es precisamente elocuente a la hora de aportar una definición del sujeto cuya imprescindible labor es la que justifica la existencia de una norma de un carácter tan tuitivo como la que aquí nos ocupa. Se trata posiblemente de la figura a la que más veces se va a hacer referencia en el articulado de la ley y, sin embargo, el artículo 5 parece, a simple vista, funcionar como poco más que un reverso del primer precepto de la norma. Así pues, para entender adecuadamente cuál es la función que cumple este artículo dentro de la regulación de los derechos de autor debemos partir de la premisa de que la Ley de Propiedad Intelectual es un texto legal que presenta una magnífica sistemática de la materia<sup>159</sup>: comienza su regulación con la constitución del derecho, prosigue con la definición del mismo para, a continuación, delimitar su titularidad, su objeto y el conjunto de facultades concretas que lo integran. Si atendemos

---

<sup>156</sup> En sentido similar y con mayor contundencia, CARRASCO PERERA, A. y DEL ESTAL SASTRE, R.: “Comentario del artículo 5”, *op. cit.*, p. 106.

<sup>157</sup> La sección 7 de la Ley alemana de derechos de autor preceptúa: *Urheber ist der Schöpfer des Werkes*. Por su parte, el art. 9 (1) *Copyright, Designs And Patents Act* británica de 1988 establece: *In this Part “author”, in relation to a work, means the person who creates it*. No obstante, cabe destacar que en los siguientes apartados del referido precepto ya se establecen ciertas excepciones a este principio general.

<sup>158</sup> El art. 6 de la *Legge 22 aprile 1941*, n. 633 *Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio* dispone: *Il titolo originario dell'acquisto del diritto di autore e' costituito dalla creazione dell'opera, quale particolare espressione del lavoro intellettuale*. El art. L111-1 del *Code de la propriété intellectuelle* establece: *L'auteur d'une oeuvre de l'esprit jouit sur cette oeuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous*.

<sup>159</sup> En cambio, ROGEL VIDE, C.: “Comentario del artículo 1”, *op. cit.*, pp. 66 – 67 considera que el orden lógico de la ley debería ser otro: primero, debería exponerse las nociones de propiedad intelectual, autoría y obra original y, después, se establecería el hecho generador de la propiedad intelectual. En opinión de este autor, la LPI comenzaría con el actual precepto como una forma de romper con la anterior regulación en la que la inscripción en el Registro era cuasi obligatoria.

a dicha sistemática, nos percataremos, únicamente observando su ubicación, que los dos artículos a los que nos hemos referido cumplen finalidades distintas dentro de la norma, lo que excluye la idea de que se trate de una mera reiteración y lo que dota de un sentido propio a cada uno de estos preceptos.

En el artículo 1 el legislador está estableciendo cuál es la única vía de atribución originaria y plena de los derechos de autor, optando con dicha decisión por un modelo frente a otros posibles (en este caso, la creación de la obra frente a, por ejemplo, la inscripción de la misma). En cambio, el artículo 5 no pretende atribuir derecho alguno, sino reconocer la condición de autor a un determinado sujeto, concretando así el supuesto de hecho del artículo 1<sup>160</sup>. De este modo, es innegable que en nuestro ordenamiento ambos preceptos están estrechamente interconectados, precisamente porque, por un lado, el nacimiento de la propiedad intelectual se produce a la vez que se adquiere la condición de autor (es decir, con la creación), y, por otro, porque el derecho se atribuye siempre de forma originaria a éste. Sin embargo, dichos artículos regulan dos aspectos distintos de la materia: la constitución del derecho y la titularidad del mismo; cuestión que se vería con claridad si –de manera similar a lo que ocurría en la Ley española de 10 de enero de 1879 de propiedad intelectual– el reconocimiento de la condición de autor se produjera con la creación de la obra, pero no se adquiriesen todas las facultades que integran la propiedad intelectual hasta la inscripción de aquélla.

En cuanto a la definición que el artículo 5 realiza sobre el concepto de autor, quizás haya quien pueda considerar que el contenido de dicho precepto es, hasta cierto punto, redundante, en la medida en que no aporta mucho más de lo ya dispuesto en el artículo 1. En nuestra opinión, ello entronca, en realidad, con una problemática constante con la que nos encontramos en esta materia. La Ley de Propiedad Intelectual tiene que hacer referencia permanentemente a conceptos no jurídicos, pertenecientes al ámbito de la creación humana y que poseen un significado tan elemental que hasta resulta complicado poder perfilarlos con acierto. Sería el caso, por ejemplo, de términos a los que ya hemos hecho referencia como creación, originalidad, obra o autor. Es natural preguntarse hasta qué punto es necesario que el legislador proporcione una definición expresa de dichas nociones en lugar de acogerse al sentido general que tienen estos términos en el uso normal que la mayoría de la sociedad hace de ellos. Bajo nuestro punto de vista, el

---

<sup>160</sup> Así lo plantean CARRASCO PERERA, A. y DEL ESTAL SASTRE, R.: “Comentario del artículo 5”, *op. cit.*, pp. 105 – 106.

legislador acierta al hacer una breve mención, aunque sea mínima, al significado de estos conceptos, puesto que impide de esta manera que se desnaturalice o se retuerza el significado de los mismos. En este sentido, estimamos que el artículo 5 cumple una función claramente negativa: negar la condición de autor a quien no ha creado la obra, una conclusión normativa mucho más imprescindible de lo que pudiera parecer a simple vista<sup>161</sup>. A modo de ejemplo, baste con aludir a las legislaciones de países como Estados Unidos en las que se atribuye la autoría al empleador en los supuestos de *work made for hire*<sup>162</sup>.

En relación con el fenómeno que estamos analizando en el presente trabajo, el artículo 5 de la Ley de Propiedad Intelectual reviste una importancia capital. Además de todo lo ya señalado, tal y como establecen CARRASCO PERERA y DEL ESTAL SASTRE<sup>163</sup>, dicho precepto se trata de una norma de orden público, por lo que la condición del autor –que nace exclusivamente con la creación de la obra– es inalienable e irrenunciable, no siendo transmisible *inter vivos* ni *mortis causa*, al igual que tampoco puede ser objeto de prescripción adquisitiva o extintiva. Por todo lo expuesto, no puede considerarse autor, en ningún caso, al comitente, a la persona para la que el creador presta servicios remunerados o a la persona que edita y divulga la obra colectiva creada por su iniciativa y bajo su coordinación (a la que hace referencia el artículo 8 de la Ley de Propiedad Intelectual)<sup>164</sup>. En definitiva, dado que la atribución originaria de la autoría constituye una cuestión de orden público, los sujetos involucrados en la práctica de la autoría

---

<sup>161</sup> En idéntico sentido, CARRASCO PERERA, A. y DEL ESTAL SASTRE, R.: “Comentario del artículo 5”, *op. cit.*, p. 106.

<sup>162</sup> El art. 201 (b) de la *Copyright Act* estadounidense de 1976 establece: *WORKS MADE FOR HIRE. In the case of a work made for hire, the employer or other person for whom the work was prepared is considered the author for purposes of this title, and, unless the parties have expressly agreed otherwise in a written instrument signed by them, owns all of the rights comprised in the copyright.* Por su parte, HANSMANN, H. y SANTILLI, M.: “Authors' and Artists' Moral Rights: A Comparative Legal and Economic Analysis”, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 26, No. 1, January 1997, p. 134 defienden esta regulación y el no reconocimiento de derechos morales a los auténticos creadores en este supuesto, pues, entre otros motivos, señalan que las obras creadas bajo este régimen están, de algún modo, menos conectadas con la personalidad de sus autores. En cambio, GINSBURG, J.C.: “The Concept of Authorship in Comparative Copyright Law”, *52 DePaul L. Rev.* 1063, 2003, p. 1092 se muestra crítica con esta reglamentación, arguyendo que la defensa de la creatividad de los autores debe estar en el centro de la regulación en materia de propiedad intelectual. De lo contrario, afirma: *If we no longer value creativity, then we shall require another basis for recognizing exclusive rights in works, be they works of authorship or other productions. More importantly, the scope of the rights we then install would have to be rethought and probably drastically reduced.*

<sup>163</sup> Las afirmaciones que realizamos a continuación pueden encontrarse en CARRASCO PERERA, A. y DEL ESTAL SASTRE, R.: “Comentario del artículo 5”, *op. cit.*, pp. 106 – 109.

<sup>164</sup> En relación con la obra colectiva, cabe destacar, no obstante, que, si bien al sujeto referido no se le considera autor, la LPI sí que le atribuye *ex lege* las facultades que integran la propiedad intelectual (art. 8, segundo párrafo LPI). Más adelante, volveremos a referirnos a esta cuestión.

fantasma no podrán transaccionar en ningún caso con la condición de autor, puesto que la misma constituye una *res extracommercium* que no puede ser dispuesta libremente por las partes.

## **1.2. Requisitos esenciales para ser considerado autor de una obra intelectual**

Si sólo puede reconocerse jurídicamente la condición de autor, en principio, a la persona que crea la obra literaria, artística o científica, el sujeto que desee alcanzar dicho estatus tendrá que realizar una aportación esencial de originalidad al resultado final. En línea con lo ya apuntado en el capítulo anterior, dicha contribución original podrá concernir tanto al contenido de la creación intelectual como a la forma externa que ésta adopta<sup>165</sup>. Independientemente de las matizaciones que se pueden hacer con respecto al concreto valor que le debemos otorgar respectivamente a cada una de estas dos fases del proceso de creación de una obra (cuestión sobre la que inmediatamente regresaremos), lo que es indudable es que tanto una etapa como otra del proceso creativo se traducen en un conjunto de acciones que únicamente pueden ser ejecutadas por una persona física. Por ello, el tenor literal del artículo 5.1 de la Ley de Propiedad Intelectual se refiere al autor como una “persona natural”, sin perjuicio de que el artículo 5.2 permita otorgar protección a las personas jurídicas en los términos que disponga la propia ley. De hecho, habitualmente la doctrina señala que lo único que necesita un individuo concreto para ser apto para la condición de autor es capacidad natural para crear, sin que sea preciso ostentar ningún *animus* concreto. De este modo, tanto un menor de edad como una persona con discapacidad pueden ser consideradas jurídicamente como autoras de una obra, independientemente de quién sea el sujeto que se vaya a encargar de gestionar sus derechos de explotación económica<sup>166</sup>.

Más allá de este primer requisito básico consistente en ser una persona física con capacidad para crear, apuntábamos a que dicho individuo tendría que aportar ese plus de originalidad en la fase de ideación del contenido de la obra o en la de materialización del mismo en un determinado soporte con una forma concreta. Para valorar cuánto hay de cierto en dicha afirmación podría ser interesante traer a colación lo dispuesto en el artículo

---

<sup>165</sup> *Vid. supra* capítulo segundo, epígrafe 3.

<sup>166</sup> Así lo considera PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: *Derecho de autor...*, *op. cit.*, pp. 148 – 149. PLAZA PENADÉS, J.: *El derecho moral...*, *op. cit.*, pp. 376 – 377. RODRÍGUEZ TAPIA, J. M.: “Comentario del artículo 5” en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. por J.M. RODRÍGUEZ TAPIA), *op. cit.*, p. 98. CARRASCO PERERA, A. y DEL ESTAL SASTRE, R.: “Comentario del artículo 5”, *op. cit.*, p. 107.

2 del Real Decreto de 3 de septiembre de 1880 por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley de 10 de enero de 1879 sobre propiedad intelectual (en adelante, el Reglamento de 1880), que podría complementar la definición de la noción de autor establecida en el artículo 5 de la Ley de Propiedad Intelectual. En contra de lo que pudiera parecer, dicho reglamento, concebido para desarrollar la Ley española de 10 de enero de 1879 de propiedad intelectual, se encuentra vigente en todo lo que no se oponga a lo establecido en la actual Ley de Propiedad Intelectual<sup>167</sup>. He ahí, por tanto, el interés que puede tener recurrir al análisis de su contenido normativo a la hora de estudiar la figura del autor. Así pues, el mencionado artículo preceptúa lo siguiente: “Se considerará autor, para los efectos de la Ley de Propiedad Intelectual, al que concibe y realiza alguna obra científica ó literaria, ó crea y ejecuta alguna artística, siempre que cumpla las prescripciones legales”.

Para comenzar, nos percataremos de que el precepto realiza una diferenciación entre la obra literaria o científica y la obra artística. En relación con las primeras, el artículo habla de concebir y realizar, mientras que para las segundas requiere crear y ejecutar. Según la doctrina, dicha diferenciación permitiría sostener que para considerar a un sujeto autor de una obra literaria no se requeriría, por ejemplo, que éste escribiese con sus propias manos las palabras que componen dicha obra, siendo suficiente con que las dictara mientras otra persona las transcribe –no pudiendo considerarse a ésta autora, sino un instrumento en las manos del auténtico creador–. En cambio, en la obra artística sí que sería imprescindible que el autor, para reconocerle dicha condición, participase físicamente en la materialización de la obra que se estuviere creando<sup>168</sup>. En relación con esta cuestión, resulta comprensible que el Reglamento de 1880 estableciese la distinción a la que nos estamos refiriendo, dado que tradicionalmente se ha señalado que en las artes plásticas

---

<sup>167</sup> Así lo dispone la Disposición transitoria séptima de la LPI. Reglamento de 3 de septiembre de 1880 para la ejecución de la Ley de 10 de enero de 1879 sobre Propiedad Intelectual: “El Reglamento de 3 de septiembre de 1880 para la ejecución de la Ley de 10 de enero de 1879 sobre Propiedad Intelectual y demás normas reglamentarias en materia de propiedad intelectual continuará en vigor, siempre que no se oponga a lo establecido en la presente Ley”.

<sup>168</sup> En sentido similar, DESBOIS, H.: *Le droit d’auteur...*, op. cit., pp. 12 – 13. BAYLOS CORROZA, H.: *Tratado de derecho industrial, propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1978, 1ª edición, pp. 639 – 640. ROGEL VIDE, C., SERRANO GÓMEZ, E. y LACRUZ MANTECÓN, M.L.: *Manual de derecho de autor*, Reus, Madrid, 2021, p. 25. CARRASCO PERERA, A. y DEL ESTAL SASTRE, R.: “Comentario del artículo 5”, op. cit., p. 108.

tan importante es la concepción de la obra como el proceso de ejecución o exteriorización de la misma<sup>169</sup>.

Sin embargo, si tenemos en cuenta el avance tecnológico y el desarrollo normativo que se ha producido en esta materia durante un siglo y medio, quizás sería razonable cuestionar hasta qué punto se puede aplicar de forma literal la disposición mencionada a los conflictos actuales, por más que formalmente el Reglamento de 1880 siga vigente. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de la arquitectura o de la escultura contemporánea, disciplinas en las que es frecuente que existan auxiliares u operarios encargados de realizar labores desprovistas de originalidad creativa y que, sin embargo, resultan necesarias para materializar la obra. Por último, el artículo concluye disponiendo que se considerará autor a un determinado sujeto “siempre que cumpla con las prescripciones vigentes”. Dicha fórmula resulta un vestigio del pasado en el que, precisamente, la inscripción operaba en la práctica como un requisito *de facto* de la constitución del derecho de autor, tal y como ya hemos tenido oportunidad de apuntar suficientemente<sup>170</sup>. Por tanto, con la actual regulación de la Ley de Propiedad Intelectual, dicha expresión carece de relevancia jurídica alguna, lo que vendría a ratificar la necesidad de valorar con cierta cautela la aplicabilidad directa del Reglamento de 1880.

Como podremos percatarnos, el espíritu del Reglamento es vincular la condición de autor con una serie de verbos estrechamente relacionados con la materialización de la obra en un soporte determinado. Así pues, el ordenamiento jurídico (al menos, en su redacción decimonónica) pretende que, para considerarlo como tal, el autor participe activamente en la exteriorización de dicha creación y no se quede exclusivamente en el ámbito de la mera concepción ideal de la misma<sup>171</sup>. En este sentido, RODRÍGUEZ TAPIA afirma que no

---

<sup>169</sup> Esta idea fue uno de los argumentos clave para resolución del litigio planteado en la SAP Madrid (Sección 28ª) núm. 204/2021 de 21 de mayo (JUR\2021\209687), a la que ya hemos aludido previamente. En la misma se afirma lo siguiente: “En las obras plásticas cabe discernir varias fases en la creación de las mismas, como lo son las de su concepción y las de su ejecución, a las que puede conferirse mayor o menor relevancia según el tipo de creación de la que se trate. Pero en el caso concreto de las obras de arte pictóricas, no puede atribuirse toda la importancia, como entendemos que pretende el demandado, a la fase de su concepción (que constituye un estadio creativo inicial- ideación, boceto, etc) sino que la calidad de la ejecución personal de la misma (la pintura del cuadro) en una forma de expresión material y concreta resulta de gran importancia, pues es, en definitiva, lo que alumbra la plasmación de la creación en una obra original, susceptible de protección por la normativa que tutela la propiedad intelectual”.

<sup>170</sup> Vid. *supra* capítulo segundo, epígrafe 1.

<sup>171</sup> Cabe destacar que tanto el Proyecto de Ley de la Propiedad Intelectual de 1 de febrero de 1986 como de 11 de noviembre de 1986 utilizaban en el artículo 5 LPI los términos “concebir” o “concepción” y “realizar” o “realización” a la hora de definir al autor. Sin embargo, ambas expresiones, que ya habían sido empleadas en el Reglamento de 1880, desaparecieron de la redacción final del precepto, limitándose la legislación al concepto de creación para caracterizar al autor de una obra intelectual.



será equiparable a la creación de la obra su mera concepción o el suministro de instrucciones para la ejecución de la misma. Creemos que dicha línea de pensamiento guarda cierta lógica, puesto que la acción material en la que consiste la creación –escribir, pintar, esculpir, etc.– forma parte, como regla general, del proceso de exteriorización de la obra, que es lo que, en definitiva, es objeto de protección por parte de la Ley de Propiedad Intelectual y lo que, a su vez, será objeto de prueba a la hora de determinar la autoría<sup>172</sup>. En efecto, una obra pictórica no es sólo la idea o el concepto que da origen a la misma, sino también cada pincelada con la que el artista ha compuesto y matizado su creación. De igual modo, la novela no es únicamente su historia, sino cada palabra que se ha utilizado para narrarla y con la que el autor ha construido y aportado su propio punto de vista. No obstante, si bien todo lo anterior es cierto, creemos que pueden realizarse algunas matizaciones al respecto.

Para empezar, con respecto al suministro de instrucciones, sería preciso examinar el grado de detalle de las mismas en el caso concreto, puesto que tampoco debe descartarse, en principio, la posibilidad de que un sujeto proporcione a otro unas instrucciones tan detalladas que lleguen a convertir a éste en un mero instrumento en manos del primero de cara a la creación de la obra protegida<sup>173</sup>. En esta supuesto sólo podríamos reconocer la condición de autor al que suministrara las instrucciones por ser el único que realizaría una aportación de originalidad, mientras que quien las llevara a cabo estaría únicamente ejecutando una labor mecánica. En línea semejante, no sería descabellado sostener una postura similar en torno a la ideación del contenido de una determinada obra intelectual. Si bien creemos que la acción material con la que se da su forma final a la obra en cuestión es una parte fundamental del proceso creativo, no lo es menos la determinación de su contenido. Por ello, si un sujeto concibe el contenido de una creación intelectual con un alto grado de detalle y precisión y además lo exterioriza de algún modo, entendemos que nada impediría que se le pudiera considerar como autor o coautor de esa obra intelectual. Sería el supuesto, por ejemplo, de quien diseña al detalle la trama de una novela y se lo comunica al individuo que se va a encargar de la redacción final de la misma. No obstante, como ya indicamos previamente, la exigencia de originalidad será necesariamente más elevada para quien se limite a concebir el contenido de la futura obra, puesto que dicha labor se somete a pocas limitaciones técnicas y el margen de libertad creativa con el que

---

<sup>172</sup> RODRÍGUEZ TAPIA, J. M.: "Comentario del artículo 1", *op. cit.*, p. 62.

<sup>173</sup> CARRASCO PERERA, A. y DEL ESTAL SASTRE, R.: "Comentario del artículo 5", *op. cit.*, pp. 108 – 109.

cuenta dicho individuo es inmenso<sup>174</sup>. En cierto modo, este supuesto no estaría muy lejano al del suministro de instrucciones que hemos apuntado al principio, ya que, en definitiva, existe una gran similitud entre exigir un alto grado de originalidad y un elevado nivel de detalle. La única diferencia que se presentaría en la segunda hipótesis comentada es que la persona encargada de dar forma a la obra a partir del contenido diseñado por otro sujeto sí estaría realizando una aportación de originalidad.

No creemos que nada de lo dispuesto en la Ley de Propiedad Intelectual impida alcanzar dicha conclusión, en tanto que dicho texto normativo no especifica en ningún momento qué es lo que debe entenderse por crear y en qué acciones concretas se traduce dicho acto. Además, cabe destacar que el artículo 2 del Reglamento de 1880 sí recoge el verbo “concebir” al hablar de la obra literaria o científica, por lo que existiría un cierto respaldo normativo para sostener la argumentación que hemos defendido. Así mismo, creemos que reconocer la condición de autor –eso sí, de forma excepcional– al sujeto que concibe detalladamente el contenido de una creación intelectual engarza adecuadamente con la inminente tendencia que presenciaremos en el ámbito de la propiedad intelectual en los próximos años con la irrupción de los sistemas de inteligencia artificial en este campo. Para finalizar, en lo que respecta a la autoría fantasma, la cuestión que hemos expuesto afectaría principalmente al reconocimiento o no al autor aparente de la condición de coautor de la obra. Como ya indicamos y de conformidad con todo lo apuntado, ello dependerá de si puede considerarse que este sujeto ha realizado una aportación esencial de originalidad creativa. Para más detalle sobre este asunto concreto, nos remitimos a lo ya argumentado en el capítulo anterior sobre la aportación de ideas, de vivencias personales o del contenido detallado de una determinada creación intelectual por parte del autor aparente<sup>175</sup>.

### **1.3. El principio de autoría de la legislación en materia de propiedad intelectual**

El ordenamiento jurídico atribuye el conjunto de facultades patrimoniales y personales que integran la propiedad intelectual al autor por la mera creación de la obra, sin que se establezcan cargas formales adicionales (exigiendo, por ejemplo, la inscripción de la misma en el Registro) ni para la constitución del derecho ni para el reconocimiento de la titularidad originaria. Así pues, a la hora de establecer las premisas sobre las que se

---

<sup>174</sup> *Vid. supra* capítulo segundo, epígrafe 3.

<sup>175</sup> *Ibidem*.

sustenta la Ley de Propiedad Intelectual, el legislador no inventa nada nuevo al respecto, sino que parte de aquella realidad que ya existe incluso con anterioridad a su reconocimiento por la propia norma. En efecto, el hecho fáctico de que una persona física cree una obra original no es una construcción artificial del Derecho, sino una realidad natural ya existente a la que nuestra regulación ha decidido atribuir una determinada consecuencia jurídica. Precisamente por ello, por traicionar esta concepción inicial sobre la que se fundamenta la regulación en esta materia, resulta criticable cuando el legislador ha optado por atribuir artificialmente la autoría a un sujeto al que, en condiciones normales, no le correspondería por no ser *de facto* el creador de la obra original. Nos referimos pues a la anomalía jurídica contenida en el artículo 97.2 de la Ley de Propiedad Intelectual, precepto que analizaremos más adelante en el presente trabajo.

En cualquier caso, si entendemos que el origen de esta regulación radica en el acto creativo, estaremos en condiciones de afirmar que la Ley de Propiedad Intelectual adquiere vigencia y sentido en tanto que existen unos determinados sujetos –los autores– que crean obras originales; conducta que consideramos de gran valor como sociedad y que, por ello, pretendemos promocionar y amparar a través de la concesión a estos creadores de una potestad exclusiva de monopolio jurídico sobre las mismas. Por tanto, si es la tutela jurídica de dichos individuos lo que subyace en la fundamentación esencial de esta norma, no resulta descabellado afirmar que la legislación sobre propiedad intelectual contiene un auténtico principio de autoría como piedra angular de su reglamentación<sup>176</sup>.

De este modo, dicha regulación, así como la resolución de algunos de los conflictos que se producen en este ámbito, no puede llevarse a cabo de espaldas a la protección de los intereses de los autores, sino que se hace imprescindible una especial valoración de los mismos. En consecuencia, aunque los empleadores de éstos, los comitentes o los coordinadores de una obra son también actores relevantes en esta relación (motivo por el cual se va a reconocer la posibilidad de ceder *ex lege* o contractualmente este conjunto de facultades atribuidas originariamente al creador), no dejan de ser sujetos contingentes en

---

<sup>176</sup> RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario del artículo 8”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. por J.M. RODRÍGUEZ TAPIA), *op. cit.*, p. 112 – 113 alude a este principio de autoría al hablar de la inconstitucionalidad del artículo 97.2 LPI, referente a la autoría de las personas jurídicas de los programas de ordenador (precepto que analizaremos más adelante).

relación con la necesaria presencia del autor. Y nuestro ordenamiento jurídico es consciente de esta innegable realidad.

Bajo nuestro punto de vista, percibimos que este principio de especial tutela de los autores atraviesa la regulación de la Ley de Propiedad Intelectual, teniendo su traducción directa más básica en los ya aludidos artículos 1 y 5 de dicho texto legal, que constituyen en la actualidad verdaderas normas de orden público. Como consecuencia de todo lo dicho, no resultaría posible, en principio, un acuerdo en el que las partes trataran de disponer sobre la autoría de la obra intelectual (salvo quizás el supuesto contemplado en el artículo 97.2, que comentaremos más adelante). En lo que respecta a la autoría fantasma, podría argumentarse que, en realidad, no se pretende impedir que haya una atribución originaria de la propiedad intelectual al autor verdadero, sino que simplemente una vez que ésta se produzca, el autor fantasma cedería las facultades patrimoniales en la forma usual y prestaría su consentimiento con respecto a la intromisión del autor aparente en la esfera de intereses tutelados por los derechos morales. Por tanto, si seguimos este razonamiento, el análisis de la licitud de esta práctica no radicaría tanto en determinar a quién le corresponde la titularidad originaria del derecho, sino en la eficacia del consentimiento prestado por el autor fantasma con respecto a sus derechos morales.

A modo de réplica, podría señalarse que, incluso si fuera así, la autoría fantasma colisiona por su propia naturaleza tanto con el principio de autoría al que hemos estado haciendo referencia, como con la propia fundamentación de la Ley de Propiedad Intelectual. Ello se debe a que esta práctica supone desconocer la verdadera autoría de una obra intelectual para atribuirle indebidamente el mérito por la creación de la misma a un tercero; resultado que en ningún caso sería deseado por el ordenamiento jurídico, puesto que supondría una completa desprotección de los intereses del auténtico creador de la obra. No obstante, hay quien podría considerar, en cambio, que la concurrencia del consentimiento del autor en este ámbito matizaría sustancialmente la afirmación anterior. Según esta perspectiva, podría considerarse que es el propio creador quien se encuentra más capacitado que nadie para decidir qué es lo que más conviene a sus intereses, cayéndose en un innecesario paternalismo normativo al impedirle celebrar un acuerdo que quizás éste estime beneficioso para sí mismo y todo ello con base en un genérico principio de tutela de los autores. Sea como fuere, a nuestro entender, creemos que, en cualquier caso, la sede más apropiada para examinar la licitud de este fenómeno es, en efecto, en relación con la

eficacia del consentimiento prestado por el autor fantasma con respecto a la afectación de sus derechos morales<sup>177</sup>.

Para concluir, nos gustaría señalar que, pese a todo lo dicho, el legislador no estaba obligado, en todo caso, a consagrar el aludido principio de autoría en la forma en que lo ha hecho, reconociéndole siempre la condición de autor al creador de la obra (y a la vista está si atendemos a las opciones legislativas adoptadas en los ordenamientos del *common law*)<sup>178</sup>. Sin embargo, en nuestra opinión, no cabe duda de que se ha tomado la decisión más oportuna, ya que de esta manera la normativa en materia de propiedad cumple con un elemental y necesario principio de justicia material, además de satisfacer adecuadamente las legítimas expectativas de los sujetos imprescindibles en el ámbito de la propiedad intelectual, que –no lo olvidemos– son los autores.

## **2. LAS PRESUNCIONES DE AUTORÍA EN LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL**

Tal y como hemos ido exponiendo a lo largo del presente trabajo, la Ley de Propiedad Intelectual atribuye el conjunto de facultades que integra la misma al autor de una obra por el mero hecho de su creación. Así pues, no cabe duda de que dicha regulación juega claramente en favor de los creadores al brindarles cobertura legal sin que se exija el cumplimiento de ninguna formalidad adicional. No obstante, esa misma ausencia de formalismos provoca la necesidad de saber cómo el autor puede acreditar su condición como tal ante terceros. Resulta, sin lugar a duda, complicado poder demostrar fehacientemente que un sujeto en concreto ha llevado a cabo personalmente la creación de una obra. En la mayoría de supuestos este hecho sólo se podría probar de manera indiciaria, puesto que incluso aunque se preconstituyera la prueba (por ejemplo, grabando el proceso de creación), lo único que se estaría acreditando es que dicho individuo creó o materializó la obra alguna vez, pero no que fue el primero en hacerlo<sup>179</sup>. Si seguimos este

---

<sup>177</sup> Vid. *infra* capítulo quinto, epígrafe 4.

<sup>178</sup> A modo de ejemplo, puede destacarse que en los países de dicho entorno se suele reconocer al productor como el autor de la obra cinematográfica. Véase el caso del art. 9 (2) (ab) de la *Copyright, Designs And Patents Act* británica de 1988, que dispone: *That person [the author] shall be taken to be—in the case of a film, the producer and the principal director*. En este sentido, vid. MARTÍN VILLAREJO, A.: “Interpretación y Propiedad Intelectual en el Derecho Internacional” en AA.VV.: *Interpretación y autoría* (coord. por C. ROGEL VIDE), Reus, Madrid, 2004, pp. 161 – 162.

<sup>179</sup> Así lo defiende RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario del artículo 6”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. por J. M. RODRÍGUEZ TAPIA), *op. cit.*, p. 100.

razonamiento hasta sus últimas consecuencias, la prueba de la autoría se configuraría, en definitiva, como una prueba diabólica.

De esta manera, se generaría un panorama de enorme inseguridad jurídica en el que los terceros no tendrían nunca suficientes garantías de estar contratando con el auténtico autor de la obra, especialmente si éste no documentó su proceso creativo con todo lujo de detalles, de tal forma que no cupiera duda alguna de que fue él y no otro individuo el que creó la obra por primera vez. Si tenemos en cuenta la gran cantidad de obras que se crean en la más absoluta soledad, nos percataremos de que la mayoría de autores carecerán de los medios necesarios para acreditar con sencillez su condición como titular de los derechos. Para remediar todas las problemáticas que se podrían derivar de esta situación, la Ley de Propiedad Intelectual contiene una presunción de autoría en el apartado primero del artículo 6, que establece lo siguiente: “Se presumirá autor, salvo prueba en contrario, a quien aparezca como tal en la obra, mediante su nombre, firma o signo que lo identifique”. Dicho precepto no es novedoso en nuestro ordenamiento, pues tiene su antecedente en el artículo 3 del Reglamento de 1880<sup>180</sup> y guarda su correspondencia internacional con el artículo 15.1 del Convenio de Berna<sup>181</sup>. Así mismo, podemos encontrar presunciones idénticas o similares en la legislación francesa<sup>182</sup>, alemana<sup>183</sup> o italiana<sup>184</sup>.

En primer lugar, para que la presunción entre en juego es necesario que conste en la obra o el nombre real del autor o el “pseudónimo transparente” del mismo, entendiendo por tal

---

<sup>180</sup> El artículo 3 del Reglamento de 1880 dispone: “La firma y presentación de una obra como autor deja a salvo la prueba en contrario, y toda cuestión de falsificación o usurpación deberá resolverse exclusivamente por los Tribunales. Cuando pendiente la inscripción de una obra se suscitase por un tercero cuestión sobre su pertenencia o propiedad, y se formalizase oposición, no se suspenderá aquélla, pero se hará constar en el registro y certificaciones que se expidan que «hay reclamación presentada»”.

<sup>181</sup> El artículo 15.1 Convenio de Berna establece: “Para que los autores de las obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio sean, salvo prueba en contrario, considerados como tales y admitidos, en consecuencia, ante los tribunales de los países de la Unión para demandar a los defraudadores, bastará que su nombre aparezca estampado en la obra en la forma usual. El presente párrafo se aplicará también cuando ese nombre sea seudónimo que por lo conocido no deje la menor duda sobre la identidad del autor”.

<sup>182</sup> El art. L131-1 del *Code de la propriété intellectuelle* establece: *La qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée.*

<sup>183</sup> La sección 10 (1) de la ley alemana sobre derechos de autor preceptúa: *Wer auf den Vervielfältigungsstücken eines erschienenen Werkes oder auf dem Original eines Werkes der bildenden Künste in der üblichen Weise als Urheber bezeichnet ist, wird bis zum Beweis des Gegenteils als Urheber des Werkes angesehen; dies gilt auch für eine Bezeichnung, die als Deckname oder Künstlerzeichen des Urhebers bekannt ist.*

<sup>184</sup> El art. 8 de la Legge 22 aprile 1941, n. 633 Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio dispone: *E' reputato autore dell'opera, salvo prova contraria, chi e' in essa indicato come tale, nelle forme d'uso, ovvero e' annunciato come tale, nella recitazione, esecuzione, rappresentazione o radiodiffusione dell'opera stessa.*

aquel sobrenombre que no tiene como finalidad ocultar la identidad del creador al público en general, al ser de sobra conocida quién es la persona que está detrás del mismo (Clarín, Azorín, etc.)<sup>185</sup>. El creador, además, debe figurar en la obra como autor, no aplicándose, por tanto, la presunción a aquellas personas que aparecen en la dedicatoria, como editores o como propietarios del soporte físico<sup>186</sup>. Por otro lado, en el caso de que el autor se esconda bajo el anonimato o bajo un pseudónimo no transparente, no será de aplicación la presunción del artículo 6.1, sino lo establecido en su apartado segundo, que dispone que el ejercicio de sus derechos corresponderá a la persona que divulgue la obra con su consentimiento mientras aquél no revele su identidad<sup>187</sup>. Se trata pues de un recurso técnico que la legislación articula para que el autor tenga una vía para proteger y defender sus intereses sin tener por ello que verse obligado a desvelar su identidad, lo que constituye, en definitiva, una consecuencia lógica del derecho que ostenta el mismo a divulgar la obra, si lo desea, de forma anónima (artículo 14.2 de la Ley de Propiedad Intelectual)<sup>188</sup>.

En segundo lugar, si bien la norma española omite uno de los requisitos a los que se refiere expresamente el mencionado artículo del Convenio de Berna –“...basta que su nombre aparezca estampado en la obra en la forma usual”–, se ha venido entendiendo que resulta igualmente necesario que el nombre o el signo aparezca en la obra “en la forma más usual”. En este sentido, la manera más conveniente en la que el nombre debe quedar reflejado dependerá del tipo de obra de que se trate: así, por ejemplo, en una novela será en la portada del libro, en una película en los créditos de la misma y en una obra bidimensional (un cuadro o una fotografía) en un lado marginal de la imagen o, incluso, en un pequeño cartel junto a ella<sup>189</sup>. Pese a todo lo dicho, debe matizarse que en el caso de aquellas obras que no presentan un soporte físico y en las que, por tanto, no se puede materialmente hacer figurar el nombre de su creador, se podría admitir la posibilidad de

---

<sup>185</sup> ROGEL VIDE, C., SERRANO GÓMEZ, E. y LACRUZ MANTECÓN, ML.: *Manual de derecho...*, op. cit., p. 27.

<sup>186</sup> CARRASCO PERERA, A. y DEL ESTAL SASTRE, R.: “Comentario del artículo 6” en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), op. cit., p. 117.

<sup>187</sup> El artículo 6.2 LPI preceptúa: “Cuando la obra se divulgue en forma anónima o bajo seudónimo o signo, el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual corresponderá a la persona natural o jurídica que la saque a la luz con el consentimiento del autor, mientras éste no revele su identidad”.

<sup>188</sup> CARRASCO PERERA, A. y DEL ESTAL SASTRE, R.: “Comentario del artículo 6”, op. cit., p. 118 defiende que ésta sería la auténtica finalidad del precepto y no, por tanto, la protección del tercero que contrata con el divulgador (si bien, en la práctica, puede servir también a dicho propósito).

<sup>189</sup> En este sentido, RODRÍGUEZ TAPIA, J. M.: “Comentario del artículo 6”, op. cit., p. 101. CARRASCO PERERA, A. y DEL ESTAL SASTRE, R.: “Comentario del artículo 6”, op. cit., p. 117.

que la presunción del artículo 6.1 se aplicara igualmente si el autor fuera “anunciado” en la forma usual<sup>190</sup>.

Una vez satisfechos estos requisitos, la presunción operará exclusivamente en relación con la autoría de la obra con el fin de facilitar la prueba sobre dicha condición, no acreditándose, de esta manera, otros extremos tales como si el autor continúa siendo titular de los derechos de explotación o incluso si estamos ante una obra protegible de conformidad con el artículo 10 de la Ley de Propiedad Intelectual<sup>191</sup>. Se trata, en cualquier caso, de una presunción *iuris tantum* que desplaza la carga de la prueba sobre quien niega la autoría presumida<sup>192</sup>. De hecho, la naturaleza *iuris tantum* de la presunción del artículo 6.1 nos evidencia que, si bien la Ley de Propiedad Intelectual desea otorgar cierta seguridad jurídica a los operadores en el mercado, no pretende, en ningún caso, que la apariencia de autoría pueda primar sobre la auténtica verdad material.

Por último, cabe destacar que, ante la posibilidad de que existan varios ejemplares de una misma obra, pudiera ocurrir que constase como autor en cada una de dichas copias diferentes personas. La doctrina propone algunas soluciones para el supuesto en el que se produjera esta circunstancia. De este modo, la presunción del artículo 6.1 debe operar, en primer lugar, en favor del sujeto cuyo nombre constase en el ejemplar original, en el caso de que éste exista<sup>193</sup>. En segundo lugar, en el supuesto de que la discrepancia se produjera entre, por un lado, un ejemplar publicado y, por otro, un ejemplar inédito, la presunción beneficiará al autor que constase en las copias de la obra publicada<sup>194</sup>. Finalmente, si la contradicción surge solamente entre ejemplares publicados, se propone que la presunción opere únicamente en favor del individuo que conste en aquellas copias que se hayan publicado antes<sup>195</sup>.

---

<sup>190</sup> Es la tesis que defienden CARRASCO PERERA, A. y DEL ESTAL SASTRE, R.: “Comentario del artículo 6”, *op. cit.*, p. 117 para actos de comunicación pública como las recitaciones o las representaciones en las que no existe un soporte físico sobre el que hace constar el nombre.

<sup>191</sup> En este sentido, CARRASCO PERERA, A. y DEL ESTAL SASTRE, R.: “Comentario del artículo 6”, *op. cit.*, pp. 114 – 115. En sentido contrario, PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: *Derecho de autor...*, *op. cit.*, p. 152.

<sup>192</sup> En línea con lo ya apuntado sobre las dificultades para acreditar que un determinado sujeto ha creado efectivamente una obra, RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario del artículo 6”, *op. cit.*, pp. 100 - 101, destaca cómo los Tribunales han empleado criterios tales como la muerte del autor en la fecha en que se creó la obra o la incapacidad o la impericia del individuo en cuestión para crear la obra.

<sup>193</sup> Así lo razona RODRÍGUEZ TAPIA, J. M.: “Comentario del artículo 6”, *op. cit.*, p. 101.

<sup>194</sup> En este sentido, CARRASCO PERERA, A. y DEL ESTAL SASTRE, R.: “Comentario del artículo 6”, *op. cit.*, p. 116.

<sup>195</sup> Es la postura que defienden CARRASCO PERERA, A. y DEL ESTAL SASTRE, R.: “Comentario del artículo 6”, *op. cit.*, p. 116.



En principio, compartimos la pertinencia de los criterios propuestos por la doctrina. Sin embargo, no podemos dejar de destacar que la fuerza de esta presunción radica, precisamente, en el valor que se otorga a la apariencia de autoría creada ante terceros a través de la inclusión del nombre o de la firma en la obra en cuestión. Por ello, en el momento en el que existan varias personas que públicamente se reivindiquen a sí mismas como creadoras de dicha obra, ello va a conducir inexorablemente, en nuestra opinión, a un litigio en el que sean los tribunales quienes tengan que determinar quién es el verdadero autor. En efecto, no olvidemos que, más allá de las soluciones que se han propuesto en relación con la concurrencia de varias copias en las que figuran diferentes personas como autoras de la misma obra, si el auténtico creador se ve perjudicado por el juego de las presunciones, siempre va a poder tratar de reclamar y probar su autoría ante los tribunales.

Hasta ahora nos hemos referido únicamente a la presunción del artículo 6.1, que tiene una clara naturaleza extrarregistral. No obstante, no es la única que prevé nuestra legislación, pues el artículo 145.3 del mismo texto legal, al regular el Registro de la Propiedad Intelectual, establece lo siguiente: “Se presumirá, salvo prueba en contrario, que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo”. De este modo, la inscripción del derecho en el Registro –que ya no tiene la finalidad de otorgar la plena protección como ocurría en la regulación de 1879– supone un medio de prueba privilegiado, que prevalecería, incluso, sobre la presunción del artículo 6.1 de la Ley de Propiedad Intelectual<sup>196</sup>. En concreto y a diferencia de lo preceptuado en el recién mencionado artículo, la presunción registral no versaría sobre la autoría de la obra, sino sobre la existencia y la pertenencia de los derechos inscritos<sup>197</sup>.

Se trata, en definitiva, de una presunción *iuris tantum* en favor del titular registral, que es consecuencia directa del principio de publicidad material del Registro (en concreto, de los principios de legitimación y exactitud del contenido de los asientos registrales). Pese a todo, reiteramos que el ordenamiento deja la puerta abierta a la posibilidad de que se presente en juicio prueba que destruya esta presunción, por lo que podemos concluir, de nuevo, que la normativa en materia de propiedad intelectual apuesta por tratar de proteger,

---

<sup>196</sup> CARRASCO PERERA, A. y DEL ESTAL SASTRE, R.: “Comentario del artículo 6”, *op. cit.*, p. 116. MORALEJO IMBERNÓN, N.: “El Registro de la Propiedad Intelectual” en AA.VV.: *Manual de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), *op. cit.*, p. 383.

<sup>197</sup> Si bien, tal y como apuntan CARRASCO PERERA, A. y DEL ESTAL SASTRE, R.: “Comentario del artículo 6”, *op. cit.*, p. 116, la fe registral alcanza también al título originario o derivativo por el que se adquirió.

en último caso, al autor real por encima del autor aparente o de quien ha inscrito antes en el Registro de la Propiedad Intelectual.

Si bien resulta obvia la analogía con la regulación del Registro de la Propiedad diseñada por la legislación hipotecaria –es decir, hablamos en ambos casos de un registro público que desempeña, principalmente, una función de publicidad frente a terceros de los derechos inscritos–, encontraremos una importante diferencia en relación con la protección de los terceros adquirentes de buena fe. En el ámbito de la propiedad intelectual, ni la presunción del artículo 6.1 ni la presunción de legitimación del artículo 145.3 sirven como base legal para amparar adquisiciones *a non domino* como consecuencia de las cesiones de derechos llevadas a cabo por un falso autor<sup>198</sup>. Entendemos que un efecto de semejante trascendencia jurídica sólo puede ser consecuencia de una previsión expresa por parte de la legislación, cosa que no ocurre en materia de derechos de autor, a diferencia de lo establecido con claridad en los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria. Así mismo, compartimos el razonamiento de MARCO MOLINA, que sostiene que nuestra actual regulación pone el foco en la protección del verdadero autor por el mero hecho de la creación y sin necesidad de cumplir ninguna otra formalidad, lo que resulta incompatible con hacer prevalecer los derechos de los terceros de buena fe sobre los del auténtico creador de la obra<sup>199</sup>.

En lo atinente a la autoría fantasma, cabe destacar que, en circunstancias normales, el autor aparente se verá favorecido tanto por la presunción de autoría del artículo 6.1 de la Ley de Propiedad Intelectual, en la medida en que lo más común será que su nombre o firma conste en la obra de la que éste pretende aparecer como creador, y por la presunción de legitimación del artículo 145.3 del mismo texto legal, siempre y cuando se haya inscrito como autor en el Registro de la Propiedad Intelectual. Ambas presunciones generarán la apariencia ante terceros de que es el auténtico creador de la obra, lo que le facilitará enormemente poder operar libremente en el mercado. A este respecto, RAGEL SÁNCHEZ, que defiende la licitud del contrato suscrito entre el autor fantasma y el autor aparente, señala que para que la apariencia tenga relevancia jurídica debe existir una

---

<sup>198</sup> En este sentido y en relación con el artículo 6.1 LPI, CARRASCO PERERA, A. y DEL ESTAL SASTRE, R.: “Comentario del artículo 6”, *op. cit.*, p. 115. Con la misma postura y con respecto a la presunción registral, MARCO MOLINA, J.: “Comentario del artículo 145” en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), *op. cit.*, p. 1922 – 1923. MORALEJO IMBERNÓN, N.: “El Registro de...”, *op. cit.*, p. 383.

<sup>199</sup> MARCO MOLINA, J.: “Comentario del artículo 145”, *op. cit.*, p. 1922 – 1923.

norma que se la otorgue. De este modo, señala cómo la presunción del artículo 6.1 otorga valor a la apariencia de autoría, lo que supondría, en su opinión, la previsión normativa de que pudiera figurar así alguien que no fuera el autor verdadero, es decir, el autor aparente<sup>200</sup>.

Bajo nuestro punto de vista, pueden plantearse ciertas objeciones al razonamiento anterior. Recordemos que la finalidad de dicho artículo es otorgar cierta seguridad jurídica dentro de un marco legal que prescinde del cumplimiento de cargas formales para acreditar la condición de autor. Por ello, se establece la presunción de que quien figura con su nombre o firma como autor en una obra suele ser el verdadero creador de la misma. Sin embargo, el legislador le otorga a dicha presunción carácter *iuris tantum*, lo que incide en la idea de que lo que el precepto pretende es proporcionar seguridad jurídica y no servir como cobertura legal para amparar a quien no es el autor de la obra en cuestión. Tanto la presunción del artículo 6.1 como la del artículo 145.3 podrán ser desvirtuadas en juicio en cualquier momento en el caso de que el autor fantasma sea capaz de probar su paternidad sobre la obra. En consecuencia, podremos percatarnos de que la Ley de Propiedad Intelectual no sólo veta la posibilidad de que el autor aparente adquiera la condición de autor sin haber realizado una aportación sustancial de originalidad creativa, sino que al otorgar a estas presunciones carácter *iuris tantum*, está ocasionando que la apariencia de autoría –por más prolongada que sea ésta en el tiempo– no pueda prevalecer, en ningún caso, sobre la auténtica verdad material. De igual modo, dicha apariencia no garantizará la validez de los contratos suscritos con terceros de buena fe, sin perjuicio de que se genere responsabilidad para el autor fantasma en el supuesto de que haya tolerado y facilitado la creación de dichos vínculos contractuales para, posteriormente, proceder a la resolución de los mismos a través de las acciones que le concede la Ley de Propiedad Intelectual.

### **3. LA AUTORÍA PLURISUBJETIVA: ESPECIAL REFERENCIA A LA OBRA EN COLABORACIÓN**

#### **3.1. Delimitación del concepto de obra en colaboración**

Cuando hablamos de autoría plurisubjetiva estamos haciendo referencia a aquellos supuestos en los que varios autores intervienen, de un modo u otro, en la creación de una

---

<sup>200</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: *El contrato de...*, op. cit., pp. 58 – 59.

obra intelectual. Bajo esta denominación podríamos agrupar todas aquellas formas de creación en las que se produce una concurrencia de autores, incluso si entre los mismos no media ningún tipo de colaboración directa. Partiendo de esta premisa, podríamos entender como obras de autoría plurisubjetiva las obras en colaboración, las obras colectivas, las obras compuestas, las obras independientes, e incluso, las obras derivadas<sup>201</sup>. En las páginas sucesivas nos centraremos, en particular, en el análisis de las obras en colaboración tanto por ser el supuesto más genérico de autoría plurisubjetiva como por su relación con algunas de las cuestiones claves que debemos examinar en el presente trabajo. En efecto, como ya hemos tenido oportunidad de señalar previamente, la autoría fantasma no implica necesariamente que el autor aparente no haya participado en modo alguno en la creación de la obra cuya autoría usurpa, sino que es perfectamente posible que ambos sujetos hayan contribuido a la creación de la misma, aunque sea de manera desigual, y se esté omitiendo deliberadamente sólo la autoría de uno (o varios) de los autores que han intervenido.

El artículo 7.1 de la Ley de Propiedad Intelectual no define propiamente la obra en colaboración, sino que se limita a indicar lo siguiente: “Los derechos sobre una obra que sea resultado unitario de la colaboración de varios autores corresponden a todos ellos”. Ello ocasiona que tengamos que calificar como obra en colaboración toda aquella que resulte de la colaboración o concurrencia de varios autores<sup>202</sup>, lo que abarcaría desde aquellas obras en las que se puede distinguir fácilmente las partes realizadas por cada creador, como aquellas otras en las que la contribución de cada autor sea indistinguible (supuestos estos últimos en los que se hablaría, propiamente, de coautoría en su acepción más estricta). En este sentido, el precepto español se asemeja a la regulación francesa,

---

<sup>201</sup> Empleamos un concepto de autoría subjetiva lo más amplio posible, por lo que estamos aludiendo con tal término a cualquier creación cuya materialización ha sido consecuencia de la actividad creativa de varios sujetos, incluso aunque no haya mediado colaboración o las aportaciones se hayan realizado de forma diferida en el tiempo. De esta forma, las obras en colaboración suponen, en principio, la participación de varios autores en pie de igualdad; las obras en colectiva requieren la contribución de varios creadores coordinados por la figura del promotor; las obras compuestas y las obras derivadas implican la existencia de dos sujetos: el autor de la obra original y el autor que, a partir de ésta, crea la obra compuesta o derivada, salvo que la segunda obra haya sido creada por el mismo autor que la primera; y, finalmente, las obras independientes suponen la publicación conjunta de varias obras diferentes de distintos autores sin que por ello se creen vínculos jurídicos entre las mismas.

<sup>202</sup> Partiendo de la premisa de que el artículo 7 da cabida a formas de concurrencia de autores muy dispares, CARRASCO PERERA, A. y DEL ESTAL SASTRE, R.: “Comentario del artículo 7” en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), *op. cit.*, p. 128 entienden que en la legislación española el supuesto de hecho de las obras en colaboración es tremendamente amplio, por lo que no se configuraría como una categoría legal excluyente de otras formas de autoría plurisubjetiva contempladas en otros preceptos. Dicho de otra forma, no se podría descartar que una obra pudiera ser simultáneamente, por ejemplo, una obra en colaboración y una obra compuesta.

que también emplea la denominación de “obra en colaboración” y que comparte esa visión amplia de esta figura al disponer que es aquélla en cuya creación hayan concurrido varias personas<sup>203</sup>. En cambio, las legislaciones alemana, italiana o británica no manejan, en puridad, este concepto, sino que se centran en la idea de la coautoría e inciden en el hecho de que las partes de la obra no se puedan explotar separadamente<sup>204</sup> o en que las contribuciones a la misma sean indistinguibles e inescindibles<sup>205</sup>.

Aun así, pese a que en el ordenamiento español el supuesto de hecho del artículo 7 abarque todas las obras en cuya creación han intervenido varios autores, existen notables diferencias en nuestra regulación en función de si las aportaciones de cada creador son diferenciables o no. De este modo, si hablamos de coautoría en sentido estricto —es decir, una creación intelectual en la que las contribuciones de cada autor son indistinguibles—, existe un único objeto de derecho: la obra en su conjunto, sobre la que todos los coautores ostentarán el conjunto de facultades que integran la propiedad intelectual. En cambio, si las partes realizadas por cada autor sí son distinguibles, habrá varios objetos de derecho: por un lado, la aportación de cada autor, cuyos derechos pertenecerán en exclusiva al respectivo creador de la misma; y, por otro, la obra en su totalidad, correspondiéndoles a todos los creadores los derechos sobre la obra como resultado unitario. Por consiguiente, en este segundo supuesto sí sería posible, por ejemplo, la explotación separada y no concurrente de las aportaciones individuales, siempre que no se hubiese realizado un pacto en sentido contrario y que no se produjese perjuicio económico a la explotación común del resultado unitario<sup>206</sup>. No obstante, cuando las aportaciones se pueden diferenciar, las mismas quedan sometidas al régimen general de duración de los derechos de autor del artículo 26 de la Ley de Propiedad Intelectual, mientras que la obra en su conjunto seguiría estando sometida al régimen previsto en el artículo 28.1. Por lo tanto, a

---

<sup>203</sup> El primer párrafo del art. L113-2 *Code de la propriété intellectuelle* establece: *Est dite de collaboration l'oeuvre à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques.*

<sup>204</sup> La sección 8 (1) de la norma alemana preceptúa: *Haben mehrere ein Werk gemeinsam geschaffen, ohne daß sich ihre Anteile gesondert verwerten lassen, so sind sie Miturheber des Werkes.*

<sup>205</sup> El primer párrafo del art. 10 *Legge 22 aprile 1941, n. 633 Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio* dispone: *Se l'opera è stata creata con il contributo indistinguibile ed inscindibile di più persone, il diritto di autore appartiene in comune a tutti i coautori.* Por su parte, el art. 10 (1) *Copyright, Designs And Patents Act* británica de 1988 preceptúa: *In this Part a “work of joint authorship” means a work produced by the collaboration of two or more authors in which the contribution of each author is not distinct from that of the other author or authors.*

<sup>206</sup> La legislación francesa especifica que para que ello resulte posible además es necesario que cada aportación corresponda a un género creativo distinto. En este sentido, el último párrafo art. L113-3 *Code de la propriété intellectuelle* establece: *Lorsque la participation de chacun des coauteurs relève de genres différents, chacun peut, sauf convention contraire, exploiter séparément sa contribution personnelle, sans toutefois porter préjudice à l'exploitation de l'oeuvre commune.*

modo de ejemplo, podríamos afirmar que la banda sonora empleada para una película podrá ser explotada de manera independiente a la obra audiovisual –salvo pacto en contra o que se provoque perjuicio económico a la explotación en común–, pero dicha música entrará en dominio público transcurridos setenta años tras la muerte del autor, es decir, con anterioridad a la entrada en dominio público de la película, que lo hará transcurridos setenta años tras la muerte del último autor superviviente<sup>207</sup>.

Precisamente, al hilo del ejemplo concreto al que acabamos de recurrir, consideramos pertinente realizar un pequeño apunte antes de proseguir con el análisis de esta institución. Resulta llamativo cómo la Ley de Propiedad Intelectual califica en todos los casos y de forma imperativa a las obras audiovisuales como obras en colaboración, pese a que no cabe duda de que la función que lleva a cabo el productor de este tipo de obras se asemeja enormemente al rol del promotor de las obras colectivas<sup>208</sup>. Así pues, el artículo 87 del mencionado texto legal considera: “Son autores de la obra audiovisual en los términos previstos en el artículo 7 de esta Ley: 1. El director-realizador. 2. Los autores del argumento, la adaptación y los del guion o los diálogos. 3. Los autores de las composiciones musicales, con o sin letra, creadas especialmente para esta obra”<sup>209</sup>. Esta calificación de las obras audiovisuales como obras en colaboración responde a determinadas razones de política legislativa, pues se trataba de evitar que los productores de dichas obras adquiriesen de forma originaria la titularidad de los derechos de autor en detrimento de sus auténticos creadores<sup>210</sup>.

---

<sup>207</sup> Sobre las diferencias entre los supuestos de coautoría en sentido estricto y aquéllos en los que las partes son distinguibles, *vid.* RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario del artículo 7”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. por J.M. RODRÍGUEZ TAPIA), *op. cit.*, p. 106. CARRASCO PERERA, A. y DEL ESTAL SASTRE, R.: “Comentario del artículo 7”, *op. cit.*, pp. 127 – 134.

<sup>208</sup> El *Code de la propriété intellectuelle* francés recurre a la misma solución. En este sentido, el art. L113-7 dispone: *Sont présumés, sauf preuve contraire, coauteurs d'une oeuvre audiovisuelle réalisée en collaboration: (...)*.

<sup>209</sup> Cabe destacar que la legislación francesa (art. L113-7), alemana (sección 65(2)) e italiana (art. 44) mencionan prácticamente a los mismos sujetos a la hora de enumerar los autores de una obra cinematográfica.

<sup>210</sup> CÁMARA ÁGUILA, P: “La obra colectiva: ¿solución o problema?”, *Pe. i.: Revista de propiedad intelectual*, N° 35, 2010, p. 10. Ello no impide que, en virtud del art. 88 LPI, se presuma la cesión de determinados derechos económicos al productor en el supuesto de que estemos ante un contrato de producción audiovisual. Sin embargo, en ningún caso, se podrían considerar cedidos ni los derechos morales ni otros derechos irrenunciables e inalienables que contempla expresamente la norma. En sentido similar, la SAP Madrid (Sección 28ª) núm. 501/2018 de 28 septiembre (AC\2018\1786) desestimó la pretensión de una productora que aspiraba a impedir que el director de la obra audiovisual pudiera registrar su autoría y a que percibiera el porcentaje de los ingresos que, de conformidad con el art. 90.3 LPI, le correspondía por los actos de comunicación pública de la obra en cuestión.

Por tanto, el legislador buscó deliberadamente una fórmula para otorgar una especial protección a los mismos mediante la subsunción de este tipo de obras bajo el supuesto de hecho del artículo 7, excluyendo así expresamente la posibilidad de considerarlas como obras colectivas. Por ello, llama la atención que, teniendo en cuenta su afán de protección de los creadores audiovisuales, el legislador estableciera –al menos, aparentemente– una lista cerrada de autores, que excluye a sujetos clave como el director de fotografía o el encargado del montaje de la película<sup>211</sup>. La única explicación coherente para dicha decisión radica en que, posiblemente, los colectivos que aunaban a directores, guionistas y músicos tuvieron mucha mayor capacidad de presión sobre el legislador a la hora de redactar el precepto que aquellos integrados por otros profesionales del sector<sup>212</sup>. Más adelante volveremos a hacer referencia a esta potestad de nuestro legislador de establecer excepciones a las reglas generales con el objetivo de moldear nuestra legislación en materia de derechos de autor a la medida de los intereses de determinados colectivos.

En cualquier caso y retornando al estudio de la regulación genérica de la obra en colaboración, los sucesivos apartados del artículo 7 establecen algunas reglas adicionales a este respecto: la divulgación y la modificación de la obra se realizará por acuerdo unánime y, faltando éste, por decisión del juez (artículo 7.2)<sup>213</sup>; no se puede negar injustificadamente el consentimiento para explotar la obra en la forma en que se divulgó (artículo 7.2)<sup>214</sup>; se permite la explotación separada de las partes que integran la obra, salvo pacto en contrario o que se produzca perjuicio económico a la explotación común (artículo 7.3); y el establecimiento entre los autores de una especie de comunidad de

---

<sup>211</sup> Sin embargo, es cierto que el artículo 4 de la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine califica al director de fotografía como autor a los efectos del artículo 5 LPI, mientras que al montador jefe lo considera parte del personal creativo de carácter técnico. Así pues, dicha norma contribuiría a hacer una interpretación correctora del artículo 87 LPI. De este modo, el mencionado precepto presumiría la autoría de estos sujetos sin excluir la posibilidad de que otros profesionales también pudieran ser considerados autores, siempre y cuando hubieran realizado aportaciones originales y no estuviesen sometidos completamente a las instrucciones del director. Así lo defienden RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario del artículo 87”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. por J.M. RODRÍGUEZ TAPIA), *op. cit.*, p. 548. PÉREZ DE CASTRO, N.: “Comentario del artículo 87”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), *op. cit.*, pp. 1297 – 1299.

<sup>212</sup> En idéntico sentido, RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario del artículo 87”, *op. cit.*, p. 543.

<sup>213</sup> RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario del artículo 7”, *op. cit.*, p. 107 se muestra reacio a la posibilidad de que el juez condene a divulgar en contra de la voluntad de uno de los autores, lo que no exime a éste de su obligación de indemnizar al resto por los perjuicios causados. En sentido contrario, CARRASCO PERERA, A. y DEL ESTAL SASTRE, R.: “Comentario del artículo 7”, *op. cit.*, p. 141 consideran que el precepto no está redactado adecuadamente y que lo que la norma pretende concluir es que, en caso de desacuerdo entre los distintos autores, tendrá que decidir el juez de acuerdo con criterios de razonabilidad.

<sup>214</sup> En línea con lo anterior, CARRASCO PERERA, A. y DEL ESTAL SASTRE, R.: “Comentario del artículo 7”, *op. cit.*, p. 141 – 142 consideran que la explotación debe regirse por el principio de mayoría y que la unanimidad debe imponerse únicamente en aquellos casos en los que esté en juego un derecho moral.

derechos, en la que sus miembros pueden determinar la proporción de los derechos de propiedad intelectual que le corresponde a cada uno<sup>215</sup> y a la que se aplicará subsidiariamente el régimen contemplado en el Código Civil para la comunidad de bienes (artículo 7.4)<sup>216</sup>. En cambio, pese a ser consideradas obras en colaboración, las obras audiovisuales estarán sometidas a lo dispuesto en su régimen específico en los artículos 86 y sucesivos de la Ley de Propiedad Intelectual, que contiene mayores limitaciones para el ejercicio de los derechos de los autores<sup>217</sup>.

En lo referente a la autoría fantasma, resulta especialmente interesante aludir a la hipótesis de una obra en colaboración en cuyos actos de explotación sólo se menciona la autoría de uno de los sujetos participantes y se omite la del resto de creadores como consecuencia de un acuerdo expreso que han alcanzado las partes en este sentido. A este respecto, el artículo 7.2 dispone que “ningún coautor puede rehusar injustificadamente su consentimiento para su explotación en la forma en que se divulgó”, por lo que cabría preguntarse si dicha previsión se extendería también a la omisión de la autoría que, en un primer momento, el autor fantasma ha consentido y que posteriormente decide impugnar. Indudablemente, ello enlaza con el problema siempre latente en esta exposición de la eficacia del consentimiento prestado por el autor verdadero con respecto a la usurpación de su autoría. Si bien después abordaremos dicho asunto con más detenimiento<sup>218</sup>, nos

---

<sup>215</sup> Según CARRASCO PERERA, A. y DEL ESTAL SASTRE, R.: “Comentario del artículo 7”, *op. cit.*, pp. 139 – 140, el pacto no versaría sobre su condición o no como autores, sino sobre la distribución de los réditos económicos obtenidos con la explotación de la obra. De igual modo, argumentan que sería posible pactar incluso una distribución proporcional de los derechos de explotación (por ejemplo, que se atribuyera a un autor el 70% de los derechos de explotación). Dado que CARRASCO PERERA, A. y DEL ESTAL SASTRE, R. defienden que las obras en colaboración deben funcionar bajo la regla de la mayoría (y no de la unanimidad), dicha distribución podría ser relevante.

<sup>216</sup> Habría que señalar que, en puridad, la obra en colaboración no es una clásica comunidad romana por cuotas indivisas. De esta forma, RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario del artículo 7”, *op. cit.*, pp. 105 – 107 explica que en este supuesto se generaría una comunidad de derechos *sui generis*, en la que los diferentes autores conservarían sus derechos morales, lo que, a su vez, limitaría recíprocamente el ejercicio de los derechos del resto de creadores. Por su parte, CARRASCO PERERA, A. y DEL ESTAL SASTRE, R.: “Comentario del artículo 7” *op. cit.*, pp. 131 – 133 entienden que en el supuesto de coautoría en sentido estricto habría que hablar de una forma de comunidad especial, puesto que no se pueden aplicar a esta situación las reglas genéricas de la comunidad romana (no se puede disponer de la posición de coautor y tampoco se puede ejercitar la acción de división). En cambio, cuando las aportaciones son claramente separables, concluyen que no se puede hablar en tal caso de una comunidad indivisa. Finalmente, cabe destacar que el referido precepto fue aplicado en la SAP Madrid (Sección 28ª) núm. 217/2016 de 6 junio (AC\2016\1209), que, ante la falta de acuerdo entre el actor y el demandado sobre el grado de participación en la creación de la obra, consideró que resultaba de aplicación el segundo párrafo del art. 393 CC y estimó que la cuota de participación que le correspondía a cada uno de los dos sujetos era del 50%.

<sup>217</sup> Por ejemplo, el artículo 91 LPI permite al productor utilizar la parte ya realizada por uno de los autores ante la negativa injustificada de este a completarla. Es por este régimen legal específico que PÉREZ DE CASTRO, N.: “Comentario del artículo 87”, *op. cit.*, p. 1293 ha calificado a las obras audiovisuales como una especie dentro de la obra en colaboración.

<sup>218</sup> *Vid. infra* capítulo quinto, epígrafe 4.



gustaría adelantar que, en nuestra opinión, el autor fantasma sí podría ejercitar su derecho de paternidad para solicitar que constara su nombre en la explotación de la obra en colaboración en la que ha participado.

En este sentido, es necesario reseñar que la norma no veta completamente la posibilidad de que el coautor se oponga a la explotación que previamente consintió, sino que lo haga únicamente de manera injustificada (lo que, en última instancia, conecta con el principio de buena fe y la interdicción del abuso de derecho del artículo 7 del Código Civil). Pues bien, debemos tener presente que el derecho moral de paternidad constituye una facultad personalísima que ampara el núcleo duro de los intereses espirituales del autor, por lo que su ejercicio constituye una forma de tutelar ciertos bienes jurídicos a los que el legislador otorga especial relevancia. De este modo, la constancia del nombre del autor en los actos de explotación de una obra intelectual se trata de una cuestión que las legislaciones continentales consideran de primordial importancia, por lo que sólo razones de enorme contundencia serían adecuadas para impedir que no figurase la identidad del autor (como la imposibilidad material de hacerlo o la propia voluntad del creador). En consecuencia, entendemos que el deseo de ser reconocido públicamente como coautor justifica la negativa a que la obra se siga explotando con la omisión del nombre del autor fantasma, incluso aunque ello se hubiera consentido previamente. Cuestión distinta será si el coautor deberá sufragar los perjuicios que haya ocasionado su cambio de opinión; asunto sobre el que reflexionaremos en capítulos posteriores.

Sea como fuera, más allá de otras problemáticas que se puedan derivar de la obra en colaboración —y que, sin duda, se producen, pues la convivencia de varios sujetos en torno a un mismo derecho nunca es sencilla—, para el objeto de este trabajo nos centraremos a continuación en la calificación de los distintos individuos que contribuyen a la materialización de la obra en la realidad como autores o como meros colaboradores o auxiliares. La existencia de varias personas en torno al proceso de creación de una obra no comporta necesariamente el reconocimiento a todos ellos de la condición de autores. Solamente serán considerados como tales aquéllos que realicen aportaciones creativas con una carga de originalidad suficiente a la obra, excluyéndose por tanto de dicha posición a los individuos que únicamente realicen labores instrumentales, mecánicas o que carezcan de creatividad al no existir ningún margen de libertad a la hora de

desempeñarlas<sup>219</sup>. Tanto es así que puede ocurrir que la concurrencia simultánea de varias personas no implique la existencia de una obra en colaboración, en la medida que solamente una de ellas sea autora de la misma y el resto sean meros colaboradores.

### **3.2. Análisis de la jurisprudencia española relativa al reconocimiento o no de la condición de autor en supuestos de obras en colaboración**

La discusión en torno a si un determinado individuo es autor o no de la obra en cuya creación ha participado no es baladí. No en vano la consideración como autor supone la atribución originaria de toda una gama de facultades personales y patrimoniales, mientras que de no ser reconocido como tal el individuo en cuestión solamente ostentaría los derechos que se derivasen de la relación laboral o contractual que hubiese suscrito. Ello hace comprensible por qué ésta ha sido una cuestión que, a menudo, se ha llevado ante los tribunales. Además de todo ello, ciertos supuestos en los que un determinado individuo reclama ser reconocido judicialmente como coautor de una obra en colaboración se encontrarían abarcados dentro del fenómeno de la autoría fantasma. No obstante, no siempre resulta sencillo dilucidar dónde se encuentra la difusa frontera entre esta práctica y una mera discusión sobre quién debe reunir la condición de autor y quién la de simple auxiliar. En consecuencia, merece la pena, sin duda, que nos detengamos a analizar algunos de los casos más notables que se han producido en nuestra jurisprudencia.

Para ello, procedemos a comentar, en primer lugar, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 5ª) núm. 24/2008 de 22 enero<sup>220</sup>, que giraba en torno a las pretensiones del artesano Jeroni Ginard de ser reconocido como coautor de varias piezas de cerámica del conocido artista Miquel Barceló. Durante varios años ambas partes mantuvieron una relación de colaboración para la creación de varias obras de cerámica (a este respecto, la parte actora señalaba que se trataba de trescientas piezas, mientras que la

---

<sup>219</sup> En esta línea, si bien el litigio versaba sobre la calificación o no de la creación intelectual en cuestión como obra colectiva, la STS de 11 de julio de 2000 (RJ\2000\4669) afirma: “No se puede olvidar, además, que la aportación de cada autor al resultado final ha de tener entidad suficiente para mostrarse como pieza necesaria y, en algún sentido equiparable, por su carácter decisivo, en el conjunto para que no pueda confundirse con meras colaboraciones o actos de ejecución del proyecto”. De manera similar, RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario del artículo 7”, *op. cit.*, p. 106. Así mismo, CARRASCO PERERA, A. y DEL ESTAL SASTRE, R.: “Comentario del artículo 7” *op. cit.*, p. 131 apuntan a que determinar si un sujeto específico es autor o mero colaborador de una obra en concreto es una cuestión de hecho que habrá que examinar en cada supuesto y que no se puede predeterminar legalmente de antemano.

<sup>220</sup> AC\2008\826. La mencionada sentencia es comentada por CASAS VALLÈS, R.: “La condición de autor: los casos Barceló y Boadella”, *Pe. i.: Revista de propiedad intelectual*, N° 28, 2008, pp. 127-142.

Audiencia limitó la discusión a cuarenta y siete). La forma de proceder era la siguiente: Ginard se encargaba de la preparación de la arcilla y de la confección de las figuras; a continuación, Barceló les daba forma definitiva y las pintaba –aunque cabe destacar que uno de los puntos de la controversia versaba sobre si la parte actora había participado o no en esta fase–; y finalmente, el proceso de secado y cocción de las piezas era llevado a cabo, de nuevo, por Ginard. Este último consideraba que las piezas eran resultado de la simbiosis artística de ambos, por lo que reivindicaba su condición como coautor de las mismas, haciendo hincapié en un pacto verbal por el cual las partes, que estarían en el mismo plano de igualdad, habrían pactado que irían “a medias” en relación con los beneficios. Sin embargo, la parte demandada consideraba que las labores de Ginard se limitaban a las de un artesano con especiales conocimientos técnicos que había sido contratado mediante un contrato de arrendamiento de servicios y que, por tanto, no podía estar jurídicamente al mismo nivel que Miquel Barceló.

Así pues, la Audiencia desestimó las pretensiones de Jeroni Ginard, acogiendo a la tesis planteada por la parte demandada. El elemento clave radicaba en determinar si Ginard había realizado una aportación de originalidad creativa suficiente a la obra como para poder considerarlo coautor. De este modo, se entendió que no quedaba acreditado que el artesano hubiese participado en el moldeado definitivo de las mencionadas piezas de cerámica. Esto es así porque de la prueba practicada se concluía que en la obra resultante no se podía apreciar ningún rasgo característico de la obra previa de Ginard, lo que se consideró como un indicio vital para descartar su participación en dicha fase del proceso de elaboración de las piezas. Igualmente, se determinó que el demandante llevó a cabo toda su labor bajo las instrucciones de Miquel Barceló. No se negaba su contribución en el resto del proceso de confección, pero la Audiencia consideró que la fase más relevante era la de moldeado y pintura. El resto de labores eran, por supuesto, imprescindibles, pero podían ceñirse a una colaboración fruto de un arrendamiento de servicios profesionales muy cualificados, que no eran suficientes como para otorgar la condición de autor<sup>221</sup>.

---

<sup>221</sup> En esta línea, la mencionada Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares establece: *Como punto de partida no se pone en duda de que el trabajo del actor exige una especial pericia técnica, pero en atención a la aludida prueba pericial, debe calificarse como más relevante la fase del moldeado definitivo y el pintado de la masa de cerámica, en la cual radica su originalidad conforme a la doctrina antedicha, atendido el hecho de que dicho trabajo artesano exige una pericia técnica que es predicable en principio de cualquier ceramista con profundo conocimiento de su "lex artis"; pero el moldeado definitivo y aplicación de la pintura es exclusivo del pintor demandado, que lleva su impronta y personalidad artística, de modo que únicamente puede ser realizado por dicha persona, en lo que el perito denomina "rasgos propios del universo de*

Otro caso que también merece la pena ser analizado es el de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) núm. 148/2008 de 28 abril<sup>222</sup>, que versó sobre la calificación o no de los actores de la compañía “Els Joglars” como coautores de uno de sus espectáculos, “La Torna”. La compañía en cuestión realizó el montaje de la obra mediante el proceso de creación colectiva, en virtud del cual no existe previamente un texto definido, sino que todos los participantes crean conjuntamente el espectáculo, normalmente mediante improvisaciones o realizando apuntes y comentarios. Dicha metodología de trabajo estaba dirigida y coordinada por su director, Albert Boadella, que aparecía públicamente como el único autor de la obra (si bien en los folletos del espectáculo se mencionaba que éste había sido creado mediante el mencionado procedimiento y que, por tanto, era resultado de la participación de todos los miembros del grupo). Como consecuencia del reestreno del espectáculo años después bajo el nombre de “La Torna de la Torna”, los actores demandaron a su antiguo director, solicitando que se determinara la coautoría del espectáculo con las consiguientes consecuencias que ello implica (prohibición de ejercitar los derechos de explotación sin autorización del resto de coautores y pago de la parte correspondiente de los rendimientos económicos obtenidos).

En el referido procedimiento no se negó por ninguna de las partes que el método de trabajo empleado para la creación de “La Torna” fue el de la creación colectiva, ni que los actores habían realizado aportaciones al espectáculo final. Por tanto, el núcleo de la discusión radicaba en determinar si las mencionadas aportaciones reunían el grado suficiente de originalidad como para elevar a los demandantes de la categoría de intérpretes a la de autores. Finalmente, la Audiencia concluyó que ello no era posible, pues si bien su

---

*Barceló”, y en tal fase se halla la creación de la obra artística según el artículo 5.1 de la LPI.. Ciertamente, sin el moldeado previo y la cocción por una persona entendida dicha obra no existiría en su estado final, pero la autoría se aprecia en lo que hemos denominado el moldeado definitivo y la pintura del mismo, y tal como sostiene la parte demandada, y sin menosprecio de la labor artística del demandante, los trabajos de selección del barro, moldeado y cocción es conocido por un conjunto de personas expertos en dicha actividad artística, pero el moldeado final y la aplicación de la pintura o engobes, que reputamos decisivo en el resultado final, es obra exclusiva e inconfundible del demandado. En el supuesto enjuiciado la originalidad, tanto en el aspecto objetivo como subjetivo, consideramos que radica en la realización exclusiva del moldeado definitivo y de su pintura, no en el acto de preparar la arcilla ni en la cocción. La aportación material del demandante, sin negar su exigencia de una gran pericia técnica, se estima que carece de entidad bastante para considerarle como coautor de una obra amparada en la Ley de Propiedad Intelectual, en el sentido antes expresado en la recogida STS de 11 de julio de 2000, y se trataría de colaboración o de actos de ejecución de un proyecto del demandado (en este sentido se pronuncian las SAP de Madrid de 12 de mayo de 2006 y de Barcelona de 10 de marzo de 2000).*

<sup>222</sup> JUR\2008\206072. Igualmente comentada en CASAS VALLÈS, R.: “La condición de autor...”, op. cit., pp. 127-142.

contribución como intérpretes fue imprescindible, no se les podía colocar en el mismo plano que al director de escena, que ejercía un papel de árbitro y que además tenía la última palabra en relación con todos los aspectos creativos de “La Torna”<sup>223</sup>. Como complemento a esta argumentación, la Audiencia señaló que los demandantes habían consentido que Albert Boadella se inscribiera como único autor de la obra tanto ante la SGAE como en el Registro de la Propiedad Intelectual. Del mismo modo, apuntó a que los actores habían mostrado su aquiescencia a que durante años el demandado ostentara pública y pacíficamente la condición de autor. Por todo ello, la Audiencia recurre a la doctrina de los actos propios y considera que los demandantes no pueden impugnar una situación de hecho que ellos mismos contribuyeron a crear.

Como podemos observar, ambas sentencias ponen el foco con acierto en dos cuestiones clave para considerar como autor a un determinado sujeto. En primer lugar, es necesario que éste haya realizado una aportación original suficiente al resultado final, lo que implica excluir de esta categoría a quienes se limitan a realizar puras labores mecánicas que no requieren creatividad alguna. En segundo lugar y en la línea de lo que ya hemos expuesto a lo largo de este trabajo, para que exista originalidad es esencial que haya cierto margen de libertad creativa. De este modo, en el caso de que para realizar su labor el individuo en cuestión únicamente esté siguiendo una serie de instrucciones precisas, no es posible reconocerle la condición de autor, pues se estaría comportando como un instrumento –no por ello, menos imprescindible– en las manos del genuino creador de la obra.

No obstante, no podemos compartir algunos de los argumentos que se esgrimieron en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona en relación con “La Torna”, si bien

---

<sup>223</sup> En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona afirma lo siguiente:

*Pero también es cierto que estas descripciones del método y el discurso relativo a un proceso de creación que presume proceder de un colectivo a partir de improvisaciones en el escenario (es patente la aversión al concepto de autor único), son compatibles con un método de producción de la obra en el que el director de escena juega el papel de árbitro y retiene el poder de decisión sobre todos los elementos expresivos de la obra, valiéndose de las propuestas que exige de los intérpretes, a los que dirige y conduce, moldeando, perfilando y concretando finalmente el material expresivo que finalmente conformará la obra, según una concepción personal que en parte es previa y en buena medida progresiva. (...)*

*Son datos que reflejan la relevancia de la función que asume el Sr. Ramón en el plano creativo de la obra, que resulta innegable hasta el punto de poder diluir la realidad de una coautoría con los intérpretes, los cuales, potenciados al máximo en sus aptitudes y sometidos a las decisiones dramaturgicas de un escenógrafo-autor, no harían sino servir de instrumento, bien que esencial, para aportar materiales que, previas las sugerencias y orientaciones del director, son finalmente seleccionados, perfilados y fijados por la decisión de éste, resultando al fin un espectáculo que reflejaría y sería fruto de la creatividad, decisiva y fundamental, de una sola persona, expresada por un colectivo.*

entendemos que los mismos se emplearon únicamente como un pilar más para apoyar una ya fundamentada tesis principal. En este sentido y como ya hemos tenido oportunidad de plantear, la autoría no puede ser, en ningún caso, objeto de pacto (expreso o tácito) entre las partes al configurarse como una auténtica cuestión de orden público. De este modo, la inscripción en el Registro supone una mera presunción que siempre puede desvirtuarse posteriormente. Así mismo, no es posible en este ámbito la adquisición exclusiva de la condición de autor por su posesión pública y pacífica a lo largo del tiempo. En modo alguno puede desestimarse una acción declarativa de la autoría (que, además, es consecuencia del derecho moral imprescriptible e irrenunciable de paternidad) por el mero hecho de que los demandantes se hubieran demorado en el ejercicio de la misma. Otra cuestión distinta a su consideración como autores es que dicha conducta pudiera modular las consecuencias patrimoniales derivadas de dicho reconocimiento. En cualquier caso, en el supuesto enjuiciado no cabía contemplar dicha cuestión, puesto que la Audiencia ya rechazaba la posibilidad de considerar como autores a los demandantes al no haber llevado a cabo una aportación creativa que esté a la misma altura que la que fue realizada por el director de escena.

Los dos casos analizados permiten vislumbrar una serie de criterios generales que los Tribunales pueden emplear para reconocer o no la condición de autor a un determinado sujeto. No obstante, si bien guardan ciertas semejanzas con la problemática que pretendemos abordar, no consideramos que se traten propiamente de supuestos de autoría fantasma. El motivo fundamental por el que esto es así es porque los sujetos que reclamaban la autoría en ambos casos no habían realizado una aportación esencial de originalidad. Ello les vetaba directamente el acceso al estatus jurídico de autor, lo que constituye una condición indispensable que debe reunir el sujeto que ha participado en la creación de la obra y cuya identidad es desconocida para que podamos hablar de autoría fantasma. Cabría preguntarse qué habría ocurrido en el caso de que los tribunales sí hubieran considerado que dichos individuos eran coautores de sus respectivas obras en colaboración. Para que pudiera hablarse de autoría fantasma en tal caso sería necesario que el autor fantasma hubiera prestado su consentimiento explícito o tácito para que el autor aparente usurpara su autoría, puesto que de lo contrario hablaríamos de lo que previamente hemos denominado como un supuesto de autoría discutida. A este respecto, en los ejemplos señalados no parece en absoluto que los afectados hubieran alcanzado un acuerdo explícito en este sentido (de hecho, si así hubiera sido, probablemente hubiera

sido alegado por alguna de las partes), lo que todavía dejaría abierta la puerta a que dicho consentimiento se hubiera prestado de forma tácita.

Quizás éste sí podría ser el caso de los intérpretes de “Els Joglars”, que consintieron que Albert Boadella apareciera inscrito como único autor de “La Torna” durante años tanto en el Registro de la Propiedad Intelectual como ante la SGAE, lo que llevó a la Audiencia Provincial de Barcelona a aplicar la doctrina de los actos propios para impedir que los demandantes impugnaran la situación que habían contribuido a crear. Aun así, tampoco podemos olvidar que en este supuesto concreto se había reconocido abiertamente en los folletos del espectáculo que dicha obra había sido creado por todos los miembros de la compañía. De igual manera, aunque es indudable que el elenco de actores se consideró en todo momento autores del espectáculo, dicha autopercepción resulta irrelevante a efectos jurídicos, puesto que ni afecta a la atribución de autoría (que depende únicamente del hecho objetivo de haber realizado una contribución de originalidad a la obra), ni a la inclusión o no del supuesto dentro de la categoría de la autoría fantasma (que se subordina a la concurrencia de un consentimiento específico del autor fantasma con respecto a la usurpación de autoría).

En cualquier caso, dado que los tribunales no apreciaron que los intérpretes fueran coautores del espectáculo y, por tanto, no concurre la premisa necesaria para que se pueda empezar a hablar de autoría fantasma, estimamos que no merece especialmente la pena dilucidar si dicho supuesto concreto hubiera entrado o no dentro del ámbito de este fenómeno en otras circunstancias. Pese a ello, sí es cierto que lo aquí apuntado puede servir para evidenciar lo tremendamente complicado que puede ser en la práctica apreciar si estamos ante una hipótesis de autoría fantasma o de autoría discutida en aquellos casos en los que no exista un acuerdo explícito entre las partes. No obstante, dicha diferenciación no revestirá mayor transcendencia si la solución a ambas controversias jurídicas acaba siendo la misma; cuestión que seguiremos abordando a lo largo de este trabajo.

Finalmente, no querríamos perder la oportunidad de comentar el supuesto que se enjuició en la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) núm. 204/2021 de 21 de mayo<sup>224</sup>, que enfrentó a la pintora Fumiko Negishi y al famoso pintor español Antonio de Felipe. La dimensión del conflicto en el presente caso era

---

<sup>224</sup> JUR\2021\209687.

considerable, pues la actora reclamaba que se le declarase como la única autora (y, subsidiariamente, como coautora) de doscientas veintiuna obras pictóricas atribuidas al demandado. Ambos pintores estaban unidos mediante una relación laboral que se extendió a lo largo de diez años, si bien consta que la colaboración entre los mismos comenzó incluso con anterioridad. Antonio de Felipe era quien realizaba el encargo, proporcionando a la demandante una serie de instrucciones sobre cómo debía ser la obra: elección del tema, aportación de bocetos o fotografías, etc. A partir de dicho encargo, Negishi era la persona que ejecutaba materialmente todos los cuadros, realizando dicha labor en solitario, dado que era una profesional de alta cualificación que podía desempeñar dicha actividad sin apenas supervisión. Finalmente, el demandado aportaba de su propia mano algunos trazos, líneas o grafismos al resultado final y firmaba siempre únicamente con su nombre<sup>225</sup>.

La Audiencia estableció la coautoría entre Negishi y de Felipe sobre las doscientas veintiuna obras pictóricas. Para ello, se valoró que en el ámbito de las artes plásticas tan relevante es la concepción de la obra como su ejecución material, correspondiendo esta fase casi exclusivamente a la parte actora. La existencia de una relación laboral entre las partes no eliminaba el hecho de que la aportación de Negishi reuniera la suficiente originalidad como para considerarla autora y, por tanto, titular de derechos morales, entre ellos el de paternidad (que le permitía reivindicar su condición como creadora de la obra). Así mismo, tampoco se consideró que el hecho de que la parte actora recibiera instrucciones excluyera la posibilidad de que pudiera ser reconocida como cocreadora de dichas obras. En este sentido, la Audiencia destacó que Negishi trabajaba en el taller a solas y que recibía una alta remuneración por la labor desempeñada, debido a que se estaba confiando una complicada tarea a una profesional altamente cualificada. Aunque la actora hubiera seguido unas instrucciones y un encargo (que además implicaban acomodarse al estilo *pop art* de Antonio de Felipe), Negishi tuvo que tomar, en solitario, concretas decisiones creativas para que dichas obras intelectuales se materializaran de un modo determinado. De hecho, la Audiencia entendió lo siguiente: “Sin la intervención de

---

<sup>225</sup> El supuesto guarda su similitud con el litigio Guino - Renoir. Dado que este último padecía de artritis, el pintor francés le daba una serie de indicaciones a Guino para que ejecutara materialmente una serie de esculturas, lo que generaría la controversia jurídica sobre si Guino también era coautor o no de dichas obras. Finalmente, la sentencia de la Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 13 novembre 1973 entendió que Guino sí lo era, valorando que había trabajado en las esculturas durante horas a solas sin la supervisión de Renoir y que había realizado una aportación personal al resultado final, de tal modo que éste hubiera sido otro si las obras en cuestión hubieran sido realizadas únicamente por Renoir.



D<sup>a</sup> Eva María [nombre con el que se refiere a Negishi en la sentencia] las obras pictóricas no hubiera sido, precisamente, el resultado final concreto en el que se materializaron, sino muy probablemente otro que no hubiese sido exactamente lo mismo”. De este modo, si se tiene en cuenta la agitada vida de la parte demandada, que estaba continuamente de viaje para promocionar su obra, los referidos encargos no hubiesen existido sin la labor imprescindible de la parte actora, que no puede circunscribirse a una mera actividad mecánica, sino a una auténtica labor creadora<sup>226</sup>.

Bajo nuestro punto de vista, existen determinados elementos en el relato de los hechos que nos llevan a pensar que el conflicto entre Antonio de Felipe y Fumiko Negishi sí reviste las características propias de la autoría fantasma. Es cierto que las partes no celebraron un acuerdo explícito en este sentido, aunque sospechamos que el mismo venía implícito hasta cierto punto en la prolongada relación laboral que ambos mantuvieron y que sirvió para enmascarar la usurpación de autoría que estaba llevando a cabo el demandado. Sea como fuere, más allá del contenido concreto del pacto al que habían llegado ambos artistas, sí apreciamos que Fumiko consintió (al menos) tácitamente dicha usurpación, puesto que permitió que de Felipe fuera el único que firmara sus cuadros pese a que ella había sido quien los había pintado mayoritariamente en solitario. Poca problemática entraña la cesión de los derechos patrimoniales de la artista japonesa, puesto que los mismos se habrían transmitido *ex lege* al demandado a causa de su relación laboral y en virtud del artículo 51.2 de la Ley de Propiedad Intelectual. Por tanto, la principal particularidad residiría en este caso en el consentimiento prestado por Fumiko para que

---

<sup>226</sup> Así pues, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid concluyó lo siguiente:

*No discutimos que D. Julián tuviera un papel primordial en el alumbramiento de la idea, pero resulta bastante claro que la demandante, D<sup>a</sup>. Eva María, tuvo un rol relevantísimo en su ejecución y para eso hace falta, porque de otra forma es francamente difícil poder conseguirlo, poner en juego una capacidad de expresión artística propia. Es por ello que entendemos que el resultado final fue el fruto de una suerte de simbiosis artística fruto de la colaboración entre dos profesionales de la pintura, uno capaz de imaginar escenografías sugestivas, D. Julián, y otro capaz de expresarlas en un lienzo, D<sup>a</sup>. Eva María, en colaboración con aquél e incluso accediendo a sus indicaciones, en la fase de ejecución de la obra pictórica.*

*No estamos ante una pura labor mecánica, ni meramente complementaria de una obra ajena, ni tampoco ante un simple desempeño de carácter técnico, sino ante la realización de la creación material que constituía el cuadro, que es lo que constituye, propiamente, la obra de arte, en cuya confección D<sup>a</sup>. Eva María tenía un papel significado. La tarea de ésta no puede considerarse equiparable a la de un mero utensilio o instrumento, como si no hubiese sido más una simple herramienta del demandado para pintar. Entre otras razones porque, aunque D<sup>a</sup>. Eva María recibiese instrucciones de D. Julián para conseguir un determinado objetivo (sobre el objeto o la persona que había que retratar, la gama de colores a emplear, la escenografía a representar, etc), luego era ella la que, como explicaron los testigos antes señalados, pintaba sola durante horas en el estudio, con lo que necesariamente tenía que adoptar decisiones para conseguir que se tradujera en una imagen pintada lo que no era sino una mera idea inicial o un proyecto que había que materializar en un resultado concreto.*

se omitiera su autoría y apareciera únicamente la de Antonio de Felipe. A juicio del tribunal que examinó la controversia, dicho consentimiento no imposibilita que, posteriormente, la pintora pueda ejercer su derecho moral de paternidad para reclamar su condición de creadora de dichas obras, revocando así la autorización inicialmente prestada. Ello ya nos adelanta cuál puede ser una de las posibles soluciones para afrontar la problemática de la autoría fantasma, por lo menos en lo atinente al reconocimiento de la autoría omitida.

#### **4. EXCEPCIONES A LAS REGLAS GENERALES DE RECONOCIMIENTO DE LA AUTORÍA Y ATRIBUCIÓN DE LA TITULARIDAD ORIGINARIA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL**

En los epígrafes anteriores hemos delimitado la figura del autor, estableciendo los requisitos que deben concurrir para poder considerarlo jurídicamente como tal. Igualmente, hemos señalado en reiteradas ocasiones lo relevante que es obtener dicho reconocimiento, puesto que el mismo supone la atribución originaria a éste de toda la gama de facultades que integran la propiedad intelectual. Sin embargo, el legislador establece dos notables excepciones a estas reglas generales que hemos ido exponiendo. Por un lado, atribuye la titularidad originaria del derecho a un sujeto distinto del autor en el caso de las obras colectivas, reguladas en el artículo 8 de la Ley de Propiedad Intelectual. Y por otro, reconoce en el artículo 97.2 de este mismo texto legal la posibilidad de que una persona jurídica sea autora, en concreto, de un programa de ordenador. Así pues, resulta conveniente para el objeto de este estudio analizar ambos preceptos, centrándonos en su encaje jurídico dentro de nuestro sistema de protección de los derechos de autor y, especialmente, en si el legislador ha actuado dentro del ámbito de sus competencias a la hora de decantarse por esta concreta regulación. Todo ello contribuirá a que estemos en mejores condiciones de determinar si el legislador ordinario podría reconocer abiertamente la autoría fantasma en nuestro ordenamiento jurídico.

##### **4.1. La atribución originaria de la propiedad intelectual a un sujeto distinto del autor: el supuesto de las obras colectivas**

Nuestra legislación contiene, en primer lugar, una importante excepción a la regla general de atribución originaria de los derechos de autor al creador de la obra, contenida en el artículo 1 de la Ley de Propiedad Intelectual. Dicha excepción viene representada por las obras colectivas, cuya regulación se contiene en el artículo 8 del referido texto legal y que

define a las mismas de la siguiente forma: “Se considera obra colectiva la creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica que la edita y divulga bajo su nombre y está constituida por la reunión de aportaciones de diferentes autores cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma, para la cual haya sido concebida sin que sea posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra realizada”.

Esta figura tiene su origen en el derecho francés y respondió a la necesidad de distribuir el conjunto de facultades dimanantes de la propiedad intelectual en creaciones en las que las aportaciones individuales de numerosos autores se fundían en una obra unitaria, cuya existencia no sería posible sin la inversión económica y el esfuerzo empresarial o de coordinación realizada por una determinada persona (a la que, en adelante, nos referiremos como el promotor). De este modo, un ejemplo clásico de obra colectiva sería el Diccionario de la *Academie Française*<sup>227</sup>. En este sentido, los artículos L113-2 y L113-5 del actual *Code de la propriété intellectuelle* regulan la figura de la obra colectiva, atribuyendo los correspondientes derechos de autor a la persona física o jurídica que la ha divulgado<sup>228</sup>. De igual forma, el artículo 3 de la norma italiana también recoge esta institución<sup>229</sup>, si bien cabe destacar que el artículo 7 atribuye directamente al coordinador de la obra colectiva la autoría del conjunto de la creación en lugar de la titularidad originaria<sup>230</sup>.

En el ordenamiento jurídico español podemos encontrar un antecedente de esta figura en la Ley 9/1975, de 12 de marzo, del Libro (ya derogada), que establecía que las personas jurídicas serían consideradas autoras cuando se encargasen de la coordinación de la obra

---

<sup>227</sup> Así lo narra CÁMARA AGUILA, P.: “La obra colectiva...”, *op. cit.*, pp. 16 – 18.

<sup>228</sup> De este modo, el último párrafo del art. L113-2 dispone: *Est dite collective l'oeuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé*. Por su parte, el art. L113-5 complementa esta regulación al establecer lo siguiente : *L'oeuvre collective est, sauf preuve contraire, la propriété de la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle est divulguée*.

<sup>229</sup> El art. 3 *Legge 22 aprile 1941, n. 633 Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio* preceptúa: *Le opere collettive, costituite dalla riunione di opere o di parti di opere, che hanno carattere di creazione autonoma, come risultato della scelta e del coordinamento ad un determinato fine letterario, scientifico, didattico, religioso, politico od artistico, quali le enciclopedie, i dizionari, le antologie, le riviste e i giornali, sono protette come opere originali, indipendentemente e senza pregiudizio dei diritti di autore sulle opere o sulle parti di opere di cui sono composte*.

<sup>230</sup> El primer párrafo del art. 7 de dicho texto legal establece: *E' considerato autore dell'opera collettiva chi organizza e dirige la creazione dell'opera stessa*.

difundida en forma de libro<sup>231</sup>. Además, el preámbulo de la Ley afirmaba que “en adecuado homenaje a la realidad se admite la figura del autor persona jurídica”, lo que para PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS suponía, en cambio, la “institucionalización de la figura del negro y del negrero”<sup>232</sup>. No obstante, si bien no compartimos la opción por la que se decantó nuestro legislador en la Ley de Libro, hay que reseñar, tal y como recuerda CÁMARA ÁGUILA, que la legislación en materia de propiedad intelectual no reconocía en aquel momento la existencia de los derechos morales, por lo que los autores carecían de una facultad directa para reivindicar la paternidad de sus obras. Ello podría servir como explicación de por qué el legislador de aquel momento se inclinó por reconocer a las personas jurídicas como autoras en determinados casos<sup>233</sup>.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 8 de la Ley de Propiedad Intelectual, para que una obra pueda considerarse como colectiva debe reunir de forma cumulativa una serie de requisitos: a) iniciativa y coordinación del promotor<sup>234</sup>; b) existencia de varias aportaciones creadas por distintos autores y concebidas para integrarse en la obra colectiva<sup>235</sup>; c) fundición de las aportaciones en un resultado unitario<sup>236</sup>; y d) divulgación y edición de la obra bajo el nombre del promotor<sup>237</sup>. Una vez concurren todos estos

---

<sup>231</sup> En este sentido, el artículo quinto de la Ley del Libro disponía: “Uno. A los efectos de la presente Ley; (...) b) Se consideran autores las personas jurídicas que conciben y realizan una obra de las características indicadas en el párrafo anterior, coordinando la actividad de varias personas físicas que no se reserven derechos de autor”.

<sup>232</sup> PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M.: “Comentario de los artículos 428 y 429”, en AA.VV.: *Comentarios al Código...*, *op. cit.*, p. 751.

<sup>233</sup> CÁMARA ÁGUILA, P.: “La obra colectiva...”, *op. cit.*, p. 19.

<sup>234</sup> CÁMARA ÁGUILA, P.: “La obra colectiva...”, *op. cit.*, pp. 23 – 24 argumenta que el promotor debe ser quien haya realizado las tres conductas: tener la iniciativa, coordinar y divulgar y editar la obra bajo su nombre; lo que no impide que, por ejemplo, el papel de dirección sea desempeñado por medio de persona que le represente. Por su parte, RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario del artículo 8” en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), *op. cit.*, pp. 150 – 151 señala que entre el coordinador y los autores existe una relación de jerarquía y subordinación, lo que diferencia a la obra colectiva del régimen general de la obra en colaboración del artículo 7 LPI.

<sup>235</sup> Tanto CÁMARA ÁGUILA, P.: “La obra colectiva...”, *op. cit.*, pp. 24 – 25 como RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario del artículo 8” (2017), *op. cit.*, p. 151 abogan por una interpretación flexible de este requisito, por lo que puede que algunas de las aportaciones no sean originales o preexistan a la creación de la obra colectiva. No obstante, CÁMARA ÁGUILA señala que sí perdería su condición de obra colectiva si todas las aportaciones fueran realizadas por un único autor.

<sup>236</sup> Debe entenderse únicamente como la incorporación de las partes a la obra colectiva. No implica ni inseparabilidad funcional, ni que no se pueda identificar la aportación de cada autor o que éste no sea el titular de derechos sobre la misma. En este sentido, *vid.* CÁMARA ÁGUILA, P.: “La obra colectiva...”, *op. cit.*, pp. 25 – 26. RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario del artículo 8” (2017), *op. cit.*, p. 151.

<sup>237</sup> A través de este último requisito lo que se pretende únicamente es que la obra sea accesible al público. Por tanto, no debe interpretarse en sentido estricto la referencia a la edición que hace el artículo 8 LPI. Así lo entienden CÁMARA ÁGUILA, P.: “La obra colectiva...”, *op. cit.*, pp. 26 – 27. RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario del artículo 8” (2017), *op. cit.*, p. 152. De igual forma, la (Sala de lo Civil) núm. 155/2014 de 19 marzo (RJ\2014\2525) dispone: “En este caso, con el término “editar” la ley no se está refiriendo al editor que es parte en un contrato de edición, es decir, aquel que asume la obligación de reproducir y distribuir la obra por su cuenta y riesgo, sino que se refiere al encargado, por sí o por las personas que de

requisitos, la ley establece la imposibilidad jurídica de que los autores de las aportaciones individuales se atribuyan un derecho sobre el conjunto, derecho que va a corresponder, en todo caso y salvo pacto en contra, al promotor de la obra colectiva.

Efectivamente, tal y como ya hemos anunciado, la gran particularidad de la obra colectiva la encontramos en el segundo párrafo del artículo 8, que dispone lo siguiente: “Salvo pacto en contrario, los derechos sobre la obra colectiva corresponderán a la persona que la edite y divulgue bajo su nombre”. En otras palabras, el promotor de la obra colectiva será el titular originario *ex lege* de los derechos de autor sobre el conjunto de la obra realizada, si bien no será titular de los derechos que existen sobre las aportaciones individuales realizadas a la obra, cuyos derechos corresponderán a cada uno de los autores de las mismas<sup>238</sup>. De todas formas, ello no impide que las partes implicadas puedan pactar que, pese a tratarse de una obra colectiva, desean que se les aplique un régimen de atribución de facultades similar al contemplado para la obra en colaboración<sup>239</sup>. En la medida en que será relevante para cuando analicemos el régimen de autoría de los programas de ordenador, nos gustaría insistir en dos cuestiones fundamentales de la regulación que acabamos de exponer de las obras colectivas.

En primer lugar, hay que destacar que lo único que la Ley de Propiedad Intelectual atribuye al promotor de la obra colectiva es la titularidad del derecho, pero no la autoría de la misma, que seguirá correspondiendo a los diferentes creadores de las aportaciones que integran la obra. De igual modo, en relación con la posibilidad de celebrar un pacto en sentido contrario, el mismo no versaría, en ningún caso, sobre la autoría de la obra colectiva, sino sobre la concreta atribución de derechos sobre el conjunto. Así pues, como consecuencia de todo ello y adelantando ya la conclusión a la que llegaremos

---

él dependen, de ensamblar las distintas aportaciones individuales para conseguir la creación única y autónoma en que consiste la obra colectiva”.

<sup>238</sup> Debe señalarse que en el presente caso debe hablarse de un doble objeto de protección: la aportación individual de cada autor y la obra colectiva como resultado unitario. El promotor ostentará de forma originaria los derechos sobre el conjunto, mientras que los autores lo harán sobre sus aportaciones individuales. Estos creadores podrán incluso explotar de manera independiente (si es materialmente posible y salvo pacto en contrario) sus aportaciones, siempre y cuando a través de dicha actividad no compitan con el promotor. Pese a todo, debe señalarse que el promotor incorpora las aportaciones a la obra unitaria precisamente porque cuenta con el consentimiento de sus respectivos autores, por lo que no será extraño que exista una relación contractual que establezca la cesión al promotor de todos o algunos de los derechos patrimoniales de los autores, así como la prohibición de explotar de forma separada las aportaciones individuales. En sentido idéntico a lo todo lo expuesto, CÁMARA ÁGUILA, P.: “La obra colectiva...”, *op. cit.*, pp. 32 – 36.

<sup>239</sup> RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario del artículo 8” (2017), *op. cit.*, p. 154 señala que, a través del pacto, las partes no podrán alterar la naturaleza de la creación como obra colectiva, sino la aplicación a la misma de un régimen normativa diferente al contemplado en la LPI.

posteriormente en el próximo epígrafe, se hace evidente que el legislador español pudo haber aplicado este régimen, que ya se contemplaba en nuestro ordenamiento jurídico, al programa de ordenador que sea, a su vez, una obra colectiva sin necesidad de haberle atribuido la autoría, en ningún caso, a la persona jurídica que cumpliera las funciones exigidas al promotor en el artículo 8 de la Ley de Propiedad Intelectual.

Pese a todo, no hay que negar que la regulación de la obra colectiva no deja de comportar ciertos problemas de encaje con la línea general de nuestra legislación en materia de derechos de autor. Entre otros aspectos, surge la duda en relación con qué facultades concretas se atribuye originariamente al promotor de la obra colectiva: si solamente los derechos patrimoniales o si, además de estas facultades, también los derechos morales. La cuestión no ha resultado pacífica para la doctrina, especialmente si tenemos en cuenta que el promotor de una obra colectiva puede ser, precisamente, una persona jurídica. De hecho, dicha posibilidad (una persona jurídica promotora de una obra colectiva) es el único supuesto expresamente contemplado en nuestra legislación al que se refiere el artículo 5.2 de la Ley de Propiedad Intelectual: “No obstante, de la protección que esta Ley concede al autor se podrán beneficiar personas jurídicas en los casos expresamente previstos en ella”. La doctrina parece compartir la idea de que el promotor persona física puede ostentar, al menos, ciertos derechos morales sobre la obra colectiva. Sin embargo, se divide a la hora de contemplar esa misma posibilidad para una persona jurídica: ciertos sectores consideran que debe quedar completamente vetada dicha posibilidad<sup>240</sup>, mientras que otros defienden que sí ostentaría dichas facultades personales (más allá de que se puedan plantear críticas razonables a esta decisión que ha tomado el legislador dentro del ámbito de sus competencias)<sup>241</sup>. Por su lado, la jurisprudencia parece haber tenido menos

---

<sup>240</sup> Así lo defiende RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario del artículo 8” (2017), *op. cit.*, pp. 153 – 154. APARICIO VAQUERO, J.P.: “Comentario del artículo 97”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), *op. cit.*, p. 1423, nota 16, defiende que reconocer a un sujeto como autor supone atribuirle derechos morales, mientras que si sólo se le reconoce como titular originario del derecho, se le están atribuyendo únicamente derechos patrimoniales, puesto que los derechos morales son irrenunciables e inalienables y continuarán en poder de los respectivos autores.

<sup>241</sup> Es la postura defendida por CÁMARA ÁGUILA, P.: “La obra colectiva...”, *op. cit.*, pp. 27 – 32. Entiende que la titularidad originaria implica la atribución tanto de facultades patrimoniales como de potestades personales, pues, de lo contrario, la LPI se habría decantado por el régimen de cesión de derechos por el que opta en otros supuestos (por ejemplo, artículo 51 LPI). Así mismo, CÁMARA ÁGUILA defiende que no se puede diferenciar donde la ley no lo hace, por lo que hay que reconocerle dichas facultades tanto a las personas físicas como a las jurídicas. Estas últimas pueden ser titulares de derechos personales, tal y como la jurisprudencia constitucional reconoció en relación con el derecho fundamental al honor. De igual modo, no encuentra problema para el reconocimiento de la titularidad de los derechos morales a las personas jurídicas MARÍN LÓPEZ, J.J.: *El Conflicto entre el Derecho Moral del Autor Plástico y el Derecho de Propiedad sobre la Obra*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 69 – 70.

dudas al respecto, reconociendo a las personas jurídicas en el ámbito de las obras colectivas la titularidad de los derechos morales y la existencia de daños morales por la vulneración de dichas facultades personales<sup>242</sup>.

Sea como fuere, lo que demuestra, precisamente, la existencia de un régimen como el aplicable a la obra colectiva es la potestad que tiene el legislador para innovar en materia de derechos de autor. Recordemos que, como es lógico, el artículo 1 de la Ley de Propiedad Intelectual comenzaba atribuyendo la titularidad originaria del derecho únicamente al creador de la obra. Sin embargo, siete preceptos después, la ley le va a reconocer esa misma titularidad originaria a un determinado sujeto por haber realizado las labores de divulgación y edición de la obra colectiva, haya participado o no en su creación. ¿La razón? La necesidad de recompensar el esfuerzo económico o empresarial realizado por una determinada persona física o jurídica. Razonamientos análogos van a ser los que van a llevar a reconocer, contra natura, la autoría a las personas jurídicas en el ámbito de los programas de ordenador o la protección de las bases de datos por parte de la normativa sobre propiedad intelectual. Todas estas decisiones son, por supuesto, criticables y, de hecho, compartimos plenamente todas las objeciones que se puedan realizar a las mismas. Contribuyen a crear un sistema de protección de los derechos de autor poco coherente, que inclina excesivamente la balanza hacia la defensa de intereses patrimoniales particulares que poco o nada tienen que ver con la tutela de los creadores y que, además, no responde a la necesidad de proteger la cultura como un valioso activo de la sociedad en su conjunto (lo que es, en definitiva, el fundamento último de los sistemas de protección de corte continental). Sin embargo, no podemos negar que el legislador ordinario actúa en el ámbito de sus competencias cuando adopta estas decisiones. Igual

---

<sup>242</sup> En este sentido, puede destacarse la SAP Barcelona (Sección 15ª) de 28 mayo 2003 (AC\2003\960), que declaró la vulneración de los derechos morales del artículo 14 LPI por la aparición del personaje de Lara Croft de forma sexualizada en la revista *Interviú* y que estimó la indemnización por daños morales a favor de la empresa desarrolladora de la saga de videojuegos “Tomb Raider”, o la SAP Barcelona (Sección 15ª) núm. 147/2006 de 28 marzo (AC\2006\1723), que entendió que se produjo una vulneración del derecho moral de integridad en relación con la distribución de CD Roms en los que se proporcionaba una visión terminada del Templo de la Sagrada Familia, pese a que el resultado final no se ajustaría a tal imagen. Finalmente, la STS (Sala de lo Civil) núm. 155/2014 de 19 marzo (RJ\2014\2525) establece lo siguiente: “El art. 5.2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RCL 1996, 1382) prevé que de la protección que esta Ley concede al autor se podrán beneficiar personas jurídicas en los casos expresamente previstos en ella, y uno de esos casos es el de las obras colectivas a que se refiere el art. 8 de la ley, en las que se otorga la titularidad originaria de los derechos de autor a una persona jurídica, incluidos los de naturaleza no patrimonial”. En cualquier caso, resulta criticable cómo la sentencia a lo largo de los Fundamentos de Derecho confunde la terminología, calificando como autora de una obra colectiva a una persona jurídica cuando ésta sólo puede ser titular originaria de los derechos de autor que existen sobre la misma.

que lo hace cuando decide calificar a las obras audiovisuales como obras en colaboración, concediéndoles así un régimen más protector del que, en un principio, les corresponderían a estas obras.

De esta forma, cuando se analizan las opciones tan dispares por las que se ha decantado nuestro ordenamiento para regular lo que, a menudo, son supuestos análogos, sólo podemos llegar a una conclusión: la Ley de Propiedad Intelectual está esculpida completamente a medida de aquéllos que consiguen conformar un grupo de presión lo suficientemente sólido como para ser capaces de imponer sus pretensiones. Ello abarca desde las empresas del sector informático hasta los colectivos de guionistas o directores de obras audiovisuales. No hay otra forma sino de explicar las incoherencias que contiene nuestra legislación y que, en ningún caso, son resultado de las lógicas diferencias que pudiera haber entre distintos tipos de obras. ¿Pues qué diferencia justifica acaso que una película sea considerada una obra en colaboración y, en cambio, un videojuego sea una obra colectiva?<sup>243</sup> En cualquier caso y como apunte final, nos gustaría reseñar que, aun defendiendo la amplia potestad que tiene nuestro legislador para decantarse entre distintas opciones, creemos que una regulación normativa que diseñara un sistema de protección de la propiedad intelectual repleto de incoherencias sólo contribuiría a generar inseguridad jurídica entre los operadores del mercado. Entendemos que dicha indeseable consecuencia debería constituir igualmente una línea roja dentro del extenso margen de libertad que ostenta el legislador, por lo que opinamos que sería recomendable que las diversas contradicciones señaladas a lo largo de las páginas de este trabajo se enmendaran en futuras reformas de la Ley de Propiedad Intelectual.

#### **4.2. Excepción al principio de autoría del artículo 5 de la Ley de Propiedad Intelectual: la autoría de las personas jurídicas sobre los programas de ordenador**

Si tenemos en cuenta todo lo que hemos ido exponiendo en relación con el artículo 5 de la Ley de Propiedad Intelectual, se entenderá con facilidad por qué la doctrina mayoritaria ha criticado con tanta dureza que el legislador, a través del artículo 97.2 de dicho texto legal, haya abierto la puerta a considerar a una persona jurídica como autora de un programa de ordenador. El mencionado precepto dispone lo siguiente: “Cuando se trate

---

<sup>243</sup> Idéntica pregunta se formula CÁMARA AGUILA, P.: “La obra colectiva...”, *op. cit.*, pp. 51 – 52, en sus conclusiones. Así pues, esta autora defiende que el promotor de una obra colectiva debería tener la misma posición que nuestra legislación le reconoce, en la actualidad, al productor de fonogramas o de obras audiovisuales (respectivamente, artículos 114.2 y 120.2 LPI).



de una obra colectiva [el programa de ordenador] tendrá la consideración de autor, salvo pacto en contrario, la persona natural o jurídica que la edite y divulgue bajo su nombre”.

El artículo 97 de nuestra actual Ley de Propiedad Intelectual es fruto de la transposición a nuestro ordenamiento de la Directiva europea sobre la Protección Jurídica de los Programas de ordenador<sup>244</sup>. El legislador europeo era consciente de la diversidad que existía a la hora de regular esta materia entre los distintos Estados miembros, por lo que no pretendió en ningún momento armonizar la cuestión relativa al reconocimiento o no de la condición de autor a las personas jurídicas. Sencillamente, en lugar de ello se pretendió proporcionar un nivel mínimo de protección para los programas de ordenador, de tal modo que cada Estado articularía la solución técnica más coherente dentro de su ordenamiento jurídico para conseguir dicho objetivo<sup>245</sup>. De esta manera, el artículo 2.1 de la Directiva establecía el siguiente mandato:

*Se considerará autor del programa de ordenador a la persona física o grupo de personas físicas que lo hayan creado o, cuando la legislación de los Estados miembros lo permita, a la persona jurídica que sea considerada titular del derecho por dicha legislación. Cuando la legislación de un Estado miembro reconozca las obras colectivas, la persona física o jurídica que según dicha legislación haya creado el programa, será considerada su autor.*

Como podemos observar, el artículo 2 de la Directiva no está estableciendo que, en todo caso, deba reconocerse como autora de un programa de ordenador a una persona jurídica. De hecho, lo que la norma realmente dice, en primer lugar, es que la persona jurídica será considerada titular del derecho “cuando la legislación de los Estados miembros lo permita”. Éste era el caso de España que, en aquel momento, ya regulaba la figura de las obras colectivas, que permitía reconocer la titularidad originaria *ex lege* a la persona física o jurídica que editara y divulgara la obra bajo su nombre. Por tanto, el legislador español no necesitaba innovar en este sentido, puesto que hubiera bastado con aplicar al programa

---

<sup>244</sup> En aquel momento, se trataba de la Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador, que fue traspuesta a nuestro ordenamiento a través de la Ley 16/1993, de 23 de diciembre (refundida, actualmente, en el texto en vigor de la Ley de Propiedad Intelectual). Es preciso resaltar que la Directiva 91/250/CEE ha sido derogada y reemplazada por la Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 sobre la protección jurídica de programas de ordenador; que para lo que aquí nos interesa no modifica lo relativo a la titularidad de los derechos en esta materia.

<sup>245</sup> Así lo entiende APARICIO VAQUERO, J.P.: “Comentario del artículo 97”, *op. cit.*, pp. 1420 – 1422.

de ordenador el régimen general que ya se preveía para las obras colectivas cuando fuere preciso.

Es cierto que el artículo 2 de la Directiva continúa su redacción estableciendo la autoría del programa de ordenador en el marco de la obra colectiva. Sin embargo, ello no nos debe llevar a confusión, pues se preceptúa que se considerará autora a la persona física o jurídica “que según dicha legislación haya creado el programa”. A este respecto, la legislación española resultaba meridianamente clara, puesto que, tal y como hemos ido analizando, los artículos 1 y 5 de la Ley de Propiedad Intelectual sólo reconocen a la persona física la posibilidad de crear una obra que pueda ser objeto de protección por esta norma. Por tanto, no se contemplaba, en ningún caso, la posibilidad en nuestro ordenamiento de que la persona jurídica pudiera crear una obra intelectual, por lo que no se le podía otorgar la condición de autora de la misma. De este modo, el legislador español hubiera cumplido adecuadamente con el mandato contenido en la Directiva sobre la Protección Jurídica de los Programas de ordenador simplemente reconociendo –que no es poco– la titularidad originaria del derecho a la persona jurídica en lugar de la autoría, de conformidad con la regulación ya establecida para las obras colectivas.

Pese a todo lo razonado, ésta no fue la decisión adoptada por nuestro legislador, que llevó a cabo una deficiente transposición de dicha Directiva, introduciendo un elemento extraño en nuestro modelo de propiedad intelectual: la posibilidad de reconocer como autora de una obra intelectual a una persona jurídica. O bien el legislador no era consciente de la antinomia que estaba introduciendo en el sistema de protección de los derechos de autor, o bien claudicó, tal y como sostiene la mayor parte de la doctrina<sup>246</sup>, ante las presiones ejercidas por el lobby de las empresas del sector informático, otorgándoles un margen de control sobre la obra mucho mayor del que les hubiera correspondido en circunstancias normales.

De hecho, la redacción del artículo 97.2 no podría ser más desafortunada, puesto que afirma que la persona jurídica será considerada autora “salvo pacto en contrario”. Ello implicaría que la autoría sobre una obra intelectual que, como previamente hemos planteado, constituye una cuestión de orden público pasaría a ser, en el ámbito de los programas de ordenador, una materia de libre disposición para las partes. Seguramente,

---

<sup>246</sup> En este sentido, SÁNCHEZ ARISTI, R.: “Las ideas como objeto...”, *op. cit.*, p. 66. APARICIO VAQUERO, J.P.: “Comentario del artículo 97”, *op. cit.*, pp. 1422 – 1423.

la inserción de dicha cláusula en el precepto que estamos analizando responde a que el legislador debió copiar la literalidad del artículo 8 de la Ley de Propiedad Intelectual, que también contemplaba la posibilidad del pacto en sentido contrario. No obstante, existe una importante diferencia entre ambos preceptos y es que el artículo 8 habla únicamente de la titularidad originaria del promotor de la obra colectiva, permitiéndose a través del pacto una distribución diferente de los derechos patrimoniales entre el promotor y los autores de la obra, pero no un acuerdo en torno a si éstos podían ser considerados o no como creadores de la obra intelectual. Entendemos que, posiblemente, la intención del legislador en el artículo 97.2 era conseguir un resultado similar; sin embargo, a la vista de las consecuencias que se derivan de la misma, resulta evidente que la redacción de la norma no podía ser más inapropiada<sup>247</sup>.

La doctrina ha tratado de aportar (no sin dificultad) una explicación satisfactoria para la obvia contradicción que se produce entre los artículos 5 y 97.2 de la Ley de Propiedad Intelectual. Así pues, se ha tratado de razonar que, pese al tenor literal del precepto, no se está reconociendo a la persona jurídica la condición de autora en el ámbito de los programas de ordenador, sino que se le está otorgando una protección equivalente a la del autor y que la misma se concreta en otorgarle la titularidad originaria de los derechos de autor<sup>248</sup>. Dicha argumentación es, cuando menos, muy voluntariosa y pretende, además, proporcionar una solución jurídica rigurosa y coherente con nuestro sistema de protección de los derechos de autor. Es más, entendemos que dicha solución es la más acertada y por la que debe decantarse nuestro legislador. Sin embargo, no compartimos la idea de que del actual artículo 97.2 se desprenda dicha conclusión. Esto es así porque no podemos obviar que se trata de un razonamiento que, en cierto modo, trata de retorcer el sentido literal del precepto con el objetivo de enmendar la problemática ocasionada por el legislador.

La norma dispone textualmente que la persona que edite y divulgue el programa de ordenador “tendrá la consideración de autor”. Si no se pretendiera otorgar esa condición, la ley no emplearía dicho término, como de hecho no hace cuando regula la obra

---

<sup>247</sup> A este respecto, RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario del artículo 8” (2017), *op. cit.*, p. 152 razona que abrir la puerta a la posibilidad de pactar la autoría supone el desmoronamiento de nuestro sistema de derechos morales.

<sup>248</sup> Sería la postura defendida, entre otros, por CÁMARA ÁGUILA, P: “La obra colectiva...”, *op. cit.*, pp. 18 – 19.

colectiva<sup>249</sup>. Más coherente nos parece, a nuestro entender, el razonamiento de APARICIO VAQUERO que, sin dejar de reconocer la condición de autora a la persona jurídica (y lo desafortunado de dicha decisión), circunscribe la aplicación del precepto al supuesto de los programas de ordenador que sean obras colectivas, siempre y cuando no fueran identificables las personas físicas que hayan realizado las aportaciones para la obra unitaria<sup>250</sup>. En cualquier caso, este mismo autor ha señalado la escasa incidencia que ha tenido la cuestión de la autoría de la persona jurídica sobre el programa de ordenador en nuestra jurisprudencia, centrándose ésta, en su lugar, en el apartado cuarto del artículo 97, referido a la creación de este tipo de obras por trabajadores asalariados<sup>251</sup>.

Finalmente, cabe destacar, cómo no, la postura de RODRÍGUEZ TAPIA, que ha resultado especialmente combativa al respecto<sup>252</sup>. Este autor entiende que se está produciendo una auténtica conculcación del principio de autoría consagrado en el artículo 5 de la Ley de Propiedad Intelectual, ya que resulta absolutamente imposible que una persona jurídica (que no deja de ser una ficción del ordenamiento) pueda crear materialmente una obra, lo que, a su vez, atenta contra la dignidad de los auténticos creadores de ésta que no pueden verse desprovistos de su irrenunciable condición como autores. Igualmente, aboga por la inconstitucionalidad del artículo 97.2 de la Ley de Propiedad Intelectual al considerarlo contrario al artículo 20.1.b de la Constitución<sup>253</sup>, interpretado de conformidad con el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948<sup>254</sup>, así como al principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución al proporcionar un trato distinto a los autores de una obra colectiva según si ésta es o no un programa de ordenador. Finalmente, apunta al hecho de que ni siquiera existe una causa económica que justifique esta diferenciación de trato, puesto que para la creación de las obras audiovisuales se

---

<sup>249</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Introducción a la propiedad intelectual", *op. cit.*, pp. 29 - 30 considera que resulta difícil sostener que, con el texto legal en la mano, no se pueda considerar que los empresarios (tanto si son personas físicas como personas jurídicas) puedan ser considerados autores.

<sup>250</sup> APARICIO VAQUERO, J.P.: "Comentario del artículo 97", *op. cit.*, pp. 1424 - 1426.

<sup>251</sup> APARICIO VAQUERO, J.P.: "Comentario del artículo 97", *op. cit.*, pp. 1420 y 1428 - 1429. Entre las pocas sentencias que se pronuncia sobre esta cuestión, la SAP Madrid (Sección 28ª) núm. 6/2008 de 14 enero (AC\2008\785) no tuvo problema alguno en reconocer a la sociedad actora la autoría del programa informático CLICLEX al cumplirse todos los requisitos del artículo 97.2 LPI.

<sup>252</sup> Los argumentos que exponemos a continuación son empleados en RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: "Comentario del artículo 8", *op. cit.*, pp. 112 - 113 y RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: "Comentario del artículo 97", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. por J.M. RODRÍGUEZ TAPIA), *op. cit.*, pp. 592 - 593.

<sup>253</sup> El artículo 20.1.b) CE preceptúa: "Se reconocen y protegen los derechos: b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica".

<sup>254</sup> El artículo 27.2 de la Declaración establece: "Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora."

llegan a manejar presupuestos incluso mayores, y no por ello se reconocen como autoras de las mismas a las empresas encargadas de su producción.

En nuestra opinión, insistimos, de nuevo, en que compartimos absolutamente el desatino que supuso por parte de nuestro legislador reconocer la autoría a las personas jurídicas en el ámbito de los programas de ordenador en lugar de, en todo caso, la titularidad del derecho. Entendemos que, efectivamente, supone enervar el principio de autoría que articula e inspira nuestra legislación sobre derechos de autor, inclinando injustificadamente la balanza a favor del lobby de las empresas del sector informático en detrimento de los autores. No obstante, no creemos que, más allá de todas las críticas que se puedan realizar, el artículo 97.2 sea inconstitucional.

#### **4.3. La constitucionalidad del artículo 97.2 de la Ley de Propiedad Intelectual y la competencia del legislador español para determinar quién es el autor de la obra**

En primer lugar, no creemos que exista contradicción alguna entre el artículo 97.2 y nuestro texto constitucional. El planteamiento que propone RODRÍGUEZ TAPIA entronca con un largo debate mantenido por la doctrina –al que no ha contribuido positivamente la bamboleante posición de nuestro Alto Tribunal– sobre si la propiedad intelectual es un derecho fundamental que encuentra su sede, aunque sea parcialmente, en el artículo 20 de la Constitución. Dicha cuestión será analizada en este trabajo en más profundidad cuando abordemos el estudio de los derechos morales<sup>255</sup>, pero consideramos oportuno adelantar nuestra postura. En nuestra opinión, el constituyente español no se decantó por dicha opción. En el artículo 20.1.b) se consagró un genérico derecho de los individuos a la creación, pero no se asentaron las bases sobre cuál debía ser la regulación jurídica en torno al vínculo que existe entre el autor y la obra ya creada. Por consiguiente, compartimos la tesis de que, actualmente, la propiedad intelectual no es un derecho fundamental en el ordenamiento jurídico español y no se encuentra contemplada en el artículo 20 de la Constitución. En todo caso, la propiedad intelectual encontraría su fundamento constitucional en el artículo 33 de nuestra Carta Magna.

De este modo, si el auténtico fundamento de la propiedad intelectual en nuestro ordenamiento es el derecho de propiedad, ¿de verdad puede deducirse la inconstitucionalidad de un precepto por considerar legalmente a una persona jurídica

---

<sup>255</sup> Vid. *infra* capítulo cuarto, epígrafe 2.

como autora de una determinada obra intelectual? Ningún precepto en nuestra Constitución impide o restringe la labor del legislador ordinario en este ámbito. Igualmente, es oportuno señalar que el Tribunal Constitucional ha reconocido que las personas jurídicas pueden ser titulares de ciertos derechos fundamentales, como es el caso del derecho al honor<sup>256</sup>. Estando así las cosas, nos parece difícil concluir que, en la actualidad, la Constitución vete la posibilidad de que la Ley de Propiedad Intelectual considere a las personas jurídicas como autoras. Podrá ser una decisión criticable (y, sin duda, lo es), pero no se trata de una decisión que no esté dentro del ámbito de maniobra que tiene el legislador ordinario a la hora de reconocer y desarrollar los derechos de autor.

Así mismo, no creemos que se llegaría a una conclusión distinta si se llevara a cabo una interpretación correctora del artículo 20 de la Constitución de conformidad con el artículo 27 de la Declaración de Derechos Humanos. En este sentido, cabe recordar que, tradicionalmente, los ordenamientos jurídicos del *common law* han reconocido, sin problema alguno, la posibilidad de considerar a una persona jurídica como autora de una obra intelectual. Si entendiéramos que el artículo 27 de la Declaración obliga a una determinada regulación de los derechos de autor, tendríamos que llegar a la conclusión de que todos los sistemas de protección del *copyright* vulneran lo preceptuado en dicho artículo de la Declaración. En tanto que dicha conclusión supondría restringir las vías de protección de la propiedad intelectual a las exclusivamente contempladas bajo la óptica

---

<sup>256</sup> Así lo reconoce la STC (Sala Primera) núm. 139/1995 de 26 septiembre (RTC\1995\139), que establece: *La Constitución española no contiene ningún pronunciamiento general acerca de la titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas, a diferencia, por ejemplo, de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, en la que expresamente su art. 19.3 reconoce que los derechos fundamentales rigen para las personas jurídicas nacionales en tanto y en cuanto, por su naturaleza, sean aplicables a las mismas. De todos modos, si bien lo anterior es cierto, también lo es que ninguna norma, ni constitucional ni de rango legal, impide que las personas morales puedan ser sujetos de los derechos fundamentales. (...)*

*Cierto es que, por falta de una existencia física, las personas jurídicas no pueden ser titulares del derecho a la vida, del derecho a la integridad física, ni portadoras de la dignidad humana. Pero si el derecho a asociarse es un derecho constitucional y si los fines de la persona colectiva están protegidos constitucionalmente por el reconocimiento de la titularidad de aquellos derechos acordes con los mismos, resulta lógico que se les reconozca también constitucionalmente la titularidad de aquellos otros derechos que sean necesarios y complementarios para la consecución de esos fines. (...)*

*En consecuencia, dada la propia sistemática constitucional, el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas.*

En sentido contrario, se pronuncia DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Los derechos fundamentales de la personalidad (al honor, a la intimidad y a la propia imagen) como categoría unitaria”, *Revista Boliviana de Derecho*, Nº. 23, 2017, pp. 93 – 94, quien considera que no puede reconocerse a una persona jurídica un derecho basado en la dignidad del ser humano. En todo caso, lo que deberían tener las personas jurídicas no es la titularidad del derecho, sino la posibilidad de interponer acciones para proteger el derecho al honor de un colectivo al que representan. Los ataques contra el prestigio comercial de una sociedad mercantil seguirían siendo resarcibles, pero en virtud del art. 1902 CC y no del art. 9 LO 1/1982.

continental y considerar que éstas son las únicas lícitas y admisibles, nos parece un razonamiento que no podemos compartir en modo alguno.

Por último, tampoco entendemos que se esté produciendo una auténtica conculcación del artículo 14 de la Constitución, salvo que estemos dispuestos a admitir que numerosos preceptos de la Ley de Propiedad Intelectual adolecen de esa misma inconstitucionalidad como consecuencia del quebrantamiento del principio de igualdad. A modo de mero ejemplo, implicaría sostener que el ya mencionado artículo 87 es inconstitucional, puesto que excluye imperativamente la calificación de las obras audiovisuales como obras colectivas. De este modo, tal y como ya hemos planteado previamente, ello supone que a los videojuegos se les aplique, por lo general, un régimen legal de menor protección de sus autores que el contemplado para los creadores de las obras audiovisuales, incluso aunque no existan grandes diferencias en el modo de producir estos dos tipos de obras. ¿Implica este tratamiento dispar para autores de obras similares una vulneración del principio de igualdad? En nuestra opinión, no podemos compartir una postura tan extrema.

Si bien consideramos altamente criticable tanto que la Ley de Propiedad Intelectual esté diseñada a medida de los intereses de determinados grupos de presión, como la inseguridad jurídica que puede ocasionar la falta de consistencia de la norma en determinadas cuestiones, no podemos negar al legislador español la potestad de regular de manera diferente cada tipo de obra. De hecho, a menudo las problemáticas que presenta la legislación en materia de derechos de autor derivan justamente de tratar de aplicar la clásica y tradicional regulación de las obras literarias a las nuevas formas de creación intelectual. Si el legislador considera que la creación de los programas de ordenador o de las obras colectivas presenta determinadas particularidades, no creemos que suponga una vulneración del principio de igualdad que se lleve a cabo una regulación diferenciada para las mismas, independientemente de que compartamos o no la opción concreta por la que se ha decantado nuestro legislador.

Descartar la inconstitucionalidad del artículo 97.2 de la Ley de Propiedad Intelectual nos puede llevar a una pregunta que trasciende incluso la cuestión referida a la protección de los programas de ordenador. ¿Puede el legislador reconocer legalmente la autoría a una persona distinta al creador de la obra? En nuestra opinión, la respuesta es afirmativa. Se trataría de una opción de política legislativa que supondría aproximar la normativa

española a concepciones propias del sistema anglosajón de protección del *copyright*. No apoyamos en modo alguno la oportunidad de dicha decisión, pues seguimos pensando que el concepto de autor tiene un significado propio del que no debería hacerse una definición completamente libre. Sin embargo, consideramos que, más allá de nuestra postura, es una opción más dentro de la gama de posibilidades que puede escoger nuestro legislador<sup>257</sup>.

Del mismo modo, podemos realizar razonamientos análogos con respecto al fenómeno de la autoría fantasma. Así pues, de forma similar a la característica regulación del sistema del *copyright* de los *works made for hire*, el legislador español podría –si así lo decidiese– atribuir directamente la autoría de una obra realizada por encargo al comitente de la misma. Ello supondría otorgar dicho estatus al autor aparente en la mayoría de casos, exceptuándose únicamente así aquellos supuestos menos habituales en los que la obra ya existía antes del pacto entre aquél y el autor fantasma. Sin embargo, precisamente porque nuestra actual legislación no se ha decantado por dicha posibilidad, resulta evidente que el autor aparente no puede alcanzar dicha condición salvo que aporte un plus de originalidad a la obra intelectual cuya autoría está usurpando.

#### **4.4. El núcleo de la polémica: diferencias entre autoría y titularidad originaria**

Tras esta larga disertación, no sería descabellado que el lector se formulara a sí mismo una pregunta mucho más mundana. ¿Qué supone reconocer a una persona jurídica la condición de autora en lugar de la de titular originario del derecho de propiedad intelectual? O dicho de otro modo, ¿este debate encierra alguna consecuencia jurídica relevante o no se trata más que de una discusión bizantina con poca relevancia jurídica en la práctica?

En primer lugar, qué duda cabe que toda esta cuestión tiene un importante componente simbólico. Considerar como autora a una persona jurídica en lugar de a los individuos concretos que han creado la obra supone configurar un sistema de protección de la

---

<sup>257</sup> De hecho, RODRÍGUEZ TAPIA, J. M.: "Comentario del art. 5", *op. cit.*, pp. 98 – 99 apunta a cómo el artículo 5 de la Ley de Propiedad Intelectual utiliza la expresión "se considera autor" en lugar de "es autor". Ello podría inducir a pensar que dicha condición es una concesión o un reconocimiento del ordenamiento jurídico, lo que implicaría que en un futuro el legislador podría cambiar de parecer y otorgarle dicha condición a un sujeto distinto al autor. Aun así, CARRASCO PERERA, A. y DEL ESTAL SASTRE, R.: "Comentario del artículo 5", *op. cit.*, pp. 106 recuerdan que, pese a lo desafortunado de la expresión ("se considera"), la LPI no está estableciendo una presunción en sede de autoría que pueda desvirtuarse, por ejemplo, por medio de pacto en contrario.



propiedad intelectual que desplaza el derecho de los creadores a ser reconocidos como tales en favor de blindar aún más determinados intereses patrimoniales. Supone, en nuestra opinión, romper el delicado equilibrio que la Ley de Propiedad Intelectual trata de guardar entre intereses de diferente naturaleza. Nos gustaría insistir en que ello no es ajeno a la esencia de la normativa en materia de derechos de autor, pues la propia existencia de los derechos morales responde al impulso de reconocer que existen unos intereses personales dignos de protección (entre ellos, el reconocimiento público de la autoría) que están incluso en ocasiones por encima de la explotación económica de la obra. En otras palabras, la dignidad de los creadores debe anteponerse a los aspectos patrimoniales de la propiedad intelectual en nuestro modelo de protección, lo que no significa, en ningún caso, ni que estos últimos se desconozcan ni que se vaya a amparar un ejercicio abusivo o antisocial de las facultades personales.

En cualquier caso, independientemente de todas estas reflexiones sobre la idoneidad o no de determinadas políticas legislativas, podemos extraer consecuencias jurídicas directas de la consideración de las personas jurídicas como autoras de un programa de ordenador. La principal de ellas es que el autor es el único sujeto que llega a ostentar la gama completa de facultades que integra la propiedad intelectual, por lo que si la persona jurídica lo es, supondría atribuirle todo este conjunto de potestades, entre ellas los derechos morales<sup>258</sup>. A modo de réplica, podría señalarse que no sólo el reconocimiento de la autoría podría desencadenar esta consecuencia. En efecto, la doctrina no es pacífica en torno a si, en realidad, se llegaría al mismo resultado (es decir, al reconocimiento de derechos morales) otorgándole únicamente la titularidad originaria del derecho, tal y como ocurre con el supuesto de las obras colectivas contemplado en el artículo 8 de la Ley de Propiedad Intelectual.

En nuestra opinión, debe distinguirse la figura del autor con respecto a la de aquellos titulares originarios del derecho que no sean, a su vez, autores de la obra intelectual. En relación con el primero, hablamos de un sujeto que ha creado una obra protegible por los derechos de autor y que, como consecuencia de ello, es la primera persona –y en relación con determinadas facultades, la única– que va a ostentar la titularidad de todas las prerrogativas personales y patrimoniales que reconoce la Ley de Propiedad Intelectual. En cambio, el concepto de titular originario va a hacer referencia únicamente a aquella

---

<sup>258</sup> A esta misma conclusión llega APARICIO VAQUERO, J.P.: “Comentario del artículo 97”, *op. cit.*, pp. 1423 – 1424.

persona a la que la Ley de Propiedad Intelectual le otorga *ab initio* la titularidad de ciertas potestades reconocidas en la norma, sin necesidad de que para ello dicho sujeto haya creado la obra intelectual (como ocurre en el artículo 8 al regular la figura del promotor de la obra colectiva). A nuestro entender, en este caso dichas potestades deben ceñirse únicamente a los derechos de explotación, excluyéndose de dicha atribución los derechos morales.

Ello se debe a que, como veremos posteriormente, el fundamento del reconocimiento de los derechos morales se halla en el vínculo espiritual e imperecedero que se genera entre el autor y su obra como consecuencia de la creación de la misma. Se trata, en definitiva, de la protección de determinados intereses personales del autor que emanan, precisamente, del acto creativo. Por tanto, la existencia de dichas facultades personales en nuestro ordenamiento sólo está dotada de sentido si los derechos morales son ostentados únicamente por los creadores de las obras intelectuales, puesto que lo contrario supondría desnaturalizar el sentido de estas prerrogativas. En otras palabras, el titular originario que no haya realizado una aportación original para la creación de la obra no debe ostentar derechos morales, en la medida en que este sujeto no guarda ningún vínculo espiritual con respecto a la obra en cuestión. Como consecuencia del razonamiento anterior, el promotor de la obra colectiva no debe ser titular de derechos morales con respecto a la misma. En cambio, la persona jurídica que realice la misma labor con respecto a un programa de ordenador sí ostentará dicha titularidad, pues el artículo 97 de la Ley de Propiedad Intelectual le reconoce (aberrantemente) la condición de autora, es decir, de creadora de dicha obra. En cualquier caso, aunque creemos que ésta es la interpretación más apropiada para los conceptos de autor y de titular originario, insistimos una última vez en la crítica ya expuesta a nuestro legislador por la deficiente transposición de la Directiva europea sobre la Protección Jurídica de los Programas de ordenador y en la ausencia de necesidad de reconocerles en este ámbito la condición de autoras a las personas jurídicas cuando ya existía en nuestro ordenamiento la figura del promotor de la obra colectiva.

Pese a todo, conviene señalar que nuestra jurisprudencia no ha compartido la línea de pensamiento que acabamos de exponer, pues ha reconocido la titularidad de los derechos morales a las personas jurídicas que eran, a su vez, promotoras de obras colectivas que

no eran programas de ordenador<sup>259</sup>. Sin embargo, consideramos preciso formular cierta crítica a algunas de estas sentencias por falta de rigor técnico, en la medida en que llegan a calificar como autor a un sujeto –el promotor de la obra colectiva– al que la Ley de Propiedad Intelectual sólo le otorga el rango de titular originario del derecho. No podemos evitar pensar que es, precisamente, esta falta de diferenciación entre ambos conceptos lo que ha conducido a que el juzgador tomara la decisión de reconocer derechos morales a las personas jurídicas amparándose para ello en el artículo 8 de la Ley de Propiedad Intelectual.

Sin embargo, más allá de todas las disertaciones que hemos realizado sobre este asunto, creemos que la realidad de la autoría fantasma trasciende a esta discusión, puesto que la misma se ciñe exclusivamente a las diferencias que existen en el plano jurídico entre ser considerado autor de la obra o titular originario de los derechos que existen sobre la misma. En este sentido, es imprescindible señalar que el principal móvil del autor aparente para contratar a un autor fantasma no es, precisamente, ser el titular originario de la propiedad intelectual. Lo que en realidad este individuo ambiciona es aparecer como el verdadero creador de la obra intelectual ante el público general y así obtener cierto reconocimiento social derivado de dicha posición. De este modo, convendremos en que lo que realmente desea el autor aparente no es ostentar un concreto estatus jurídico, sino alcanzar un determinado estatus social.

Por ello, en muchos casos, incluso aunque el ordenamiento jurídico atribuyese la autoría al comitente de una obra intelectual, dicho reconocimiento legal no le sería suficiente por sí solo al autor aparente si la sociedad no le percibiese a su vez como el auténtico creador material de la obra. No se trata sólo de garantizar un control absoluto de la explotación económica de la obra ante el que no se puedan plantear impedimentos –como ocurre en el caso de las empresas que comercializan los programas del ordenador y a las que va destinado el artículo 97.2 de la Ley de Propiedad Intelectual–, sino de crear una auténtica apariencia de autoría ante el conjunto de la sociedad, utilizando para ello las herramientas jurídicas que sean precisas.

Para conseguir ese fin último, parece sensato que el autor aparente ostentase un cierto control sobre la explotación, de tal manera que fuera él quien pudiese determinar, al

---

<sup>259</sup> En este sentido, las ya referidas SAP Barcelona (Sección 15ª) de 28 mayo 2003 (AC\2003\960), SAP Barcelona (Sección 15ª) núm. 147/2006 de 28 marzo (AC\2006\1723), o la STS (Sala de lo Civil) núm. 155/2014 de 19 marzo (RJ\2014\2525).

menos, qué sujeto se va a encargar de la reproducción, distribución o comunicación pública de la obra usurpada. De lo contrario, si el autor fantasma controlase la explotación de dicha creación intelectual sin ningún tipo de coordinación con el autor aparente, ello podría llegar a resquebrajar ante la sociedad la apariencia de autoría que se ha tratado de lograr. Con todo, debemos tener presente que la autoría fantasma es un fenómeno enormemente complejo, puesto que abarca una amplia gama de supuestos que presentan diversos matices entre sí. Por consiguiente, no puede descartarse de plano que en algún caso concreto el autor fantasma dirigiese él mismo la explotación de la obra que ha creado y cuya usurpación ha autorizado. Ello evidencia que la cesión de las prerrogativas patrimoniales al autor aparente o al profesional de la explotación no constituye un elemento esencial del acuerdo de usurpación de autoría, a diferencia de lo que ocurre con el deber de confidencialidad del autor verdadero (o el compromiso de éste de no ejercer el derecho moral de paternidad). Posteriormente regresaremos sobre esta cuestión para analizarla con más detenimiento<sup>260</sup>.

## **5. EL INTÉRPRETE DE LA OBRA INTELECTUAL COMO TITULAR DE UN DERECHO CONEXO**

Como ya apuntábamos en el primer capítulo de este trabajo, hasta ahora hemos ido centrando nuestra atención principalmente en el autor de la obra original, en la medida en que su concurrencia y labor constituyen la premisa básica a partir de la cual se desarrolla toda la legislación en materia de propiedad intelectual. Sin embargo, tal y como ya hemos destacado, el fenómeno de la usurpación creativa consentida no se ciñe únicamente al campo de la autoría, sino que también se extiende al de la interpretación. Por ello, con el fin de abordar las peculiaridades que pudieran presentarse en el ámbito de la interpretación fantasma, se hace necesario que nos detengamos a continuación en analizar sucintamente la figura del artista intérprete o ejecutante de una creación intelectual original.

### **5.1. Los derechos de los artistas intérpretes como derechos conexos**

En primer lugar, los derechos de los artistas intérpretes se integran dentro de lo que tradicionalmente se han denominado como “derechos vecinos, conexos o afines”<sup>261</sup>, entre

---

<sup>260</sup> Vid. *infra* capítulo quinto, epígrafes 2 y 3.

<sup>261</sup> Esta denominación se mantiene en el *Code de la propriété intellectuelle*, cuyo Libro II se destina a *Les droits voisins du droit d'auteur*; en la *Legge 22 aprile 1941, n. 633 Protezione del diritto d'autore e di altri*

los que también se incluyen los derechos de los productores de grabaciones fonográficas o audiovisuales, los de las entidades radiofónicas o la protección de las meras fotografías y de determinadas producciones editoriales. En la actualidad, dicho conjunto de prerrogativas recibe en la legislación española el nombre de “otros derechos de propiedad intelectual” y se regulan en el Libro II de nuestra norma en la materia, junto con la protección *sui generis* de las bases de datos. En concreto, los derechos de los artistas intérpretes se recogen en diez preceptos (artículos 105 a 113), cuya regulación queda complementada, en virtud del artículo 132, por la aplicación subsidiaria de parte del contenido del Libro I de la Ley de Propiedad Intelectual<sup>262</sup>. Con todo, la reglamentación de los derechos de los intérpretes y ejecutantes contrasta –por escasa– con el centenar de preceptos dedicados a la protección de los derechos del autor.

En cualquier caso y en la línea de lo que señalábamos, si bien el legislador español ha optado por emplear otra denominación distinta, términos como los de afinidad o vecindad apuntan a dos ideas clave en relación con el conjunto de potestades que estamos analizando. Por un lado, la conexidad de estos derechos conlleva que la interpretación artística requiere necesariamente la existencia previa de una obra intelectual para poder llevarse a cabo<sup>263</sup>. Precisamente, esta necesidad del intérprete de partir de un basamento previo (la creación intelectual) es lo que ha justificado que la tutela que se le confiere a dicho sujeto sea de menor intensidad que la que se proporciona al creador de la obra original, sin que ello implique ni mucho menos un desmerecimiento de la imprescindible labor que realiza el artista ejecutante o del mérito o la calidad de la actividad que éste lleva a cabo<sup>264</sup>.

Por otro lado, estos derechos afines o conexos se han diseñado siguiendo el molde de los derechos de autor, por lo que, si bien es cierto que los artistas intérpretes no reciben el mismo grado de protección que los creadores, las prerrogativas de las que son titulares

---

*diritti connessi al suo esercizio* se emplea el término de *Diritti connessi all'esercizio del diritto di autore*; y la norma alemana titula su parte segunda como *Verwandte Schutzrechte*.

<sup>262</sup> En este sentido, el art. 132 LPI preceptúa: “Las disposiciones contenidas en el artículo 6.1, en la sección 2.ª del capítulo III, del Título II y en el capítulo II del Título III, salvo lo establecido en el párrafo segundo del apartado segundo del artículo 37, ambos del Libro I de la presente Ley, se aplicarán, con carácter subsidiario y en lo pertinente, a los otros derechos de propiedad intelectual regulados en este Libro”.

<sup>263</sup> Así lo apunta SÁNCHEZ ARISTI, R: “Comentario del Libro Segundo - Título Primero”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), *op. cit.*, p. 1533.

<sup>264</sup> En esta línea, SÁNCHEZ ARISTI, R: “Comentario del Libro Segundo - Título Primero”, *op. cit.*, pp. 1536 – 1538. En sentido contrario, MARTÍN VILLAREJO, A.: “Comentario al artículo 105”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. por JM. RODRÍGUEZ TAPIA), *op. cit.*, p. 636.

aquéllos comparten multitud de rasgos con las potestades que ostentan los autores. Así pues, se reconoce al titular un conjunto de facultades tanto patrimoniales como personales que se proyectan sobre un bien inmaterial; las mismas tienen una duración temporal restringida y están sometidas a los mismos límites legales que los derechos de autor; y, por último, la tutela de estos intereses se garantiza a través de los mismos medios reconocidos en el Libro III para amparar las pretensiones de los creadores<sup>265</sup>.

Cabe destacar que el reconocimiento de los derechos de los intérpretes ejecutantes fue históricamente tardío. Tradicionalmente, la labor de estos artistas se había circunscrito a las actuaciones en directo, por lo que su regulación se había vehiculado a través de la celebración de contratos de arrendamiento de servicios. En última instancia, si el artista no deseaba compartir su interpretación con el público, podía negarse a salir a escena (aunque ello constituiría un incumplimiento contractual que acarrearía las pertinentes consecuencias). El cambio de paradigma se produjo con la llegada de los medios tecnológicos que permitieron la fijación de la interpretación en un fonograma o en una grabación audiovisual, lo que posibilitaba el acceso a la interpretación de la obra intelectual por parte del público a través de distintos soportes más allá de la actuación en vivo y en directo. Ello condujo a la necesidad de proporcionar a dichos artistas una protección similar a la que los autores habían comenzado a obtener a partir de la invención de la imprenta<sup>266</sup>.

De este modo, el primer texto internacional que reconoció los derechos de los intérpretes de obras intelectuales fue el Convenio de Roma de 1961<sup>267</sup> (ratificado por España en 1991), que, sin embargo, no confería tutela alguna a aquellos artistas cuyas interpretaciones hubieran sido fijadas en grabaciones audiovisuales<sup>268</sup>. Así pues, habría

---

<sup>265</sup> Estos rasgos son señalados por SÁNCHEZ ARISTI, R: “Comentario del Libro Segundo - Título Primero”, *op. cit.*, pp. 1533 – 1534. De igual modo, este autor señala que la gran diferencia entre ambas regulaciones la representa la ausencia de previsiones normativas detalladas sobre la cesión de derechos en el ámbito de la interpretación artística.

<sup>266</sup> De manera similar, SÁNCHEZ ARISTI, R: “Comentario del Libro Segundo - Título Primero”, *op. cit.*, pp. 1538 – 1539.

<sup>267</sup> Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión. Hecho en Roma el 26 de octubre de 1961.

<sup>268</sup> El art. 4 Convenio Roma 1961 establece: “Cada uno de los Estados Contratantes otorgará a los artistas intérpretes o ejecutantes el mismo trato que a sus nacionales siempre que se produzca una de las siguientes condiciones: a) que la ejecución se realice en otro Estado Contratante; b) que se haya fijado la ejecución o interpretación sobre un fonograma protegido en virtud del artículo 5; c) que la ejecución o interpretación no fijada en un fonograma sea radiodifundida en una emisión protegida en virtud del artículo 6”.

que esperar hasta el reciente Tratado de Beijing<sup>269</sup> (que entró en vigor el 28 de abril de 2020) para que una norma internacional estableciese un cierto estándar mínimo de protección para dicho tipo de intérpretes. En lo que respecta al ordenamiento jurídico español, la Ley de 10 de enero de 1879 de propiedad intelectual no reconocía ningún tipo de derechos a los artistas ejecutantes, por lo que el primer reconocimiento expreso se produjo en la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, cuya regulación sería la base de la actual normativa en vigor (que ampliaría los derechos de los intérpretes y ejecutantes y que sería progresivamente modificada como consecuencia de la promulgación de diferentes Directivas europeas).

## **5.2. El objeto de protección: la interpretación o actuación artística**

La Ley de Propiedad Intelectual no dedica ningún precepto a delimitar expresamente cuál es el objeto de protección de este derecho conexo, al igual que tampoco lo hace ninguno de los textos internacionales anteriormente mencionados. Como veremos, ello se explica desde el prisma eminentemente subjetivo que el legislador ha empleado a la hora de abordar esta legislación –motivo por el que hemos decidido analizar todas las cuestiones relativas a la interpretación artística en el presente capítulo, relativo a la titularidad de los derechos de esta naturaleza–.

De este modo, el primer precepto dedicado a los artistas intérpretes o ejecutantes (el artículo 105) se limita a definir –al igual que hace el ya analizado artículo 5 con la figura del autor– al sujeto que será el titular originario de este derecho afín o vecino, para así en los preceptos siguientes desarrollar el conjunto de potestades que el ordenamiento jurídico le confiere. En concreto, el referido artículo 105 establece lo siguiente: “Se entiende por artista intérprete o ejecutante a la persona que represente, cante, lea, recite, interprete o ejecute en cualquier forma una obra. El director de escena y el director de orquesta tendrán los derechos reconocidos a los artistas en este Título”. En esta misma

---

<sup>269</sup> Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales, adoptado por la Conferencia Diplomática sobre la Protección de las Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales en Pekín, el 24 de junio de 2012.

línea, las legislaciones francesa<sup>270</sup>, alemana<sup>271</sup> e italiana<sup>272</sup> definen al titular del derecho en términos muy similares, prescindiendo igualmente de establecer expresamente cuál es el *corpus mysticum* sobre el que se proyectan los derechos de los artistas intérpretes.

Así pues, deducimos que el objeto de protección de los derechos conexos de los artistas intérpretes lo constituye la actividad que éstos realizan, es decir, la actuación o la interpretación de la obra intelectual en cualquier forma. Ahondando aún más en esta idea y partiendo del propio tenor literal del artículo 105, SÁNCHEZ ARISTI define ésta como “el resultado de que un artista represente, cante, lea, recite, interprete o ejecute una obra de cualquier forma”<sup>273</sup>. A nuestro entender, debemos realizar algunos apuntes adicionales con el fin de delimitar con mayor precisión el objeto de protección al que nos referimos.

Para empezar, la Ley de Propiedad Intelectual prescinde completamente del criterio de la originalidad –elemento clave en la tutela de las obras intelectuales y al que, en cambio, no hace ninguna referencia en este ámbito– en lo referido a la protección de la labor desempeñada por los artistas intérpretes<sup>274</sup>. En consecuencia, cualquier interpretación de una obra creativa estará tutelada por el ordenamiento jurídico, independientemente de lo elemental que ésta sea o de la altura creativa que posea. Ello amplía enormemente el ámbito de protección de la norma, extendiéndolo a cualquier sujeto que realice una actividad que pueda ser calificada como interpretación o ejecución de una creación intelectual preexistente<sup>275</sup>.

---

<sup>270</sup> El art. L212-1 *Code de la propriété intellectuelle* establece : *A l'exclusion de l'artiste de complément, considéré comme tel par les usages professionnels, l'artiste interprète ou exécutant est la personne qui représente, chante, récite, déclame, joue ou exécute de toute autre manière une oeuvre littéraire ou artistique, un numéro de variétés, de cirque ou de marionnettes.*

<sup>271</sup> La sección 73 de la ley alemana en materia de derechos de autor preceptúa: *Ausübender Künstler im Sinne dieses Gesetzes ist, wer ein Werk oder eine Ausdrucksform der Volkskunst aufführt, singt, spielt oder auf eine andere Weise darbietet oder an einer solchen Darbietung künstlerisch mitwirkt*

<sup>272</sup> El art. 80 *Legge 22 aprile 1941, n. 633 Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio* establece: *Si considerano artisti interpreti ed artisti esecutori gli attori, i cantanti, i musicisti, i ballerini e le altre persone, inclusi i doppiatori che rappresentano, cantano, recitano, declamano o eseguono in qualunque modo opere dell'ingegno, siano esse tutelate o di dominio pubblico.*

<sup>273</sup> SÁNCHEZ ARISTI, R: “Comentario del artículo 105”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), *op. cit.*, p. 1546.

<sup>274</sup> En este sentido, SÁNCHEZ ARISTI, R: “Comentario del artículo 105”, *op. cit.*, pp. 1546 – 1551. Por el contrario, entienden que la originalidad también constituye un elemento necesario para la protección de las interpretaciones artísticas, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Las llamadas cover versión fonográficas y la jurisprudencia penal”, en AA.VV.: *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005, p. 1889. RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “Interpretación y obra derivada”, en AA.VV.: *Interpretación y autoría* (coord. por C. ROGEL VIDE), Reus, Madrid, 2004, p. 119. MARTÍN VILLAREJO, A.: “Comentario al artículo 105”, *op. cit.*, pp. 634 – 635.

<sup>275</sup> Aún así, SÁNCHEZ ARISTI, R: “Comentario del artículo 105”, *op. cit.*, pp. 1548 – 1549 no descarta completamente la posibilidad de exigir un mínimo nivel de originalidad para las interpretaciones artísticas:



Sin embargo, ello también imposibilita la persecución del plagio en el campo de la interpretación artística, dado que al no requerirse ningún tipo de originalidad, la similitud entre dos actuaciones no puede constituir un ilícito de ninguna clase. Por el contrario, el intérprete sí podrá perseguir la falsa atribución de su paternidad a una interpretación ajena o la usurpación no consentida de la paternidad de una actuación propia<sup>276</sup>. En dichos supuestos el fundamento de la acción no radica en la copia de la aportación creativa original que realizó el demandante (ya que en este ámbito no se lleva a cabo una apreciación de la concurrencia o no de originalidad creativa), sino en la conculcación de los intereses personalísimos del actor, bien de no ser asociado con actuaciones que no ha realizado y que tratan de parasitar su fama, bien de ser reconocido públicamente por las interpretaciones que ha llevado a cabo (de tal modo que ningún tercero se aproveche ilícitamente de su trabajo).

De igual modo, el artista ejecutante debe interpretar necesariamente una obra intelectual, por lo que no se generará el derecho afín o conexo en aquellos supuestos en los que el material que emplee aquél para su interpretación no revista el rango de creación protegible por los derechos de autor. Nos referimos al supuesto de aquellas obras que carecen de originalidad alguna, por lo que su mera lectura o declamación no pueden suscitar la constitución de ningún derecho de propiedad inmaterial<sup>277</sup>. Todo ello sin perjuicio de que

---

*Podría argumentarse, en segundo lugar, que el requisito de la originalidad, aun entendido en sentido objetivo, debería medirse en el caso de los artistas conforme a un rasero muy bajo, lo que vendría a significar la protección de la práctica totalidad de las interpretaciones o ejecuciones artísticas. Aplicando ese criterio tan poco exigente de originalidad, sólo las prestaciones artísticas que puedan estimarse imitaciones absolutamente serviles de otras quedarían fuera de la protección y constituirían infracción de los derechos del artista imitado. Esta segunda vía para introducir la originalidad como criterio de protección de las interpretaciones o ejecuciones artísticas, con seguir pareciéndome heterodoxa, me resulta relativamente aceptable, y creo que en la práctica conduce a un resultado equivalente al que se obtiene sosteniendo que la originalidad no debe emplearse como fiel para sopesar la susceptibilidad de una interpretación o ejecución artísticas para ser protegida.*

<sup>276</sup> SÁNCHEZ ARISTI, R: “Comentario del artículo 105”, *op. cit.*, p.1549.

<sup>277</sup> En esta línea, CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “Comentario del artículo 101”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, Madrid, 1989, p. 1442. SÁNCHEZ ARISTI, R: “Comentario del artículo 105”, *op. cit.*, pp. 1562 – 1563. La SAP Barcelona (Sección 15ª) de 10 septiembre 2003(AC\2004\289) se pronunció en este mismo sentido. En el supuesto de hecho la parte actora había demandado a una empresa por la utilización ilícita de su voz para el anuncio de las paradas del transporte público de Barcelona, basando su pretensión en una vulneración de sus derechos de la personalidad y de sus derechos conexos como artista intérprete. La Audiencia estimó la conculcación de su derecho a la imagen; sin embargo, entendió que el demandante no era titular de ningún otro derecho adicional, puesto que no había interpretado una obra intelectual protegible por la norma. Así pues, la Audiencia se pronunció en los siguientes términos:

*La Ilma. Sra. Juez desatendió la acción ejercitada al amparo de esta legislación por estimar que no constaba que se hubiese divulgado «obra literaria, artística, científica o creación alguna del demandante de las que, de conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril ( RCL 1996, 1382) que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual,*

la realización de una actividad de esta naturaleza suponga, en todo caso, la implicación de determinados bienes de la personalidad (tales como la imagen o la voz), lo que ocasione que sea necesaria la autorización del titular para la explotación de dichos bienes personalísimos<sup>278</sup>. En cambio, sí será indiferente si la obra interpretada continúa estando protegida o no (en este caso, debido a su entrada en dominio público) por el ordenamiento jurídico, puesto que ello sólo determinaría, en su caso, la necesidad de obtener las pertinentes autorizaciones del titular del derecho para llevar a cabo el acto de explotación de la creación intelectual<sup>279</sup>.

Igualmente, cabe destacar que los derechos conexos a los que nos referimos no se proyectan únicamente sobre la actuación o interpretación en sí mismas, sino también sobre la grabación que se haga de éstas en cualquier soporte<sup>280</sup>. Precisamente, nos gustaría señalar que la regulación de los derechos conexos de los artistas intérpretes gravita en torno a la fijación de su actuación. Antes de la misma, el artista ejecutante posee únicamente el derecho de autorizar u oponerse a dichas grabaciones (artículo 105), tomándose como referencia además para el plazo de duración de esta prerrogativa (cincuenta años) el momento en el que se llevó a cabo la interpretación. Sin embargo, una vez ésta ya se ha producido, el intérprete puede ejercitar también los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública sobre la fijación autorizada de la interpretación; bien inmaterial que –no lo olvidemos– posee un potencial de explotación

---

*configuran lo que se ha venido a denominar propiedad intelectual», en conclusión que, llevada al ámbito propio del derecho conexo, debemos de confirmar, toda vez que no se antoja que la lectura de una información acerca de las paradas y correspondencias de un transporte público pueda ser comprendido en alguno de los conceptos anteriores.*

*Podría objetarse a buen seguro que el régimen de los artistas intérpretes o ejecutantes ha de resultar ajeno al criterio hermenéutico expuesto y que sus derechos como tal deben ser preservados al amparo de esta norma, cualquiera que sea la naturaleza de la obra que ejecuten, pero ello chocaría frontalmente con lo que establece el artículo 3 a) de la Convención Internacional sobre la Protección de los artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, hecha en Roma el 26 de octubre de 1961 ( RCL 1991, 2715) , que define a aquéllos como «todo actor, cantante, músico, bailarín u otra persona que represente un papel, cante, recite, declame, interprete o ejecute en cualquier forma una obra literaria o artística», en definición que recoge el artículo 1 nuestra Ley tipo de 1974 ( RCL 1975, 72) sobre dicha materia, al tenor de la cual la doctrina ha excluido de este concepto a todo aquel que no interprete o ejecute una obra creativa, en armonía con alguna legislación del derecho comparado, entre la que cabe citar la Ley francesa de 3 de julio de 1985.*

En cambio, RODRÍGUEZ TAPIA, J.M y BONDÍA ROMÁN, F.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, p. 403 defiende que una interpretación puede ser protegible, incluso aunque lo ejecutado no sea una obra intelectual.

<sup>278</sup> SÁNCHEZ ARISTI, R: “Comentario del artículo 105”, *op. cit.*, p. 1563. En sentido similar, pero en relación con los derechos de futbolistas, modelos, presentadores, etc., *vid.* MARTÍN VILLAREJO, A.: “Comentario al artículo 105”, *op. cit.*, p. 639 – 640.

<sup>279</sup> SÁNCHEZ ARISTI, R: “Comentario del artículo 105”, *op. cit.*, p.1565.

<sup>280</sup> SÁNCHEZ ARISTI, R: “Comentario del artículo 105”, *op. cit.*, p. 1553

comercial mucho mayor que el de la actuación en vivo, debido a su capacidad para generar copias que puedan ser adquiridas por un público masivo. Así mismo, la fijación altera el plazo de duración, retrasando el inicio del cómputo hasta el 1 de enero del año siguiente a la fecha de publicación o comunicación pública de ésta y extendiéndolo hasta setenta años en el caso de que la grabación se produjera en un fonograma<sup>281</sup>. De todo lo expuesto podemos concluir que la Ley de Propiedad Intelectual destina, en definitiva, sus previsiones normativas fundamentalmente al intérprete que decide fijar su actuación en algún soporte, reconociendo únicamente a los artistas ejecutantes que no llevan a cabo dichas grabaciones el *ius prohibendi* de impedir fijaciones no autorizadas de sus interpretaciones.

Por último, decíamos que el legislador ha optado por abordar esta regulación desde una perspectiva eminentemente subjetiva, es decir, se protege la interpretación artística en virtud de la persona que la ha ejecutado. En efecto, la actuación valorada en sí misma y en abstracto no posee relevancia suficiente, ya que, a diferencia de las obras intelectuales, carece de originalidad. Por ello, la interpretación goza de carácter creativo en la medida en que el artista ejecutante ha volcado en la misma determinados atributos de su personalidad, de tal forma que ésta se singulariza por haber sido realizada por un sujeto determinado. Igualmente, debemos tener presente que una misma obra intelectual puede ser interpretada por diferentes individuos, de tal modo que cada actuación de aquélla generará un derecho conexo diferente. En consecuencia, el vínculo que el ordenamiento jurídico está tutelando es el que se establece entre la obra intelectual que se interpreta y la persona concreta que está llevando a cabo dicha actuación, ya que la personalidad de este individuo es la que hace que dicha interpretación sea diferente al resto de las ejecuciones posibles de la misma obra<sup>282</sup>.

---

<sup>281</sup> El art. 112 LPI preceptúa lo siguiente: “Los derechos de explotación reconocidos a los artistas intérpretes o ejecutantes tendrán una duración de cincuenta años, computados desde el día 1 de enero del año siguiente al de la interpretación o ejecución. No obstante, si, dentro de dicho período, se publica o se comunica lícitamente al público, por un medio distinto al fonograma, una grabación de la interpretación o ejecución, los mencionados derechos expirarán a los cincuenta años computados desde el día 1 de enero del año siguiente a la fecha de la primera publicación o la primera comunicación pública, si ésta es anterior. Si la publicación o comunicación pública de la grabación de la interpretación o ejecución se produjera en un fonograma, los mencionados derechos expirarán a los setenta años computados desde el día 1 de enero del año siguiente a la fecha de la primera publicación o la primera comunicación pública, si ésta es anterior”.

<sup>282</sup> De manera similar, SÁNCHEZ ARISTI, R: “Comentario del artículo 105”, *op. cit.*, pp. 1551 – 1556. Igualmente, cabe destacar que este autor defiende que todas las interpretaciones de una misma obra realizadas por un mismo artista intérprete constituyen un único bien inmaterial. Con respecto a esta afirmación, se manifiesta en sentido contrario DE ROMÁN PÉREZ, R.: *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, Reus, Madrid, 2003, pp. 94 – 95.

### 5.3. El artista intérprete o ejecutante como titular del derecho conexo

Si bien la Ley de Propiedad Intelectual no dedica ningún precepto a establecer expresamente la vía de atribución de la titularidad originaria de los derechos conexos de los artistas intérpretes, podemos deducir del conjunto normativo dedicado a su protección que éstos adquieren las prerrogativas que la legislación les confiere como consecuencia del mero acto de interpretar una creación original. Por tanto, no resultan precisas para la constitución del derecho ni el registro formal de la actuación en ningún organismo público ni la fijación de la misma en ningún soporte. Del mismo modo, consideramos que el artículo 105, que define al artista intérprete o ejecutante, se configura como una norma de orden público, al igual que ocurría con el artículo 5 de la Ley de Propiedad Intelectual. En consecuencia, dicha condición sólo puede reconocerse al sujeto que realice la actividad que el referido precepto detalla, por lo que la misma no puede ser objeto de ningún negocio jurídico *inter vivos* o *mortis causa*<sup>283</sup>.

En relación con las características que debe reunir el titular originario de este derecho conexo, el artista intérprete tendrá que ser forzosamente una persona física o natural. La actuación artística supone la realización de un conjunto de actividades materiales que, en ningún caso, podrán ser desempeñadas por una persona jurídica<sup>284</sup>. Dichas acciones son las recogidas en el artículo 105 de la Ley de Propiedad Intelectual –representar, cantar, leer, etc.–, no obstante, dicho listado no reúne naturaleza *numerus clausus*, puesto que sería igualmente admisible cualquier otro acto que supusiera una interpretación de la obra, como, por ejemplo, bailar o silbar<sup>285</sup>. Dado que lo únicamente relevante es la capacidad natural para interpretar la obra de cualquier forma posible, la capacidad de obrar del sujeto que lleva a cabo dicha actividad resulta indiferente<sup>286</sup>. En cambio, no lo es la capacidad jurídica, pues si bien es cierto que determinados seres carentes de la misma pueden realizar ciertas actuaciones artísticas (piénsese, por ejemplo, en las coreografías ejecutadas por algunos animales en actividades circenses), la ausencia de personalidad

---

<sup>283</sup> En definitiva, trasladamos los razonamientos que realizan CARRASCO PERERA, A. y DEL ESTAL SASTRE, R.: “Comentario del artículo 5”, *op. cit.*, pp. 106 – 109 sobre el art. 5 LPI al ámbito de la interpretación artística.

<sup>284</sup> SÁNCHEZ ARISTI, R: “Comentario del artículo 105”, *op. cit.*, p. 1556.

<sup>285</sup> En este sentido, OSSORIO SERRANO, J.M.: “Comentario del artículo 101”, en en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales: Artículos 428 y 429 del Código Civil y Ley de Propiedad Intelectual* (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART), Tomo V, Vol. 4-B, Edersa, Madrid, 1995, p. 346. SÁNCHEZ ARISTI, R: “Comentario del artículo 105”, *op. cit.*, p. 1568.

<sup>286</sup> SÁNCHEZ ARISTI, R: “Comentario del artículo 105”, *op. cit.*, p. 1561.

jurídica convierte a estos seres en inhábiles para ser titulares de ninguna clase de derecho<sup>287</sup>.

Por otro lado, queremos reseñar que se ha suscitado cierto debate en torno a cuál debe ser el grado de implicación del ejecutante en la realización de la actividad o qué nivel de intensidad debe reunir ésta. De este modo, existe cierto consenso en torno a la idea de que el recurso a ciertos aparatos o utensilios (instrumentos musicales, marionetas, pelotas de malabares, etc.) no desprovee al artista de su condición de intérprete, puesto que en muchas ocasiones dichas herramientas son absolutamente necesarias para que éste pueda realizar su labor<sup>288</sup>. Por el contrario, la doctrina ha negado el estatus de intérprete o ejecutante a otros individuos que participan de un modo u otro en la realización del espectáculo artístico, tales como a los figurantes, los apuntadores o los técnicos del espectáculo<sup>289</sup>. Compartimos dicha conclusión, puesto que, aunque estos sujetos desempeñen actividades necesarias para la realización del espectáculo, creemos que las labores que realizan no podrían quedar englobadas propiamente bajo el concepto de interpretación artística (sin perjuicio de que se pudiera realizar excepciones señaladas en función de las circunstancias del caso concreto). En este mismo sentido, la regulación francesa excluye expresamente a los “artistas de complemento”<sup>290</sup>, mientras que la norma italiana delimita el concepto de artista intérprete al que realice una “parte de considerable importancia artística”<sup>291</sup>.

Por último, nos gustaría destacar que pueden producirse supuestos de cotitularidad del derecho conexo sobre una misma interpretación artística. Nos referimos a aquellas situaciones en las que una pluralidad de individuos –al menos, dos– realizan de forma conjunta una actuación artística, de tal forma que se genera un nuevo bien inmaterial fruto

---

<sup>287</sup> SÁNCHEZ ARISTI, R: “Comentario del artículo 105”, *op. cit.*, p. 1558.

<sup>288</sup> Así lo sostiene SÁNCHEZ ARISTI, R: “Comentario del artículo 105”, *op. cit.*, pp. 1558 – 1559, quien defiende además que la condición de artistas intérpretes también debería reconocerse a quienes han ejecutado una actuación artística a través de un animal al que han amaestrado o un robot al que han preparado para ello.

<sup>289</sup> En esta línea, OSSORIO SERRANO, J.M.: “Comentario del artículo 101”, *op. cit.*, pp. 346 – 347. CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “Comentario del artículo 101”, *op. cit.*, p. 1443. SÁNCHEZ ARISTI, R: “Comentario del artículo 105”, *op. cit.*, pp. 1559 – 1561.

<sup>290</sup> Así lo indica el ya citado art. L212-1 *Code de la propriété intellectuelle: A l’ exclusion de l’artiste de complément, considéré comme tel par les usages professionnels...*

<sup>291</sup> El art. 82.a) de la legislación italiana en materia de derechos de autor preceptúa: *Agli effetti dell’applicazione delle disposizioni che precedono, si comprendono nella denominazione di ((artisti interpreti)) e di artisti esecutori: 1) coloro che sostengono nell’opera o composizione drammatica, letteraria o musicale, una parte di notevole importanza artistica, anche se di artista esecutore comprimario.*

de la contribución de dichos intérpretes y sobre el que ostentarán un derecho de copropiedad del que todos serán partícipes en mayor o menor medida. En efecto, si bien la Ley de Propiedad Intelectual no hace referencia expresa a esta posibilidad, la doctrina ha sostenido que en esta hipótesis se generaría una suerte de comunidad de bienes entre los artistas participantes, al igual que ocurre con las obras en colaboración del artículo 7<sup>292</sup>. En cualquier caso, aunque la legislación no hace referencia a la cuestión de la titularidad compartida en estos casos, sí hace referencia al ejercicio de estos derechos en el artículo 111 de la Ley Propiedad Intelectual. Así pues, dicho precepto establece que si los intérpretes ejecutantes forman parte de un colectivo, tendrán que designar a un representante para el otorgamiento de las autorizaciones referentes a la cesión de los derechos conexos del conjunto<sup>293</sup>.

#### **5.4. La interpretación fantasma bajo la óptica de la Ley de Propiedad Intelectual**

Tras haber realizado las puntualizaciones pertinentes en relación con la interpretación artística, nos percataremos de que las conclusiones a las que llegaremos sobre la usurpación consentida de la paternidad en este ámbito no serán muy diferentes a las ya alcanzadas con respecto a la autoría fantasma. De este modo, en tanto que sostenemos que el artículo 105 constituye una norma de orden público, no resulta posible que las partes involucradas en la práctica de la interpretación fantasma acuerden una atribución diferente de la titularidad originaria de este derecho conexo o la transmisión de la condición de artista ejecutante al intérprete aparente.

Al igual que ocurría con la autoría fantasma, el artista aparente puede tener un grado de implicación variable en el resultado final. En este sentido, es posible que no haya intervenido de ninguna forma en la interpretación artística. Sería el supuesto, por ejemplo, de aquellos fonogramas en los que la voz que se escucha es exclusivamente la del intérprete fantasma o en los que la música que se interpreta no ha sido ejecutada por el

---

<sup>292</sup> SÁNCHEZ ARISTI, R: “Comentario del artículo 105”, *op. cit.*, p. 1557 y 1572. En esta línea, el art. 80 (1) de la legislación alemana en esta materia habla de un derecho de explotación compartido por todos los intérpretes: *Erbringen mehrere ausübende Künstler gemeinsam eine Darbietung, ohne dass sich ihre Anteile gesondert verwerten lassen, so steht ihnen das Recht zur Verwertung zur gesamten Hand zu. Keiner der beteiligten ausübenden Künstler darf seine Einwilligung zur Verwertung wider Treu und Glauben verweigern. § 8 Abs. 2 Satz 3, Abs. 3 und 4 ist entsprechend anzuwenden.*

<sup>293</sup> En concreto, el art. 111 LPI dispone: “Los artistas intérpretes o ejecutantes que participen colectivamente en una misma actuación, tales como los componentes de un grupo musical, coro, orquesta, ballet o compañía de teatro, deberán designar de entre ellos un representante para el otorgamiento de las autorizaciones mencionadas en este Título. Para tal designación, que deberá formalizarse por escrito, valdrá el acuerdo mayoritario de los intérpretes. Esta obligación no alcanza a los solistas ni a los directores de orquesta o de escena”.

artista aparente. En tal hipótesis dicho sujeto no ostentaría de manera originaria ningún derecho con respecto a la interpretación cuya paternidad pretende usurpar. En cambio, adquiriría la condición de cointérprete en el supuesto de que realizase alguna intervención en la actuación ejecutada principalmente por el intérprete fantasma (por ejemplo, cantando o tocando genuinamente alguna parte de la obra musical cuya interpretación pretende atribuirse).

En esta línea, cabe destacar que se produce una situación particularmente interesante en el caso de las actuaciones en vivo en las que el artista aparente finge interpretar una canción que está sonando en *playback* y cuya voz corresponde, en realidad, al artista fantasma. En tal hipótesis la paternidad de la interpretación vocal correspondería en todo caso a este último sujeto. Sin embargo, el intérprete aparente se encuentra en escena realizando normalmente alguna coreografía o ejecutando cualquier otra clase de *acting*. Dicha actividad también podría constituir una interpretación artística que fuera protegible por los derechos conexos de los artistas ejecutantes. Por consiguiente, la unión de las interpretaciones ejecutadas simultáneamente por ambos intérpretes generaría un nuevo bien inmaterial –la actuación artística resultado de la conjunción de la voz del artista fantasma y del cuerpo del artista aparente– sobre el que se establecería una cotitularidad correspondiente a ambos individuos.

Sea como fuera, lo que verdaderamente provoca que el fenómeno de la interpretación fantasma se reconduzca a los razonamientos que ya hemos realizado sobre la autoría fantasma es el reconocimiento de derechos morales al artista intérprete. En efecto, el artículo 113 de la Ley de Propiedad Intelectual reconoce, entre otros, el “derecho irrenunciable e inalienable al reconocimiento de su nombre sobre sus interpretaciones o ejecuciones”. Por tanto, nos percataremos de que el núcleo de la problemática es idéntico tanto en el ámbito de la autoría fantasma como en el de la interpretación fantasma. ¿Hasta qué punto resulta eficaz el consentimiento del autor o intérprete verdadero para autorizar la usurpación de su paternidad que lleva a cabo el autor o artista aparente? De este modo, la necesidad de contestar a esta pregunta nos conduce inexorablemente a tener que detenernos a continuación en el estudio de los derechos morales.

## **CAPÍTULO CUARTO**

### **LOS DERECHOS MORALES**

Tras haber reflexionado extensamente sobre la titularidad del derecho de propiedad intelectual, es preciso que nos detengamos ahora en analizar cuál es el contenido del mismo. En este sentido, el artículo 2 de la Ley de Propiedad Intelectual dispone lo siguiente: “La propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley”. En efecto, estos dos tipos de prerrogativas vienen representadas, por un lado, por los derechos morales y, por otro, por los derechos de explotación y los derechos remuneratorios. Esta doble faceta (personal y patrimonial) de la propiedad intelectual es la que ha dado pie al clásico debate en la doctrina sobre la naturaleza dualista o monista de los derechos de autor. Consideramos apropiado exponer sucintamente dicha discusión doctrinal.

En primer lugar, las tesis dualistas defienden que, a partir de un mismo hecho constitutivo –la creación de la obra–, nacerían dos grupos diferenciados de derechos, que tendrían distinta naturaleza jurídica y que, por consiguiente, presentarían características diferentes<sup>294</sup>. En cambio, los planteamientos monistas sostienen que la propiedad intelectual constituye un único derecho subjetivo, que estaría compuesto por un conjunto de diversas facultades de distinta naturaleza<sup>295</sup>. En la medida en que ambas teorías reconocen que el autor ostenta simultáneamente tanto intereses personales como patrimoniales, CÁMARA ÁGUILA ha señalado que la auténtica diferencia entre ambas concepciones radica en si, tal y como preconiza el dualismo, se proporciona un tratamiento jurídico distinto a estas dos clases de prerrogativas –sería el caso, por ejemplo, del modelo francés– o si, de acuerdo con los esquemas monistas, tanto las facultades

---

<sup>294</sup> Tal y como apunta PLAZA PENADÉS, J.: *El derecho moral...*, op. cit., pp. 150 y ss., las tesis dualistas habría surgido como una suerte de postura mixta entre las teorías patrimonialistas y las teorías personalistas que existían sobre la naturaleza de la propiedad intelectual. Como señalaremos posteriormente, KOHLER es considerado el padre del dualismo al ser el primero en señalar que en esta materia, además de las facultades patrimoniales que se proyectaban sobre el bien material, existían otro conjunto de potestades personales, cuya naturaleza era cercana a los derechos de la personalidad y que, por tanto, debían ser reguladas al margen de la propiedad intelectual.

<sup>295</sup> En este sentido, es archiconocida la metáfora de ULMER, que planteaba que el derecho de autor es el tronco común de un árbol del cual brotan las distintas ramas, es decir, las diferentes facultades que nacen de un único derecho subjetivo. Vid. ULMER, E.: *Urheber und Verlagsrecht*, 2ª ed., Springer - Verlag Berlin, 1960, p. 101.



personales como las patrimoniales están sometidas a un mismo régimen común –siendo en esta ocasión el sistema alemán el ejemplo paradigmático de dicho planteamiento–<sup>296</sup>.

No es una cuestión pacífica dentro de nuestra doctrina la de determinar exactamente bajo cuál de estos dos esquemas teóricos se encuadra mejor el ordenamiento jurídico español, puesto que el mismo presenta rasgos propios de ambos tipos de modelos. Por un lado, la doctrina clásica (que, a su vez, se mostraba más partidaria de considerar que los derechos morales eran derechos de la personalidad) ha defendido las tesis dualistas<sup>297</sup>; mientras que, por otro lado, en las últimas décadas la mayoría de los autores se ha inclinado por defender una concepción monista de los derechos de autor<sup>298</sup>. En nuestra opinión, los planteamientos monistas aportan una visión más coherente de la propiedad intelectual al configurarla como un único derecho subjetivo –en concreto, un derecho de propiedad especial o un derecho de propiedad sobre un bien inmaterial–, en el que tanto los intereses personales como los patrimoniales aparecen estrechamente interconectados, sin que se pueda desligar fácilmente los mismos, y de lo que resulta el reconocimiento de una

---

<sup>296</sup> Así pues, CÁMARA ÁGUILA, MP.: *El derecho moral del autor: con especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor*, Comares, Granada, 1998, pp. 10 – 14 destaca las diferencias entre ambas concepciones en lo que respecta al régimen de transmisión *inter vivos* (el dualismo considera que sólo los derechos morales son inalienables, mientras que la visión monista plantea que todo el derecho de autor en conjunto lo es, por lo que el autor no puede transmitir las facultades patrimoniales, sino que sólo puede otorgar licencias de explotación), de transmisión *mortis causa* (la tesis dualista establece diferencias en la transmisión de los derechos morales con respecto a los derechos de explotación, mientras que el monismo preceptúa que las facultades personales y patrimoniales siguen el mismo destino) y la duración de ambos tipos de prerrogativas (los sistemas dualistas suelen otorgar el carácter perpetuo a ciertos derechos morales, mientras que la postura monista establece que la extinción de ambas facultades se producirá a la vez). En un sentido similar, *vid.* DIETZ, A.: “The Moral Right of the Author: Moral Rights and the Civil Law Countries”, *19 Colum-VLA JL & Arts* 199, 1994, pp. 206 y ss. Por su parte, RODRÍGUEZ TAPIA, JM.: “Comentario del artículo 2”, *op. cit.*, p. 73 sostiene que la tesis dualista supone considerar la propiedad intelectual como una propiedad segregable de distintos derechos frente a la concepción monista que la concebiría justo al contrario, como una propiedad agregada de facultades inseparables.

<sup>297</sup> En defensa de las tesis dualistas, entre otros, *vid.* CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español común y foral*, T. I, Vol. II, Reus, Madrid, 1987, pp. 401 – 403. BONDÍA ROMÁN, F.: *Propiedad intelectual...*, *op. cit.*, p. 155. PUIG BRUTAU, J.: *Compendio de derecho civil*, vol. III, Bosh, Barcelona, 1989, p. 201.

<sup>298</sup> En defensa de la postura monista en nuestra doctrina, entre otros, *vid.* PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M.: “Comentario a los artículos 428 y 429 CC”, *op. cit.*, p. 711. DE ROMÁN PÉREZ, R.: “Naturaleza jurídica del derecho de autor” en AA.VV.: *Propiedad intelectual, derechos fundamentales y propiedad industrial* (coord. por C. IGLESIAS REBOLLO), Reus, Madrid, 2005, pp. 27 – 30. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario del artículo 1”, *op. cit.*, p. 23. LACRUZ BERDEJO, JL. y LACRUZ MANTECÓN ML.: “Comentario del artículo 2”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), *op. cit.*, pp. 28 – 31. ROGEL VIDE, C., SERRANO GÓMEZ, E. y LACRUZ MANTECÓN, ML.: *Manual de derecho...*, *op. cit.*, pp. 35 – 36. Por su parte, CÁMARA ÁGUILA, MP.: *El derecho moral...*, *op. cit.*, pp. 14 – 18, tras hacer un repaso por las opiniones más relevantes de la doctrina, concluye que el sistema español parece encajar dentro del esquema dualista, si bien considera que el legislador no ha llevado esta visión a sus últimas consecuencias en materia de transmisión y ejercicio *mortis causa* del derecho moral.

pluralidad de facultades, cuyo ejercicio va a afectar simultáneamente tanto a la esfera personal como patrimonial del autor<sup>299</sup>.

Con todo, no creemos que la legislación española en materia de derechos de autor pueda considerarse un sistema monista puro, puesto que es indudable que, a diferencia del ordenamiento alemán, la Ley de Propiedad Intelectual atribuye una regulación sustancialmente diferente a los derechos morales y a los derechos de explotación. En cualquier caso e independientemente de cómo resolvamos esta controversia puramente doctrinal, queremos señalar que en el presente trabajo utilizaremos indistintamente los términos “derechos” y “facultades” para referirnos a las prerrogativas que ostentan tanto el titular originario de la propiedad intelectual como los cesionarios de la misma, sin que por ello nos estemos decantando exclusivamente por uno de estos dos planteamientos<sup>300</sup>.

Así pues, dentro de esa dualidad de derechos o facultades que conforman la propiedad intelectual, nos encontramos, por un lado, con los derechos de explotación, que representan aquellas potestades que permiten al autor obtener rendimientos económicos a partir de la explotación de su creación en el mercado. Por ello, de conformidad con su propia finalidad, se caracterizan por ser derechos esencialmente transmisibles, si bien dicha cesión está sometida a determinados límites legales con el fin de proteger al autor como parte débil de la relación<sup>301</sup>. Igualmente, el autor ostenta otra serie de facultades patrimoniales (los conocidos como derechos remuneratorios) que le otorgan a éste el derecho de obtener una compensación o una remuneración equitativa por determinados actos de explotación de sus obras que se escapan de su esfera de control<sup>302</sup>. Todas estas prerrogativas patrimoniales a las que hemos hecho referencia son objeto de una detallada

---

<sup>299</sup> De cualquier modo, nos gustaría señalar que, pese a todo lo expuesto, tanto las posturas monistas como las dualistas (o, al menos, la mayoría de ellas) abogan por la conveniencia de regular toda la materia en un mismo texto legislativo, *vid.* PLAZA PENADÉS, J.: *El derecho moral...*, *op. cit.*, p. 175.

<sup>300</sup> PLAZA PENADÉS, J.: *El derecho moral...*, *op. cit.*, pp. 174 considera que el criterio monismo o dualismo resulta “insuficiente para clasificar las leyes del derecho de autor”. A nuestro entender, reviste de escaso interés profundizar en la adecuación del sistema español en uno u otro modelo, puesto que entendemos que existen contundentes argumentos tanto para defender una postura como la contraria. De hecho, DE ROMÁN PÉREZ, R.: “Naturaleza jurídica...”, *op. cit.*, pp. 21 – 27 señala que las diferentes leyes en materia de propiedad intelectual siempre recogen ciertos elementos que permiten a los partidarios del sector minoritario en dicho país (ya sea el dualista o el monista) defender su tesis. Por tanto, consideramos más apropiado descender a la concreta regulación que ha llevado a cabo nuestro legislador sobre las distintas facultades que integran la propiedad intelectual.

<sup>301</sup> Sobre las características de los derechos de explotación, *vid.* SÁNCHEZ ARISTI, R.: “Comentario del artículo 17”, *op. cit.*, pp. 280 – 281.

<sup>302</sup> Dichos derechos remuneratorios son dos en el ordenamiento jurídico español: el derecho de participación del artículo 24 LPI y el derecho a una compensación equitativa por copia privada del art. 25 LPI. Cabe destacar que, a diferencia de los derechos de explotación, dichas facultades patrimoniales son irrenunciables e inalienables.

regulación a lo largo del articulado de la Ley de Propiedad Intelectual, han sido tratadas abundantemente por la jurisprudencia y, además, han sido objeto de investigación en numerosos estudios realizados tanto por la doctrina nacional como por la extranjera.

Estando así las cosas, no consideramos que sea necesario descender a su análisis en detalle, puesto que el mismo desbordaría por mucho el objeto y la finalidad de este trabajo. De hecho, al estudiar el fenómeno de la autoría fantasma, no es su vertiente patrimonial la que suscita la controversia jurídica que da pie al presente estudio, en la medida en que la transmisión de las facultades patrimoniales que comporta no deja de ser una cesión de derechos de explotación, que estaría regida, en definitiva, por la regulación que realiza la Ley de Propiedad Intelectual de ciertos contratos de explotación (edición, representación teatral, ejecución musical, etc.) y, subsidiariamente, por las reglas generales de los artículos 42 y sucesivos de dicha norma.

En consecuencia, nos percataremos de que el núcleo de la problemática que pretendemos abordar radica en la incidencia y afectación que tiene este fenómeno sobre las prerrogativas personales que ostenta el autor de la obra intelectual, motivo por el cual centraremos nuestra atención en el análisis de las mismas. De este modo, podemos comenzar su estudio definiendo los derechos morales como un haz de facultades de naturaleza personal que ostenta el autor y que pretenden proteger el vínculo espiritual e indisoluble que une a su titular con la obra que ha creado. Como consecuencia de la finalidad a la que van dirigidas estas facultades, las mismas revisten una serie de notas características que las diferencian notablemente de los derechos de explotación. Dado que para el objeto de este trabajo será fundamental alcanzar un alto grado de comprensión de los derechos morales, nos detendremos a continuación a realizar un exhaustivo estudio de los mismos.

## **1. BREVE RECORRIDO HISTÓRICO EN TORNO A LA GÉNESIS DEL CONCEPTO JURÍDICO DE DERECHO MORAL**

La propiedad intelectual constituye un derecho subjetivo que es resultado de la conjunción tanto de los intereses patrimoniales del autor como de sus intereses personales. En nuestra opinión, ambos tipos de intereses son esenciales para entender la complejidad del hecho creativo que ampara el ordenamiento jurídico a través de la legislación en materia de derechos de autor, no pudiendo, por tanto, minusvalorarse ninguno de ellos. Por ello, rechazamos aquellos postulados que conciben exclusivamente

la propiedad intelectual como un producto más del mercado y como una realidad básicamente patrimonial, que viene adornada por ciertas potestades personales, de carácter secundario, que se le han concedido al autor<sup>303</sup>.

Creemos que dicha visión responde a una idea ciertamente extendida en el imaginario jurídico colectivo de que los derechos morales aparecieron en un momento históricamente posterior a los derechos de explotación. Según esta perspectiva, el núcleo básico de los derechos de autor sería de naturaleza patrimonial y, posteriormente, el mismo habría sido matizado mediante la concesión al autor de una serie de facultades personales de mayor o menor extensión. Si atendemos exclusivamente al reconocimiento exhaustivo y sistemático de los derechos morales en una norma jurídica, tendremos que concluir que el planteamiento anterior guarda parte de razón. Sin embargo, la realidad es que la falta de positivización de estas facultades personales no supone, en modo alguno, que la protección de estos intereses personales fuera desconocida por los distintos ordenamientos jurídicos<sup>304</sup>. Por tanto, creemos que es apropiado detenernos un momento en este punto para realizar un breve recorrido histórico sobre la conformación de la categoría jurídica de los derechos morales como forma de demostrar la importancia que ostentan los mismos dentro de nuestra legislación en materia de derechos de autor.

Nos gustaría partir de una premisa que, por más obvia que pudiera parecer, no deja de ser necesario traer a colación: la creación artística es anterior al mercado del arte. Podría decirse aún más: la pulsión creativa está ínsita en el ser humano y es anterior incluso a la aparición del dinero en nuestra sociedad. Como el lector sabrá, algunos de nuestros antepasados ya expresaron sus inquietudes creativas a través de las pinturas rupestres que plasmaron en las cavernas. No cabe duda de que, por ende, el ser humano siempre ha estado inclinado hacia la creación artística y de que, además, aquellas personas que lograban materializar dichas inclinaciones en una obra perceptible para los demás conseguían un cierto reconocimiento entre sus iguales, especialmente si aquélla lograba

---

<sup>303</sup> En nuestra opinión, ello conecta indudablemente con el debate sobre la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual. Tal y como hemos señalado, se podría entender que la propia denominación de la institución como “propiedad” intelectual no resulta neutral en este sentido, en la medida en que la propiedad es el derecho patrimonial por excelencia. Volveremos sobre todas estas cuestiones más adelante. Sobre las teorías patrimonialistas de la propiedad intelectual y la consideración o no de ésta como un derecho de propiedad, *vid.* PLAZA PENADÉS, J.: *El derecho moral...*, *op. cit.*, pp.108 y ss.

<sup>304</sup> En este sentido, ROSELLÓ MANZANO, R.: *Derechos de la personalidad...*, *op. cit.*, pp. 96 – 101. VALDÉS DÍAZ, C.: “Características del contenido moral del derecho de autor. Facultades morales del autor y derechos de la personalidad”, en AA.VV.: *Derechos morales de los creadores. Características, ámbito y límites* (coord. por C. ROGEL VIDE), Reus, 2019, Madrid, p. 15.

un determinado nivel de calidad. Desde tiempos inmemoriales, crear una obra es considerado socialmente como un mérito de su autor, por lo que existe una innegable ligazón entre la creación artística y el honor o la reputación del autor de la misma dentro de su comunidad.

En consecuencia, resulta natural que los primeros ordenamientos jurídicos ya protegieran de algún modo los intereses personales del autor, en la misma medida en que se protegían otros derechos de la personalidad tales como el honor o la reputación, incluso aunque todavía no se contemplase, en modo alguno, la existencia de los derechos de explotación<sup>305</sup>. De este modo, se tiene constancia de que en la Grecia clásica se perseguía el plagio y de que los autores realizaban listas con todas las inexactitudes o las modificaciones que se operaban sobre sus obras<sup>306</sup>. Igualmente, sin necesidad de reconocer la categoría de los derechos morales, la sociedad romana otorgaba una alta consideración al honor y a la reputación, de tal modo que se consideraba una afrenta contra las mismas la atribución no consentida de la autoría de una obra ajena<sup>307</sup>. Así pues, podemos percatarnos de que ya en estos periodos históricos vislumbramos los incipientes brotes de lo que algún día serán los derechos de paternidad o de integridad.

Los avances tecnológicos que surgieron con el paso de los siglos provocarían importantes cambios tanto a nivel económico como a nivel jurídico. La invención de la imprenta en el siglo XV supondría el punto de inflexión que marcaría la evolución hacia la actual configuración de la explotación de la obra en el mercado. De esta forma, se produciría el

---

<sup>305</sup> Quizás el lector se pregunte cómo era posible que los autores se vieran incentivados a dedicarse profesionalmente a la creación si no contaban con el reconocimiento por parte de los ordenamientos jurídicos de facultades patrimoniales sobre su obra. Pues bien, ello había sido posible precisamente gracias a que dichos autores habían obtenido la financiación necesaria bien a través de un sistema de subvenciones estatales como el de las polis griegas, bien mediante las aportaciones realizadas por mecenas particulares. Así lo refleja LACRUZ BERDEJO, J.L. y LACRUZ MANTECÓN M.L.: “Comentario del artículo 2”, *op. cit.*, p. 28. Por su parte, PLAZA PENADÉS, J.: *El derecho moral...*, *op. cit.*, pp. 40 – 48 atribuye la inexistencia de los derechos de explotación a los siguientes factores: la consideración social que tenía la actividad creativa, la fama como el mayor reconocimiento que podía tener el autor y la carencia de medios reproductivos. Además, apunta a la falta de diferenciación entre el *corpus mechanicum* y el *corpus mysticum*, lo que originaba que la propiedad del soporte material supusiera también la propiedad de su contenido intelectual.

<sup>306</sup> Así lo expone VALDÉS DÍAZ, C.: “Características del contenido...”, *op. cit.*, p. 15.

<sup>307</sup> En este sentido, ROSELLÓ MANZANO, R.: *Derechos de la personalidad...*, *op. cit.*, pp. 96 – 101, que desarrolla una serie de argumentos para fundamentar la idea de que en la sociedad romana hubiera sido posible ejercitar acciones para defender los intereses personales del autor. Del mismo modo, ya señalamos en el primer capítulo de este trabajo cómo Marco Valerio Marcial acusó pública y reiteradamente a Fidentino en sus *Epigramas* de apropiarse de sus versos, tildándole de “plagiario”, término que se utilizaba en la Antigua Roma para referirse a quien vendía como propio un esclavo ajeno, *vid.* MARCOS VALERIO MARCIAL (texto, introducción y notas por GUILLÉN, J.; revisado por ARGUDO, F.): *Epigramas de...*, *op. cit.* Sobre la protección de los intereses personales de los autores en la Antigua Roma, DE LA DURANTAYE, K.: “Origins of the Protection...”, *op. cit.*, pp. 21 – 40.

primer desarrollo normativo de los derechos de autor con la aparición de los conocidos como privilegios de imprenta. Estos suponían el otorgamiento por parte del poder real durante un determinado periodo de tiempo del derecho de reproducción en exclusiva de una obra concreta a favor, en una primera etapa, del impresor de la misma y, posteriormente, del propio autor de ésta<sup>308</sup>. Si bien dichos privilegios supusieron fundamentalmente el reconocimiento por primera vez al autor de facultades patrimoniales, es importante destacar que, a su vez, se fueron contemplando, aunque de forma parcial y residual, algunas potestades personales, tales como la capacidad de decidir si la obra se publicaba o no o el derecho a oponerse a las modificaciones que terceros realizaran sobre la misma<sup>309</sup>.

Aun así, la consagración normativa de la categoría de los derechos morales no se produciría verdaderamente hasta el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX. Por un lado, ello fue posible gracias a la labor práctica que desempeñaron los tribunales franceses de la época. Las primeras resoluciones que aludirían a la existencia de ciertas facultades personales e intransmisibles que ostentaba el autor sobre su obra se producirían en el seno de procedimientos civiles de crisis matrimonial, en los que se discutía sobre la integración de determinadas obras artísticas en la masa común o su consideración como bienes privativos (lo que, en tal caso, llevaría aparejado el reconocimiento de ciertas potestades personalísimas en torno a la divulgación o modificación de dichas obras)<sup>310</sup>. Así mismo, otros casos frecuentes eran aquéllos en los que los acreedores pretendían que el autor concursado publicara su obra como forma de obtener ingresos; aquéllos en los que los editores llevaban a cabo supresiones o modificaciones de las obras literarias sin el consentimiento de sus creadores; o aquéllos en los que se solicitaban la ejecución forzosa

---

<sup>308</sup> Entre otros, MARCO MOLINA, J.: “Bases históricas y...”, *op. cit.*, pp. 123 – 127. PLAZA PENADÉS, J.: *El derecho moral...*, *op. cit.*, pp. 50 – 59. LACRUZ BERDEJO, JL. y LACRUZ MANTECÓN ML.: “Comentario del artículo 2”, *op. cit.*, p. 28.

<sup>309</sup> PLAZA PENADÉS, J.: *El derecho moral...*, *op. cit.*, pp. 87 – 90 expone varios casos en los que las autoridades concedieron protección a los autores que reclamaban la protección de sus intereses personales, amparándose para ello en su derecho a publicar la obra y a oponerse a que la misma experimentase cambios o deformaciones. En la misma línea, VALDÉS DÍAZ, C.: “Características del contenido moral...”, *op. cit.*, p. 16.

<sup>310</sup> En este sentido, *vid.* RAMS ALBESA, J.: “La génesis de los derechos morales de los creadores”, en AA.VV.: *En torno a los derechos morales de los creadores* (coord. por C. ROGEL VIDE), Reus, Madrid, 2003, pp. 20 – 32 que realiza un recorrido jurisprudencial a través de las resoluciones del siglo XIX y primera mitad del siglo XX sobre esta cuestión. Hasta la positivización de los derechos morales en la ley francesa de 1958, se podía apreciar una cierta tensión existente entre la Corte de Apelación de París, proclive a la innovación y al reconocimiento de estas facultades personales pese a la ausencia de respaldo normativo, y la Corte de Casación francesa, que, por el contrario, se limitó a aplicar las normas vigentes y, en consecuencia, revocó total o parcialmente varias de las decisiones de la Corte de Apelación en esta materia.

específica para obligar a la entrega de una obra, que había sido objeto de un contrato de encargo, en contra de la voluntad del autor<sup>311</sup>.

Por otro lado, hay que destacar la importante labor teórica que realizó paralelamente la doctrina jurídica alemana<sup>312</sup>. De este modo, KOHLER desarrolló la teoría del doble derecho, que planteaba la concurrencia de dos tipos de derechos en materia de propiedad intelectual y que provenían de fuentes distintas: un derecho patrimonial que protegía la obra y un derecho personal que protegía al autor<sup>313</sup>. Dicha teoría sería el germen de la actual postura dualista, defendida en Francia por autores tan ilustres como DESBOIS<sup>314</sup>. Igualmente, GIERKE sostuvo la tesis personalista, que concebía al derecho de autor como un derecho único que pertenecía a la categoría de los derechos de la personalidad<sup>315</sup>. Dicha tesis derivaría en el actual monismo alemán, que sería defendido por autores como ULMER, quien para sostener dicha postura pondría el foco, en su lugar, en la conexión y unidad de los intereses patrimoniales y personales que ampara la propiedad intelectual. Como podremos observar, fue, en definitiva, la doctrina alemana la responsable de concebir la categoría de los derechos morales desde el plano teórico, tanto desde la óptica dualista como desde la visión monista<sup>316</sup>.

No obstante, para lograr un auténtico reconocimiento de los derechos morales era preciso que éste se produjera más allá de las fronteras nacionales de los escasos países que ya lo habían realizado. Dicho hito se trató de lograr a través de la revisión de Roma de 1928

---

<sup>311</sup> Así lo apunta ROSELLÓ MANZANO, R.: *Derechos de la personalidad...*, op. cit., pp. 15 – 16.

<sup>312</sup> La doctrina suele establecer un antecedente anterior al hablar de los escritos de Immanuel KANT refiriéndose a los derechos de autor como bienes inherentes a la personalidad. En este sentido, vid. PLAZA PENADÉS, J.: *El derecho moral...*, op. cit., p. 64. ROSELLÓ MANZANO, R.: *Derechos de la personalidad...*, op. cit., p. 16. Sin embargo, MARCO MOLINA, J.: “Bases históricas y...”, op. cit., pp. 158 – 163 plantea con acierto cómo posiblemente se ha sobredimensionado la intención de KANT en este sentido, quien – lejos de considerar la propiedad intelectual como un derecho de la personalidad – ponía el foco en la relación contractual que unía al editor y al autor.

<sup>313</sup> Para ello, KOHLER estableció la categoría de la propiedad sobre los “bienes inmateriales”, vid. ROSELLÓ MANZANO, R.: *Derechos de la personalidad...*, op. cit., p. 17. Por su parte, MARCO MOLINA, J.: “Bases históricas y...”, op. cit., pp. 166 – 167 entiende que la teoría de KOHLER tuvo impacto en la legislación de la época, incluido en el ordenamiento español, entendiendo que se pueden establecer ciertas conexiones entre la idea de los bienes inmateriales y nuestra categoría jurídica de las propiedades especiales.

<sup>314</sup> Para un mayor análisis sobre esta cuestión, vid. DESBOIS, H.: *Le droit d’auteur...*, op. cit., pp. 233 y ss.

<sup>315</sup> A este respecto, MARCO MOLINA, J.: “Bases históricas y...”, op. cit., pp. 166 – 172 destaca que el planteamiento teórico de este autor dotaba de sentido a las distintas particularidades que rodeaban a la institución, pero prescindiendo para ello del Derecho positivo de la época y partiendo además de una construcción del derecho de autor excesivamente unilateral, que minusvaloraba la vertiente patrimonial del derecho. De hecho, la autora señala cómo los postulados de GIERKE no tuvieron reflejo directo en ningún ordenamiento jurídico.

<sup>316</sup> Para esta breve exposición, hemos seguido principalmente a CÁMARA ÁGUILA, MP.: *El derecho moral...*, op. cit., pp. 6 – 9.

del Convenio de Berna<sup>317</sup>. Durante las negociaciones del mismo, los Estados que se incardinaban dentro de los sistemas continentales de protección de la propiedad intelectual se mostraban mucho más proclives a la inclusión de esta figura –incluso aunque existían ciertas discrepancias entre algunos de dichos Estados<sup>318</sup>–, frente a las claras reticencias de los países del *common law*. Sin olvidarnos de las numerosas presiones que sufrían países como Estados Unidos por parte de importantes sectores económicos para que no se coartara en modo alguno la libertad contractual a la hora de negociar con los autores<sup>319</sup>, la razón de dichas reticencias se basaba, al menos teóricamente, en una batería de argumentos jurídicos esgrimidos por los países de este entorno para rechazar esta categoría normativa<sup>320</sup>.

Finalmente, para que la balanza se decantara en favor del reconocimiento internacional de los derechos morales fue decisiva la influencia de la delegación italiana, en la que participaba, entre otros, PIOLLA CASELLI, quien había asumido como propias las tesis monistas y fue el responsable de conseguir el consenso necesario entre los distintos Estados sobre la cuestión de los derechos morales<sup>321</sup>. Sin embargo, precisamente como consecuencia de las tensiones producidas por las distintas posturas de los Estados que suscribieron el Convenio de Berna, se acabaría consiguiendo dicho consenso mediante la redacción de mínimos que tendría el artículo 6.bis. Tras las revisiones de Bruselas (1928)

---

<sup>317</sup> Cabe destacar que en la Revisión de Berlín de 1908 ya hubo un intento (fracasado) de introducir la cuestión de los derechos morales en el Convenio de Berna. Así lo recuerda PLAZA PENADÉS, J.: *El derecho moral...*, op. cit., pp. 92 – 93.

<sup>318</sup> Un ejemplo de dichas discrepancias giraba en torno a la duración de los derechos morales, que enfrentó a la delegación francesa, partidaria de concederles carácter perpetuo, y la alemana, que abogaba por su extinción junto con los derechos de explotación. Finalmente, se impondría la tesis monista alemana, vid. ROSELLÓ MANZANO, R.: *Derechos de la personalidad...*, op. cit., p. 29.

<sup>319</sup> ROSELLÓ MANZANO, R.: *Derechos de la personalidad...*, op. cit., p. 24 menciona a importantes empresas que conformaron un poderoso lobby para evitar la adhesión de Estados Unidos al Convenio de Berna.

<sup>320</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M.: “¿Existe protección del derecho moral de autor en el sistema norteamericano?”, en AA.VV.: *En torno a...*, op. cit., p. 234 expone que Estados Unidos y Australia adujeron razones competenciales para rechazar la inclusión de los derechos morales en el texto. Por su parte, ROSELLÓ MANZANO, R.: *Derechos de la personalidad...*, op. cit., pp. 102 - 103 menciona que los países del *common law* se oponían al reconocimiento de estas facultades personales, alegando el carácter excesivamente abstracto de los intereses que se pretendían proteger, que la protección de éstos no pertenecía propiamente al ámbito de las leyes sobre *copyright* y que dichas potestades otorgaban a los autores la capacidad de restringir irrazonablemente el libre mercado.

<sup>321</sup> RIGAMONTI, C.P.: “The Conceptual Transformation...”, op. cit., pp. 115 y ss. Según ROSELLÓ MANZANO, R.: *Derechos de la personalidad...*, op. cit., pp. 19 – 20, se consideraba que el planteamiento monista podía resultar más acertado para acercar posturas, puesto que evitaría la oposición tanto de aquellos países que alegaban que ya protegían los mismos intereses mediante los derechos de la personalidad, como de aquellos que desconocían totalmente dicha figura.



y Estocolmo (1967), la actual redacción del precepto se produciría en la Conferencia de París (1971), estableciendo el primer apartado del mismo lo siguiente:

*Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación.*

De este modo, se produciría un reconocimiento internacional de los derechos de paternidad e integridad, que –quizás con la indebida omisión del derecho de divulgación<sup>322</sup>– conformarían el núcleo duro de los derechos morales. Como acabamos de indicar, la doctrina ha solido destacar el “contenido de mínimos” del artículo 6.bis del Convenio, ya que el mismo omite varios aspectos que resultan de suma relevancia<sup>323</sup>. Sin embargo, no puede negarse que su inclusión resultó clave para que los países del *common law* fueran integrando este tipo de facultades personales en sus ordenamientos jurídicos<sup>324</sup>.

Por su parte, la legislación española no contemplaba en aquel momento la categoría de los derechos morales. Ello no quiere decir que nuestro ordenamiento fuera ajeno a la protección de los intereses personales de los autores, puesto que tanto la Ley de Propiedad Intelectual de 1879 como el Reglamento de 1880 reconocieron, aunque fuera de forma parcial y esporádica, ciertas potestades en este ámbito a los creadores de obras

---

<sup>322</sup> En este sentido, ROSELLÓ MANZANO, R.: *Derechos de la personalidad...*, op. cit., p. 28 apunta a cómo los países del *common law* rechazaron la inclusión del derecho de divulgación y de inédito en tanto que consideraban que suponía una limitación excesiva en las relaciones contractuales entre autores y cesionarios.

<sup>323</sup> Entre ellos, ROSELLÓ MANZANO, R.: *Derechos de la personalidad...*, op. cit., pp. 25 – 31 destaca los siguientes: 1) el reconocimiento únicamente de los derechos de paternidad e integridad; 2) la consideración de que no toda modificación supondría una vulneración del derecho de integridad, sino únicamente la que cause perjuicio al honor; 3) la ausencia de prohibiciones con respecto a la transmisión o renuncia de estos derechos; 4) su no establecimiento como facultades perpetuas; 5) la ausencia de referencias a la titularidad y el ejercicio de las mismas en supuestos tales como las obras colectivas, las realizadas en el marco de un empleo o aquellos supuestos en los interviniera una persona jurídica como titular de los derechos patrimoniales; y 6) la enorme flexibilidad a la hora de establecer los mecanismos de protección de estos intereses personales, admitiéndose el recurso a normas en materia de competencia desleal, derechos de la personalidad o protección de los consumidores.

<sup>324</sup> Pese a todo, tal y como explica YZQUIERDO TOLSADA, M.: “¿Existe protección...”, op. cit., pp. 231 – 247, los Estados Unidos ratificarían el Convenio de Berna en 1988, pero excluyendo explícitamente la aplicación directa del art. 6.bis. De este modo, más allá del reconocimiento de estas facultades personales para determinados artistas visuales en la *Visual Artist Rights Act* de 1 de diciembre de 1990 (VARA), en el modelo estadounidense la defensa de la paternidad e integridad se produciría a través de los mecanismos genéricos de protección del honor (*defamation*) y la intimidad (*privacy*).

intelectuales<sup>325</sup>. En cualquier caso, el primer reconocimiento de los mismos se produciría con la ratificación de España de la revisión de Roma del Convenio de Berna el 21 de julio de 1932. Pese a ello, dicha ratificación no supuso un verdadero reconocimiento de este conjunto de prerrogativas del autor, puesto que el Tribunal Supremo en la Sentencia de 21 de junio de 1965 (conocida como el caso Pablo Serrano<sup>326</sup>) estableció que el Convenio tenía un contenido meramente programático, por lo que era preciso que para la auténtica efectividad de dichos derechos el legislador español los reconociera expresamente en nuestra legislación nacional. De este modo, el término “derecho moral” se emplearía por primera vez<sup>327</sup> en nuestro ordenamiento en la Ley 17/1966, de 31 de marzo, reguladora de los derechos de propiedad intelectual en las obras cinematográficas<sup>328</sup>. No obstante, no se desarrollaría el contenido de estos derechos de manera transversal y para todos los autores hasta la promulgación de la Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987, regulación que se mantendría en la vigente normativa en materia de derechos de autor.

En la actualidad, es el artículo 14 de la Ley de Propiedad de Intelectual el que reconoce los derechos morales del autor, recogiendo un catálogo de facultades considerablemente más extenso que el reconocido en el Convenio de Berna y constituyéndose así la

---

<sup>325</sup> Así pues, el artículo 8 LPI 1879 prohíbe la publicación de una obra sin el consentimiento del autor; el artículo 24 LPI 1879 y artículo 69 Reglamento 1880 impiden la alteración de la obra dramática sin autorización del autor; y el artículo 31 LPI 1879 y el Reglamento de 1880 obligan a mencionar la fuente original cuando se reproduzca un fragmento contenido en una publicación periódica.

<sup>326</sup> STS (Sala de lo Civil) de 21 de junio de 1965 (RJ 1965, 6370). El famoso escultor Pablo Serrano había demandado a una cadena hotelera por desmontar una estatua, que había sido elaborada por encargo de la entidad demandada, y almacenar las piezas en un desván. En resumen, el actor alegaba que se había producido una vulneración de su derecho moral de respeto a la integridad de su obra, mientras que la demandada argumentó que había adquirido la propiedad de la escultura y que la misma fue retirada tras colocarla y ver que desentonaba con la decoración. Así mismo, la parte demandada señaló que la obra había sido guardada discretamente en el almacén, sin perjudicar la reputación del artista, ante la negativa de éste a que la escultura fuera instalada en otro lugar. Para un análisis exhaustivo del caso, *vid.* PLAZA PENADÉS, J.: *El derecho moral...*, *op. cit.*, pp. 297 – 327.

<sup>327</sup> Podría establecerse un antecedente anterior: el Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual de 24 de mayo de 1934, que en su artículo 19 reconocía como inalienables los derechos morales de paternidad e integridad. Así lo destaca PLAZA PENADÉS, J.: *El derecho moral...*, *op. cit.*, p. 99.

<sup>328</sup> El artículo cuarto de dicho texto legal reconocería los derechos de paternidad e integridad de estos autores. El mencionado precepto dispone lo siguiente: “Los autores de la obra cinematográfica, con independencia de los pactos que hayan estipulado con los productores, tendrán, en todo caso, los siguientes derechos: (...) Segundo.—A que su aportación se haga constar en la película y en cuantos actos de reproducción se lleven a cabo de la parte o actuación que les corresponda. Tercero.—A exigir, tanto en la realización como en la exhibición, el respeto a su aportación, pudiendo perseguir las alteraciones sustanciales que se lleven a cabo sin su autorización, así como los demás actos que atenten contra su derecho moral de autor. (...)”.

legislación española en la más amplia en este sentido<sup>329</sup>. De esta forma, en dicho artículo se reconocen las siguientes potestades: el derecho de divulgación de la obra (artículo 14.1º y 2º), el derecho de paternidad (artículo 14.3º), el derecho de integridad de la obra (artículo 14.4º), el derecho de modificación (artículo 14.5º), el derecho de retirada o arrepentimiento (artículo 14.6º) y el derecho al acceso al ejemplar único o raro (artículo 14.7º). Como vemos, la regulación española incluye dentro de dicha categoría potestades de muy diversa índole, lo que ha originado que la doctrina destaque en ocasiones la dificultad para encontrar un denominador común para todos ellos<sup>330</sup>. En este trabajo nos centraremos, posteriormente, en el análisis de las dos primeras facultades enumeradas, divulgación y paternidad, por su vinculación con el fenómeno de la autoría fantasma.

## 2. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS MORALES

La naturaleza de los derechos morales nunca ha resultado pacífica. De hecho, ni siquiera lo ha sido su denominación, cuyo origen está en la doctrina francesa (*droits moraux*). Parte de la doctrina ha criticado la falta de rigurosidad del término, puesto que el mismo podría dar a entender que pueden existir por oposición unos “derechos inmORAles”<sup>331</sup>. Así mismo, los países del *common law* también se mostraron reacios a la inclusión de dicha denominación en el Convenio de Berna, ya que la idea de “moral” les evocaba ineludiblemente a cuestiones que no estaban reguladas por la ley, llegándose a proponer nombres alternativos para esta figura. Sin embargo, el peso de la tradición jurídica y la ausencia de un término más preciso han resultado determinantes para que se siga manteniendo esta denominación<sup>332</sup>.

Dos son los debates que, tradicionalmente, han girado en torno a la naturaleza jurídica de los derechos morales: el primero relativo a si estas facultades podían considerarse o no derechos de la personalidad, y el segundo en relación con la categorización o no de los mismos como derechos fundamentales. Desde nuestro punto de vista, creemos que un examen de ambas polémicas doctrinales puede resultar útil de cara a los fines del presente trabajo, puesto que la correcta delimitación de la naturaleza jurídica de estas potestades

---

<sup>329</sup> Así lo afirma PLAZA PENADÉS, J.: “Comentario del artículo 14”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. por J.M. RODRÍGUEZ TAPIA), *op. cit.*, pp. 153 – 154, quien defiende la necesidad de uniformar la regulación de los derechos morales entre los distintos países.

<sup>330</sup> En este sentido, ROGEL VIDE, C., SERRANO GÓMEZ, E. y LACRUZ MANTECÓN, ML.: *Manual de derecho...*, *op. cit.*, p. 37.

<sup>331</sup> *Ibidem*, pp. 36 – 37.

<sup>332</sup> En este sentido, ROSELLÓ MANZANO, R.: *Derechos de la personalidad...*, *op. cit.*, pp. 21 – 22.

personalísimas puede contribuir a esclarecer cuál es la solución apropiada para resolver la problemática de la autoría fantasma.

## 2.1. Los derechos morales como derechos de la personalidad

Si bien existen ciertas dificultades para aportar una definición unitaria y omnicomprendensiva de los derechos de la personalidad, podríamos afirmar que dicha categoría jurídica aúna al conjunto de prerrogativas esenciales e innatas que ostenta cualquier individuo por el mero hecho de ser persona y que tiene por objeto determinados bienes corporales o incorporeales que integran su ser o que resultan una emanación de su personalidad<sup>333</sup>. En este sentido, GARCÍA RUBIO destaca que se trata, en definitiva, de “una fórmula habitual y crecientemente utilizada en los ordenamientos modernos para hacer referencia al conjunto de derechos con los que se trata de proteger la integridad e inviolabilidad de la persona”<sup>334</sup>. Por su parte, los derechos morales constituyen un conjunto de facultades personales dirigidas a proteger el vínculo personal e indisoluble que existe entre el autor y su obra. Las similitudes entre ambas figuras, caracterizadas por su naturaleza extrapatrimonial y dirigidas a la tutela de determinados intereses personales del ser humano, ha generado un amplio debate en la doctrina sobre la inclusión o no de los derechos morales dentro de la categoría de los derechos de la personalidad<sup>335</sup>. A continuación, abordaremos algunos de los principales argumentos que se han empleado en dicha discusión.

Para comenzar, resulta incuestionable que existen fuertes vínculos conceptuales entre los derechos morales y los derechos de la personalidad. La conexión entre ambas categorías jurídicas es evidente, sobre todo si tenemos en cuenta la génesis histórica de las mismas.

---

<sup>333</sup> Para un estudio pormenorizado de los derechos de la personalidad, *vid.*, entre otros, GARCÍA RUBIO, M. P.: “Los derechos de la personalidad”, en AA.VV.: *Tratado de derecho de la persona física* (dir. por M.C. GETE-ALONSO Y CALERA), Vol. 2, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 595 – 631. VENDRELL CERVANTES, C.: *El mercado de los derechos...*, *op. cit.* DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Los derechos fundamentales...”, *op. cit.*, pp. 54 – 111.

<sup>334</sup> GARCÍA RUBIO, M. P.: “Los derechos de...”, *op. cit.*, pp. 597 – 598.

<sup>335</sup> A favor de la consideración de los derechos morales como derechos de la personalidad, *vid.* DE CASTRO, F.: *Temas De Derecho Civil*, Madrid, 1972, pp. 21 – 23. CASTÁN TOBEÑAS, J.M.: “Los derechos de la personalidad”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio-agosto-septiembre, 1952, p. 57 – 59. En contra de esta posición, *vid.* RAMS ALBESA, J.: “Comentario del artículo 14” en AA.VV.: *Comentarios al Código...*, *op. cit.*, pp. 304 y ss. ROGEL VIDE, C.: *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1985, pp. 55 – 56. MARÍN LÓPEZ, J.J.: *El Conflicto entre...*, *op. cit.*, pp. 60 – 61. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario del artículo 1”, *op. cit.*, pp. 22 – 23. Finalmente, cabe destacar que algunos autores defienden la consideración de la propiedad intelectual como un derecho subjetivo *sui generis*, *vid.* VEGA VEGA J. A.: *Protección de la Propiedad Intelectual*, Aisge-Reus, Madrid, 2002, p. 105. ESPÍN ALBA, I.: *Contrato de edición literaria*, Comares, Granada, 1994, pp. 27 – 28.

Tal y como hemos visto en el apartado anterior, la doctrina alemana vinculó originalmente los derechos morales con los derechos de la personalidad al considerar a los primeros como bienes de la personalidad. Por tanto, la propia formulación teórica de los derechos morales tiene su origen en la teoría de los derechos de la personalidad, por lo que no se trata de figuras completamente ajenas entre sí.

Así mismo, a través de ambos tipos de prerrogativas se pueden llegar a proteger bienes jurídicos que son, cuando menos, parcialmente coincidentes<sup>336</sup>. El ejemplo más paradigmático de ello lo encontramos en el derecho al honor. Ya hemos mencionado anteriormente cómo la creación artística está ligada intrínsecamente a la posición del autor dentro de la sociedad, por lo que la indebida omisión de su autoría o los ataques contra su obra que supongan la mutilación de la misma inciden sobre la fama o la reputación del creador. Tanto es así que en numerosos ordenamientos jurídicos –siendo el caso español uno de ellos– sólo se considera que hay una vulneración del derecho de integridad cuando “suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación” (artículo 14.4 de la Ley de Propiedad Intelectual). Más tajante resulta en este sentido el inciso final del apartado 1 del artículo 6.bis del Convenio de Berna al establecer que el autor sólo podrá oponerse a las mutilaciones o modificaciones de su obra “que cause[n] perjuicio a su honor o a su reputación”. En esta misma línea, debemos apuntar cómo los países de la órbita jurídica del sistema del *copyright*, que tradicionalmente han desconocido los derechos morales, reaccionaban frente a las lesiones a los intereses personales del autor empleando para ello los mismos mecanismos genéricos que ya existían para proteger a los individuos frente a las lesiones contra los bienes de la personalidad, tales como la *defamation* o el *right to privacy*<sup>337</sup>.

Finalmente, existen una serie de notas comunes entre los derechos morales y los derechos de la personalidad que contribuyen a generar cierta analogía entre los mismos<sup>338</sup>. Así pues, ya hemos apuntado a la naturaleza extrapatrimonial de ambos tipos de facultades, de la que se derivan características tan elementales de estas prerrogativas como su

---

<sup>336</sup> De hecho, PLAZA PENADÉS, J.: “Comentario del artículo 14”, *op. cit.*, p. 153 sostiene que si nuestra legislación no contemplase el reconocimiento de derechos morales, se podría conseguir una protección idéntica o similar a través de las acciones de protección de los derechos de la personalidad.

<sup>337</sup> En este sentido, *vid.* YZQUIERDO TOLSADA, M.: “¿Existe protección...” *op. cit.*, pp. 238 – 244. ROSELLÓ MANZANO, R.: *Derechos de la personalidad...*, *op. cit.*, pp. 101 – 112. Este último autor destaca que, pese a todo, los países del entorno del *common law* han ido progresivamente reconociendo en sus legislaciones, aunque sea de manera limitada, algunos derechos morales.

<sup>338</sup> De este modo, PLAZA PENADÉS, J.: “Comentario del artículo 14”, *op. cit.*, pp. 153 – 154 señala estos rasgos comunes para sostener que los derechos morales son derechos de la personalidad.

inalienabilidad y su irrenunciabilidad<sup>339</sup>. De igual modo, el ejercicio de estos derechos es personalísimo y su reconocimiento y protección forma parte de nuestro orden público<sup>340</sup>. Pese a todo, debemos destacar que existen algunos rasgos propios de los derechos de la personalidad que difícilmente podrían ser aplicables a los derechos morales.

En primer lugar, los derechos de la personalidad son esenciales a todos los seres humanos y, por tanto, el individuo es titular de estas prerrogativas desde el mismo momento de su nacimiento. En cambio, el hecho constitutivo de los derechos de autor es la creación de una obra intelectual original, de tal modo que hasta que ésta se lleve a cabo el sujeto no es titular de derecho alguno. Por lo tanto, habrá individuos que creen una o varias obras originales a lo largo de su vida y lleguen de esta forma a ser titulares originarios del derecho de propiedad intelectual sobre sus obras y, en cambio, habrá sujetos que no creen nunca ninguna obra protegible por la normativa en materia de derechos de autor, por lo que no llegarán a ser titulares de estos derechos. En consecuencia, en opinión de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, sería contrario a la igualdad de todas las personas en determinados atributos esenciales incluir dentro de esta categoría un derecho, como el de propiedad intelectual, que sólo van a llegar a ostentar ciertos sujetos a lo largo de su vida<sup>341</sup>.

Como respuesta a esta argumentación, PLAZA PENADÉS plantea la idea de la “esencialidad en potencia”, es decir, todo ser humano es potencialmente autor<sup>342</sup>. Quizás dicha afirmación sea cierta, pero, a nuestro entender, la potencialidad no equivale a la esencialidad que caracteriza a los derechos de la personalidad<sup>343</sup>. Lo que es esencial e

---

<sup>339</sup> Tal y como señala ROSELLÓ MANZANO, R.: *Derechos de la personalidad...*, op. cit., pp. 70 – 71, las notas de irrenunciabilidad e inalienabilidad de un determinado derecho están presentes en aquellos supuestos en los que el legislador considera que hay una parte más débil en relación contractual, p.ej.: consumidores y usuarios. Sin embargo, este autor no cree que, pese a todo, ello debilite la evidente conexión que existe entre la propiedad intelectual y los derechos de la personalidad.

<sup>340</sup> Prueba de que los derechos morales forman parte del orden público español es el art. 199.5 LPI, que reconoce el derecho moral a cualquier autor independientemente de su nacionalidad, y la disposición transitoria sexta del mismo texto legal que reconoce derechos morales para los autores de obras creadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual. En idéntico sentido, vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Bienes de la personalidad y derecho moral de autor”, en AA.VV.: *En torno a...*, op. cit., p. 103.

<sup>341</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Bienes de la personalidad...”, op. cit., p. 103.

<sup>342</sup> PLAZA PENADÉS, J.: *El derecho moral...*, op. cit., pp. 240 – 242.

<sup>343</sup> A este respecto, PLAZA PENADÉS, J.: *El derecho moral...*, op. cit., pp. 238 – 239 destaca que, por ejemplo, el derecho al nombre es un derecho de la personalidad, incluso aunque no se tenga materialmente un nombre en el momento de nacer. De este modo, considera este autor que se podría realizar una argumentación similar para defender la inclusión de los derechos morales dentro de dicha categoría jurídica. Desde nuestro punto de vista, dicho razonamiento no nos parece lo suficientemente contundente. Incluso aunque no se posea un nombre justo al nacer, desde ese mismo momento el individuo ya ostenta el derecho a ser identificado con uno sin necesidad de que tenga que hacer nada más para obtener la titularidad de

innato en todo ser humano es la capacidad para crear una obra, de manera que consideramos que lo que sí sería un derecho de la personalidad es el derecho a la libertad de creación, al que nos referiremos en el siguiente apartado. En cambio, sólo surgirán los derechos de autor (y, en concreto, los derechos morales) en el momento en que el individuo llegue a crear una obra original, circunstancia que podrá llegar a ocurrir o no en algún momento a lo largo de la vida de aquél<sup>344</sup>. Será, por tanto, únicamente en ese momento cuando surja una relación jurídica entre el autor y la obra que ya ha sido exteriorizada.

He aquí, precisamente, otra de las diferencias notables que existen entre los derechos morales y los derechos de la personalidad. Se ha destacado que estos últimos son derechos de difícil objetivización, puesto que el titular y el objeto del mismo se confunden en una misma persona. Por el contrario, podremos percatarnos de que dicho fenómeno no se produce en la propiedad intelectual, donde queda claramente diferenciada la obra (objeto del derecho) del autor (titular originario del mismo)<sup>345</sup>. De nuevo, a modo de réplica, se ha apuntado que la obra no es más que un reflejo exteriorizado de la personalidad del autor o incluso que el derecho moral está protegiendo el vínculo personal que se ha generado entre el creador y su obra<sup>346</sup>. Sin embargo, en nuestra opinión, ello no quiere decir que la obra forme parte intrínseca de la personalidad de quien la ha creado, por más que pudiera llegar a ser fruto de la misma. En este sentido, nos parece especialmente elocuente a este respecto la analogía dibujada por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, que destaca que los hijos nacen de sus progenitores y establecen con ellos un vínculo de filiación natural, pero ello no implica que los hijos formen parte de quienes los han concebido<sup>347</sup>.

Por último, antes de plantear nuestra posición personal, nos gustaría señalar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no se ha pronunciado siempre en el mismo sentido

---

dicho derecho. No es el caso, por tanto, de la propiedad intelectual, en el que se requerirá ineludiblemente la creación de una obra intelectual como premisa necesaria para la constitución del derecho.

<sup>344</sup> En esta línea, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Bienes de la personalidad...”, *op. cit.*, p. 103, que sostiene que la potencialidad para ser autor no implica que toda persona sea automáticamente autor y titular de derechos morales sin tener obra alguna. En la misma línea, ROSELLÓ MANZANO, R.: *Derechos de la personalidad...*, *op. cit.*, p. 41.

<sup>345</sup> En sentido similar, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.: *Construcción jurídica de los derechos de la personalidad*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, 1976, p. 55. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: *Derecho de autor...*, *op. cit.*, 41.

<sup>346</sup> Así lo defiende PLAZA PENADÉS, J.: *El derecho moral...*, *op. cit.*, pp. 235 – 238.

<sup>347</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Bienes de la personalidad...”, *op. cit.*, p. 102.

en relación con esta cuestión<sup>348</sup>. A modo de ejemplo, destaca, a nuestro parecer, por la claridad con la que se expresa la Sentencia de 9 de diciembre de 1985, en la que el Alto Tribunal señala que “el derecho de autor, que no es un derecho de la personalidad porque asimismo carece de la nota indispensable de la esencialidad, pues no es consustancial o esencial a la persona, en cuanto que no toda persona es autor”. En cambio, la Sentencia de 28 de enero de 1995 el Tribunal Supremo afirma lo siguiente:

*La naturaleza jurídica de los derechos de autor resulta debatida, pero no se puede desconocer su aspecto de integrar efectivo derecho de la personalidad o facultad personalísima, como sostiene algún sector doctrinal, ya que, en todo caso, proviene y deriva del hacer humano, en el que se integran contenidos económicos, con el añadido de derechos morales, de tal manera que su dimensión opera personal y patrimonialmente en línea de concepción paleomonista.*

En nuestra opinión, si bien no negamos la existencia de ciertos lazos entre los derechos morales y los derechos de la personalidad como consecuencia de un mismo devenir histórico, nos inclinamos por sostener que las facultades personales que ostenta el autor no constituyen otra manifestación más de los derechos de la personalidad. Estimamos que ésta es la postura más apropiada por dos motivos. En primer lugar, hallamos un notable obstáculo para que estas prerrogativas personales sean consideradas como parte de los derechos de la personalidad en la ausencia de “esencialidad” en los derechos morales, cuestión que ha destacado tanto el Tribunal Supremo como ciertos sectores de la doctrina y a la que ya nos hemos referido. En segundo lugar, consideramos que los derechos morales encuentran una adecuada explicación dentro de la institución de la propiedad privada, siempre y cuando entendamos que estamos ante un tipo de propiedad especial.

En efecto, dichas facultades personales son consecuencia del dominio que tiene el autor de una obra intelectual sobre dicho bien inmaterial, con el que establece un vínculo espiritual permanente, lo que justifica que al autor se le concedan potestades para decidir cuestiones tales como la divulgación, la modificación o la retirada de la obra del mercado. El hecho de que dichas facultades personales derivadas del dominio hayan sido

---

<sup>348</sup> A favor de la consideración de los derechos morales como derechos personalidad, *vid.* STS (Sala de lo Civil) de 28 enero de 1995 (RJ\1995\387) y STS (Sala de lo Civil) núm. 237/1999 de 23 de marzo (RJ\1999\2005). En sentido contrario, *vid.* STS (Sala de lo Civil) de 14 octubre de 1983 (RJ\1983\5326), STS (Sala de lo Civil) de 9 de diciembre de 1985 (RJ\1985\6320). STS (Sala de lo Civil) de 2 de marzo de 1992 (RJ\1992\1834).



conceptuadas legalmente como inalienables e irrenunciables responde a la concurrencia de un especial interés público, pues la sociedad en su conjunto ostenta un interés en proteger a los autores de determinadas obras para así garantizar que, por ejemplo, se mantenga la integridad esencial de las mismas o resulte posible conocer la autoría de dichas creaciones<sup>349</sup>. Por ello, el creador siempre va a ser titular de estas prerrogativas personales frente a los cesionarios de los derechos de explotación, ya que las mismas permiten tutelar unos determinados intereses jurídicos privados que redundan, a su vez, en favor de toda la ciudadanía.

Sin embargo, todo ello no debe obviar que el fundamento básico de los derechos morales sigue subyaciendo en la idea de que el autor es “dueño” de dicho bien inmaterial. Es cierto que dicho dominio se encuentra temporalmente limitado, lo que ocasiona ciertos recelos para asimilar esta institución dentro de la figura de la propiedad. Sin embargo, incluso dicha particularidad puede explicarse en el seno de la propiedad privada, puesto que al fin y al cabo la misma también está limitada por la función social del derecho. Así pues, la limitación temporal de los derechos de autor permite compatibilizar el reconocimiento de una propiedad especial como es la propiedad intelectual con el acceso a la cultura por parte de todos los ciudadanos, principio reconocido en el artículo 44 de la Constitución<sup>350</sup>.

Finalmente, queremos destacar que no existe, en realidad, una especial necesidad teórica de incluir los derechos morales dentro de la categoría de los derechos de la personalidad<sup>351</sup>. En esta línea, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO señala que, en la actualidad, los derechos morales se encuentran suficientemente regulados en la Ley de Propiedad Intelectual, por lo que no es necesario recurrir a la teoría de los derechos de la personalidad para complementar dicha regulación. Ello sólo contribuiría a un

---

<sup>349</sup> Así lo opina PLAZA PENADÉS, J.: *El derecho moral...*, op. cit., p. 118.

<sup>350</sup> En esta línea, PLAZA PENADÉS, J.: *El derecho moral...*, op. cit., pp. 114 – 119. ANGUITA VILLANUEVA, L.: “Derechos fundamentales y propiedad intelectual: el acceso a la cultura”, en AA.VV.: *Propiedad intelectual...*, op. cit., pp. 85 – 86.

<sup>351</sup> En nuestra opinión, la necesidad de subsumir a toda costa los derechos morales en la categoría de los derechos de la personalidad (incluso, en ocasiones, desfigurando el molde con tal de que encaje la pieza en cuestión) responde a cierto impulso romántico –y, en contra de lo que pudiera parecer, estos no son ajenos a la ciencia jurídica– por parte de un sector de la doctrina. Los derechos morales gravitan en torno a la protección de los intereses más personales e íntimos que puede tener un creador con respecto a su obra. De este modo, hay quien pareciera entender que al no considerar a estas facultades personales como derechos de la personalidad estaríamos desmereciendo los intereses del autor en este ámbito e, incluso, en última instancia, el propio fenómeno de la creación artística. No consideramos que haya desmerecimiento alguno en que los derechos morales posean una naturaleza propia, que conformen su propia categoría y que estén matizados por una serie de notas particulares que impiden identificarlos plenamente con los derechos de la personalidad.

desdibujamiento de los derechos morales, cuyo análisis debe centrarse en su incidencia e interrelación con las facultades patrimoniales que integran la propiedad intelectual<sup>352</sup>.

No obstante, aunque compartimos dicha opinión y entendemos que se tratan de instituciones diferentes, sí creemos que las potenciales lagunas que pudieran existir en la regulación de los derechos morales se solucionan de manera más efectiva recurriendo a las previsiones normativas establecidas para los derechos de la personalidad que con el régimen general de la propiedad ordinaria contemplado en el Código Civil y al que se remite el artículo 429 de dicho texto legal<sup>353</sup>. Nos referimos, por ejemplo, a la exclusión de la antijuricidad de una intromisión consentida por el titular o a la posibilidad de revocar el consentimiento inicialmente otorgado por aquél. En efecto, ambas cuestiones representan asuntos de sumo interés de cara a afrontar la problemática de la autoría fantasma.

Por último, querríamos concluir el presente epígrafe destacando el curioso camino históricamente inverso que han recorrido ambos tipos de facultades. Por un lado, la propiedad intelectual era concebida en un primer momento por los distintos ordenamientos jurídicos como un derecho básicamente patrimonial, lo cual generó a la postre la necesidad de reconocer un haz de facultades personales que tuviera como finalidad poner coto a las excesivas pretensiones de los comitentes, editores, adquirentes del soporte material, etc. Surgiría así la dimensión personal de esta institución, representada por los derechos morales y que se contrapone a la faceta patrimonial, integrada por los derechos de explotación y los derechos remuneratorios. En cambio, el recorrido que han seguido los derechos de la personalidad ha sido justo el contrario. En la medida en que dichas prerrogativas conectaban con bienes personalísimos como el honor, la intimidad o la propia imagen, dichas potestades se configuraron como una *res extracommercium*. Dicha concepción inicial ha evolucionado hacia un marco jurídico que tiende a reconocer una doble vertiente personal y patrimonial, al modo de la propiedad intelectual y que permitiría ciertos actos de explotación en el tráfico jurídico de

---

<sup>352</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Bienes de la personalidad...”, *op. cit.*, pp. 107 – 110.

<sup>353</sup> En efecto, el art. 429 CC preceptúa: “La Ley sobre Propiedad Intelectual determina las personas a quienes pertenece ese derecho, la forma de su ejercicio y el tiempo de su duración. En casos no previstos ni resueltos por dicha ley especial se aplicarán las reglas generales establecidas en este Código sobre la propiedad.”. A este respecto, PLAZA PENADÉS, J.: *El derecho moral...*, *op. cit.*, pp. 270 – 271 señala que el mencionado artículo fue redactado en un momento histórico en el que la legislación española en materia de derechos de autor era de corte patrimonialista y no contemplaba la existencia de derechos morales. Entiende que, en su lugar, las normas relativas a los derechos de la personalidad se muestran como más adecuadas para suplir las lagunas que puedan surgir con respecto a la regulación de los derechos morales.

determinados derechos de la personalidad tales como el derecho a la intimidad o el derecho a la propia imagen<sup>354</sup>.

A este respecto, nos gustaría señalar que, en nuestra opinión, la progresiva patrimonialización que se ha producido de los derechos de la personalidad no debería llevarnos a concluir que necesariamente debería llevarse a cabo un proceso similar con respecto a la reglamentación de los derechos morales. Primeramente, creemos que ello no es necesario en modo alguno, en tanto que la propiedad intelectual ya puede ser objeto de explotación en el tráfico jurídico a través de la cesión de los derechos de explotación. Por tanto, la actual regulación de los derechos de autor no es semejante a la que existió en otro tiempo en relación con los derechos de la personalidad (es decir, una legislación tan conservadora que impedía a sus titulares disfrutar lícitamente de los rendimientos económicos que pudieran derivarse de una explotación consentida de ciertos bienes personalísimos). En segundo lugar, al igual que ocurre con los derechos de la personalidad, los derechos morales funcionan como ese conjunto de mecanismos de defensa esenciales que permiten a su titular reaccionar frente a intromisiones ilícitas realizadas por terceros. La patrimonialización de estas prerrogativas personalísimas, ya sea permitiendo su transmisión *inter vivos* o la absoluta renuncia de las mismas, devendría en un panorama de desprotección jurídica de los autores, lo que supondría un notable retroceso con respecto a los niveles de tutela y garantía ya alcanzados por nuestro actual ordenamiento jurídico.

## **2.2. Los derechos morales como derechos fundamentales**

Además de la cuestión relativa a la inclusión o no de los derechos morales en la categoría jurídica de los derechos de la personalidad, se ha producido otra larga discusión en la doctrina en torno a la ubicación de la propiedad intelectual dentro del texto constitucional y su consiguiente carácter como derecho fundamental o no. Las principales posturas al respecto se podrían esquematizar de la siguiente forma<sup>355</sup>: a) la propiedad intelectual, en conjunto, se encuentra subsumida en el artículo 20.1.b) de la Constitución<sup>356</sup>; b) la propiedad intelectual (de nuevo, en conjunto) tiene su ubicación en el artículo 33 de

---

<sup>354</sup> ROSELLÓ MANZANO, R.: *Derechos de la personalidad...*, op. cit., p. 85 también apunta a este camino histórico inverso que han seguido los derechos de la personalidad y los derechos morales.

<sup>355</sup> Para esquematizar las principales posturas doctrinales a este respecto, seguimos la clasificación planteada por PLAZA PENADÉS, J.: *El derecho moral...*, op. cit., pp. 327 – 330.

<sup>356</sup> OTERO LASTRES, J.M.: “La protección constitucional del derecho de autor: análisis del artículo 20.1.b) de la Constitución española de 1978”, *Revista Jurídica La Ley*, 1986- 2, pp. 376 – 379.

nuestro texto constitucional<sup>357</sup>; y c) la protección de la propiedad intelectual en la Carta Magna está fragmentada, de tal modo que los derechos morales estarían protegidos por el artículo 20.1.b) y las facultades patrimoniales por el artículo 33<sup>358</sup>.

Como vemos, lo que se discute, en esencia, es si la protección de los derechos de autor está contemplada (íntegra o parcialmente) en la Sección 1ª del Capítulo Segundo o si, en cambio, lo está en la Sección 2ª del mismo Capítulo. Es relevante destacar que nuestro Tribunal Constitucional no se ha pronunciado nunca directamente sobre esta cuestión y que, al igual que ha ocurrido en relación con el debate en torno a la consideración de los derechos morales como derechos de la personalidad, el Tribunal Supremo ha mantenido una bamboleante posición que poco ha contribuido al esclarecimiento de la cuestión<sup>359</sup>. Al final, la auténtica relevancia jurídica de esta discusión se ciñe básicamente a dos consecuencias concretas que se derivan de la ubicación de este derecho en una u otra Sección: en primer lugar, la posibilidad o no de emplear un procedimiento jurisdiccional preferente y sumario para garantizar la tutela del derecho, así como la de recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional (artículo 53.2 de la Constitución); y, en segundo lugar, la necesidad o no de que este derecho sea desarrollado por medio de una ley orgánica (artículo 81.1 de la Constitución).

Si analizamos las diferentes posturas de la doctrina sobre esta cuestión, nos percataremos de que la discusión se desarrolla principalmente en dos campos de batalla bien distintos. Por un lado, existe un intenso debate en torno al contenido del derecho que se desprende del tenor literal del texto del artículo 20.1.b) de la Constitución. Por otro, encontramos una serie de argumentos complementarios de diversa índole que podríamos esbozar, a grandes rasgos, de la siguiente manera: a) el carácter orgánico u ordinario de la Ley de

---

<sup>357</sup> RAMS ALBESA, J.: “Comentario del artículo 14”, *op. cit.*, pp. 307 – 309. VATTIER FUENZALIDA, C.: “La propiedad intelectual (estudio sistemático de la Ley 22/1987)”, *Anuario de derecho civil*, Vol. 46, Nº 3, 1993, p. 1046. LASARTE ÁLVAREZ, C. en el prólogo a GONZÁLEZ LÓPEZ, M.: *El derecho moral de autor en la Ley española de Propiedad Intelectual*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pp. 10 – 14. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario del artículo 1”, *op. cit.*, p. 22.

<sup>358</sup> ROLDÁN BARBERO, H.: “Personalismo y patrimonialidad en la reciente modificación de los delitos contra los derechos intelectuales”, *Revista Jurídica La Ley*, 1988-2, pp. 916 – 917. PÉREZ DE CASTRO, N.: “El derecho de propiedad sobre obras de arte y el derecho del autor al respeto de la obra”, *Actualidad Civil*, 1987-1, pp. 224 – 225. PLAZA PENADÉS, J.: *El derecho moral...*, *op. cit.*, pp. 359 – 367.

<sup>359</sup> El Tribunal Supremo se ha mostrado proclive a considerar que los derechos de autor son una manifestación de la libertad de creación reconocida en el art. 20.1.b) CE en la STS (Sala de lo Civil) de 3 junio de 1991 (RJ\1991\4407) y en la STS (Sala de lo Civil) núm. 234/1996 de 29 de marzo (RJ\1996\2371). En cambio, el Alto Tribunal se ha posicionado en contra de dicha posibilidad en la STS (Sala de lo Civil) de 9 de diciembre de 1985 (RJ\1985\6320) –si bien en el voto particular el magistrado Fernández Rodríguez considera que el núcleo esencial de los derechos de autor se encuentra protegido en el art. 20.1.b) –, y en la STS (Sala de lo Civil) núm. 321/2011 de 22 junio (RJ\2012\6860).

Propiedad Intelectual; b) la interpretación de la Constitución de conformidad con los tratados internacionales, especialmente en relación con el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; y c) el proceso de redacción y tramitación parlamentaria del actual artículo 20.1.b). Queremos adelantar que, bajo nuestra perspectiva, esta tríada de argumentos carece de peso suficiente para inclinar la discusión hacia un lado u otro de la balanza. De hecho, dichos argumentos pueden llegar a ser esgrimidos tanto por los partidarios de una postura como por los de la contraria. Por ello, hemos preferido comentar primero estos razonamientos que nos parecen de naturaleza accesoria para así posteriormente poder detenernos en el análisis de lo que consideramos verdaderamente esencial: determinar cuál es el contenido del artículo 20.1.b) de la Constitución.

### **2.2.1. Argumentos accesorios en el debate en torno a la propiedad intelectual como derecho fundamental**

Comenzando pues con el primero de estos argumentos de apoyo, algunos autores han realizado una suerte de razonamiento inverso consistente en partir de cuál ha sido la actuación del legislador para así dilucidar en qué precepto constitucional se ampara la propiedad intelectual. De este modo, parte de la doctrina ha señalado que la normativa que desarrolla este derecho carece del rango de ley orgánica. Efectivamente, la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, que derogó la legislación preconstitucional, tenía carácter ordinario. Así mismo, la actual regulación se contiene en un decreto legislativo, cuya autorización –de conformidad con lo establecido en el artículo 82.1 de nuestra Carta Magna– no hubiera sido procedente por parte de las Cortes Generales en el caso de que la propiedad intelectual estuviera contemplada en la Sección 1ª del Capítulo Segundo. Por último, todas las reformas de dicha norma se han producido, a su vez, también a través de diferentes leyes ordinarias.

Como consecuencia de todo ello, un importante sector de la doctrina razona que si ésta ha sido la actuación del legislador, ello implica que los derechos de autor no pueden estar amparados por el artículo 20.1.b) de la Constitución. Es más, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO apunta a una segunda (nefasta) consecuencia: si la propiedad intelectual fuera un derecho fundamental, la actual legislación sería inconstitucional y, por tanto, ni siquiera habría quedado derogada la Ley de Propiedad Intelectual de 1879<sup>360</sup>. En nuestra opinión,

---

<sup>360</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario del artículo 1”, *op. cit.*, p. 21.

sin entrar en estos momentos en si la conclusión a la que se llega es acertada o no, consideramos que se podrían plantear ciertas objeciones a la argumentación anterior.

En primer lugar, el razonamiento en cuestión parece partir de la premisa de que la actuación del legislador es necesariamente conforme con el canon de constitucionalidad y constituye, además, la interpretación adecuada de nuestra Carta Magna. Bajo nuestra perspectiva, dicha idea podría conllevar el peligro de que se acabara enervando la labor del Tribunal Constitucional a la hora de controlar los actos del poder legislativo. Sospechamos que razones de oportunidad política han llevado a nuestro legislador a regular esta materia por medio de leyes de carácter ordinario, pero no quiere ello decir que dicha actuación haya sido necesariamente correcta en términos constitucionales, incluso aunque dicha pauta de comportamiento legislativo se haya extendido a lo largo de décadas<sup>361</sup>.

En segundo lugar, no creemos que considerar la propiedad intelectual como un derecho fundamental deba implicar forzosamente la desprotección de las relaciones jurídicas que se han creado desde la entrada en vigor de la Ley 22/1987<sup>362</sup>. Si bien la cuestión no se ha planteado directamente ante el Tribunal Constitucional, no nos cabe la menor duda de que si dicho órgano considerara que la propiedad intelectual se encuadra dentro del artículo 20.1.b) de la Constitución (y, por tanto, su desarrollo debiera llevarse a cabo a través de una ley orgánica), lo más razonable sería delimitar los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de tal modo que la misma no tuviera efectos retroactivos, manteniéndose todas las situaciones jurídicas creadas al amparo de la actual normativa y encomendando al legislador la labor de promulgar una ley orgánica sobre esta materia.

En sentido contrario a la línea defendida por este sector mayoritario de la doctrina, PLAZA PENADÉS entiende que, aunque los derechos morales sí se encuentran ubicados en el artículo 20.1.b) de nuestra Carta Magna, nuestra actual Ley de Propiedad Intelectual no necesita ser elevada al rango de ley orgánica. Para defender dicha postura, argumenta que la norma en cuestión no supone ningún desarrollo legislativo de un derecho fundamental

---

<sup>361</sup> En este mismo sentido, RODRÍGUEZ TAPIA, JM.: “Comentario del artículo 2”, *op. cit.*, p. 71.

<sup>362</sup> En cualquier caso, no creemos que el resultado que produciría una eventual declaración de inconstitucionalidad deba ser absolutamente determinante para el Tribunal Constitucional a la hora de tomar una decisión. Lo contrario podría suponer que si seguimos este planteamiento hasta sus últimas consecuencias, se estaría justificando que el legislador pudiera contravenir determinados mandatos constitucionales, siempre y cuando el resultado que se consiguiese fuera positivo, ya que habría que evitar a toda costa las repercusiones negativas que se producirían *de facto* si el Tribunal Constitucional declarase la inconstitucionalidad de dicha actuación.

(en concreto, de los derechos morales) al centrar su regulación, principalmente, en los aspectos patrimoniales de la propiedad intelectual<sup>363</sup>. A este respecto, creemos que es difícil sostener simultáneamente que los derechos morales sean derechos fundamentales y que la Ley de Propiedad Intelectual no suponga un desarrollo de los mismos cuando es el único texto legal que menciona dichas facultades personales –puesto que ni siquiera nuestra Constitución lo hace–, las enumera, las caracteriza e, incluso, en determinadas ocasiones les otorga un régimen jurídico particular para determinados supuestos.

En todo caso, si partiéramos de la misma premisa que PLAZA PENADÉS (es decir, que los derechos morales están incluidos dentro del ya aludido precepto constitucional y no lo están, en cambio, las prerrogativas patrimoniales), la conclusión que alcanzaríamos sería otra bien distinta: que sólo dicha materia concreta revestiría carácter orgánico dentro de la Ley de Propiedad Intelectual, de tal modo que la regulación restante versaría sobre materias conexas que son abordadas en el mismo texto legal por su innegable vinculación temática con aquélla<sup>364</sup>. De este modo, si el legislador –o el Tribunal Constitucional– indicara expresamente que únicamente los preceptos relativos a los derechos morales reúnen carácter orgánico (si consideráramos que, efectivamente, estamos ante derechos incluidos en la Sección 1ª del Capítulo Segundo de la Constitución), el resto de la normativa no sufriría el efecto de congelación de rango, por lo que la misma podría ser modificada a través de una ley ordinaria<sup>365</sup>.

---

<sup>363</sup> Con base en la doctrina del Tribunal Constitucional, PLAZA PENADÉS, J.: *El derecho moral...*, op. cit., pp. 354 y ss. recuerda que se debe realizar una interpretación restrictiva de las normas que tienen que revestir el rango de leyes orgánicas, de tal modo que no se produzca una congelación de rango con respecto a materias que, en realidad, tiene que ser desarrolladas a través de leyes ordinarias. En la medida en que este autor considera que no es razonable la tramitación de dos leyes diferentes sobre derechos de autor (una de carácter orgánica que regule el núcleo esencial contenido en el art. 20.1.b) CE y otra ordinaria que aborde el resto de cuestiones) y que la Ley de Propiedad es fundamentalmente una norma que desarrolla los aspectos patrimoniales, considera un acierto que el legislador haya regulado la materia por medio de una ley ordinaria.

<sup>364</sup> Ésta es la postura que defiende, por ejemplo, ROLDÁN BARBERO, H.: “Personalismo y patrimonialidad...”, op. cit., p. 917.

<sup>365</sup> Esta interpretación es la que ha sido acogida por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional. En este sentido, la STC (Pleno) núm. 5/1981 de 13 febrero (RTC\1981\5) estableció lo siguiente:

*La reserva de ley orgánica no puede interpretarse de forma tal que cualquier materia ajena a dicha reserva por el hecho de estar incluida en una ley orgánica haya de gozar definitivamente del efecto de congelación de rango y de la necesidad de una mayoría cualificada para su ulterior modificación (artículo 81.2 CE), pues tal efecto puede y aun debe ser excluido por la misma ley orgánica o por sentencia del Tribunal Constitucional que declaren cuáles de los preceptos de aquélla no participan de tal naturaleza. (...)*

*Pues bien, cuando se dé el supuesto que acabamos de indicar y, por consiguiente, en una misma ley orgánica concurren materias estrictas y materias conexas, hay que afirmar que en principio éstas también quedarían sujetas al régimen de congelación de rango señalado en el artículo 81.2 de la Constitución y que así debe ser en defensa de la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE). Pero*

Por otra parte, pasando al segundo de los que hemos denominado como argumentos complementarios, se ha apuntado a que el artículo 27.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece la protección de los “intereses morales y materiales” que correspondieren a los autores por la creación de sus obras<sup>366</sup>. De este modo, el artículo 10.2 de la Constitución dispone que la interpretación de los derechos fundamentales reconocidos en nuestro texto constitucional debe realizarse de conformidad con lo dispuesto en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los tratados internacionales referentes a estas materias. Como consecuencia de ello, cierto sector de la doctrina sostiene que la conjunción de ambos artículos obligaría a una interpretación del artículo 20.1.b) que condujera a considerar que la propiedad intelectual se encuentra contemplada en dicho precepto<sup>367</sup>. Si bien no negamos que el razonamiento que acabamos de esbozar podría servir de apoyo para defender dicha postura, no creemos que se trate, en cualquier caso, de un argumento decisivo.

En nuestra opinión, el espíritu de la cláusula contenida en el artículo 10.2 es el de garantizar una protección mínima de determinados bienes jurídicos que han sido reconocidos internacionalmente, sin que sea estrictamente necesario que para ello se articule el máximo nivel de protección previsto en nuestra Carta Magna. Así pues, a modo de ejemplo, el artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce el

---

*este régimen puede ser excluido por la propia ley orgánica en relación con alguno de sus preceptos, indicando cuáles de ellos contienen sólo materias conexas y pueden ser alterados por una ley ordinaria de las Cortes Generales o, en su caso, por leyes de las Comunidades Autónomas. Si tal declaración no se incluyera en la ley orgánica, o si su contenido no fuese ajustado a Derecho a juicio del Tribunal Constitucional, será la sentencia correspondiente de éste la que, dentro del ámbito propio de cada recurso de inconstitucionalidad, deba indicar qué preceptos de los contenidos en una ley orgánica pueden ser modificados por leyes ordinarias del Estado o de las Comunidades Autónomas, contribuyendo de este modo tanto a la depuración del ordenamiento como a la seguridad jurídica, que puede quedar gravemente afectada por la inexistencia o por la imperfección de las citadas normas de articulación.*

Con todo, el propio Tribunal aclara que la inclusión de materias conexas debe regirse por un criterio restrictivo. Así, la STC (Pleno) núm. 76/1983 de 5 agosto (RTC\1983\76) afirma:

*Pero el que una ley orgánica pueda contener preceptos no orgánicos no significa -como pretende el Abogado del Estado- que sea suficiente la existencia de algún precepto de contenido orgánico para que pueda atribuirse a toda la ley dicho carácter. Es preciso, en primer término, que el núcleo de la ley afecte a materias reservadas a la ley orgánica, de acuerdo con lo establecido en el artículo 81.1 de la Constitución, y la conexión no puede consistir en yuxtaponer preceptos referidos a materias distintas de las reservadas a tal tipo de ley. Por otra parte, la ley orgánica sólo puede incluir preceptos que excedan del ámbito estricto de la reserva cuando su contenido desarrolle el núcleo orgánico y siempre que constituyan un complemento necesario para su mejor inteligencia, debiendo en todo caso el legislador concretar los preceptos que tienen tal carácter.*

<sup>366</sup> En concreto, el art. 27.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece: “Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”.

<sup>367</sup> Así lo entiende PLAZA PENADÉS, J.: “Comentario del artículo 14”, *op. cit.*, p. 156.



derecho a la propiedad privada, lo que no es incompatible con que dicho derecho sea reconocido en nuestra Constitución a través del artículo 33, es decir, en la Sección 2ª del Capítulo Segundo. Por lo tanto, en lo relativo a la protección de la propiedad intelectual, es conveniente recordar que el ordenamiento jurídico español ya reconoce y ampara los derechos de autor, otorgando, de hecho, una protección muy superior al contenido mínimo establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos o en el Convenio de Berna. No consideramos que ni el artículo 10.2 ni dichos textos internacionales obliguen a incardinar la protección de los derechos de autor dentro de la libertad de creación en lugar de considerarla como una manifestación más del derecho a la propiedad privada<sup>368</sup>.

Finalmente, el último de estos argumentos complementarios se centra en el proceso de redacción y tramitación parlamentaria del artículo 20.1.b) de la Constitución, normalmente con la pretensión de demostrar que la intención del constituyente era incluir los derechos de autor en dicho precepto<sup>369</sup>. En este sentido, el artículo 20.2 del Anteproyecto de Constitución establecía: “Se garantiza la protección de los derechos inherentes a la producción literaria, artística y científica”. Posteriormente, tras la presentación de las enmiendas al Anteproyecto, la Ponencia volvería a redactar el artículo de la siguiente forma: “Se reconocen y protegen los derechos: b) A la producción y creación literaria, artística y científica”. Como podemos observar, nunca se emplearon las palabras “propiedad intelectual” o “derechos de autor” durante el proceso de elaboración del mencionado precepto, pero sí parece que la sombra de esta institución sobrevoló por la mente tanto de los ponentes como de los diputados que presentaron enmiendas al precepto<sup>370</sup>.

---

<sup>368</sup> En sentido contrario, PLAZA PENADÉS, J.: *El derecho moral...*, op. cit., pp. 333 – 334, quien, si bien reconoce que la interpretación que acabo de exponer es admisible, considera que el derecho de autor no está suficientemente protegido en el art. 33 CE. Para ello, este autor recuerda que durante el proceso de elaboración del art. 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se cuestionó la necesidad de reconocer expresamente los derechos de autor, en la medida en que ya se contemplaba el derecho a la propiedad privada en la Declaración. Sin embargo, dicha postura se desechó en favor de reconocer ambas instituciones y hacerlo además en preceptos diferentes.

<sup>369</sup> En este sentido, PLAZA PENADÉS, J.: *El derecho moral...*, op. cit., pp. 294 – 297, que expone detalladamente el proceso de tramitación parlamentaria del art. 20.1.b) CE. URÍAS MARTÍNEZ, J.: “Comentario del artículo 20.1.b)”, en AA.VV.: *Comentarios a la Constitución española* (dir. por M. RODRÍGUEZ-PÍÑERO Y BRAVO FERRER y M.E. CASAS BAAMONDE), Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional (España), Wolters Kluwer, Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, p. 617.

<sup>370</sup> Las enmiendas que se presentaron cuestionaban la idoneidad de que el derecho se elevara a categoría fundamental, debiéndose considerar un derecho de carácter civil más que no debía aparecer recogido expresamente en la Constitución. Así, a modo de ejemplo, el diputado Mendizábal Uriarte defendió lo siguiente, *vid.* Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Asuntos Constitucionales y

De este modo, durante el debate en la Comisión de Asuntos Constitucionales, Gregorio Peces-Barba defendió expresamente la posición superior de la propiedad intelectual con respecto a la propiedad ordinaria y la tendencia a la constitucionalización de la primera frente a la tendencia a la desconstitucionalización de la segunda<sup>371</sup>. En la línea de lo apuntado por Peces-Barba, parece innegable la influencia que pudo tener a este respecto la Constitución Portuguesa de 2 de abril de 1976<sup>372</sup> –cercana temporal y geográficamente al momento de aprobación de nuestra Carta Magna–, cuyo artículo 42 dispone: “1. Será libre la creación intelectual, artística y científica. 2. Esta libertad comprende el derecho a la invención, producción y divulgación de obras científicas, literarias o artísticas, incluyendo la protección legal de los derechos de autor”<sup>373</sup>.

Sea como fuese, el actual artículo 20.1.b) de la Constitución española quedó redactado finalmente de la siguiente forma: “1. Se reconocen y protegen los derechos: b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica”. PLAZA PENADÉS apunta a que la actual redacción responde al deseo del constituyente de sistematizar los cuatros derechos contenidos en el artículo 20 bajo un mismo encabezamiento, pero que el verdadero significado del derecho contemplado en dicho apartado del precepto lo

---

Libertades Públicas, Sesión núm. 9, celebrada el viernes 19 de mayo de 1978, núm. 70, 1978, pp. 2533 – 2534:

*En cuando al apartado b), en el que se protege el derecho a la producción y creación literaria y científica, entendemos que debiera suprimirse de la Constitución porque no es materia de ley constitucional, sino de ley ordinaria; porque si se reconoce el derecho de propiedad intelectual, habría que enumerar en la Constitución todos los temas de derechos subjetivos de carácter civil.*

<sup>371</sup> Según el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, Sesión núm. 9, celebrada el viernes 19 de mayo de 1978, núm. 70, 1978, p. 2534, la intervención que realizó Gregorio Peces-Barba en la Comisión Constitucional fue la siguiente:

*Señor Presidente, precisamente entendemos que no es coherente que un Grupo Parlamentario que ha tenido tanto interés, como veremos en su momento, en defender, a nivel constitucional, la propiedad privada (que es, desde el punto de vista científico, la que está en entredicho, no en cuanto propiedad privada, sino en cuanto a su constitucionalización, hasta el punto de que en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas no figura, como signo de ese proceso de desconstitucionalización, como derecho fundamental, que no de desaparición; que es, además, una forma de propiedad mucho más espiritual, mucho más moral, que está mucho más vinculada directamente a la persona, como es la producción y creación literaria, artística y científica, que está en alza); no es coherente, repito, que mientras hay una tendencia científica a la desconstitucionalización que no a la desaparición –que quede bien claro, para que no se nos confunda–, de la propiedad privada, hay una tendencia paralela y contradictoria a la constitucionalización de esta producción y creación literaria, artística y científica. Por consiguiente, estimamos que no es coherente esa posición que mantiene el Grupo Parlamentario, en la intervención de don Pedro Mendizábal –que ha sido, como todas las suyas, inteligente, pero, a mi juicio, contradictoria–, pues va en sentido contrario de donde camina en este momento la línea del Derecho Constitucional. Y lo mismo ocurre en este tema de avanzar hacia la constitucionalización, pues ellos proponen precisamente la desconstitucionalización.*

<sup>372</sup> Así lo defiende RODRÍGUEZ TAPIA, JM.: “Comentario del artículo 2”, *op. cit.*, p. 70.

<sup>373</sup> Constitución de Portugal, 1976, con enmiendas hasta 2005, [constituteproject.org](https://www.constituteproject.org/constitution/Portugal_2005.pdf?lang=es), p. 13, disponible en [https://www.constituteproject.org/constitution/Portugal\\_2005.pdf?lang=es](https://www.constituteproject.org/constitution/Portugal_2005.pdf?lang=es)

encontramos en la redacción que tenía el mismo en el Anteproyecto de la Constitución<sup>374</sup>. Como ya hemos apuntado, no negamos que la institución de la propiedad intelectual estuvo presente en la mente de los sujetos involucrados durante el proceso de tramitación parlamentaria de la norma en cuestión. No obstante, tampoco podemos obviar que en su redacción actual el mencionado artículo no recoge expresamente la figura de los derechos de autor, ni que su enunciado es lo suficientemente ambiguo y lo suficientemente diferente de la redacción original del Anteproyecto como para posibilitar que existan diferentes interpretaciones sobre el mismo<sup>375</sup>. Tanto es así que recordemos que, a falta de un pronunciamiento expreso por parte del Tribunal Constitucional, la tendencia jurisprudencial del Tribunal Supremo –si bien no siempre ha sido constante– ha sido la de interpretar que la propiedad intelectual no se contiene en dicho precepto constitucional.

En definitiva, tras haber examinado estos tres argumentos que hemos calificado como complementarios, no creemos que ninguno de ellos revista la suficiente contundencia como para aclarar la cuestión. Ello se debe a que dichos razonamientos no entran suficientemente en el fondo de la cuestión, es decir, en la naturaleza jurídica y en el contenido del derecho al que nos referimos. La compleja naturaleza híbrida de la propiedad intelectual, integrada por una doble dimensión personal y patrimonial, dificulta encajarla dentro de los esquemas clásicos, lo que genera este debate en torno a su ubicación en el artículo 20.1.b) (es decir, en la órbita de los derechos de la personalidad) o en el artículo 33 (integrado dentro de un derecho claramente patrimonial).

A nuestro entender, tan innegable es que la propiedad intelectual guarda un cierto vínculo con la libertad de creación –incluso aunque ambos derechos no sean idénticos–, como que existe una analogía directa entre las facultades de explotación que se derivan de los derechos de autor y el señorío sobre el bien que comporta la propiedad privada<sup>376</sup>. Si

---

<sup>374</sup> PLAZA PENADÉS, J.: *El derecho moral...*, op. cit., pp. 296 – 297

<sup>375</sup> Por ejemplo, BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R.: "Comentario del artículo 1", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (1989), op. cit., p. 22 destaca que el artículo 20.1.b) no protege el derecho sobre lo creado y producido, expresión que sí sería plenamente identificable con la propiedad intelectual. En la misma línea, STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, JG.: "Derecho a la producción y creación intelectual, derecho de autor y derecho de la propiedad sobre la obra concreta", *Revista Jurídica La Ley*, 1986 – 2, p. 1178. URÍAS MARTÍNEZ, J.: "Comentario del artículo 20.1.b)", op. cit., p. 617 señala que, finalmente, se configuró "un nuevo derecho fundamental que abarcaba la libertad de creación pacífica y sin injerencias y dotaba de un especial valor a lo creativo a efectos de difusión". Por su parte, PLAZA PENADÉS, J.: *El derecho moral...*, op. cit., pp. 334 y ss. reflexiona sobre cómo tanto la doctrina como la jurisprudencia tienden a modificar el tenor literal del precepto con tal de que el mismo encaje con la postura que se pretenda defender.

<sup>376</sup> Tal y como ANGUITA VILLANUEVA, L.: "Derechos fundamentales...", op. cit., p. 66 plantea: "Libertad de creación, cultura, y propiedad configuran los tres ejes maestros sobre los que viven los derechos de

tenemos en cuenta todo lo anterior, quizás la solución que entrañaría menos problemas hubiera sido la de reconocer en nuestro texto constitucional un derecho autónomo en el que se protegiera expresamente la propiedad intelectual, que estaría ubicado con claridad en una sección u otra del Capítulo Segundo<sup>377</sup>. Dado que nuestro constituyente no se decidió por esta opción, tendremos que decantarnos por aquella interpretación que resulte más coherente a partir de un análisis del contenido del derecho que se desprende del tenor literal del artículo 20.1.b).

### **2.2.2. El núcleo de la cuestión: el derecho a la libertad de creación**

Así pues, podremos convenir, en primer lugar, que el mencionado precepto de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de creación. El mismo consistiría en la facultad ínsita que ostenta todo ser humano para llevar a cabo una creación literaria, artística, científica o de cualquier otro tipo<sup>378</sup>. En tanto que dicha facultad supone un atributo esencial de la persona (es decir, hablamos de una capacidad innata en todo individuo desde su nacimiento) e inseparable a todas luces de la misma (por lo que será, a su vez, una facultad irrenunciable e inalienable), dicho derecho se encuadrará dentro de los conocidos como derechos de la personalidad.

De este modo, si lo que nuestra Carta Magna está amparando es la posibilidad de que el individuo se exprese creativamente, no será necesario que el producto resultante de dicha actividad sea original (a diferencia de lo que ocurre con la propiedad intelectual)<sup>379</sup>. Ello se debe a que el derecho a la libertad de creación está protegiendo únicamente esta facultad esencial del ser humano para poder expresarse en su vertiente creativa, pero no está determinando cómo debe ser el vínculo jurídico que éste debe tener con respecto a la obra que ha creado<sup>380</sup>. En otras palabras, exteriorizar una obra no original también es una

---

propiedad intelectual. Son las tres patas de la mesa en la que descansa la creación social. Pretender entender estos derechos desde una perspectiva exclusivamente patrimonial, personalista o cultural nos lleva al absurdo de no poder explicar esta institución dentro de un ordenamiento jurídico”.

<sup>377</sup> No obstante, PLAZA PENADÉS, J.: *El derecho moral...*, op. cit., pp. 288 – 294 señala que son pocos los países que han reconocido expresamente el derecho de propiedad intelectual en sus Constituciones. Cita a este respecto las Constituciones de Estados Unidos, Argentina, Venezuela, Brasil o Portugal.

<sup>378</sup> En sentido contrario, RODRÍGUEZ TAPIA, JM.: “Comentario del artículo 2”, op. cit., p. 70 critica la idea de que el art. 20.1.b) CE reconozca exclusivamente un genérico derecho a crear –facultad dada por la naturaleza y no por la naturaleza humana– y no un derecho sobre lo creado.

<sup>379</sup> En sentido contrario, PLAZA PENADÉS, J.: *El derecho moral...*, op. cit., p. 389 considera que las obras que no sean originales no estarían amparadas por el art. 20.1.b) CE.

<sup>380</sup> Así lo opina BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Bienes de la personalidad y derecho moral de autor”, en AA.VV.: *En torno a...*, op. cit., p. 104. Además, este autor apunta a que, aunque se puede reconocer ambas protecciones, no necesariamente tienen que tener el mismo rango constitucional. Así mismo, entiende que el derecho fundamental concerniente a la libertad de creación debe ser esencialmente el mismo

manifestación de la libertad de creación, aunque ello no vaya a entrañar la atribución a su creador de potestades exclusivas de explotación. Por tanto, el elemento definitorio de este derecho, al igual que ocurre con el resto de los contemplados en el artículo 20 de la Constitución, es la protección frente a la censura previa<sup>381</sup>.

Con respecto a esta última idea, una parte de la doctrina ha defendido que esta protección constitucional frente a la censura previa no debe ceñirse únicamente a la actividad creadora, sino que debe extenderse a su vez al resultado de dicha labor creativa. Según este razonamiento, los derechos de autor quedarían dentro de la esfera del artículo 20.1.b) de la Constitución, o, por lo menos, lo estarían ciertas facultades personales como son el derecho de divulgación, el de paternidad y el de integridad<sup>382</sup>. Sin cuestionar la solidez de esta argumentación, consideramos que la libertad de creación y los derechos de autor son instituciones diferentes, que amparan bienes jurídicos distintos y que, por tanto, el fundamento de su protección no es idéntico. En definitiva, no creemos que la propiedad intelectual constituya un mecanismo expresamente diseñado para proteger al autor frente a la censura previa, aunque no negamos que dicha institución brinde a su titular protección sobre determinados intereses personales y económicos<sup>383</sup>.

Si bien no desconocemos la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares<sup>384</sup>, la protección constitucional frente a la censura previa constituye, en esencia, una garantía frente a los poderes públicos<sup>385</sup>. En este sentido, el Tribunal

---

para todos los individuos, no teniendo un mayor contenido (al incluir dentro del mismo la propiedad intelectual) para los creadores con respecto al resto de personas.

<sup>381</sup> En este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario del artículo 1” (1989), *op. cit.*, p. 22. RAMS ALBESA, J.: “Comentario del artículo 14”, *op. cit.*, pp. 307 – 309. URÍAS MARTÍNEZ, J.: “Comentario del artículo 20.1.b)”, *op. cit.*, p. 617 – 618.

<sup>382</sup> En la línea de entender que la protección frente a la censura previa también debe extenderse al producto de la actividad creativa, *vid.* GONZÁLEZ LÓPEZ, M.: *El derecho moral...*, *op. cit.*, pp. 65 – 67. PLAZA PENADÉS, J.: *El derecho moral...*, *op. cit.*, pp. 339. PLAZA PENADÉS, J.: “Comentario del artículo 14”, *op. cit.*, p. 155 – 159. ROGEL VIDE, C.: “Libertad de creación y derecho de autor”, en AA.VV.: *Constitución y propiedad intelectual* (coord. por L.A. ANGUILLA VILLANUEVA), Reus, Madrid, 2014, pp. 39 – 41 (si bien este autor, a su vez, afirma que la propiedad intelectual en conjunto está protegida en el art. 33 CE). Por su parte, URÍAS MARTÍNEZ, J.: “Comentario del artículo 20.1.b)”, *op. cit.*, p. 624 parece rechazar que la propiedad intelectual se encuentre ubicada en el artículo 20.1.b); sin embargo, parece referirse únicamente a la vertiente patrimonial de la misma, pues entiende que las garantías frente al proceso creativo pueden incluir “el derecho a la integridad de la obra y, en general, la facultad de controlar la obra tras su elaboración, pero no los derechos patrimoniales derivados de ello”.

<sup>383</sup> Así pues, ROSELLÓ MANZANO, R.: *Derechos de la personalidad...*, *op. cit.*, pp. 35 – 36 considera que el art. 20.1.b) CE consagra una manifestación del genérico derecho a la libertad de expresión, lo que no impide afirmar que los derechos morales contribuyen indirectamente a la protección de dicho derecho.

<sup>384</sup> Sobre la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, *vid.* DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Los derechos fundamentales...”, *op. cit.*, pp. 60 – 67.

<sup>385</sup> Al menos, ésta es la concepción clásica de los derechos fundamentales, tal y como exponen GARCÍA TORRES, J. y JIMÉNEZ BLANCO, A.: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Civitas,

Constitucional define la censura previa como “cualquier medida limitativa de la elaboración o difusión de una obra del espíritu, especialmente al hacerlo depender del previo examen oficial de su contenido”<sup>386</sup>. Por tanto, el reconocimiento del derecho a la libertad de creación supone la prohibición de que los poderes públicos ejerzan una labor de censura sobre las creaciones realizadas por los ciudadanos, en la medida en que éstas suponen una manifestación más de la libertad de expresión que ostentan dichos individuos<sup>387</sup>. A tenor de lo expuesto, resulta obvio que los particulares no gozan, en principio, de la capacidad necesaria para articular mecanismos de censura equiparables a los que pueden organizar los diferentes órganos que componen el Estado<sup>388</sup>. Del mismo modo, hay que tener en cuenta que ningún ciudadano tiene una obligación de explotar una obra creada por un tercero, por lo que si un sujeto privado decide no concertar un acuerdo de explotación de una obra con el creador de la misma por motivos políticos, religiosos o de cualquier otro tipo, ello no constituye, en modo alguno, un acto de censura previa, sino una decisión que entra dentro de su esfera de autonomía privada.

---

Madrid, 1986, p. 11. Crítico con esta concepción clásica, BALLARÍN IRIBARREN, J.: “Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (la *Drittwirkung* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)”, REDC, 1988, núm. 24, p. 288. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “El derecho a la propia imagen”, en AA.VV.: *Veinticinco años de...*, op. cit., pp. 146 – 147.

<sup>386</sup> En dichos términos se expresa la STC (Pleno) núm. 52/1983 de 17 junio (RTC 1983\52).

<sup>387</sup> De este modo, la STC (Pleno) núm. 153/1985 de 7 noviembre (RTC 1985\153) define la libertad de creación de la siguiente manera:

*En cuanto a la calificación de los espectáculos artísticos y teatrales por razón de la edad y la consiguiente prohibición del acceso a los mismos, el Decreto supone una limitación a la libertad de representación que va ligada a la libertad de expresión y de creación literaria y artística garantizadas en el art. 20 de la Norma fundamental. En efecto, el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, reconocido y protegido en el apartado b) del mencionado precepto constitucional, no es sino una concreción del derecho -también reconocido y protegido en el apartado a) del mismo- a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones, difusión que referida a las obras teatrales presupone no sólo la publicación impresa del texto literario, sino también la representación pública de la obra, que se escribe siempre para ser representada.*

El hecho de que, en un primer momento, se haya definido al derecho como una concreción del derecho a la libertad de expresión no ha obstado para que, posteriormente, la STC núm. 34/2010 de 19 julio (RTC 2010\34) reconociera el carácter de derecho autónomo a la libertad de creación con respecto a la libertad de creación: “Sin embargo, su inclusión en la Constitución le otorga la consideración de derecho autónomo, con un ámbito propio de protección”.

<sup>388</sup> No obstante, cabe destacar que la STC núm. 51/2008 de 14 abril (RTC\2008\51) afirma: “Así, el objetivo principal de este derecho es proteger la libertad del propio proceso creativo literario, manteniéndolo inmune frente a cualquier forma de censura previa (art. 20.2 CE) y protegiéndolo respecto de toda interferencia ilegítima proveniente de los poderes públicos o de los particulares”. De este modo, el Tribunal Constitucional no descarta la posibilidad de que dicha intervención ilegítima en el proceso creativo pueda ser efectuada por un particular. Pese a todo, cabe recordar que el litigio que se enjuició no versaba sobre un supuesto de censura, sino sobre una acción civil ejercida por la viuda por una intromisión ilegítima en el honor y en la intimidad de su difunto marido en relación con determinados párrafos que figuraban en una novela escrita por el demandado. Finalmente, se consideró que el fragmento en cuestión no era lesivo del derecho al honor y que el escrito estaba ejerciendo su derecho fundamental a la libertad de creación.

En cambio, los derechos de autor operan fundamentalmente dentro del ámbito de las relaciones entre particulares (lo que no obsta para que una Administración pública pueda ser el sujeto que contrata con el autor o que vulnera sus derechos en este plano). En concreto, los derechos morales constituyen una garantía jurídica para el autor de que el cesionario de los derechos de explotación o terceros ajenos a la relación contractual con el mismo no van a contravenir su voluntad a la hora de explotar económicamente su creación. Si recurrimos al ejemplo más paradigmático de lo que tratamos de exponer, podemos entender que la vulneración del derecho de divulgación no es, en nuestra opinión, un supuesto de censura de la obra, sino la contravención de la forma en la que el autor quería que su obra se diera a conocer por primera vez al público en general<sup>389</sup>. El bien jurídico que se está amparando a través de dicha facultad personal no es propiamente la libertad de creación del autor, sino el respeto a su voluntad como consecuencia del vínculo imperecedero que lo une con su obra, que, a nuestro entender, puede explicarse como una de las particularidades de la propiedad sobre un bien inmaterial de este tipo. En conclusión, podemos percatarnos de que, tal y como apuntábamos, el campo de juego del derecho a la libertad de creación y de la propiedad intelectual no es idéntico, si bien podría argumentarse que pudieran existir algunas zonas coincidentes.

Con el fin de justificar la inclusión de los derechos morales dentro del ámbito de garantía constitucional frente a la censura previa, PLAZA PENADÉS defiende que los poderes públicos no están obligados únicamente a llevar a cabo una actuación negativa con respecto a los derechos fundamentales –en este caso concreto, no ejercer censura de ningún tipo con respecto a las creaciones realizadas por los ciudadanos–, sino que también deben llevar a cabo una actuación positiva que garantice la efectividad de este derecho. De este modo, este autor entiende que el reconocimiento al creador de la obra intelectual

---

<sup>389</sup> En efecto, tras destacar que dicho derecho constituye una garantía frente a la censura previa, la STC núm. 51/2008 de 14 abril (RTC\2008\51) establece lo siguiente: “Además hay que tener en cuenta que la creación literaria, al igual que la artística, tiene una proyección externa derivada de la voluntad de su autor, quien crea para comunicarse, como vino a reconocer implícitamente la STC 153/1985, de 7 de noviembre (RTC 1985, 153), F. 5. De ahí que su ámbito de protección no se limite exclusivamente a la obra literaria aisladamente considerada, sino también a su difusión”. A nuestro entender, esta referencia a la posibilidad de difundir la obra no alude al derecho moral de divulgación (entendido éste como la decisión del autor sobre la forma concreta en la que quiere dar a conocer su obra), sino al derecho fundamental a poder comunicar dicha creación a otros sujetos sin sufrir ningún tipo de censura o intromisión ilegítima que lo impida. A este respecto, DESBOIS, H.: *Le droit d’auteur...*, op. cit., p. 427 trata de deslindar la libertad de expresión y los derechos de autor recordando que aquellos poderes públicos que ejerciten la censura contra determinadas creaciones intelectuales lo harán con el objetivo de perseguir ciertas ideas que éstas puedan contener, no por el desarrollo original que haga el autor de las mismas (lo que es, en puridad, el auténtico campo de protección de la propiedad intelectual).

de los derechos morales responde a dicha labor por parte de los poderes públicos<sup>390</sup>. En cambio, en nuestra opinión, la atribución de determinadas facultades personales que corresponde en exclusiva al autor para proteger el vínculo imperecedero que le une con su creación se puede explicar adecuadamente a través del derecho a la propiedad privada.

Así pues, la labor que efectúan los poderes públicos para garantizar el derecho a la libertad de creación quedaría reflejada en otro tipo de funciones, tales como las que se atribuye a las Administraciones públicas una vez ha fallecido el autor. En efecto, el artículo 16 de la Ley de Propiedad Intelectual reconoce legitimación al “Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales y las instituciones públicas” en determinados supuestos para ejercer los derechos de paternidad e integridad, e incluso podrán solicitar la divulgación forzosa de una obra de acuerdo con lo establecido en el artículo 40 del mismo texto legal. Tal y como ha expuesto CÁMARA ÁGUILA, las prerrogativas que poseen estas entidades públicas no parecen encajar dentro del esquema clásico de los derechos subjetivos, sino más bien se asemejan a potestades de carácter público que se ejercen en interés social y cuyo fundamento último es el deber constitucional de los poderes públicos de proteger el acceso a la cultura<sup>391</sup>.

Retomando el análisis del contenido del artículo 20.1.b), nos reafirmamos en que el mismo sólo contempla el derecho a la libertad de creación y que no se extiende, por tanto, a la protección del vínculo que se origina entre el autor y su obra. En primer lugar, porque no consideramos que este precepto constitucional sea la sede apropiada para amparar las concretas prerrogativas patrimoniales que ostenta el autor sobre su obra, puesto que las mismas encuentran mejor acomodo por analogía dentro del derecho de propiedad privada reconocido en el artículo 33 de la Constitución. A modo de respuesta, parte de la doctrina defiende la inclusión exclusivamente de las facultades personales (o de, al menos, algunas de ellas) dentro del artículo 20.1.b). Ello conduciría a una interpretación fragmentada de la propiedad intelectual en dos preceptos constitucionales diferentes: los derechos morales en el artículo 20.1.b) y las prerrogativas patrimoniales en el artículo 33. Si bien reconocemos que dicha interpretación no es del todo imposible, abogamos por una

---

<sup>390</sup> PLAZA PENADÉS, J.: *El derecho moral...*, op. cit., p. 392.

<sup>391</sup> CÁMARA ÁGUILA, MP.: *El derecho moral...*, op. cit., pp. 111 – 112, 117 y 230 – 235. A este respecto, la autora cuestiona que la LPI sea el texto normativo más indicado para regular los deberes de actuación de los poderes públicos en relación con la cultura. ANGUITA VILLANUEVA, L.: “Derechos fundamentales...”, op. cit., p. 73 señala que el fundamento de la competencia de las Administraciones para ejercer dichas potestades no reside en la defensa de los intereses privados del autor, sino en la protección de la cultura.



interpretación unitaria del derecho, que conlleve su inclusión en un único precepto de nuestra Carta Magna (en este caso, el artículo 33), al resultar más coherente con la propia naturaleza jurídica de la propiedad intelectual, a la que ya nos hemos referido en el apartado anterior de este trabajo<sup>392</sup>.

En definitiva, aunque no negamos que existen ciertos vínculos entre la libertad de creación y algunas de las facultades personales que forman parte de los derechos morales, consideramos que el artículo 20.1.b) únicamente ampara el derecho a la libertad de creación, de tal modo que entendemos que la propiedad intelectual, en su conjunto, está reconocida en el artículo 33 de la Constitución<sup>393</sup>. Esta postura se asemeja a la que, por el momento, ha defendido el Tribunal Supremo en algunas de sus sentencias. A modo de ejemplo, la Sentencia de 9 de diciembre de 1985<sup>394</sup>, la segunda sentencia en la que el Alto Tribunal se pronunció sobre el ya aludido caso Serrano, afirmó:

*[L]o que se consagra como fundamental es un derecho genérico e impersonal a producir o crear obras artísticas, pues no toda persona crea o produce arte, viniendo a proclamar la protección de una facultad; cuando se produce o crea, entonces lo que se protege es el resultado, que hace surgir un derecho especial, el derecho de autor, que no es un derecho de la personalidad porque asimismo carece de la nota indispensable de la esencialidad, pues no es consustancial o esencial a la persona, en cuanto que no toda persona es autor (...).*

Finalmente, querríamos destacar que el presente debate sigue abierto a la espera de un pronunciamiento expreso sobre esta cuestión por parte del Tribunal Constitucional<sup>395</sup>.

---

<sup>392</sup> Así mismo, DE ROMÁN PÉREZ, R.: “Naturaleza jurídica...”, *op. cit.*, p. 37 considera que la inclusión de la propiedad intelectual en su conjunto en un único precepto constitucional –en este caso, el art. 33 CE– resulta más coherente con el planteamiento monista defendido por la doctrina mayoritaria. Por su parte, RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J.: “Derecho de propiedad y derecho de autor”, en AA.VV.: *Constitución y propiedad intelectual*, *op. cit.*, p. 89 considera que la propiedad intelectual es un “derecho fundamental de dominio”, dimanante del art. 33.1 CE, y que, a su vez, es una manifestación concreta de la libertad de producción y creación contenida en el art. 20.1.b) CE.

<sup>393</sup> Igualmente, también rechaza el carácter de derecho fundamental de los derechos morales MARÍN LÓPEZ, J.J.: *El Conflicto entre...*, *op. cit.*, pp. 59 – 60.

<sup>394</sup> STS (Sala de lo Civil) de 9 de diciembre de 1985 (RJ/1985\6320). Para un comentario sobre esta sentencia, *vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Derecho de autor y destrucción de la obra plástica. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1985”, *Anuario de Derecho Civil*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1986.

<sup>395</sup> El ATC 134/1995 (RTC 1995\134 AUTO) inadmite a trámite una cuestión de inconstitucionalidad referente a los arts. 17 y 20 LPI con respecto al art. 33 CE derivada de un choque entre los derechos del titular del *corpus mysticum* y los del titular del *corpus mechanicum*. En dicho autor se afirma lo siguiente:

*Para dar respuesta a la cuestión es necesario traer a colación la doctrina de este Tribunal de que corresponde al legislador delimitar el contenido del derecho de propiedad en cada tipo de bienes, respetando siempre el contenido esencial del derecho, entendido como reconocibilidad de cada*

Dicho pronunciamiento contribuiría a dar mayor claridad a una polémica caracterizada, por un lado, por la enorme complejidad del asunto abordado y, por otro, por la solidez de las distintas posturas que existen al respecto y que sencillamente difieren como consecuencia de preponderar unos elementos con respecto a otros. En cualquier caso, entendemos que esta discusión no afecta, en principio, a la problemática que estamos analizando en este trabajo, de tal modo que las soluciones que proponemos ante la misma serían sustancialmente las mismas tanto en el caso de que los derechos morales se ubicaran en el artículo 20.1.b) como en el artículo 33 de la Constitución.

Ello es así porque, tal y como ya expusimos anteriormente, su inclusión en uno u otro precepto sólo afectará a determinadas cuestiones concretas (en concreto, a la posibilidad de emplear un procedimiento jurisdiccional preferente y sumario y de recurrir en amparo, y al desarrollo de la materia a través de una ley orgánica), pero no obstaculiza que, de un modo u otro, estas facultades personalísimas constituyan un bien constitucional cuya protección sea de especial interés y que pueda servir como parámetro de referencia para limitar la eficacia de determinados negocios jurídicos que contravengan determinados valores esenciales de nuestro ordenamiento jurídico.

### 3. CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS MORALES

La configuración legal de los derechos morales parte de la consideración de los mismos como una *res extracommercium*. No quiere ello decir que estas facultades personales no

---

*tipo de derecho dominical en el momento histórico que se trate y como posibilidad efectiva de realización de ese derecho. Incumbe así al legislador, con los límites señalados, la competencia para delimitar el contenido de los derechos dominicales (SSTC 37/1987 [RTC 1987\37] y 89/1994 [RTC 1994\89]). Pues bien, para apreciar lo notoriamente infundada que resulta la duda de constitucionalidad suscitada, basta con resaltar no sólo que la atribución al autor del ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra han venido formando parte en nuestra legislación precedente del conjunto de derechos o facultades que conformaban el contenido de la propiedad intelectual del autor -arts. 7 y 19 de la Ley de la Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879 (NDL 25059)-, sino también, más concretamente, que la comunicación pública de la obra, en cuanto forma especial de explotación, y la consiguiente prohibición de que aquélla pueda realizarse sin la preceptiva autorización, forma parte hoy del contenido de la propiedad intelectual del autor sobre su obra (...)*

*Cierto es que de la existencia de la propiedad intelectual se deriva, por ende, una serie de limitaciones al derecho de propiedad sobre la cosa material en la que se exterioriza la obra. Mas esa limitación, impuesta en salvaguardia y protección de los derechos del autor sobre la explotación de su obra, no sólo resulta compatible con el derecho de propiedad del dueño de la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual (art. 3), sino que no hace desaparecer ni convierte en irreconocible el derecho a la propiedad del «corpus mechanicum», por lo que no puede considerarse vulnerado el art. 33.1 de la CE.*

Del auto parece desprenderse que el Tribunal Constitucional considera que nos encontramos frente a un derecho de propiedad especial que estaría incardinado dentro del art. 33 CE. Sin embargo, no podemos olvidar que el litigio que se examinaba atañía únicamente a las facultades patrimoniales.

tengan incidencia alguna en cuestiones patrimoniales, puesto que es indudable su intrínseca conexión con los derechos de explotación<sup>396</sup>. Tanto es así que parte de la doctrina ha considerado que los derechos morales sirven de “antesala, paso previo o paliativo” de los segundos<sup>397</sup>. En esta línea, el más claro ejemplo de lo que afirmamos lo encontramos en el derecho moral de divulgación, que se constituye como una premisa necesaria para el ejercicio de los derechos de explotación. Sin embargo, más allá de la interconexión existente con la faceta patrimonial de la propiedad intelectual, es innegable la naturaleza extrapatrimonial de estas facultades personalísimas de la que, precisamente, se derivan sus rasgos más característicos. Así pues, el primer inciso del artículo 14 de la Ley de Propiedad Intelectual califica a los derechos morales como “derechos irrenunciables e inalienables”<sup>398</sup>.

En efecto, dicha regulación responde a la consideración del autor como parte débil en las relaciones contractuales que suscribe en este ámbito y a la consecuente necesidad de brindarle un adecuado marco de protección derivado de una norma de un carácter tan tuitivo como la que aquí nos ocupa<sup>399</sup>. Al hilo de esta cuestión y en relación con las conexiones entre los derechos de la personalidad y los derechos morales, ROGEL VIDE llegó a afirmar que “la época de los derechos absolutos, irrenunciables, imprescriptibles posiblemente ya pasó”<sup>400</sup>. Una afirmación lo suficientemente sugerente como para que nos dediquemos a analizar cuánto hay de cierto en ella en el presente apartado.

Sin embargo, antes de ello resulta preciso realizar una última aclaración previa. Desde nuestro punto de vista, percibimos que en este ámbito se produce a menudo cierta confusión en torno al significado exacto de cada una de las características que tradicionalmente se atribuyen a los derechos morales. Dicha confusión no constituye una

---

<sup>396</sup> De hecho, SÁNCHEZ ARISTI, R.: “Comentario del artículo 17”, *op. cit.*, pp. 276 – 277 recuerda que la regulación de los derechos morales parte a menudo de la premisa de que la obra se está explotando en el mercado.

<sup>397</sup> Estos términos son empleados por ROGEL VIDE, C., SERRANO GÓMEZ, E. y LACRUZ MANTECÓN, ML.: *Manual de derecho...*, *op. cit.*, p. 38, de tal modo que el derecho de divulgación serviría de antesala de los derechos de explotación; el derecho de acceso al único ejemplar se podría constituir como un paso previo del ejercicio de los derechos patrimoniales; el derecho de modificación o el de arrepentimiento pueden actuar como paliativo de los derechos de carácter no personal.

<sup>398</sup> El primer inciso del art. 14 LPI dispone: “Corresponden al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables: (...)”.

<sup>399</sup> ROSELLÓ MANZANO, R.: *Derechos de la personalidad...*, *op. cit.*, pp. 86 – 87 señala que, pese a que sea la regla general, el autor no siempre es necesariamente la parte débil del contrato, poniendo como ejemplo a aquellas grandes estrellas con capacidad de imponer contractualmente todos sus caprichos como divos.

<sup>400</sup> ROGEL VIDE, C.: “Cuestiones y problemas en torno a la propiedad intelectual”, en AA. VV: *Estudios completos de propiedad intelectual. Volumen III* (coord. por R. ROGEL VIDE). Reus, Madrid, 2009, p. 131.

cuestión menor, puesto que inevitablemente si partimos de unas premisas teóricas inexactas, nos veremos abocados a alcanzar unas conclusiones poco acertadas. Por ello, creemos que es necesario realizar una adecuada delimitación del contenido de cada una de estas notas definitorias, partiendo de la idea de que no se puede cambiar libremente el significado de las mismas, aunque exista una innegable interconexión entre todos los conceptos que vamos a analizar.

### **3.1. Irrenunciabilidad e inalienabilidad de los derechos morales**

#### **3.1.1. Irrenunciabilidad**

De este modo, en relación con la irrenunciabilidad de los derechos morales, se ha entendido que dicho rasgo conlleva que el autor no puede renunciar a dichas prerrogativas con carácter general y previo, por lo que cualquier pacto en este sentido será nulo de pleno derecho (artículo 6.3 del Código Civil<sup>401</sup>)<sup>402</sup>. Creemos conveniente destacar que la irrenunciabilidad no atañe a la posibilidad de que el autor pueda consentir o no las intromisiones realizadas por terceros dentro de su ámbito de decisión<sup>403</sup>. Como consecuencia de ello, no compartimos la polémica suscitada por parte de la doctrina en torno a si debería matizarse o no la irrenunciabilidad de los derechos morales –o la de los derechos de la personalidad– ante la posibilidad de que el titular de los mismos disponga de esta prerrogativa o autorice una determinada conducta<sup>404</sup>, puesto que no creemos que dicha actuación suponga, en ningún caso, una renuncia al derecho.

---

<sup>401</sup> El art. 6.3 CC establece: "Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención".

<sup>402</sup> MARÍN LÓPEZ, J.J.: *El Conflicto entre...*, op. cit., pp. 72 – 73. MARTÍNEZ ESPÍN, P.: "Comentario al artículo 14", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), op. cit., p. 228.

<sup>403</sup> MARÍN LÓPEZ, J.J.: *El Conflicto entre...*, op. cit., pp. 73 – 77 sostiene que la irrenunciabilidad de los derechos morales no impide que el autor pueda consentir injerencias en sus derechos morales, siempre que dicha intromisión se encuentra suficientemente limitada. Así pues, considera que el consentimiento del autor en esta materia debería revestir una serie de características: a) ser expreso; provenir de una persona con plena capacidad de obrar; c) constar por escrito; d) ser oneroso (bien porque media contraprestación, bien porque tiene lugar en el seno de un contrato oneroso de cesión de derechos de explotación); y e) revocable en cualquier momento, sin perjuicio del pago de la pertinente indemnización de daños y perjuicios. En sentido similar se manifiesta MARTÍNEZ ESPÍN, P.: "Comentario al artículo 14", op. cit., pp. 228 – 229, quien, sin embargo, al tratar la cuestión de la irrenunciabilidad de los derechos morales, afirma que es posible "renunciar al derecho en un caso concreto, o a uno o varios actos de ejercicio de este derecho". En nuestra opinión, no se estaría renunciando en ningún caso al derecho, sino disponiendo del mismo o consintiendo determinadas conductas que, de otro modo, se considerarían ilícitas.

<sup>404</sup> En este sentido, O' CALLAGHAN, X.: *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1991, pp. 174 – 175. ROYO JARA, J.: *La protección del derecho a la propia imagen. Actores y personas de notoriedad pública según Ley de 5 de mayo de 1982*, Colex, Madrid, 1987, pp. 84 – 86. CLAVERÍA, L.H.: "Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen", *Anuario de derecho civil*, Vol. 47, Nº 3, 1994, p. 50. MUNAR BERNAT,

A nuestro entender, la irrenunciabilidad implica únicamente la imposibilidad de que el creador de la obra pueda desvincularse válidamente de la titularidad de los derechos morales<sup>405</sup>. Así mismo, sostenemos que dicha característica implica a su vez, por analogía con lo dispuesto para los derechos de la personalidad en el artículo 1.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen<sup>406</sup>, la imposibilidad de renunciar, de forma previa, a la protección conferida por la Ley de Propiedad Intelectual, sin perjuicio de que el titular sí pueda, de nuevo, consentir u otorgar autorizaciones en relación con los actos llevados a cabo por terceros. Por tanto, el acuerdo por el que el autor de una obra intelectual renuncie de forma previa y general al ejercicio de las correspondientes acciones para proteger los bienes jurídicos tutelados por los derechos morales adolecerá de nulidad absoluta<sup>407</sup>. No obstante, ello no impide que el titular de dichas facultades personales sí pueda, una vez producida la intromisión ilícita, decidir que no quiere ejercitar ninguna acción, lo que no sería más que un acto de mera tolerancia<sup>408</sup>.

En lo que respecta a la autoría fantasma, la irrenunciabilidad de los derechos morales imposibilita que el creador verdadero pueda realizar una renuncia abdicativa del derecho

---

P.A.: “Propia imagen (derecho a la)”, en AA.VV.: *Enciclopedia Jurídica Básica* (dir. por A. MONTOYA MELGAR), III, Civitas, Madrid, 1995, p. 5280. VIDAL MARÍN, T.: *El derecho al honor y su protección desde la Constitución Española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 157 – 158. MONTÉS PENADÉS, V.L.: “El significado institucional y técnico de la idea de persona” en AA.VV.: *Derecho Civil. Parte General. Derecho de la persona* (coord. por F. BLASCO GASCÓ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 158. GARCÍA GARNICA, M.C.: “Consideraciones generales acerca de la distinción de las vertientes moral y patrimonial de los derechos a la intimidad y la propia imagen y su trascendencia jurídica”, en AA.VV.: *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo* (coord. por J.M. GONZÁLEZ PORRAS y F.P. MÉNDEZ GONZÁLEZ), I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Madrid, 2004, p. 1875 (nota 30). LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho civil, Tomo I: Parte General, Volumen segundo: Personas*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 72.

<sup>405</sup> En sentido similar al hablar de los derechos de la personalidad, VENDRELL CERVANTES, C.: *El mercado de los derechos...*, *op. cit.*, p. 114.

<sup>406</sup> El art. 1.3 LO 1/1982 preceptúa: “El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible. La renuncia a la protección prevista en esta ley será nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el artículo segundo de esta ley”.

<sup>407</sup> En sentido contrario, parece pronunciarse MARTÍNEZ ESPÍN, P.: “Comentario al artículo 14”, *op. cit.*, p. 229, que afirma la posibilidad de renunciar expresamente al ejercicio de acciones judiciales por medio del contrato de cesión de los derechos de explotación.

<sup>408</sup> En este sentido, VENDRELL CERVANTES, C.: *El mercado de los derechos...*, *op. cit.*, p. 116 afirma: “Así las cosas, un primer supuesto que cabría distinguir vendría representado por la decisión del titular del derecho lesionado –consciente de la lesión y de su alcance- de no ejercitar las acciones de tutela de las que dispone. Se configuraría, así, y dentro del ámbito de autonomía privada que el ordenamiento reconoce a los titulares de derechos fundamentales de la personalidad, como un acto de mera tolerancia; cuyos efectos no se consolidarán hasta que transcurra el plazo de ejercicio previsto para ello. Y ello, sin perjuicio de que la actitud omisiva del titular de la pretensión haya generado en el intromisor la esperanza objetiva de que ya no se ejercerá el derecho y su ejercicio repentino pueda calificarse como desleal”.

de paternidad. Por consiguiente, este sujeto no puede desprenderse de la titularidad de dicha facultad personalísima. Del mismo modo, tampoco puede renunciar de forma previa y global al ejercicio de las acciones que la Ley de Propiedad Intelectual le confiere en este sentido para proteger sus intereses personales (en este caso, una acción declarativa de la auténtica autoría). En consecuencia, cualquier pacto que suponga la renuncia a la titularidad del derecho moral de paternidad o a la protección conferida por el ordenamiento jurídico adolecerá de nulidad de pleno derecho. Sin embargo, tal y como hemos ido apuntando, la irrenunciabilidad de estas potestades personales no conlleva que el titular de las mismas no pueda tanto consentir válidamente determinadas actuaciones por parte de terceros dentro de la esfera de sus intereses morales o espirituales, como tolerar determinadas intromisiones ilícitas sin tener que reaccionar necesariamente frente a las mismas ejercitando alguna de las acciones que la legislación le otorga a este respecto. Más adelante examinaremos esta posibilidad en relación con la problemática que estamos abordando en el presente trabajo.

### **3.1.2. Inalienabilidad**

En segundo lugar, la inalienabilidad de los derechos morales supone la imposibilidad de que el titular pueda transmitir o ceder traslativa o constitutivamente estas facultades personales a un tercero<sup>409</sup>. De esta manera, estas prerrogativas no podrán ser objeto del comercio, por lo que deberán considerarse como nulos todos los contratos por los que se transmite a otra persona cualquiera de estas facultades (artículo 1271 del Código Civil<sup>410</sup>)<sup>411</sup>. Así pues, la titularidad de los derechos morales corresponderá únicamente al autor de la obra intelectual, sin perjuicio de que en determinados casos el ejercicio de los mismos pueda corresponder a un tercero. En este sentido, podríamos hablar de la hipótesis planteada en el artículo 6.2 de la Ley de Propiedad Intelectual (el ejercicio de las facultades personales será realizada por la persona que saque la obra a la luz cuando el

---

<sup>409</sup> Así lo afirma VENDRELL CERVANTES, C.: *El mercado de los derechos...*, *op. cit.*, p. 146. MARTÍNEZ ESPÍN, P.: "Comentario al artículo 14", *op. cit.*, p. 229 define la idea de inalienabilidad de los derechos morales de la siguiente forma: "Si alienación significa la transmisión de un derecho o de una facultad, la inalienabilidad equivale a la imposibilidad de transmisión de dicho derecho. Inalienabilidad significa, pues, la cualidad de un bien que no puede ser transmitido a tercero, ni gravado de derechos reales tales como servidumbres, hipotecas o prendas".

<sup>410</sup> El art. 1271 CC preceptúa: "Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras".

<sup>411</sup> En este sentido, MARÍN LÓPEZ, J.J.: *El Conflicto entre...*, *op. cit.*, pp. 77 – 78. MARTÍNEZ ESPÍN, P.: "Comentario al artículo 14", *op. cit.*, p. 229; no obstante, el mismo autor señala que en la práctica sí se admiten ciertas intromisiones de terceros en relación con los derechos morales. De nuevo, a nuestro entender, este autor confunde la imposibilidad de transmitir el derecho con la posibilidad de consentir dichas intromisiones.

autor decida permanecer en el anonimato o bajo pseudónimo) o del supuesto en el que un progenitor ejercitara procesalmente los derechos morales de su hijo menor de edad cuando este no tuviera suficiente madurez para hacerlo<sup>412</sup>. Pese a todo, si bien dicha intransmisibilidad sería absoluta *inter vivos*, se vería matizada tras la muerte del autor, pues el artículo 15 de la Ley de Propiedad Intelectual establece que los derechos de paternidad e integridad serán ejercitados bien por la persona expresamente designada por el causante, bien por los herederos<sup>413</sup>.

En lo referente a la autoría fantasma, la inalienabilidad de estas facultades implicará que el autor fantasma no podrá transmitir válidamente sus derechos morales al autor aparente o al profesional de la explotación, por lo que cualquier acuerdo en este sentido será nulo de pleno derecho. Así pues, al igual que el creador de una obra no puede investir a otro sujeto con la condición de autor, puesto que la atribución de dicha condición le corresponde en exclusiva al legislador, tampoco resultará posible que se pretenda conseguir un resultado similar a través de la enajenación del derecho moral de paternidad. De este modo, la legislación consolida aún más la idea de que el estatus de autor sólo puede corresponder a aquel individuo que ha creado la obra y que además ha realizado una aportación sustancial de originalidad, constituyendo este planteamiento básico una cuestión de orden público en nuestro ordenamiento jurídico. No sólo esto es así, sino que el reconocimiento de legitimación *mortis causa* para el ejercicio de los derechos morales de paternidad e integridad a las personas indicadas en el artículo 15 de la Ley de Propiedad Intelectual (o, en su defecto, a las instituciones expresamente señaladas en el artículo 16) no hace sino complicar aún más la viabilidad a la larga del negocio jurídico de usurpación consentida de autoría, ya que tras la muerte del autor verdadero cualquiera de los sujetos legitimados por la norma podrían, en principio, solicitar el reconocimiento de la paternidad de aquél.

En definitiva, podemos concluir como consecuencia de todo lo que hemos expuesto que la naturaleza de *res extracommercium* de los derechos morales imposibilita que la

---

<sup>412</sup> Así lo sostiene MARÍN LÓPEZ, J.J.: *El Conflicto entre...*, op. cit., pp. 71 – 72. MARTÍNEZ ESPÍN, P.: “Comentario del artículo 14”, op. cit., p. 228.

<sup>413</sup> Ello no es compartido unánimemente por la doctrina. CÁMARA ÁGUILA, MP.: *El derecho moral...*, op. cit., pp. 117 - 118 defiende que todos los derechos morales se extinguirían con la muerte del autor, de tal modo que los herederos ostentarían un nuevo derecho, similar al que ostentaba el autor, pero sumamente matizado. Por su parte, la persona designada por el autor ostentaría, una potestad-deber de actuación, que asemejaría su rol al de un albacea. En la misma línea, vid. MARÍN LÓPEZ, J.J.: *El Conflicto entre...*, op. cit., pp. 86 – 88. MADRIÑÁN VÁZQUEZ, M.: “Derecho a la herencia y Derecho de autor”, en AA.VV.: *Constitución y propiedad intelectual*, op. cit., p. 114.

titularidad de dichas facultades puede recaer en otra persona que no sea la del creador de la obra intelectual. No obstante, ello no elimina la existencia de un cierto margen para la autonomía de la voluntad de los autores en lo relativo a sus intereses personales, de tal modo que aquéllos puedan autorizar que terceros realicen determinadas conductas que serían consideradas ilícitas si no contaran con dicho consentimiento. Al examen de esta cuestión es a lo que nos dedicaremos a continuación.

### 3.2. Disponibilidad de los derechos morales

Al hilo de esta última cuestión, la doctrina ha hablado con frecuencia de la indisponibilidad de los derechos morales, si bien la Ley de Propiedad Intelectual nunca se ha referido expresamente a esta característica. De hecho, otro sector doctrinal ha puesto en cuestión –o, al menos, ha matizado– la idea de la indisponibilidad de estas prerrogativas personalísimas en numerosas ocasiones, señalando cómo en la práctica es posible que el autor consienta de un modo u otro la intromisión por parte de un tercero en determinados aspectos de la obra cuya decisión, en principio, le corresponde únicamente a aquél. En consecuencia, ante la divergencia de opiniones dentro de la doctrina no podemos evitar formularnos la siguiente pregunta: ¿hasta qué punto es cierto el dogma de la indisponibilidad de los derechos morales?

Pues bien, cabe destacar que la utilización originaria del término “disposición” se encuentra estrechamente conectada con la regulación del derecho real de propiedad, cuya naturaleza es eminentemente patrimonial<sup>414</sup>. Si partimos de esta premisa, este concepto evocaría a la celebración de un negocio jurídico de disposición del derecho. Por consiguiente, la indisponibilidad de un determinado derecho implicaría la imposibilidad de llevar a cabo este tipo de negocios jurídicos con respecto al mismo, por lo que en este contexto concreto el concepto que estamos analizando no dejaría de ser un sinónimo más de la idea de intransmisibilidad que ya hemos tratado<sup>415</sup>. De este modo, si entendemos el término indisponibilidad únicamente como un giro retórico más para referirse a la

---

<sup>414</sup> Así pues, el art. 348 CC establece: “La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa o de un animal, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes”. Este concepto de disposición aparece reflejado también en la legislación en materia de propiedad intelectual para referirse a su faceta patrimonial. De este modo, el art. 428 CC afirma: “El autor de una obra literaria, científica o artística, tiene el derecho de explotarla y disponer de ella a su voluntad”. En la misma línea, el art. 2 LPI preceptúa: “La propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley”.

<sup>415</sup> Para el razonamiento anterior hemos seguido los planteamientos de VENDRELL CERVANTES, C.: *El mercado de los derechos...*, op. cit., pp. 118 – 124.



imposibilidad de transmitir los derechos morales, estaremos de acuerdo en la idea de que estas facultades personalísimas son indisponibles. Sin embargo, consideramos que para el objeto de este trabajo resulta mucho más interesante acogernos a una acepción del término que vaya más allá de la mera sinonimia, y que entronque con la hipótesis de que el titular de estas prerrogativas puede autorizar la intromisión a terceros en su esfera personal de decisión.

En este sentido, al analizar las características de los derechos de la personalidad (con los que ya hemos establecido cierta analogía), VENDRELL CERVANTES define disposición como “el poder jurídico atribuido al titular de un derecho subjetivo consistente en la posibilidad de autorizar a un tercero una acción o una omisión que, sin dicha autorización, sería ilícita”<sup>416</sup>. Si trasladamos este concepto al ámbito de los derechos morales, lo que verdaderamente nos estaríamos planteando al hablar de la disponibilidad de estas potestades es la existencia de un cierto margen para la autonomía de la voluntad del autor de la obra intelectual en relación con dichas facultades personales. Partiendo desde esta perspectiva, no encontramos ningún impedimento para que los derechos morales puedan considerarse como prerrogativas irrenunciables e inalienables, pero a su vez disponibles; más aún si tenemos en cuenta que dicha posibilidad ya está expresamente prevista para los derechos de la personalidad (que incluso están consagrados a nivel constitucional como derechos fundamentales incluidos en la Sección 1ª del Capítulo Segundo del Título I de nuestra Constitución)<sup>417</sup>.

Otorgarle al autor la potestad de consentir determinadas actuaciones realizadas por terceros que inciden dentro de su esfera exclusiva de control sobre la obra intelectual constituye, en nuestra opinión, una manifestación más de la libertad del creador de la misma, que no va en contra de la protección de sus intereses personales, sino que, muy al contrario, los refuerza. A nuestro entender, negar un cierto margen para la autonomía de la voluntad de los creadores de obras intelectuales e impedir en todo caso esta posibilidad de disponer de los derechos morales perjudica la posición jurídica del autor, lo que es incompatible con el marcado carácter tuitivo de la Ley de Propiedad Intelectual. Entendemos que esto es así porque, por un lado, se restringe injustificadamente el poder de decisión del titular del derecho sobre la obra que ha creado y, por otro, se condena a cualquier pacto al que pudiera llegar el autor en este sentido –incluso aunque a éste le

---

<sup>416</sup> VENDRELL CERVANTES, C.: *El mercado de los derechos...*, op. cit., p. 123.

<sup>417</sup> En idéntico sentido, MARÍN LÓPEZ, J.J.: *El Conflicto entre...*, op. cit., pp. 74 – 75.

podiera resultar beneficioso— a la nulidad absoluta, lo que conduciría a la precarización de esta clase de acuerdos. Ello ocasionaría que o bien dichos pactos no se llegaran a celebrar —al fin y al cabo, quién podría estar interesado en suscribir un acuerdo en semejantes condiciones—, lo que redundaría en detrimento del autor; o bien se celebrarían, pero dejando al sujeto que contrata con el creador en una posición de extrema indefensión, lo que tampoco nos parece pertinente.

Quizás sea apropiado poner un ejemplo ilustrativo del tipo de acuerdos al que nos tratamos de referir. El autor ostenta el derecho moral de integridad, que implica la facultad para impedir cualquier modificación o alteración de su obra que perjudique su reputación o sus legítimos intereses. Tal y como ya hemos expuesto, el creador de la obra no puede renunciar a dicha prerrogativa, por lo que siempre va a poder accionar contra estos ataques ilícitos contra su obra; ni puede transmitir dicha facultad a un tercero, de tal forma que fuera este último el que determinase cuándo se ha producido dicha lesión y el que se beneficiase de la correspondiente indemnización. Sin embargo, pudiera ocurrir que la persona con la que el autor fuera a concertar la explotación de la obra solicitara llevar a cabo una determinada y concreta modificación de la misma que fuera a garantizar un mejor rendimiento de ésta en el mercado. Pues bien, no encontramos obstáculo alguno para que el autor pueda disponer del derecho de integridad y consentir dicha actuación específica sobre su creación por parte de un tercero<sup>418</sup>. De lo contrario, si el autor no pudiera autorizar dicha modificación, el creador no poseería un derecho a proteger su creación de intromisiones ajenas, sino un deber de hacerlo. Es decir, el autor no sería el titular de un conjunto de prerrogativas concebidas para amparar sus intereses personales, sino que lo que ostentaría sería una serie de ineludibles deberes jurídicos de actuación y protección sobre su obra.

Con todo y pese a todo lo que acabamos de exponer, convendría ser prudentes sobre esta cuestión. Si bien defendemos la existencia de un cierto margen para la autonomía de la voluntad del autor en este ámbito, no abogamos, en modo alguno, por la absoluta disponibilidad de los derechos morales. Si regresamos a la analogía con la disposición de los derechos de la personalidad, pronto nos percataremos que la misma está sujeta a una

---

<sup>418</sup> Igualmente, se ha apuntado a que la cesión del derecho patrimonial de transformación supone, en definitiva, que el autor consienta que se realicen modificaciones de su obra, *vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Bienes de la personalidad...”, *op. cit.*, p. 108. ROSELLÓ MANZANO, R.: *Derechos de la personalidad...*, *op. cit.*, pp. 87 – 88.

serie de límites y garantías. En efecto, no debemos olvidar que los derechos morales representan la dimensión personal de la propiedad intelectual y que constituyen un mecanismo de defensa del vínculo espiritual e imperecedero que se genera entre el autor y su creación. Por ello, no establecer ciertas cautelas a la hora de aceptar la validez de este tipo de acuerdos supondría enervar la función que desempeñan los derechos morales dentro de nuestro sistema de protección de los derechos de autor, desprovoyéndolos de su virtualidad y vaciándolos de contenido. A este respecto, creemos que hay que poner el acento en dos cuestiones fundamentales.

En primer lugar, al igual que ocurre en la regulación de los derechos de la personalidad, el autor debe ostentar, en todo caso, la facultad de revocar el consentimiento que haya otorgado para autorizar la intromisión sobre su obra. Dado que el análisis del régimen jurídico de la revocación del consentimiento en este ámbito merece una exposición más detallada, postergaremos brevemente el examen minucioso de esta cuestión al siguiente epígrafe de este trabajo. Aun así, creemos conveniente destacar desde ya que una de las hipótesis posibles a las que podríamos acogernos para encarar la problemática de la autoría fantasma es la de considerar que el consentimiento que presta el creador verdadero a la hora de disponer del derecho moral de paternidad es eficaz, pero revocable. Posteriormente, regresaremos a este asunto con más detenimiento<sup>419</sup>.

En segundo lugar, es imprescindible señalar que cualquier pacto que se adopte en esta materia debe respetar los límites del artículo 1255 del Código Civil (ley, moral y orden público). Por lo tanto, al igual que ocurre en cualquier otro ámbito de nuestro ordenamiento jurídico, existirían supuestos en los que, aun concurriendo el consentimiento del autor, no se podría reconocer eficacia al acuerdo que se hubiera alcanzado por contravenir los límites del orden público<sup>420</sup>. Así pues, al hilo de esta cuestión, queremos abogar por la construcción de un concepto específico: el “orden público cultural”, límite legal que se sustentaría tanto sobre una serie de valores constitucionales concretos, tales como el reconocimiento de la libertad de creación de los autores (artículo 20 de la Constitución), la garantía de acceso a la cultura a los ciudadanos (artículo 44 de la Constitución) o la protección de los consumidores de productos

---

<sup>419</sup> Vid. *infra* capítulo quinto, epígrafe 4.

<sup>420</sup> Así pues, MARÍN LÓPEZ, J.J.: *El Conflicto entre...*, op. cit., p. 77 señala que el quid de la cuestión en esta materia se encuentra en la delimitación de los límites de la autonomía de la voluntad, considerando que deben ser nulas, en todo caso, aquellas “cláusulas de autorización abstractas, generales e indeterminadas relativas al ejercicio futuro del derecho moral”.

culturales (artículo 51 de la Constitución); así como sobre determinados principios jurídicos de carácter transversal que inspiran la regulación de la Ley de Propiedad Intelectual<sup>421</sup>. Entendemos que esta modalidad de orden público a la que apuntamos no resulta, en modo alguno, ajena a nuestro ordenamiento jurídico, en la medida en que no es más que una categoría doctrinal que contribuye a precisar cuáles deben ser los contornos de los límites a la autonomía de la voluntad en determinadas problemáticas que merecen tener un tratamiento específico por contener ciertos elementos atinentes a la cultura, la creación humana o el arte en general.

En conclusión, creemos que aquellos actos de disposición por parte del autor en relación con los derechos morales –es decir, con aquellas facultades personales destinadas a proteger el vínculo espiritual entre el autor y su obra– que produjesen un resultado contrario a dichos valores jurídicos esenciales deberían resultar jurídicamente ineficaces, aun contando con el consentimiento del creador. En nuestra opinión, ésta debe ser la respuesta que, de manera general, nuestro ordenamiento jurídico debe adoptar frente al acuerdo de usurpación de autoría, puesto que el acto de disposición sobre el derecho de paternidad que realiza el autor fantasma colisiona de plano con esa barrera legal a la que acabamos de denominar orden público cultural (en especial, con el principio de protección de los consumidores). Dada la complejidad del asunto al que acabamos de apuntar, desarrollaremos el mismo con más profusión en el próximo capítulo al analizar la eficacia de este negocio jurídico<sup>422</sup>.

### **3.3. La revocabilidad del consentimiento prestado con respecto a las autorizaciones a las intromisiones en la esfera de protección de los derechos morales**

Señalábamos que, desde nuestro punto de vista, el autor debía poder disponer de sus derechos morales, siempre y cuando contara con una facultad de revocar libremente el consentimiento prestado a este respecto en cualquier momento. Es más, hemos afirmado incluso que la revocación del consentimiento podría constituir una vía posible para afrontar la problemática jurídica de la autoría fantasma. En este sentido, nos gustaría adelantar que, desde nuestro punto de vista, el reconocimiento de una potestad revocatoria al autor verdadero sería imprescindible *de lege lata* para reconocer, en su caso, la eficacia

---

<sup>421</sup> La idea del orden público cultural aparece ya en RAMS ALBESA, J: “Comentario al artículo 55”, *op. cit.*, pp. 836 – 837, quien destaca que los apartados 3 y 4 del artículo 43 LPI constituyen principios integrantes de dicho orden público cultural.

<sup>422</sup> *Vid. infra* capítulo quinto, epígrafe 4.

del acuerdo de usurpación de autoría. Con todo, no creemos que ello sea suficiente por sí solo, puesto que aun así sería necesario realizar un análisis sobre la potencial colisión de este negocio jurídico con los límites a la autonomía de la voluntad.

En cualquier caso, dado el interés que tiene esta materia para el objeto de nuestro trabajo, creemos conveniente detenernos a continuación en analizar cuál es el régimen normativo básico de la facultad de revocación<sup>423</sup>. De igual forma, hemos considerado oportuno por motivos de claridad expositiva ir detallando, a medida que vayamos exponiendo la regulación de dicha potestad, cuáles serían las correspondientes repercusiones en el ámbito de la autoría fantasma. De este modo, quedarían ya expuestas cuáles serían las consecuencias del ejercicio de la revocación del consentimiento en el caso de que el acuerdo de usurpación fuera considerado lícito y eficaz. Finalmente, el examen detallado sobre la eficacia de este negocio jurídico será realizado en el próximo capítulo de este trabajo con el fin de poder profundizar en el mismo con la extensión adecuada<sup>424</sup>.

### 3.3.1. Concepto básico de la facultad de revocación del consentimiento

Bajo nuestro punto de vista, para determinar el régimen jurídico de la potestad revocatoria debemos recurrir a la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Ello se debe a que, tal y

---

<sup>423</sup> No desconocemos que vamos a omitir de esta exposición algunas de las polémicas doctrinales más frecuentes sobre la revocación del consentimiento en el ámbito de los derechos de la personalidad. En primer lugar, algún autor dentro de la doctrina ha abogado porque el consentimiento del disponente no revista carácter contractual. En esta línea, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “El consentimiento como...”, *op. cit.*, p. 249. En sentido contrario, VENDRELL CERVANTES, C.: *El mercado de los derechos...*, *op. cit.*, pp. 362 – 363. Por otra parte, un sector de la doctrina ha abogado por suprimir la facultad de revocación en aquellos supuestos en los que el consentimiento se emitiera en el seno de una relación contractual. En este sentido, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H.: “Negocios jurídicos de...”, *op. cit.*, pp. 43 y ss. IGARTUA ARREGI, F.: “El derecho a la imagen en la jurisprudencia española”, en AA.VV.: *El mercado de las ideas* (dir. por P. SALVADOR CODERCH), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 326 – 329. GARCÍA RUBIO, M.P.: “Los derechos de...”, pp. 620 – 621. AMMERMAN YEBRA, J.: *El derecho a la propia voz como derecho de la personalidad*, Colex, A Coruña, 2021, pp. 271 – 272. La postura opuesta, con la que nos alineamos, es defendida por PASCUAL MEDRANO, A.: *El derecho fundamental...*, *op. cit.*, pp. 100 – 111. RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: “Autorización y cesión: el consentimiento para la intromisión en derechos inalienables” en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (coord. por A. CABANILLAS SÁNCHEZ), tomo I, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 868 y ss. PALACIOS GONZÁLEZ, M.D.: “La cesión de los derechos de imagen”, *Actualidad Civil*, Nº 1, 2004, pp. 474 – 475. GRIMALT SERVERA, P.: *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 108 – 109. BERCOVITZ ÁLVAREZ, G.: “Otros: cesión de derechos de imagen y bienes de la personalidad. Merchandising”, en AA.VV.: *Tratado de Contratos* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), tomo IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 4618. CASTILLA BAREA, M.: *Las intromisiones legítimas...*, *op. cit.*, pp. 199 – 203. VENDRELL CERVANTES, C.: *El mercado de los derechos...*, *op. cit.*, pp. 367 – 368. Por su parte, GARCÍA GARNICA, M.C.: “Consideraciones generales acerca...”, *op. cit.*, pp. 1881 – 1882 sostiene que la revocación sólo debe ser posible en aquellos negocios jurídicos en los que, de un modo u otro, esté involucrada la faceta esencial o moral de los derechos de la personalidad.

<sup>424</sup> *Vid. infra* capítulo quinto, epígrafe 4.

como hemos defendido previamente, los innegables paralelismos existentes entre los derechos morales y los derechos de la personalidad justifican la aplicación analógica de esta norma, que resulta indudablemente más idónea para colmar las potenciales lagunas normativas que se puedan producir en relación con este conjunto de facultades personalísimas que la regulación del Código Civil. Por todo ello, consideramos apropiado recurrir a lo dispuesto en el artículo 2.3 de la Ley Orgánica 1/1982, que constituye el precepto de referencia en nuestro ordenamiento en lo referente a esta potestad revocatoria: “El consentimiento a que se refiere el párrafo anterior será revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas”.

Así pues, la revocación del consentimiento constituye una declaración de voluntad unilateral y recepticia en virtud de la cual el titular del derecho informa al beneficiario de la autorización inicialmente otorgada de su intención de no tolerar nuevas intromisiones en el ámbito de los intereses personales que aquél ostenta y que la norma en cuestión tutela específicamente<sup>425</sup>. Cuando dicho consentimiento se ha emitido en el seno de una relación contractual que vincula a ambas partes, un importante sector de la doctrina categoriza dicho acto de revocación como una facultad de resolución unilateral del contrato o como una facultad de desistimiento<sup>426</sup>. En consecuencia, hasta que el titular del derecho ejerza dicho poder de revocación el negocio jurídico será plenamente válido y eficaz.

### **3.3.2. Legitimación activa y pasiva de la facultad revocatoria**

Sea como fuese, el ejercicio de esta facultad le corresponde al titular del derecho –en el caso de la problemática que estamos analizando, al autor fantasma– y será ejercitada, en su caso, por éste (salvo aquellos supuestos en los que el ejercicio de dicha facultad les correspondiera a los representantes legales del titular)<sup>427</sup>. La comunicación de la revocación del consentimiento inicialmente prestado irá dirigida a la persona con la que se contrató o a la que se autorizó a realizar el acto de intromisión, por lo que en el presente supuesto deberá informarse, según el caso, al autor aparente o al profesional de la

---

<sup>425</sup> CASTILLA BAREA, M.: *Las intromisiones legítimas...*, op. cit., p 185.

<sup>426</sup> Para un análisis sobre esta cuestión, vid. VENDRELL CERVANTES, C.: *El mercado de los derechos...*, op. cit., pp. 381 – 387.

<sup>427</sup> En relación con el cumplimiento de los requisitos formales, CASTILLA BAREA, M.: *Las intromisiones legítimas...*, op. cit., p 192 sostiene que será necesaria autorización judicial, previa audiencia del Ministerio Fiscal, cuando la revocación suponga “una renuncia de derechos del representado o constituya un peligro para la administración de su patrimonio”.

explotación. Una vez el autor fantasma ya hubiera notificado la revocación a la contraparte, entendemos que será a ésta a quien le corresponderá comunicar a los cedentes o a los terceros afectados el ejercicio de dicha facultad por parte del creador verdadero<sup>428</sup>. Por consiguiente, si el autor fantasma hubiera contratado exclusivamente con el autor aparente, sería éste quien tendría que comunicar la revocación de la autorización al empresario encargado de la explotación.

En sentido contrario, la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 117/1994, de 25 de abril<sup>429</sup> entendió que la revocación del consentimiento sobre el derecho a la propia imagen podía dirigirse tanto al beneficiario de la autorización como a “todos los que sucesivamente hayan podido ir adquiriendo la titularidad sobre lo transmitido”<sup>430</sup>, planteamiento que ha suscitado las críticas de la doctrina<sup>431</sup>. A nuestro entender, el Tribunal Constitucional confunde las diferentes facetas de la prerrogativa objeto de disposición. El derecho a la propia imagen es un derecho absoluto (en el sentido de ser oponible *erga omnes*), por lo que el titular del mismo puede ejercitar la vertiente defensiva del derecho frente a cualquier sujeto que lo vulnere. Ello abarcaría tanto al beneficiario de la autorización revocada, a aquellos sujetos que hubieran adquirido derivativamente

---

<sup>428</sup> En términos similares se pronuncia con respecto al derecho a la propia imagen DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “El consentimiento como...”, *op. cit.*, pp. 251 – 252. CASTILLA BAREA, M.: *Las intromisiones legítimas...*, *op. cit.*, pp. 187 – 189. VENDRELL CERVANTES, C.: *El mercado de los derechos...*, *op. cit.*, p. 375.

<sup>429</sup> RTC\1994\117. El supuesto de hecho era el siguiente: la actriz Ana Obregón había consentido la realización de unas fotografías semidesnudas, autorizando al fotógrafo a distribuir las por todo el mundo con fines periodísticos. Dicho sujeto realizó un primer contrato por el que se publicaron las fotografías en la revista “Interviú” y celebró un posterior acuerdo para que también lo hicieran en la revista “Playboy-España”. Sin embargo, la actriz notificó a la segunda revista la revocación de su consentimiento con una antelación de veinte días a la publicación del correspondiente número, informando también posteriormente al fotógrafo que anulaba la autorización que inicialmente le había otorgado. Dado el avanzado estado de maquetación en el que se hallaba el número en cuestión, la revista “Playboy-España” decidió publicar las fotografías. Finalmente, el TC entendió que, pese a que la recurrente tenía derecho a revocar su consentimiento, éste sólo podía proyectarse hacia futuras intromisiones y que, por el momento en el que se había notificado la revocación de la autorización, la mayoría de actos en los que consistía el proceso de publicación de la revista habían sido lícitos. La no publicación del número hubiera supuesto un grave perjuicio económico para la empresa, que ésta no tenía por qué tolerar, sobre todo teniendo en cuenta que la titular no había ofrecido garantías para el pago de la futura indemnización de daños y perjuicios.

<sup>430</sup> En sentido contrario, la STS (Sala de lo Civil) de 16 junio 1990 (RJ\1990\4762) sobre el mismo asunto, que se pronunció en estos términos:

*Pero lógicamente esta revocación deberá dirigirse a la persona beneficiaria de la autorización, y producir sus efectos proyectados hacia el futuro, nunca con carácter retroactivo. (...) La revista «Play-Boy España», que de buena fe adquiere unos derechos de publicar, mediante el pago de una sustanciosa cifra, y de la comprobación de la autorización correspondiente, recibe una comunicación que se refiere a unas relaciones en las que no intervino, y que le son ajenas en cuanto tercero, desconociendo su verdadero alcance y efectos; siéndole, por otro lado, imposible acceder a las pretensiones de la requirente, dada la inminencia de la publicación y distribución del número de la revista.*

<sup>431</sup> Entre ellos, CASTILLA BAREA, M.: *Las intromisiones legítimas...*, *op. cit.*, pp. 187 – 189. VENDRELL CERVANTES, C.: *El mercado de los derechos...*, *op. cit.*, pp. 375 – 376.

licencia para llevar a cabo una concreta intromisión como a aquellos terceros que siempre fueron ajenos a la misma. En cambio, la autorización que legitima una concreta injerencia en la esfera de los intereses personales del titular se configura como un negocio jurídico *inter partes*, de tal modo que la declaración de voluntad que pone fin al mismo para ser eficaz debe ir dirigida necesariamente a la contraparte con la que se celebró el negocio en cuestión. Una vez se haya extinguido dicho vínculo jurídico personal, el titular del derecho puede ejercitar pretensiones de cesión, de remoción o indemnizatorias frente a aquellos terceros que continúen acometiendo intromisiones (ya ilegítimas)<sup>432</sup>.

Como indicábamos, si el autor fantasma ha contratado exclusivamente con el autor aparente, será éste quien tendrá que comunicar la revocación del consentimiento del autor verdadero a los sujetos con los que ha contratado. Si no lo hiciera, el autor aparente sería responsable de las intromisiones ilícitas que el tercero de buena fe estuviera llevando a cabo. Dicho sujeto no respondería por las mismas y sólo lo haría, en su caso, por aquellas intromisiones que realizara con posterioridad a ser informado del cese de la autorización. En cualquier caso, todo lo afirmado no impide que si el autor fantasma ya hubiese notificado válidamente la revocación del consentimiento a la contraparte, él mismo estaría legitimado para comunicar el ejercicio de dicha facultad a los terceros afectados, solicitándoles en consecuencia que pusieran fin a la realización de las conductas que están ejecutando<sup>433</sup>. De esta forma, se evitaría que el autor verdadero tuviera que continuar absteniéndose de realizar determinados comportamientos hasta que el beneficiario se decidiera a notificar la revocación a las personas correspondientes, puesto que, de lo

---

<sup>432</sup> Esta última afirmación es sostenida por VENDRELL CERVANTES, C.: *El mercado de los derechos...*, *op. cit.*, p. 376 en relación con el supuesto de hecho de la STC 117/1994 de 25 de abril. En sentido contrario, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “El consentimiento como...”, *op. cit.*, p. 252 entiende que la eficacia de la revocación frente a cualquier eventual cesionario es prueba de que “esta autorización no surge de un contrato, respecto del cual el cesionario pueda invocar la condición de tercero, con el fin de evitar que le sea opuesto, sino que deriva de un acto de autonomía privada, que, en ningún caso, implica disposición del derecho a la propia imagen, el cual es inalienable, razón por la cual cabe siempre la revocación de la autorización, que producirá sus efectos (hacer desaparecer el carácter legitimador que inicialmente tenía la intromisión) «erga omnes»”.

<sup>433</sup> En sentido similar, CASTILLA BAREA, M.: *Las intromisiones legítimas...*, *op. cit.*, p. 188, quien afirma: “La carga de notificar la existencia y fecha de la revocación a estos terceros debiera imponerse, en su caso, a quien les haya cedido directamente los derechos correspondientes –el beneficiario del consentimiento y los siguientes en la cadena posible de causahabientes– y no al titular del derecho que, en su caso, podrá también hacerlo cuando las circunstancias se lo permitan. Cuando así lo haga, evidentemente, no podrá considerarse que se está excediendo en sus facultades o que carece de legitimación para dirigir al tercero dicha declaración de voluntad. Pero una cosa es que «pueda» y otra distinta que «deba» hacerlo, so pena de quedar restringida la revocación al destinatario inicial del consentimiento”.



contrario, este último podría retrasar torticeramente dicha notificación con el fin de postergar en el tiempo los efectos de la revocación.

### **3.3.3. La ausencia de necesidad de vincular el ejercicio de la revocación a una justa causa**

Por otro lado, el artículo 2.3 indica que el consentimiento será revocable “en cualquier momento”, lo que entraña numerosas consecuencias en relación con el régimen jurídico de esta potestad. Para empezar, cabe destacar que no se puede subordinar la eficacia de la misma al cumplimiento de ningún plazo previo fijado contractualmente, ya que ello resultaría contrario tanto al tenor literal del precepto como a la jurisprudencia concerniente a la materia<sup>434</sup>. Así mismo, entendemos que no sería preciso que el titular del derecho alegara ninguna justa causa para revocar válidamente su consentimiento. Para sostener dicha conclusión basta con señalar que el referido artículo 2.3 no establece ninguna exigencia en relación con este extremo, sino que, muy al contrario, dispone sencillamente que el consentimiento será revocable “en cualquier momento”. Por tanto, no consideramos apropiado que se fijen requisitos adicionales allí donde el ordenamiento no establece exigencia alguna, especialmente si tenemos en cuenta que nos encontramos ante una norma tuitiva destinada a la protección de determinados intereses personales de especial relevancia<sup>435</sup>.

En sentido opuesto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2008<sup>436</sup> negó a la parte actora (con escasa argumentación, por cierto) la posibilidad de revocar el

---

<sup>434</sup> La STS (Sala de lo Civil) núm. 266/2016 de 21 abril (RJ\2016\2094) analizó el caso de una actriz y modelo que celebró un contrato por el que autorizó a una empresa dedicada a la divulgación de contenidos por distintos medios a la realización de un reportaje fotográfico de contenido erótico. En virtud de ese mismo contrato, la parte actora cedió los derechos sobre dicho reportaje a la empresa en cuestión. Pese a que la modelo revocó su consentimiento en dos ocasiones, las fotografías fueron empleadas para promocionar contenido erótico tanto en una cadena de televisión como en una página web. Si bien el TS desestimó algunos de los argumentos de la parte actora, consideró que se había producido una vulneración del derecho a la propia imagen, puesto que el consentimiento se había revocado válidamente. A este respecto, la cláusula séptima del referido contrato establecía: «En cualquier supuesto de terminación del contrato, la cesión de derecho objeto de la cláusula SEGUNDA será operativa y la misma se entenderá de aplicación, cualquiera que sea la causa de terminación del contrato». Precisamente, en relación con esta última cuestión, el Alto Tribunal concluyó que lo siguiente: “... [la cláusula séptima] resulta total y manifiestamente contrario a la protección legal del derecho a la propia imagen en su dimensión de derecho fundamental, porque la facultad legal de revocar el consentimiento «en cualquier momento» excluye necesariamente no solo la perpetuidad sino incluso la sujeción al plazo pactado, por más que en este último supuesto pueda proceder una indemnización a favor de la otra parte contratante”.

<sup>435</sup> En esta línea, ROVIRA SUEIRO, M. E.: *El derecho a la propia imagen: Especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito*, Comares, Granada, 2000, p. 86. CASTILLA BAREA, M.: *Las intromisiones legítimas...*, op. cit., pp. 189 – 190. VENDRELL CERVANTES, C.: *El mercado de los derechos...*, op. cit., pp. 378 – 379.

<sup>436</sup> RJ\2008\5510.

consentimiento en virtud de lo que parecía un mero cambio de criterio del autorizante, recurriendo para ello a lo que parece una suerte de modalidad de la doctrina de los actos propios (no aplicable, por cierto, a cuestiones de orden público como puede ser la protección de un derecho fundamental). El supuesto de hecho del caso en cuestión versaba sobre la aparición de dos menores de edad en tres programas emitidos en televisión sobre la adopción internacional. El progenitor de los menores formuló demanda en protección del honor, la intimidad y la propia imagen de sus hijos, siendo desestimadas sus pretensiones en las diferentes instancias judiciales. Así pues, con respecto a la revocación del consentimiento, el Alto Tribunal, además de señalar que el demandante no había identificado específicamente cuál era el derecho que pretendía revocar, afirmó lo siguiente: “Los reportajes son mucho más amplios que la actuación de la persona del recurrente; éste forma parte de los mismos y si actuó con plena voluntariedad e incluso entusiasmo, no cabe su posterior cambio de criterio y su revocación, que en realidad se trata de una censura a unos reportajes ya montados y próximos a emitir”.

Llama la atención que el Tribunal Supremo no considere lícito que quien había consentido inicialmente con “plena voluntariedad e incluso entusiasmo” cambie posteriormente de opinión y pretenda la revocación de su consentimiento. Creemos que dicho razonamiento conduce en la práctica a enervar la facultad contemplada en el artículo 2.3, puesto que en última instancia el ejercicio de la misma siempre haya su causa en que el titular del derecho ha cambiado de parecer, por el motivo que sea, con respecto a la intromisión que previamente había consentido. En nuestra opinión, no puede darse cabida a una limitación tan injustificada de la prerrogativa del artículo 2.3 como la que señalamos, ya que la importancia de la misma en el seno de nuestra legislación resulta capital. Ello se debe a que el ordenamiento jurídico la configura como el instrumento que permite compatibilizar la celebración de ciertos negocios jurídicos que tienen por objeto ciertas facultades personalísimas de carácter irrenunciable e inalienable, a la vez que se salvaguardan los especiales intereses personales y morales que concurren en estos supuestos<sup>437</sup>.

Por consiguiente y como consecuencia de la relevante posición que dicha potestad ocupa en nuestro esquema normativo, consideramos que, en tanto que la norma no alude a la exigencia de una justa causa, la revocación del consentimiento debe poder basarse en

---

<sup>437</sup> En esta línea, RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: “Autorización y cesión...”, *op. cit.*, pp. 868 – 874. VENDRELL CERVANTES, C.: *El mercado de los derechos...*, *op. cit.*, pp. 362 – 364.

cualquier razón que el titular del derecho considere suficiente<sup>438</sup>. Sin embargo, parte de la doctrina ha defendido un cierto control de la decisión del titular del derecho basado en el respeto a los límites generales del artículo 7 del Código Civil (es decir, el principio de buena fe y la interdicción del abuso de derecho)<sup>439</sup>. Bajo nuestro punto de vista, creemos que la no observancia de dichos límites por parte del revocante puede valorarse a la hora de, por ejemplo, incrementar el importe de la indemnización de daños y perjuicios que el disponente debe afrontar. No obstante, entendemos que no pueden emplearse como una forma de vetar el recurso a un instrumento jurídico –la revocación– que nuestro ordenamiento considera una garantía de la preservación de ciertos derechos personalísimos<sup>440</sup>. Por todo lo expuesto, creemos, en definitiva, que el autor verdadero podría ejercitar dicha facultad de revocación del consentimiento en cualquier momento e independientemente de las motivaciones que lo impulsen.

#### **3.3.4. Los efectos irretroactivos de la revocación del consentimiento**

Igualmente, es necesario señalar que el hecho de que la facultad de revocación pueda ejercitarse “en cualquier momento” no implica que los efectos de la misma puedan retrotraerse a las intromisiones producidas con anterioridad a la comunicación de la revocación. En concreto, la polémica se suscita en relación con aquellas intromisiones que supongan una pluralidad de actos encaminados a la consecución de un resultado final (piénsese, a modo ilustrativo, en la publicación de un determinado número mensual de una revista). A nuestro entender, dado que cada acto de intromisión requiere el

---

<sup>438</sup> Así lo entiende, a modo ilustrativo, la SAP Tarragona de 18 enero 1995 (AC\1995\14). En el supuesto concreto la madre de dos menores había consentido la aparición de éstos en un vídeo publicitario del centro docente en el que ella ocupaba el puesto de directora del mismo. Tras la extinción de su relación laboral, el padre de los menores notificó la revocación del consentimiento al colegio, que, pese a ello, continuó haciendo uso del vídeo en cuestión. Finalmente, la Audiencia apreció la existencia de una vulneración del derecho a la propia imagen de los menores y consideró lo siguiente: “Que sean cuales fueren las relaciones entre la señora W. y el Colegio demandado con posterioridad a la autorización, la revocación del mismo no está sujeta a la concurrencia de motivos justificados, bastando con que el titular del derecho, manifieste su voluntad de no ver reproducida su imagen”.

<sup>439</sup> En este sentido, ROVIRA SUEIRO, M. E.: *El derecho a la propia imagen...*, op. cit., p. 86. PASCUAL MEDRANO, A., *El derecho fundamental...*, op. cit., p. 101. GRIMALT SERVERA, P.: *La protección civil...*, op. cit., pp. 108 – 109. BLASCO GASCÓ, F.P: *Patrimonialidad y personalidad de la imagen. El derecho a la propia imagen*, Bosch, Barcelona, 2008, p. 150. BERCOVITZ ÁLVAREZ, G.: “Otros: cesión de...”, op. cit., p. 4618. CASTILLA BAREA, M.: *Las intromisiones legítimas...*, op. cit., p. 190. AMMERMAN YEBRA, J.: *El derecho a...*, op. cit., p. 272.

<sup>440</sup> A este respecto, VENDRELL CERVANTES, C.: *El mercado de los derechos...*, op. cit., p. 378 afirma: “Aun admitiendo que el recurso al art. 7 CC pueda servir para fundar una solución razonable a algún conflicto derivado del ejercicio de la facultad de revocación del art. 2.3 LO 1/1982, no debería olvidarse que aquel precepto no puede ser usado para exigir requisitos que este último precepto no prevé; en especial, el recurso al control de deslealtad del art. 7.1 CC no puede erigirse en un expediente de control judicial de las razones por las que el titular ha decidido revocar su consentimiento”.

consentimiento del titular del derecho, el ejercicio de la potestad revocatoria en cualquier momento de dicho proceso –por ejemplo, antes de la distribución de los ejemplares de la revista– conllevará, por un lado, que los comportamientos anteriores a la revocación sean considerados lícitos, mientras que no recibirán dicha consideración todos los actos posteriores a la recepción de la nueva declaración de voluntad del revocante<sup>441</sup>.

En consecuencia, en el momento en que el beneficiario de la autorización que estuviere desarrollando una actividad integrada por múltiples fases concatenadas entre sí fuera informado de la revocación del consentimiento, éste tendrá que optar entre no continuar con dicha actividad, pudiendo ser indemnizado por los graves perjuicios que supusiera la paralización de la misma, o en seguir adelante con aquélla (pese a ser consciente de que ya no cuenta con el consentimiento necesario para ello) y llevar a cabo dichas intromisiones ilegítimas con todas las consecuencias indemnizatorias que ello le pudiera acarrear. En lo que a la autoría fantasma respecta, ello implicaría que cualquier acto de explotación de la obra intelectual bajo el nombre del autor aparente sería ilícito tras la revocación del consentimiento del auténtico creador. De este modo, si, por ejemplo, un escritor fantasma revocara su consentimiento antes de la distribución de los ejemplares ya editados del libro, el profesional de la explotación no podría comercializar los mismos sin estar incurriendo en una vulneración del derecho moral de paternidad. Si el autor fantasma revocara su consentimiento tras la distribución de dichos ejemplares, podría exigir tanto que se retiraran las copias que todavía no hubieran sido adquiridas como que fuera su nombre el que constara en las nuevas ediciones que se realizaran de su obra, pero no podría accionar en ningún caso contra quienes ya hubiesen adquirido el libro<sup>442</sup>. Todo ello claro está sin perjuicio de las consecuencias patrimoniales que se derivarían del ejercicio de esta prerrogativa y que el autor fantasma tendría que afrontar.

Con todo, no fue ésta la postura adoptada por el Tribunal Constitucional en la ya citada sentencia núm. 117/1994, de 25 de abril. En efecto, el máximo intérprete de nuestra Carta Magna entendió que la publicación de unas fotografías en el número de una revista mensual formaba parte de un “proceso integrado por una pluralidad de fases sucesivas”,

---

<sup>441</sup> Así lo considera también VENDRELL CERVANTES, C.: *El mercado de los derechos...*, op. cit., pp. 376 – 377.

<sup>442</sup> En esta línea, VENDRELL CERVANTES, C.: *El mercado de los derechos...*, op. cit., pp. 376 – 377, que señala que el revocante no podrá ejercitar, por norma general, pretensiones contra los adquirentes de ejemplares del bien, salvo que éste se emplee para determinados usos (p.ej.: el calendario de una modelo, que ha revocado su consentimiento, y que se utiliza en el escaparate de un *sex-shop*).

habiéndose llevado a cabo ya gran parte de ellas y siendo inminente la ejecución de las restantes. Así pues, incluso aunque la revocación se llevó a cabo con anterioridad a la publicación de las fotografías, el Tribunal Constitucional no entendió que se hubiera producido una vulneración del derecho a la propia imagen, ya que consideró que dicha intromisión había quedado consumada (al no ser, en definitiva, diferente a las que ya había consentido previamente la parte actora) y que la paralización de la actividad de la editorial en aquel punto hubiera entrañado además graves perjuicios económicos para ésta<sup>443</sup>. Personalmente, compartimos la crítica que la doctrina ha realizado sobre la argumentación que el Tribunal Constitucional plasmó en la susodicha sentencia<sup>444</sup>.

A nuestro entender, debe sostenerse la ilicitud de cualquier intromisión realizada con posterioridad a la recepción de la declaración de voluntad del revocante, incluso aunque el tiempo que haya mediado entre la revocación y la injerencia haya sido escaso (exceptuando, naturalmente, aquellos supuestos en los que el lapso de tiempo sean tan ínfimo que sea materialmente imposible evitar la ejecución del comportamiento). De hecho, convendría no obviar que en el caso concreto que el Tribunal Constitucional analizó habían transcurrido varios días entre la notificación realizada por la titular del derecho y la publicación de la revista. Es más, el grave perjuicio que hubiera supuesto la paralización del proceso de edición de la revista para la empresa podría haberse paliado con la obligación de la disponente de indemnizar los daños y perjuicios que le hubiera ocasionado a aquélla la revocación. En este sentido, creemos que el hecho de declarar como ilícita una determinada intromisión no obsta para que posteriormente, en función de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto (entre ellas, el tiempo que ha mediado entre la revocación y el acto ilícito), se pueda tanto modular la indemnización que debe afrontar el tercero por el daño ocasionado al titular del derecho, como incrementar el importe que éste debe pagar a aquél como consecuencia del ejercicio de la facultad del artículo 2.3.

---

<sup>443</sup> De este modo, el TC afirmó: “La decisión , pues, de las sentencias civiles en las tres instancias se ha formulado sobre la base de que la publicación no era un acontecimiento singular e instantáneo, sino un proceso integrado por una pluralidad de fases sucesivas, de las cuales algunas de las más importantes ya se habían producido con anterioridad a la revocación y a su conocimiento por la editora y otras se hallaban en muy avanzado estado de ejecución, de modo que la sustracción de las imágenes del mundo comercial había de adecuarse a una situación de urgencia derivada de las anteriores relaciones contractuales; lo cual , por otra parte, no determinaba en el derecho a la imagen de la recurrente una intromisión diferente de la que ya derivaba de su primitiva autorización” .

<sup>444</sup> En este sentido, ROVIRA SUEIRO, M. E.: *El derecho a la propia imagen...*, op. cit., p. 83, nota 100. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “El consentimiento como...”, op. cit., pp. 250 – 251. CASTILLA BAREA, M.: *Las intromisiones legítimas...*, op. cit., pp. 196 – 199.

### 3.3.5. Consecuencias patrimoniales de la revocación del consentimiento

Por último, tal y como hemos ido apuntando, la extinción del acuerdo de usurpación de autoría como consecuencia de la revocación del consentimiento por parte del autor fantasma entrañaría importantes consecuencias patrimoniales para dicho sujeto. Por un lado, la revocación daría lugar a la restitución de las prestaciones pactadas entre las partes, así como la liquidación de las mismas. Naturalmente, dado que la revocación carece de efectos retroactivos, ello no afectaría a aquellos actos que ya se hubieran ejecutado (por ejemplo, pago del precio por la creación de la obra, actos de explotación de la misma realizados con anterioridad al desistimiento, etc.). Sin embargo, tal y como entiende VENDRELL CERVANTES, el autorizado ostentaría una pretensión restitutoria frente al creador, diferente a la reparación del daño propiamente dicha y que consistiría en la devolución de las cantidades abonadas por la no ejecución de parte de las prestaciones acordadas<sup>445</sup>. Piénsese, por ejemplo, en el pago de un adelanto al autor por los beneficios que se habrían generado como consecuencia de la explotación de la obra (lo cual, por cierto, no parece ser muy habitual en el ámbito de la autoría fantasma, en el que se suele realizarse un único pago a tanto alzado al creador verdadero).

Por otro lado, el autor revocante tendría la obligación de indemnizar –tal y como dispone el artículo 2.3 de la Ley Orgánica 1/1982– “los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas”. De este modo, el autor fantasma estaría obligado a pagar los daños y perjuicios que ocasionara la súbita revelación de su paternidad, que tendrían que ser acreditados por la contraparte de cara al cálculo de la indemnización<sup>446</sup>. La prueba del daño le correspondería al autor aparente o al profesional de la explotación y abarcaría tanto el daño emergente como el lucro cesante<sup>447</sup>. Cabe destacar que la comparativa con el derecho moral de arrepentimiento –que supedita el ejercicio del derecho a la “previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación”– ha suscitado el debate sobre si el pago de dicha indemnización es un

---

<sup>445</sup> VENDRELL CERVANTES, C.: *El mercado de los derechos...*, op. cit., p. 386.

<sup>446</sup> No obstante, cabe destacar que CASTILLA BAREA, M.: *Las intromisiones legítimas...*, op. cit., pp. 195 – 196 defiende que la indemnización de los daños y perjuicios se circunscriba a aquellos supuestos en los que el acto de disposición sea oneroso o en los que siendo gratuito se haya actuado de mala fe o con manifiesto abuso de derecho.

<sup>447</sup> VENDRELL CERVANTES, C.: *El mercado de los derechos...*, op. cit., pp. 390 – 391 señala que el ordenamiento jurídico español al no restringir en este ámbito el concepto de daño indemnizable ocasiona que el revocante tenga que asumir el pago de una cantidad mayor de la que tendría que desembolsar, por ejemplo, en el sistema alemán (que, curiosamente, parte de unas concepciones menos proteccionistas de los derechos de la personalidad).

requisito previo necesario para la efectividad de la revocación o es una consecuencia de la misma<sup>448</sup>.

Tal y como apunta CASTILLA BAREA, la ausencia de una mención expresa en el precepto al carácter previo del pago (a diferencia de lo que sucede con la facultad de retirada de la obra del mercado en el artículo 14.6º de la Ley de Propiedad Intelectual), así como la facilidad para calcular el importe de la indemnización a posteriori, nos lleva a inclinarnos por la segunda opción<sup>449</sup>. Sin embargo, el Tribunal Constitucional entendió en la sentencia núm. 117/1994, de 25 de abril que, dadas las circunstancias en las que se había producido el intento de revocación de consentimiento, éste no podía tener eficacia al no haberse ofrecido garantías del pago de la indemnización<sup>450</sup>; conclusión que ha sido acogida y defendida por un sector de la doctrina<sup>451</sup>. Aun así, nos gustaría señalar que la línea jurisprudencial de los tribunales españoles sobre esta materia no se encuentra especialmente consolidada, pues el Tribunal Supremo se ha pronunciado en diversos sentidos a lo largo de estos años<sup>452</sup>.

---

<sup>448</sup> Entre otros, hacen referencia a la comparación con los derechos de autor, IGARTUA ARREGUI, F.: “El derecho a la imagen...”, *op. cit.*, p. 327, PASCUAL MEDRANO, A.: *El derecho fundamental...*, *op. cit.*, p. 98, nota 63. CASTILLA BAREA, M.: *Las intromisiones legítimas...*, *op. cit.*, pp. 192 – 193.

<sup>449</sup> CASTILLA BAREA, M.: *Las intromisiones legítimas...*, *op. cit.*, pp. 192 – 194. En sentido similar, VENDRELL CERVANTES, C.: *El mercado de los derechos...*, *op. cit.*, pp. 378 – 380.

<sup>450</sup> En concreto, el TC sostuvo lo siguiente: “Los Tribunales civiles otorgaron, pues, relevancia decisiva a la cesión contractual de las imágenes en relación con el momento de la eficacia de la revocación y, sin duda, la prevención del necesario resarcimiento de daños y perjuicios dada la inminencia de una publicación costosa que se estimaba ya en marcha. Apreciación que debe reputarse razonada y razonable según se desprende de sus fundamentos; pero además, según la ponderación constitucional que a este Tribunal compete en orden a sus efectos sobre el derecho fundamental invocado, no puede estimarse contraria al mismo ni se opone a los razonables efectos de la revocación de la autorización prestada, máxime si se tiene en cuenta la ya referida falta de ofrecimiento de garantía de resarcimiento económico por quien revoca el consentimiento”.

<sup>451</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “El consentimiento como...”, *op. cit.*, pp. 251 – 252. BLASCO GASCÓ, F.P.: *Patrimonialidad y personalidad...*, *op. cit.*, p. 152.

<sup>452</sup> Por un lado, la STS (Sala de lo Civil) núm. 619/2011 de 14 de septiembre (RJ\2011\7353), relativa a la posible revocación del consentimiento para emplear un título nobiliario (marqués de Domecq) como marca, señaló en *obiter dictum* lo siguiente: “La tercera resultaría, en último término y sólo a mayor abundamiento, de que en el escrito de demanda no conste que don Héctor se hubiera mostrado en el proceso dispuesto a indemnizar a los titulares de la marca en “los daños y perjuicios causados, incluyendo la expectativas justificadas” para el caso de fuera estimada la primera de sus pretensiones, pese a que tal indemnización condiciona la eficacia del cambio de voluntad en qué consiste la revocación - en el ámbito de su competencia, el Tribunal Constitucional, en la citada sentencia 117/1994 (RTC 1994, 117), entendió que dicha exigencia no podrá, en muchos casos, relegarse íntegramente al futuro”. Por otro, la ya comentada STS (Sala de lo Civil) núm. 266/2016 de 21 abril (RJ\2016\2094) rechazó la idea de que la indemnización de daños y perjuicios tuviera que pagarse necesariamente de forma previa. En este sentido, afirmó: “... [la revocación] al haberse ajustado a lo expresamente pactado en el contrato celebrado con «Arroba» no podía generar a favor de esta ningún derecho a ser indemnizada ni tampoco quedar supeditada, como parece alegar «Arroba» cuando se opone al recurso, a una previa indemnización de daños y perjuicios ni aun cuando la facultad de revocación se hubiera ejercitado antes de lo previsto contractualmente, porque, como establece la LO 1/1982 y declara el Tribunal Constitucional, el consentimiento «será revocable en cualquier

### 3.4. Otras características de los derechos morales

Así mismo, existen otra serie de rasgos propios de los derechos morales que son consecuencia también de su naturaleza extrapatrimonial. Nos referimos a la inembargabilidad, a la inexpropiabilidad y a la imprescriptibilidad. En relación con las dos primeras características, tal y como establece el artículo 609 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el embargo sobre estas facultades adolecería de nulidad de pleno derecho. Ahora bien, ello no obsta para que sí pudieran embargarse los frutos o rendimientos económicos obtenidos como consecuencia del ejercicio de estos derechos (por ejemplo, los derivados del pago de indemnizaciones por actos que supongan vulneración de derechos morales)<sup>453</sup>. Con respecto al rasgo de la imprescriptibilidad, estas potestades personales no prescriben por el mero hecho de no ser ejercitadas a lo largo del tiempo, aunque sí puedan prescribir las acciones concretas que se empleen para su defensa<sup>454</sup>.

De hecho, la duración de los derechos morales presenta sus propias particularidades con respecto a la establecida para los derechos de explotación en los artículos 26 y sucesivos de la Ley de Propiedad Intelectual. La mayoría de estas prerrogativas se extinguirá con la muerte del autor, en la medida en que se trata de facultades personalísimas cuyo ejercicio sólo debe corresponderle al creador de la obra intelectual. Sin embargo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 15, el ejercicio de los derechos de paternidad e integridad serían perpetuos, pues le corresponderían a la persona expresamente designada por el autor, a los herederos de éste o, en su defecto y en virtud del artículo 16, al Estado, las

---

momento» aunque, en su caso pero no como condición previa, hayan de indemnizarse los daños y perjuicios causados”. Cabe destacar que la SAP Tarragona de 18 de enero de 1995 (AC\1995\14) ya se había pronunciado en sentido similar: “La misma esencia del derecho a la propia imagen permite la revocación del consentimiento, y tratándose de menores, éste debe ser prestado por los progenitores, siendo indiferente que lo prestara la madre y lo revocara el padre incluso a través de mandatario verbal por medio de telegrama, y que no fuera ofrecida indemnización alguna por los posibles daños o perjuicios que se pudieran causar a quien se autorizó, sin perjuicio de que éstos puedan ser reclamados en la vía que corresponda, no pudiendo negarse efecto a aquella notificación que se reconoce haber recibido”.

<sup>453</sup> Existe cierto debate en la doctrina sobre la posibilidad de embargar una obra no divulgada. MARTÍNEZ ESPÍN, P.:” Comentario al artículo 14”, *op. cit.*, p. 229 afirma que aceptar dicha posibilidad supondría una vulneración del derecho de inédito. En cambio, MARÍN LÓPEZ, J.J.: *El Conflicto entre...*, *op. cit.*, pp. 79 – 83 considera que sí puede embargarse una obra no divulgada, incluso aunque dicho procedimiento vaya a suponer una divulgación en contra de la voluntad del autor, puesto que ha sido autorizada por el juez en el ejercicio de las funciones que tiene constitucionalmente asignadas. Por su parte, ROSELLÓ MANZANO, R.: *Derechos de la personalidad...*, *op. cit.*, pp. 82 – 83 también se muestra partidario de dicho embargo, remitiéndose a la posibilidad de ejecución forzosa específica de las obras terminadas que son resultado de un contrato de encargo.

<sup>454</sup> Así mismo, MARTÍNEZ ESPÍN, P.:” Comentario al artículo 14”, *op. cit.*, p. 230 señala que el soporte material en el que se encuentra la obra sí puede ser objeto de adquisición originaria por ocupación o usucapión.



Comunidades Autónomas, las corporaciones locales o a las instituciones públicas de carácter cultural. Todavía existiría una tercera peculiaridad, pues, de conformidad con el segundo apartado del artículo 15, el derecho de divulgación de la obra no divulgada en vida del autor se extinguiría a los setenta años tras la muerte de éste.

Finalmente, conviene recordar que los derechos morales son derechos absolutos en el sentido de que son oponibles *erga omnes*. No obstante, por más que estas facultades se erijan como las armas imprescindibles que posee el autor para defenderse frente a los ataques e injerencias que pueda sufrir en relación con su obra, no debe considerarse, en ningún caso, que los derechos morales sean derechos ilimitados. En efecto, el ejercicio de los mismos está limitado tanto intrínsecamente (buena fe o prohibición del abuso del derecho) como extrínsecamente (en el caso de su colisión con otros derechos). Son numerosos los supuestos a los que podríamos hacer referencia en este sentido, encontrando en el propio artículo 14 de la Ley de Propiedad Intelectual algunos ejemplos paradigmáticos<sup>455</sup>.

De este modo, el artículo 14.4 de la Ley de Propiedad Intelectual considera que sólo existirá vulneración al derecho de integridad del autor cuando la alteración o modificación de la obra implique un “perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación”<sup>456</sup>. Así mismo, el ejercicio del derecho de modificación de la obra por parte del autor está condicionado al respeto de “los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural”<sup>457</sup> (artículo 14.5 de la Ley de Propiedad Intelectual). Igualmente, el derecho de arrepentimiento o de retirada de la obra del mercado se vincula a la “previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación”<sup>458</sup>, obligando además al autor en el caso de que quiera

---

<sup>455</sup> En cualquier caso, insistimos en que hay más ejemplos de limitaciones de los derechos morales a lo largo del articulado de la norma. En esta línea, podríamos mencionar la hipótesis del artículo 40 LPI que faculta al juez para obligar a la divulgación de una obra de un autor fallecido cuando así se promueva el acceso a la cultura (artículo 44 CE); o el supuesto del artículo 91 LPI, que autoriza al productor de una obra audiovisual a emplear la aportación no terminada de uno de los autores por negativa injustificada o por fuerza mayor.

<sup>456</sup> En este ámbito, MARTÍNEZ ESPÍN, P.: “Comentario al artículo 14”, *op. cit.*, p. 241 define “legítimos intereses” como “el conjunto de los elementos estéticos e ideológicos que determinarán la posición y el valor del autor en un determinado momento histórico, según el tipo de sociedad a la que pertenezca”. Así mismo, vincula la idea de reputación con la reputación profesional o artística, definiéndola como “el sentimiento personal del autor sobre la propia capacidad creativa en relación a una obra determinada”.

<sup>457</sup> En este sentido, MARTÍNEZ ESPÍN, P.: “Comentario al artículo 14”, *op. cit.*, p. 249 señala cómo la aplicación de la normativa en materia de protección de bienes culturales es de aplicación prácticamente nula para los supuestos de ejercicio del derecho de modificación.

<sup>458</sup> MARTÍNEZ ESPÍN, P.: “Comentario al artículo 14”, *op. cit.*, p. 251 recuerda que el ejercicio del derecho no sólo se subordina al pago de la indemnización, sino que habría que constatar la existencia de un cambio

reemprender la explotación a “ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular de los mismos y en condiciones razonablemente similares a las originarias”<sup>459</sup> (artículo 14.6 de la Ley de Propiedad Intelectual).

### **3.5. Una perspectiva comparada a la irrenunciabilidad, inalienabilidad y disponibilidad de los derechos morales**

A lo largo de este trabajo hemos insistido en numerosas ocasiones en la idea de que existen diferencias considerables en la regulación de la propiedad intelectual que realizan, por un lado, los países pertenecientes a la órbita del *civil law*, y por otro, aquellos que integraríamos dentro del sistema del *common law*. A nuestro entender, dichas divergencias surgen como consecuencia de una distinta concepción del fundamento de este derecho. En efecto, la regulación del *civil law* de esta materia –en la línea marcada por el ordenamiento francés– concibe la protección jurídica de la propiedad intelectual como un instrumento de defensa de la cultura, lo que se traduce en la atribución legal de las mayores prerrogativas posibles a los creadores de las obras objeto de protección. En cambio, la preponderancia de la dimensión patrimonial de la propiedad intelectual es más que notoria en el *common law*. Bajo esta concepción, la obra intelectual no dejaría de ser un producto comercial más, por lo que en consecuencia se apuesta por una normativa que aporte la mayor flexibilidad posible a los operadores jurídicos en el mercado.

Si bien en la actualidad se ha producido un acercamiento progresivo entre ambos modelos, dicho contraste sigue reflejándose en la distinta forma de legislar ciertos aspectos concretos de la propiedad intelectual, tales como quién puede ser considerado legalmente el autor de la obra o el grado de integración de la figura de los derechos morales en los respectivos ordenamientos jurídicos. Con respecto a esta última cuestión, el *civil law* ha configurado estas prerrogativas personalísimas como un elemento esencial y definitorio de los derechos de autor, tanto desde la visión monista como desde la perspectiva dualista de la propiedad intelectual. El mero ejemplo de la regulación

---

de convicciones personales, sin entrar en ningún caso a valorar la consistencia de dicho cambio. Por su parte, PLAZA PENADÉS, J.: “Comentario del artículo 14”, *op. cit.*, p. 167 afirma que basta con alegar el cambio de convicciones sin necesidad de probar el mismo, puesto que ello sería contrario al artículo 16.2 CE. Así mismo, PLAZA PENADÉS entiende que dentro de la indemnización sólo se incluiría los gastos derivados de la edición, pero no el lucro cesante que experimenta el titular de la explotación.

<sup>459</sup> Si bien MARTÍNEZ ESPÍN, P.: “Comentario al artículo 14”, *op. cit.*, p. 252 establece cierta analogía entre este supuesto y el de los derechos de adquisición preferente de tanteo y retracto, el propio autor expone toda una serie de ejemplos en los que no estaríamos ante el supuesto de hecho de la norma y, por tanto, la misma no sería de aplicación.

española, que ha sido abordada ya con profundidad a lo largo de este estudio, acredita la afirmación anterior.

Por el contrario, los sistemas del *common law* se han mostrado reacios a la inclusión de una figura que les resulta ajena, lo que en numerosos casos ha supuesto una implementación deficiente o fragmentaria de la misma en dichos ordenamientos jurídicos<sup>460</sup>. Por consiguiente, parece innegable que el reconocimiento de los derechos morales en estos países no nace tanto de un profundo sentimiento de convicción por parte del legislador, sino de la obligación de cumplir con los compromisos internacionales derivados de la adhesión al Convenio de Berna. Con todo, no queremos sugerir que en dichos países los intereses personales de los autores se hayan obviado completamente, puesto que los mismos se han amparado tradicionalmente a través de otras vías legales, como, por ejemplo, recurriendo a la protección genérica del derecho al honor o a la intimidad o a la normativa de competencia desleal.

Como consecuencia de todo lo anterior, creemos que dicha divergencia de planteamientos, tanto filosóficos como jurídicos, puede conducir a que los sistemas de *civil law* y los de *common law* realicen un acercamiento sustancialmente distinto al fenómeno de la autoría fantasma. Así pues, mientras que la perspectiva continental de los derechos de autor chocará inevitablemente con una figura que supone una enervación de los elementos personales, culturales y sociales que están presentes en todo acto creativo, la consideración de la obra intelectual como un producto del mercado y de los derechos morales como meras facultades accesorias ocasionará que existan menos escollos normativos para la aceptación de este tipo de relaciones jurídicas. Dedicaremos las próximas páginas a hacer un breve recorrido por el Derecho comparado para exponer cuál es la perspectiva internacional sobre la cuestión de los derechos morales, especialmente en lo referente a sus características esenciales (irrenunciabilidad, inalienabilidad y disponibilidad). En primer lugar, analizaremos la regulación del Reino Unido y de Estados Unidos como ordenamientos jurídicos representativos del *common law* y, en segundo lugar, la normativa de Francia y Alemania como exponentes del *civil law* y, respectivamente, de las ya analizadas teorías monistas o dualistas.

---

<sup>460</sup> En este sentido, DAVIES, G. y GARNETT, K.: *Moral rights*, op. cit., pp. 39 y 155 – 156.

### 3.5.1. Reino Unido

La *Copyright, Designs and Patents Act 1988* es la actual norma en vigor en el Reino Unido que ampara la protección de la propiedad intelectual en su conjunto. Si bien ya existían previamente mecanismos generales para otorgar una cierta tutela a determinados intereses personales de los creadores de obras intelectuales, la *Copyright Act* fue el primer texto normativo en dicho país que estableció expresamente el reconocimiento de derechos morales para los autores. Pese a ello, el legislador británico optó por hacer una regulación de la figura que simplemente cumpliera con el estándar mínimo impuesto por el Convenio de Berna, llegando en ocasiones a ofrecer un nivel de protección inferior al establecido en el referido tratado internacional<sup>461</sup>. En este sentido, CORNISH cuestiona incluso que los derechos morales estén auténticamente integrados en el *copyright*, puesto que entiende que en la regulación británica las facultades personales y patrimoniales no se encuentran reguladas al mismo nivel. Por ello, este autor considera que en dicho ordenamiento jurídico la vulneración de un derecho moral se asemeja más al incumplimiento del mandato de una norma legal imperativa que a un auténtico ejercicio del derecho subjetivo de *copyright* por parte del creador de la obra intelectual<sup>462</sup>.

La *Copyright Act* reconoce únicamente los derechos morales de paternidad y de integridad, entendiendo la doctrina que el interés tutelado en el derecho de divulgación puede ser defendido tanto a través de los derechos de explotación como por la normativa en materia de información confidencial<sup>463</sup>. Así mismo, dentro de esta regulación incluye junto a dichas prerrogativas otras dos potestades que difícilmente podrían considerarse como derechos morales (al menos, desde la óptica continental): el derecho a perseguir la atribución no consentida de la autoría de una obra ajena, y el derecho de privacidad de las personas que aparecen en fotografías o grabaciones destinadas al ámbito privado o doméstico. Además, el legislador británico somete el ejercicio de cada una de estas facultades personales a un número tan elevado de requisitos y, a su vez, establece un

---

<sup>461</sup> MCCARTNEY, S. J.: “Moral Rights Under the United Kingdom's Copyright, Designs and Patents Act of 1908”, *Columbia-VLA Journal of Law and the Arts*, vol. 15, núm. 2, 1990 – 1991, pp. 206 – 207 y 245.

<sup>462</sup> En este sentido, CORNISH, W. R.: “Moral Rights Under the 1988 Act”, *European Intellectual Property Review*, Vol. 11, núm. 12, 1989, p. 449 afirma: *There is no scheme of thought here that an author enjoys both moral and economic rights, all of them in equal status. Instead, we find distinct rights, which give rise to an action for breach of statutory duty, no for copyright infringement.*

<sup>463</sup> Así lo señala DAVIES, G. y GARNETT, K.: *Moral rights*, op. cit., p. 81.

abanico de exclusiones o excepciones tan amplio que cabría poner en cuestión la eficacia real de estas prerrogativas personalísimas en la práctica<sup>464</sup>.

En la línea de lo que estamos apuntando, vale la pena destacar la regulación del derecho de paternidad, puesto que su eficacia se subordina a que el mismo haya sido previamente reivindicado por escrito<sup>465</sup>. En efecto, debe realizarse una declaración en la que el creador manifieste con claridad su deseo de ser reconocido públicamente como el autor de la obra intelectual en cuestión<sup>466</sup>, pudiendo hacerlo tanto en el propio contrato de cesión de derechos (vinculando en este caso tanto al actual cesionario como a futuros cesionarios) o en cualquier otro documento escrito firmado por el autor (en cuyo caso sólo afectará a quienes tengan conocimiento de dicha declaración)<sup>467</sup>. De lo contrario, el autor no podrá ejercer acción judicial alguna para reclamar que su identidad conste en los actos de explotación de la obra<sup>468</sup>.

No es ésta la única restricción que establece la legislación británica en esta misma materia. A modo de ejemplo ilustrativo, podemos reseñar que, incluso cuando se ha reivindicado válidamente esta prerrogativa personal, el artículo 77 de la *Copyright Act* limita su vigencia a los actos de publicación comercial, es decir, únicamente a los supuestos en los que se generan las copias de las obras antes de recibir los pedidos por parte de los clientes. En consecuencia, el autor no podría ejercer el derecho de paternidad en los supuestos en los que la copia se elabora con posterioridad al encargo<sup>469</sup>. No sólo ello, sino que el contenido de esta facultad personal es menor que el reconocido en los ordenamientos continentales. Así pues, el ordenamiento británico desconoce por completo el derecho al

---

<sup>464</sup> En la misma línea, DAVIES, G. y GARNETT, K.: *Moral rights*, op. cit., p. 81.

<sup>465</sup> Así lo dispone el art. 78 (1) *Copyright Act*: *A person does not infringe the right conferred by section 77 (right to be identified as author or director) by doing any of the acts mentioned in that section unless the right has been asserted in accordance with the following provisions so as to bind him in relation to that act*. A este respecto, GINSBURG, J.C.: “The Right to Claim Authorship in U.S. Copyright and Trademarks Law”, *Houston Law Review*, vol. 41, no. 2, Summer 2004, p. 291 se muestra crítica con esta regulación, que considera una perversión del Convenio de Berna.

<sup>466</sup> En este sentido, DAVIES, G. y GARNETT, K.: *Moral rights*, op. cit., p. 143 señalan cómo la mera afirmación de que alguien es el autor no supondrá reivindicación del derecho de paternidad, puesto que es necesario que conste, de algún modo, si el creador desea ser identificado o no en las copias de la obra.

<sup>467</sup> El art. 78 (2) *Copyright Act* preceptúa: *The right may be asserted generally, or in relation to any specified act or description of acts— (a) on an assignment of copyright in the work, by including in the instrument effecting the assignment a statement that the author or director asserts in relation to that work his right to be identified, or (b) by instrument in writing signed by the author or director*.

<sup>468</sup> A este respecto, MCCARTNEY, S. J.: “Moral Rights Under...”, op. cit., p. 228 considera que dicha exigencia forma resulta contraria a la finalidad de los derechos morales, ya que supone anteponer la protección de los intereses de los cesionarios de los derechos de explotación a la de los autores de las obras intelectuales.

<sup>469</sup> DAVIES, G. y GARNETT, K.: *Moral rights*, op. cit., pp. 121 – 122.

anonimato del autor, no contemplándose ni como un derecho autónomo ni como una vertiente del derecho de paternidad<sup>470</sup>. Por último, también es necesario apuntar que el artículo 79 de la *Copyright Act* establece una amplísima lista de excepciones al ejercicio de esta facultad personal, destacando la doctrina cómo varias de ellas resultan de difícil justificación<sup>471</sup>. Aun así, debemos reconocer que, más allá de las previsiones legales referentes al derecho de paternidad, nada impide que el autor de la obra original pueda establecer por vía contractual sus propias exigencias con respecto a cómo desea ser identificado en su creación<sup>472</sup>.

Volviendo a la cuestión de los derechos morales desde una perspectiva más general, estas prerrogativas personales serán ostentadas en la legislación británica por los autores y directores<sup>473</sup> sobre sus obras mientras subsista el copyright de las mismas<sup>474</sup>. En este sentido y de conformidad con la visión monista de la propiedad intelectual<sup>475</sup>, la duración temporal de los derechos morales coincide con la de la vertiente patrimonial de los derechos de autor<sup>476</sup> (como regla general, 70 años tras la muerte del autor)<sup>477</sup>. Durante su vigencia los derechos morales son inalienables *inter vivos*, pero pueden transmitirse *mortis causa*, pudiendo el autor por vía testamentaria designar que el nuevo titular sea incluso una persona jurídica<sup>478</sup>. Por otro lado, la legislación británica reconoce tanto la posibilidad de que el autor renuncie completamente a sus derechos morales como que disponga de los mismos o autorice una determinada intromisión en su esfera personal. Si bien esta diferencia conceptual entre ambos mecanismos fue defendida por el Gobierno

---

<sup>470</sup> *Ibidem*, p. 225.

<sup>471</sup> *Ibidem*, pp. 155 y ss. A modo de ejemplo de obras ante las que sus autores no ostentarían el derecho de paternidad, baste citar entre ellas los programas de ordenador [art. 79 (2) (a) *Copyright Act*] o las creaciones realizadas en el marco de una relación laboral [art. 79 (3) *Copyright Act*].

<sup>472</sup> DAVIES, G. y GARNETT, K.: *Moral rights*, *op. cit.*, pp. 205 – 206.

<sup>473</sup> Si bien la *Copyright Act* reconoce la autoría de una obra cinematográfica tanto al productor como al director de la misma [art. 9 (2) (ab)], dicha norma sólo reconocerá derechos morales a este último.

<sup>474</sup> Por tanto, es necesario que la obra en cuestión sea protegible por la legislación en la materia. Destacamos especialmente el concepto de originalidad que maneja el ordenamiento británico, basado únicamente en que la obra sea resultado del esfuerzo propio y no sea, a su vez, copia de ninguna otra creación intelectual, lo que, de nuevo, representa un estándar bastante bajo. Así mismo, los arts. 153 y ss. *Copyright Act* establecen requisitos adicionales de cualificación, aunque como consecuencia de la adhesión al Convenio de Berna se aplican a la práctica totalidad de obras. Sobre las obras protegibles por el copyright y el titular originario de este derecho, *vid.* DAVIES, G. y GARNETT, K.: *Moral rights*, *op. cit.*, pp. 83 – 100.

<sup>475</sup> DAVIES, G. y GARNETT, K.: *Moral rights*, *op. cit.*, p. 301.

<sup>476</sup> Art. 86 (1) *Copyright Act*. El segundo apartado de dicho precepto otorga una duración menor a la facultad para perseguir la falsa atribuciones de autoría, que pervivirá 20 años tras la muerte del creador en cuestión.

<sup>477</sup> Arts. 12 y ss. *Copyright Act*.

<sup>478</sup> En lo que respecta a esta cuestión y a otras concernientes al ámbito de la sucesión *mortis causa* de los derechos morales en la regulación británica, *vid.* DAVIES, G. y GARNETT, K.: *Moral rights*, *op. cit.*, pp. 308 y ss.

británico durante la tramitación parlamentaria de la norma<sup>479</sup>, la diferencia entre ambas vías en la práctica es nula, puesto que el resultado que se consigue es el mismo en ambos casos, distinguiéndose únicamente en el cumplimiento de determinados requisitos formales y, en ocasiones, en la posibilidad de revocar el consentimiento<sup>480</sup>.

Sea como fuere, resulta asombrosa desde la perspectiva continental europea la extensión que la renuncia de los derechos morales puede alcanzar en el ordenamiento británico. Así pues, la renuncia puede: a) recaer sobre una obra concreta, sobre todas las que coincidan con una determinada descripción, sobre el conjunto de obras en general o, incluso, sobre creaciones futuras<sup>481</sup>; b) extenderse a unas personas y no a otras<sup>482</sup>, si bien la norma impone que en el caso de realizarse al titular de los derechos de explotación, la renuncia también abarcará a los cesionarios de éste<sup>483</sup>; c) ser condicional o incondicional<sup>484</sup>, siendo lo segundo lo más frecuente en la práctica<sup>485</sup>; y d) ser susceptible de revocación, aunque será irrevocable si nada se establece a este respecto<sup>486</sup>.

Es más, sorprende que parte de la doctrina rechaza la posibilidad de circunscribir la renuncia a una determinada potestad de las que componen el derecho moral en cuestión –por ejemplo, la renuncia al respeto de la integridad de la obra sólo en lo que respecta a la adaptación de la obra original– o de limitar la misma temporalmente<sup>487</sup>. En

---

<sup>479</sup> En concreto, éstas fueron las declaraciones que el Ejecutivo realizó durante el proceso de tramitación parlamentaria, *vid. House of Lords Hansard*, series 5, vol. 491, col. 395:

*Consent is different from waiver. It is short term, whereas waiver is long term. I give an example. An employee who has not waived his right to be identified might draft a letter for the signature of his superior. Nothing is said between them and the work leaves the company unchanged over the signature of the superior. It is his name that appears on the work, not the author's, but the author has consented to this by the very action of passing the draft up the line to his superior. (...)*

*Waiver, on the other hand, is the giving up of rights in whole or in part, conditionally or unconditionally, revocably or irrevocably, in favour of particular people or in favour of the whole world, irrespective of whether any particular act is in anyone's mind. It is the sort of thing most likely to be found in a contract, but not necessarily. For example, it might arise in non-contractual dealings between members of a club committee or between a researcher and the publisher of the results of his research. It cannot sensibly be called consent; indeed, it is not consent. It is not saying, "I retain my rights but consent to your doing of that act", but "I waive my rights and give them up". We consider that we need provision for both informal consent and formal written waiver.*

<sup>480</sup> DAVIES, G. y GARNETT, K.: *Moral rights*, op. cit., pp. 328 – 329.

<sup>481</sup> El art. 87 (3) *Copyright Act* preceptúa: *A waiver— (a) may relate to a specific work, to works of a specified description or to works generally, and may relate to existing or future works, and (...).*

<sup>482</sup> DAVIES, G. y GARNETT, K.: *Moral rights*, op. cit., p. 321.

<sup>483</sup> En concreto, el citado precepto señala: *(...) and if made in favour of the owner or prospective owner of the copyright in the work or works to which it relates, it shall be presumed to extend to his licensees and successors in title unless a contrary intention is expressed.*

<sup>484</sup> El art. 87 (3) *Copyright Act* dispone: *(b) may be conditional or unconditional and may be expressed to be subject to revocation.*

<sup>485</sup> DAVIES, G. y GARNETT, K.: *Moral rights*, op. cit., p. 320.

<sup>486</sup> *Ibidem*, p. 325.

<sup>487</sup> *Ibidem*, p. 322.

consecuencia, dicho acto supone una abdicación perpetua y total del concreto derecho moral al que se renuncia. Así mismo, los sucesores del titular también estarán vinculados por la renuncia que realizó el causante en los mismos términos y con la misma extensión con la que éste la llevó a cabo<sup>488</sup>.

El único requisito legal que la *Copyright Act* establece para que el titular pueda renunciar a sus derechos morales es que la misma debe constar por escrito en un documento (contractual o no) firmado por el renunciante<sup>489</sup>. Pese a ello, la observancia de dichos requerimientos formales no sería necesaria en la práctica, puesto que la legislación reconduce cualquier renuncia que no respete dichas exigencias a una “renuncia informal” que produciría efectos idénticos<sup>490</sup>. De este modo, la doctrina del *estoppel* –equivalente a nuestra teoría de los actos propios– impediría que el autor pudiera reclamar cualquier clase de resarcimiento por un acto de vulneración de sus derechos morales que previamente hubiera consentido. En este sentido, el apartado cuarto del artículo 87 de la *Copyright Act* resulta bastante elocuente a este respecto al establecer: *Nothing in this Chapter shall be construed as excluding the operation of the general law of contract or estoppel in relation to an informal waiver or other transaction in relation to any of the rights mentioned in subsection (1)*.

Desde nuestro punto de vista, el panorama británico resulta desolador. Indudablemente, la incorporación de los derechos morales en el ordenamiento británico no ha sido fruto de un auténtico convencimiento del legislador sobre la pertinencia de esta figura, sino de la necesidad de cumplir con los compromisos internacionales derivados del Convenio de Berna. Ello ha dado lugar a una regulación repleta de excepciones o de exigencias formales para la efectividad de estos derechos, lo que trasluce en realidad un deseo del legislador de liberarse de la carga que suponen estas facultades personalísimas para los cesionarios de los derechos de explotación<sup>491</sup>.

---

<sup>488</sup> *Ibidem*, p. 324.

<sup>489</sup> El art. 87 (2) *Copyright Act* establece: *Any of those rights may be waived by instrument in writing signed by the person giving up the right*.

<sup>490</sup> En este sentido, DAVIES, G. y GARNETT, K.: *Moral rights*, *op. cit.*, pp. 322 – 323. Es más, el propio art. 87 *Copyright Act* arranca preceptuando lo siguiente: (1) *It is not an infringement of any of the rights conferred by this Chapter to do any act to which the person entitled to the right has consented*.

<sup>491</sup> De hecho, DAVIES, G. y GARNETT, K.: *Moral rights*, *op. cit.*, p. 81 sostienen que la *Copyright Act* en ocasiones regula la cuestión de los derechos morales con semejante cantidad de requisitos y excepciones que resulta difícil sostener la racionalidad de algunas de sus disposiciones.



Así mismo, creemos que la falta de limitaciones reales a la hora de renunciar a los derechos morales facilita que en la práctica los autores se vean abocados a tener que abdicar de estas prerrogativas como consecuencia de las exigencias impuestas unilateralmente por una contraparte más fuerte<sup>492</sup>. En nuestra opinión, se confía excesivamente en la capacidad de negociación contractual de los sujetos que suscriben esta clase de acuerdos, olvidándose en el camino que la mayoría de creadores no reúnen el estatus que han alcanzado algunos de los más célebres escritores de *bestsellers* de la literatura inglesa<sup>493</sup>. En definitiva, no podemos dejar de plantearnos hasta qué punto la regulación británica de los derechos morales ha proporcionado un nivel de protección mayor para los autores que el que ya existía previamente a su reconocimiento y que se basaba en el recurso a los mecanismos generales previstos en el conjunto del ordenamiento jurídico<sup>494</sup>.

Para concluir, en lo que respecta al fenómeno de la autoría fantasma, querríamos destacar que la validez de los acuerdos de usurpación de autoría no ha sido puesta en duda en ningún momento por la jurisprudencia británica. En este sentido, destaca, por ejemplo, la sentencia *John Sadler v George Reynolds*<sup>495</sup>, que abordó el incumplimiento contractual del comitente de una autobiografía por encargo. Tras haber celebrado un acuerdo verbal con John Sadler por el que le contrataba como escritor fantasma, Reynolds le comunicó su voluntad de que finalmente no se escribiera el libro en cuestión. Pese a ello, el biografiado le realizó con posterioridad el encargo a otro escritor, lo que motivó que Sadler le demandara por la ruptura del acuerdo al que habían llegado. El tribunal británico reconoció la existencia de dicho contrato verbal y condenó a Reynolds al pago de una indemnización ascendiente a 36.000 libras. Sin embargo, más allá de la resolución del supuesto de hecho concreto, nos gustaría llamar la atención sobre el hecho de que, en

---

<sup>492</sup> MCCARTNEY, S. J.: “Moral Rights Under...”, *op. cit.*, p. 243 señala que la regulación de la renuncia de los derechos morales en la legislación británica resulta contraria al espíritu del Convenio de Berna, en la medida en que se desprotege los intereses de los autores al poder ser desprovistos de sus prerrogativas personalísimas con excesiva facilidad.

<sup>493</sup> En línea semejante, CORNISH, W. R.: “Moral Rights Under...”, *op. cit.*, p. 452 confía en que los tribunales británicos amplíen la protección brindada por la Copyright Act: *Let us hope for one thing from the explicit adoption of particular moral rights eo nomine in English law: that the significance of the root idea will begin to penetrate judicial attitudes, so as to lay a foundation for somewhat less meager protection in future statutes. (...) They should strive to ensure that the less established and less self-possessed authors, artists and directors have a degree of aid in establishing norms of reasonable commercial behavior among those who exploit their creations.*

<sup>494</sup> RIGAMONTI, C.P.: “The Conceptual Transformation...”, *op. cit.*, p. 77. Para una comparación detallada sobre ambos regímenes normativos, *vid.* MCCARTNEY, S. J.: “Moral Rights Under...”, *op. cit.*, pp. 227 – 239.

<sup>495</sup> England and Wales High Court (Queen’s Bench Division): March 7, 2005 [2005] EWHC 309 (QB).

ningún momento, se puso en duda la validez del contrato de *ghostwriting*, lo que, a nuestro entender, resulta plenamente coherente con la lógica propia del sistema de *copyright* británico.

### 3.5.2. Estados Unidos

Tal y como ocurría en la mayoría de los ordenamientos jurídicos del entorno del *common law*, la figura de los derechos morales es prácticamente desconocida en los Estados Unidos, incluso aún a día de hoy. Como ya hemos señalado, dicho país se opuso rotundamente a la incorporación de estas facultades personales al Convenio de Berna y, a diferencia de lo sucedido en el Reino Unido, la adhesión a este tratado internacional no supuso el reconocimiento de estas prerrogativas personalísimas en la legislación norteamericana. El Congreso estadounidense entendió que la adhesión al Convenio de Berna no debía suponer la creación de nuevos mecanismos jurídicos para proteger los intereses personales de los autores, de modo que se excluyó expresamente el artículo 6.bis de la ratificación de dicho tratado internacional, lo que ha suscitado diversas críticas por parte de la doctrina americana<sup>496</sup>.

El único texto legal en el que se contemplan en la actualidad dichas facultades personalísimas en el ordenamiento jurídico estadounidense es la *Visual Artists Rights Act of 1990* (en adelante, VARA), que reconoce determinados derechos morales a determinados autores de cierto tipo de obras intelectuales. En concreto, la protección de la norma sólo se extiende a aquellas creaciones del ámbito de las artes visuales de las que exista una única copia o con una edición numerada o firmada de menos de doscientas copias<sup>497</sup>. Precisamente, la circunscripción del ámbito objetivo de la normativa a un número tan reducido de obras intelectuales ha ocasionado que en los escasos supuestos en los que algún autor ha alegado la vulneración de un derecho moral los tribunales estadounidenses no hayan estimado dicha pretensión al considerar que la creación en cuestión no reunía los requisitos exigidos por la norma<sup>498</sup>. Además de todo ello, la VARA

---

<sup>496</sup> Así lo señala LINGREN, K: “United States of America” en DAVIES, G. y GARNETT, K.: *Moral rights*, op. cit., pp. 857 – 858.

<sup>497</sup> La sección 2 de la VARA establece: *A work of visual art is (1) a painting, drawing, print, or sculpture, existing in a single copy, in a limited edition of 200 copies or fewer that are signed and consecutively numbered by the author, or, in the case of a sculpture, in multiple cast, carved, or fabricated sculptures of two hundred or fewer that are consecutively numbered by the author and bear the signature or other identifying mark of the author; or (2) a still photographic image produced for exhibition purposes only, existing in a single copy that is signed by the author, or in a limited edition of 200 copies or fewer that are signed and consecutively numbered by the author.*

<sup>498</sup> LINGREN, K: “United States of America”, op. cit., p. 872.

establece un catálogo de excepciones amplísimo en el que los creadores no serían titulares de ningún derecho moral<sup>499</sup>.

La VARA únicamente reconoce los derechos morales de paternidad e integridad. Establece que dichas facultades pervivirán cincuenta años después de la muerte del autor<sup>500</sup>, si bien las normas estatales pueden ampliar dicha duración<sup>501</sup>. Así mismo, dispone que estas prerrogativas son inalienables; sin embargo, el autor puede renunciar a las mismas, siempre y cuando lo haga a través de un documento escrito firmado por él mismo en el que se especifique tanto los actos por los que se renuncia como la obra concreta<sup>502</sup>. Finalmente, cabe destacar que la regulación contenida en la referida normativa no es aplicable a los supuestos que ocurran fuera de Estados Unidos, y que la misma sustituye a cualquier legislación de los Estados federados sobre la misma materia<sup>503</sup>.

Ante la falta de una normativa que reconociera con carácter general estas facultades personales, los autores recurrieron durante décadas (en concreto, entre los años 1970 a 2003) a la regulación relativa a la usurpación de marca prevista en la *Lanham Trademark Act* para ejercitar el derecho de moral de paternidad<sup>504</sup>. En concreto, para ello se empleaba

---

<sup>499</sup> En este sentido, la sección 2 de la VARA señala las obras cuya creación no supondrá la atribución de derechos morales: *A work of visual art does not include (A) (i) any poster, map, globe, chart, technical drawing, diagram, model, applied art, motion picture or other audiovisual work, book, magazine, newspaper, periodical, data base, electronic information service, electronic publication, or similar publication; (ii) any merchandising item or advertising, promotional, descriptive, covering, or packaging material or container; (iii) any portion or part of any item described in clause (i) or (ii); (B) any work made for hire; or (C) any work not subject to copyright protection under this title.*

<sup>500</sup> La sección 3 de VARA establece: *(d) DURATION OF RIGHTS- (1) With respect to works of visual art created on or after the effective date set forth in section 9(a) of the Visual Artists Rights Act of 1990, the rights conferred by subsection (a) shall endure for a term consisting of the life of the author and fifty years after the author's death.*

<sup>501</sup> LINGREN, K: "United States of America", *op. cit.*, p. 891.

<sup>502</sup> La sección 3 de VARA dispone: *(e) TRANSFER AND WAIVER- (1) Except as provided in paragraph (2), the rights conferred by subsection (a) may not be transferred, but those rights may be waived if the author expressly agrees to such waiver in a written instrument signed by the author. Such instrument shall specifically identify the work, and uses of that work, to which the waiver applies, and the waiver shall apply only to the work and uses so identified. (...)*

<sup>503</sup> LINGREN, K: "United States of America", *op. cit.*, pp. 886 – 888. Con todo, no resulta pacífica la cuestión de la preeminencia de la ley federal sobre las leyes estatales, que podrían aplicarse preferentemente tanto en aquellos supuestos en los que no se abordara exactamente la misma materia que la contenida en la VARA o en aquellos en los que dichas normativas reconocieran un catálogo más amplio de derechos. En pp. 909 – 954 la citada autora destaca cómo la práctica totalidad de las normas estatales –que siguen principalmente el modelo de la legislación de California o la de Nueva York– circunscriben el reconocimiento de los derechos morales a las obras plásticas, si bien algunos Estados conceden una protección mayor a la establecida en VARA. La excepción vendría representada por la regulación de Puerto Rico de 2006, que amplía el ámbito de protección a las obras literarias, científicas o artísticas, y reconoce además otros derechos morales como la facultad de divulgación o la de arrepentimiento.

<sup>504</sup> LINGREN, K: "United States of America", *op. cit.*, pp. 895 – 904. Con todo, GINSBURG, J.C.: "The Right to Claim...", *op. cit.*, pp. 265 – 266 señala que esta normativa solo posibilitaría, en todo caso, perseguir las

el artículo 43(a) del referido texto, titulado como *False designations of origin; false description or representation*<sup>505</sup>. Sin embargo, el Tribunal Supremo estadounidense entendió en el caso *Dastar Corp. v. Twentieth Century Fox Film Corp.*, 539 U.S. 23 (2003)<sup>506</sup> que dicha norma extendía su protección únicamente al origen de los bienes tangibles a la venta y no a la autoría de los contenidos que pudieran estar insertos en los mismos<sup>507</sup>, lo que ocasionó que el mencionado precepto dejara de constituir una vía válida para que los creadores de obras protegidas por el *copyright* pudieran reclamar la paternidad de las mismas<sup>508</sup>.

Así pues, para la mayoría de autores la tutela de los intereses personales amparados por el derecho moral de paternidad debe realizarse a través de los mecanismos generales

---

falsas atribuciones de paternidad, pero no permitiría que el autor pudiera ejercitar la faceta positiva de su derecho moral de paternidad. Así mismo, HANSMANN, H. y SANTILLI, M.: “Authors' and Artists' Moral...”, *op. cit.*, p. 116 señalan las deficiencias de la protección de la normativa sobre marcas para amparar los intereses personales tutelados tradicionalmente por los derechos morales. En concreto, en relación con el derecho de integridad, afirman: *At present, however, the reach of trademark law seems more modest than that. It might not provide protection to an artist who does not already have a substantial reputation; it might not provide protection where an artist's name is removed from an altered work before its display; it might not apply to altered works that are not displayed commercially or resold; and it might not prevent complete destruction of a work. Yet protection in these latter circumstances could be quite important to artists.*

<sup>505</sup> El citado artículo preceptúa lo siguiente: (a) (1) *Any person who, on or in connection with any goods or services, or any container for goods, uses in commerce any word, term, name, symbol, or device, or any combination thereof, or any false designation of origin, false or misleading description of fact, or false or misleading representation of fact, which— (A) is likely to cause confusion, or to cause mistake, or to deceive as to the affiliation, connection, or association of such person with another person, or as to the origin, sponsorship, or approval of his or her goods, services, or commercial activities by another person, or (B) in commercial advertising or promotion, misrepresents the nature, characteristics, qualities, or geographic origin of his or her or another person's goods, services, or commercial activities, shall be liable in a civil action by any person who believes that he or she is or is likely to be damaged by such act.*

<sup>506</sup> El supuesto de hecho era el siguiente: la empresa Twentieth Century Fox produjo la serie *Crusade in Europe*, basada en un libro homónimo de General Dwight D. Eisenhower. Dado que Fox no renovó el *copyright* de la serie, la misma entró en dominio público en 1977. Aun así, en 1988 la Fox volvió a adquirir los derechos del libro de Eisenhower y acordó la distribución de nuevas cintas de vídeos de la serie. La empresa Dastar adquirió ocho cintas de vídeo que contenían dicho material audiovisual y realizó su propia versión de la misma, denominada *World War II Campaigns in Europe*, producto que comercializó sin hacer referencia ni a *Crusade in Europe* ni a la Fox. Ante esta situación esta última decidió demandar a Daster por usurpación de marca.

<sup>507</sup> A este respecto, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos se pronunció en este sentido: *We think the most natural understanding of the “origin” of “goods”—the source of wares—is the producer of the tangible product sold in the marketplace, in this case the physical Campaigns videotape sold by Dastar. The concept might be stretched (as it was under the original version of § 43(a)) 5 to include not only the actual producer, but also the trademark owner who commissioned or assumed responsibility for (“stood behind”) production of the physical product. But as used in the Lanham Act, the phrase “origin of goods” is in our view incapable of connoting the person or entity that originated the ideas or communications that “goods” embody or contain. Such an extension would not only stretch the text, but it would be out of accord with the history and purpose of the Lanham Act and inconsistent with precedent.*

<sup>508</sup> En opinión de GINSBURG, J.C.: “The Right to...”, *op. cit.*, p. 269, dado que la referida sentencia versó sobre una obra que se encontraba ya en dominio público, este precedente jurisprudencial no debe imposibilitar que se reexamine la posibilidad de que el autor recurra a la protección de la *Lanham Trademark Act* cuando el *copyright* de la creación intelectual todavía siguiera vigente. Aun así, la autora es consciente de algunos juzgados estadounidenses de primera instancia ya han rechazado esta posibilidad.

previstos en el ordenamiento jurídico: la *difamation*, la violación del *right to privacy* o el establecimiento de cláusulas al respecto en el pertinente contrato<sup>509</sup>. Como consecuencia de ello, creemos que la legislación estadounidense genera un clima de desprotección aún mayor de los intereses espirituales de los autores que el que ocasionaba la deficiente regulación de los derechos morales que realizaba la norma británica<sup>510</sup>. Teniendo en cuenta todo lo anterior, resulta fácil comprender cómo tanto la ausencia de reconocimiento de estas facultades personales en determinados casos, así como la posibilidad de renunciar a las mismas, ha ocasionado que la eficacia de los acuerdos de usurpación de autoría no haya sido puesta en entredicho en los países del ámbito anglosajón.

### 3.5.3. Francia

La legislación francesa en materia de derechos de autor constituye un auténtico punto de referencia para la regulación española de la propiedad intelectual, por lo que no es extraño que las concomitancias entre ambos ordenamientos sean abundantes en este ámbito. Especialmente es así en lo referido a los derechos morales, puesto que, tal y como ya hemos expuesto anteriormente, Francia ocupó un papel destacado en el desarrollo jurídico de esta institución, marcando además la tendencia a seguir para los sistemas continentales o de *droits d'auteur* como el nuestro. Por todo ello, consideramos que la perspectiva francesa puede ser particularmente valiosa a la hora de plantear soluciones razonables a las problemáticas centrales que son objeto de este trabajo.

Así pues, al igual que ocurre en la normativa española, el artículo L121-1 del *Code de la propriété intellectuelle* establece la perpetuidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad de los derechos morales<sup>511</sup>. En relación con dichas características, la jurisprudencia francesa ha considerado que la inalienabilidad de estas facultades personalísimas constituye un principio que integra el orden público de este país, de tal modo que los tribunales pueden

---

<sup>509</sup> RIGAMONTI, C.P.: “The Conceptual Transformation...”, *op. cit.*, p. 75. LINGREN, K: “United States of America”, *op. cit.*, pp. 907 – 908. Pese a ello, GINSBURG, J.C.: “The Right to...”, *op. cit.*, pp. 286 y ss. se muestra partidaria de un reconocimiento expreso del derecho moral de paternidad en la *Copyright Act* estadounidense.

<sup>510</sup> Por el contrario, GINSBURG, J.C.: “The Right to...”, *op. cit.*, pp. 298 – 300 considera que la normativa estadounidense resulta más protectora que la regulación británica, puesto que no vincula el ejercicio del derecho moral de paternidad al prerequisite de que el creador lo haya reivindicado anteriormente por escrito. Además, la autora apunta a que la VARA exige que la renuncia del derecho moral sea específica, no permitiendo las renunciaciones generales a estas facultades personales que sí pueden producirse, en cambio, en el ordenamiento británico.

<sup>511</sup> El tercer inciso del art. L121-1 dispone: *Il est perpétuel, inaliénable et imprescriptible.*

declarar de oficio la nulidad de cualquier acuerdo que contraría el mismo<sup>512</sup>. Igualmente, la relevancia que el ordenamiento jurídico francés otorga a estas prerrogativas como mecanismo de protección de los intereses personales de los creadores se percibe en la mutación de la naturaleza jurídica que experimentan los derechos morales tras la muerte del autor. En efecto, una vez fallecido éste, dichas potestades pasan a configurarse como un *droit-fonction* para los sucesores *mortis causa* del autor, que deberán ejercitar de conformidad con la voluntad del difunto creador<sup>513</sup>.

Por otro lado, llama la atención que el *Code de la propriété intellectuelle* no alude expresamente a la irrenunciabilidad de los derechos morales. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia francesas han entendido que la misma era una consecuencia natural tanto de la inalienabilidad de estas prerrogativas como de que esta materia constituyera una cuestión de orden público<sup>514</sup>. Por ello, se ha rechazado la validez de aquellas cláusulas contractuales que supusieran una renuncia perpetua a los derechos morales de paternidad o integridad<sup>515</sup>. Por el contrario, existe cierta polémica en torno al reconocimiento a los creadores de obras intelectuales de un cierto margen de disposición sobre sus derechos morales. A este respecto, parece que la doctrina y la jurisprudencia francesa han considerado que la forma de compatibilizar dicha posibilidad con la irrenunciabilidad de estas prerrogativas radica en reconocer al autor la potestad de revocar *ad nutum* su consentimiento en cualquier momento<sup>516</sup>.

---

<sup>512</sup> FRABBONI, M.M.: “France” en DAVIES, G. y GARNETT, K.: *Moral rights*, *op. cit.*, p. 393. En este sentido, la sentencia del Tribunal de grande instance de Paris, du 7 janvier 1969 afirma: (...) *l’abdication de la dignité d’auteur et la contrepartie pécuniaire de cette déchéance, le “salaire de la résignation” pour reprendre l’expression de l’auteur en l’occurrence, sont non seulement illicites mais encore immorales et dès lors atteintes d’une nullité d’ordre public qu’il est loisible au juge de soulever d’office le cas échéant.*

<sup>513</sup> DIETZ, A.: “The Moral Right...”, *op. cit.*, pp. 217 – 219, quien se muestra especialmente crítico con la imposición de este *droit-fonction* a los sucesores del autor. FRABBONI, M.M.: “France”, *op. cit.*, p. 391.

<sup>514</sup> LUCAS-SCHLOETTER, A.: *Droit moral et droits de la personnalité*, Tome II, Presse Universitaires d’Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2002, p. 354. Así mismo, los tribunales franceses han rechazado cualquier renuncia perpetua a un derecho moral, incluso si se ha realizado conforme a una norma extranjera que la permitiese, por ser contrarias al orden público internacional. A este respecto, la sentencia de la Cour d’appel de Paris, du 1 février 1989 reconoció la condición de coautora a Anne Bragance de la novela “La nuit du sérail” por haber colaborado activamente en su creación con Miguel de Grecia. El tribunal entendió que la renuncia al derecho moral de paternidad que había realizado Bragance era nula de pleno de derecho, pese a que se hubiera realizado de conformidad con la ley del Estado de Nueva York.

<sup>515</sup> En relación con la renuncia al derecho de integridad, DIETZ, A.: “The Moral Right...”, *op. cit.*, p. 221 afirma: *The true criterium for deciding whether a waiver is null and void, therefore, appears to be whether the author had to sign abstract and general clauses on (future) modifications of his work without having the possibility to ratify them, at least ex posteriori. There seems to be general agreement on this point in the national reports.*

<sup>516</sup> HANSMANN, H. y SANTILLI, M.: “Authors’ and Artists’ Moral...”, *op. cit.*, p. 126. DENOIX DE SAINT MARC, S.: *Le contrat de commande...*, *op. cit.*, p. 123.

Así pues, FRABBONI entiende, por ejemplo, que el titular del derecho moral de integridad sí puede consentir, por ejemplo, la realización a *posteriori* de ciertas modificaciones concretas de su creación<sup>517</sup>. Así mismo, considera que en el ordenamiento francés sería lícito que el autor consintiera permanecer en el anonimato durante un tiempo, siempre y cuando hubiera aceptado dicha cláusula voluntariamente –y, por consiguiente, no hubiera sido impuesta por la contraparte– y dicha obligación tenga carácter temporal. En el caso de que no se cumplieran estas condiciones, el consentimiento prestado por el creador de la obra podría ser revocado en cualquier momento<sup>518</sup>. En cambio, no es ésta la postura de DESBOIS, que considera que cualquier cláusula que imponga una obligación contractual al autor en relación con sus derechos morales (por ejemplo, el deber de permanecer en el anonimato o escondido tras un pseudónimo no transparente) resulta nula de pleno derecho, por lo que aquél podrá revocar unilateralmente su consentimiento cuando lo desee<sup>519</sup>.

Por otra parte, un sector de la doctrina estima que el ejercicio de dicha potestad debe llevar aparejada necesariamente la obligación del autor revocante de indemnizar los daños y perjuicios<sup>520</sup>. En relación con esta cuestión, DESBOIS entiende que nos encontraríamos ante una suerte de obligación alternativa, en la que el creador tendría que optar entre cumplir la prestación acordada o indemnizar a la contraparte. El ilustre autor francés considera que el otro contratante no debe soportar el cumplimiento del negocio jurídico en cuestión después de que el titular del derecho moral haya revocado su consentimiento con respecto a cláusulas que fueron valoradas como esenciales para la celebración del mismo; motivo por el cual le reconoce el derecho al cesionario a resolver el contrato en tal caso<sup>521</sup>.

Finalmente, nos gustaría señalar que la cuestión de la autoría fantasma ha sido examinada por varios autores en la doctrina francesa. En atención a la regulación legal de los derechos morales, DESBOIS, de nuevo, sintetiza las dos posturas que pueden adoptarse al respecto de este fenómeno. Por un lado, una hipótesis posible sería entender que el derecho moral de paternidad sí podría constituir un objeto lícito de un contrato, siempre

---

<sup>517</sup> FRABBONI, M.M.: “France”, *op. cit.*, p. 395. De igual manera, RAZON, H.: *La contractualisation du droit moral de l’auteur*, Droit. Université d’Avignon, 2014, disponible en <https://theses.hal.science/tel-01205616>, p. 269.

<sup>518</sup> FRABBONI, M.M.: “France”, *op. cit.* p. 393.

<sup>519</sup> DESBOIS, H.: *Le droit d’auteur...*, *op. cit.*, p. 476.

<sup>520</sup> DENOIX DE SAINT MARC, S.: *Le contrat de commande...*, *op. cit.*, p. 123.

<sup>521</sup> DESBOIS, H.: *Le droit d’auteur...*, *op. cit.*, pp. 477 – 478.

y cuando no se trasgredieran los límites del orden público<sup>522</sup>. De este modo, sólo sería nulos aquellos acuerdos cuyo objetivo final fuera engañar al público sobre la autoría de una obra intelectual, en la medida en que dichos negocios jurídicos serían contrarios al interés general (a modo de ejemplo, podríamos pensar en la publicación de una novela o en la presentación de una tesis doctoral). En cambio, no habría ilicitud alguna en aquellos supuestos en los que la omisión de autoría pudiera estar justificada (por ejemplo, los redactores de los distintos artículos de un periódico en el que se pretende buscar uniformidad)<sup>523</sup>.

Por otro lado, la hipótesis por la que se inclina DESBOIS supone considerar que estos acuerdos serían revocables en todo caso, independientemente de cuál fuera el fin último del contrato. Dicho autor entiende que la normativa en materia de propiedad intelectual no debe gravitar en torno a los intereses del público (lo cual incluso podría llegar a generar cierta arbitrariedad con respecto a la eficacia de este tipo de negocios jurídicos), sino alrededor de los intereses del autor de la obra, que en última instancia continúa siendo el titular de una prerrogativa irrenunciable e inalienable que ampara el vínculo espiritual que ha establecido con su creación<sup>524</sup>. Sea como fuere, cabe destacar que la tesis de la revocación del consentimiento del autor con respecto a la omisión de su nombre en la explotación de la obra intelectual que ha creado es la que ha sido acogida por la jurisprudencia francesa<sup>525</sup>.

#### 3.5.4. Alemania

Por el mero hecho de integrarse dentro del modelo continental de protección de los derechos de autor, la regulación alemana de la propiedad intelectual se asemeja indudablemente más a la normativa española que a la de los países anglosajones a los que nos hemos referido previamente en los apartados anteriores. Así pues, a modo de ejemplo

---

<sup>522</sup> En palabras de DESBOIS, H.: *Le droit d'auteur...*, op. cit., p. 480 : *Le nom d'un auteur et la paternité constituent l'objet licite d'un contrat, dès lors que l'intention des parties ne contrarie pas l'ordre public*

<sup>523</sup> *Ibidem*, p. 480.

<sup>524</sup> *Ibidem*, pp. 481 – 482.

<sup>525</sup> Destacamos la sentencia de la Cour d'appel de Paris (1<sup>ère</sup> Chambre), du 10 juin 1986, relativa a un escritor fantasma que había redactado varias autobiografías de distintos personajes públicos, en la que el tribunal entendió que no podía considerarse como definitiva la renuncia del creador a que su nombre apareciera en el mismo lugar y con las mismas dimensiones y características que los autores aparentes; y la sentencia de la Cour d'appel de Paris (1<sup>ère</sup> Chambre), du 18 décembre 1990 –posteriormente, confirmada por la Cour de Cassation–, relativa a una escritora fantasma que había publicado cuatro novelas en cuya portada no figuraba su nombre y aparecía en su lugar el título “Gérard de Villiers présente”, en la que el tribunal entendió que la cláusula contractual por la que creadora se comprometía a publicar de manera anónima o bajo pseudónimo era válida, siempre y cuando pudiera revocar su consentimiento en cualquier momento.



bastaría con señalar que Alemania consagra en su legislación el principio de autoría, de tal modo que la titularidad originaria le corresponde en todo caso y sin excepción de ninguna clase a la persona física que crea la obra original<sup>526</sup>. Pese a ello, no debemos soslayar el hecho de que el ordenamiento alemán acoge íntegramente en su seno el modelo monista de la propiedad intelectual, lo que se traduce en una serie de consecuencias jurídicas concretas.

En la legislación alemana todo el derecho de autor constituye un único derecho híbrido, conformado tanto por facultades patrimoniales como por prerrogativas personales<sup>527</sup>. En la medida en que no se realiza ninguna clase de distinción en la caracterización de los derechos morales y de los derechos de explotación, se considera que la propiedad intelectual en su conjunto es irrenunciable e inalienable (salvo por la posibilidad de transmitir *mortis causa* las potestades aludidas a los sucesores del autor)<sup>528</sup>. Aun así, independientemente de que el creador conserve en todo caso la titularidad del derecho, ello no impide en la práctica la comercialización de la obra, puesto que la misma se vehicula a través de la concesión de licencias de uso por parte del autor<sup>529</sup>.

Entre las consecuencias fundamentales de otorgar un mismo tratamiento jurídico a los derechos de explotación y a los derechos morales se encuentra la cuestión de la duración del derecho de autor. La normativa alemana otorga la misma extensión a ambos tipos de prerrogativas (toda la vida del autor y setenta años adicionales tras su muerte), rehuyendo, por consiguiente, de la nota de perpetuidad que la legislación francesa concede a los derechos morales de paternidad e integridad. Así mismo, los sucesores del causante

---

<sup>526</sup> A este respecto, DIETZ, A.: “Germany”, en DAVIES, G. y GARNETT, K.: *Moral rights*, op. cit., p. 410 habla del *creator principle* (*Schöpferprinzip*). Este mismo autor destaca que la sección 69.b de la norma alemana es el único precepto que prevé una *cessio legis* de la propiedad intelectual al empleador en el ámbito de los programas de ordenador creados por encargo. De este modo, el citado precepto establece: *Wird ein Computerprogramm von einem Arbeitnehmer in Wahrnehmung seiner Aufgaben oder nach den Anweisungen seines Arbeitgebers geschaffen, so ist ausschließlich der Arbeitgeber zur Ausübung aller vermögensrechtlichen Befugnisse an dem Computerprogramm berechtigt, sofern nichts anderes vereinbart ist.*

<sup>527</sup> De hecho, DIETZ, A.: “Germany”, op. cit., p. 427 destaca la dificultad para dilucidar si un determinado precepto de la normativa está más dirigido a la protección de los intereses personales o la de los patrimoniales.

<sup>528</sup> La sección 29 (a) de la norma alemana establece: *Das Urheberrecht ist nicht übertragbar, es sei denn, es wird in Erfüllung einer Verfügung von Todes wegen oder an Miterben im Wege der Erbauseinandersetzung übertragen.*

<sup>529</sup> SERRANO FERNÁNDEZ, M.: “Régimen jurídico de transmisión de los derechos de autor en el ordenamiento español y alemán”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº. 4, 2012, p. 11. DIETZ, A.: “Germany”, op. cit., p. 426.

podrán ejercitar dichas potestades en la forma que estimen oportuna, salvo que el autor haya dispuesto testamentariamente cuál es su voluntad al respecto<sup>530</sup>.

Por otra parte, la inalienabilidad de estas facultades no ha impedido, como apuntamos, que se otorguen licencias de uso (exclusivas o no exclusivas) que permitan la explotación económica de la obra. De hecho, la sección 29 (b) no sólo prevé esta posibilidad, sino que reconoce abiertamente la posibilidad de celebrar contratos sobre los derechos morales, siempre y cuando se respeten los límites establecidos en la sección 39<sup>531</sup>. En concreto, el mencionado precepto impide que el licenciatarario realice modificaciones sobre la integridad de la obra, sobre su título o sobre la designación del autor, salvo que se haya pactado en sentido contrario<sup>532</sup>. Pese a ello, el propio apartado segundo de dicho artículo establece que se permitirán aquellas modificaciones de la obra o del título a las que el autor no puede negarse sin faltar a la buena fe<sup>533</sup>.

En esta línea, DIETZ entiende que, si bien los derechos morales son inalienables e irrenunciables en sí mismos, ello no impide que sean posibles ciertos actos de disposición con respecto a aspectos concretos relativos, a por ejemplo, al derecho de paternidad o a determinadas modificaciones de la obra<sup>534</sup>. No obstante, cabría preguntarse si el creador de la misma debe ostentar la facultad de revocar su consentimiento con respecto a dichos actos de disposición. A este respecto, DIETZ entiende que la revocación del consentimiento debe ser posible siempre que el autor realice un acto de disposición que resulte claramente excesivo, como en los supuestos en los que se le impone contractualmente una cláusula por la que el autor acepta cualquier intromisión del

---

<sup>530</sup> DIETZ, A.: “Germany”, *op. cit.*, p. 428. A este respecto, la sección 28(2) prevé la posibilidad de nombrar a un albacea testamentario que cumpla con la voluntad del autor: *Der Urheber kann durch letztwillige Verfügung die Ausübung des Urheberrechts einem Testamentsvollstrecker übertragen. § 2210 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist nicht anzuwenden.*

<sup>531</sup> La sección 29 (b) preceptúa: *Zulässig sind die Einräumung von Nutzungsrechten (§ 31), schuldrechtliche Einwilligungen und Vereinbarungen zu Verwertungsrechten sowie die in § 39 geregelten Rechtsgeschäfte über Urheberpersönlichkeitsrechte.* Sobre esta cuestión, *vid.* SERRANO FERNÁNDEZ, M.: “Régimen jurídico de transmisión...”, *op. cit.*, p. 12.

<sup>532</sup> La sección 39 (a) establece: *Der Inhaber eines Nutzungsrechts darf das Werk, dessen Titel oder Urheberbezeichnung (§ 10 Abs. 1) nicht ändern, wenn nichts anderes vereinbart ist.*

<sup>533</sup> La sección 39 (b) dispone: *Änderungen des Werkes und seines Titels, zu denen der Urheber seine Einwilligung nach Treu und Glauben nicht versagen kann, sind zulässig.* Al respecto de esta cuestión y al hilo del caso *Maske in Blau*, DIETZ, A.: “Germany”, *op. cit.*, pp. 416 – 417 entiende lo siguiente: (...) *the Court stated that it is not possible to establish universally valid guidelines as to what alterations the author cannot reasonably refuse in good faith to allow a contractual grantee of rights to make. A court has to balance the grantee's and author's interests in the light of the purpose of the contractual grant of exploitation rights and the aesthetic unity of the work at issue.*

<sup>534</sup> DIETZ, A.: “Germany”, *op. cit.*, p. 429.

licenciatario sin limitación de ninguna clase<sup>535</sup>. De modo similar, el *Oberlandesgericht* de Múnich admitió la revocación de un artista gráfico en relación con la ausencia de mención de su nombre como ilustrador de un personaje de un libro infantil, considerando que el hecho de que la identidad del creador hubiera sido olvidada públicamente durante cuarenta años era motivo suficiente para permitir dicha revocación<sup>536</sup>.

Al hilo de estas cuestiones, DIETZ menciona la sentencia del *Bundesgerichtshof* en la que dicho tribunal deniega al demandante el derecho a ser designado como autor de una determinada creación (un grafiti realizado sobre el antiguo muro de Berlín y que no había sido firmado por su creador) durante un acto institucional como un supuesto en el que los tribunales alemanes impidieron la revocación del consentimiento del titular del derecho<sup>537</sup>. No compartimos del todo dicha consideración, puesto que el argumento que el Tribunal Federal empleó para desestimar la pretensión de la parte actora fue el hecho de que la entrega simbólica de la obra en una ceremonia institucional no suponía ningún acto de uso de la creación amparado por un derecho de la explotación. Por consiguiente, entendemos que el debate sobre la posibilidad de que el autor revoque o no su consentimiento no era aplicable al supuesto concreto que se estaba enjuiciando.

Finalmente, cabe destacar que el reputado autor alemán también reflexionó sobre la posibilidad de renunciar al derecho moral de paternidad o de disponer de él en relación con la autoría fantasma. Así pues, DIETZ plantea la siguiente cuestión:

*A ghost writer effectively waives the right to be named as author in respect of the publication of a specific work such as the autobiography of a politician. But this case raises a difficult question: to what extent should any such waiver of a moral right bind the author definitively?*<sup>538</sup>

Pese a todos los interrogantes que presenta el asunto, DIETZ parece inclinarse por reconocer que el autor fantasma podrá desvelar la paternidad sobre la obra que ha creado en cualquier momento:

---

<sup>535</sup> DIETZ, A.: "Germany", *op. cit.*, p. 430.

<sup>536</sup> Se trata del caso Pumuckl, OLG München, Urteil vom 22. 5. 2003 - 29 U 5051/02 - "Pumuckl-Illustrationen" y OLG München, 04.09.2003 - 29 U 4743/02.

<sup>537</sup> La sentencia en cuestión es el caso Staatsgeschenk, BGH, 24.05.2007, comentada por DIETZ, A.: "Germany", *op. cit.*, p. 430.

<sup>538</sup> DIETZ, A.: "Germany", *op. cit.*, p. 430.

*Since the creational bond linking the author to his work as an empirical fact can never be totally disapproved, an author can always disclose the real facts of such a situation and publicly proclaim his authorship*<sup>539</sup>.

#### **4. LOS DERECHOS MORALES DE DIVULGACIÓN Y DE PATERNIDAD**

El fenómeno de la autoría fantasma supone que el autor verdadero consiente que el autor aparente divulgue la obra bajo el nombre de éste, comprometiéndose además a no revelar jamás que fue la persona que en realidad creó dicha obra. Como se percatará el lector avezado, dicho acuerdo supone un importante acto de disposición en relación con determinadas decisiones que conciernen estrictamente al ámbito personalísimo del autor.

Nos estamos refiriendo, naturalmente, tanto a la facultad de decidir cómo se da a conocer esa obra al público y bajo qué nombre, como a la potestad de reivindicar en cualquier momento la autoría de una creación intelectual concreta. Por tanto, para el objeto de este trabajo es imprescindible que centremos a continuación nuestro análisis en los dos derechos morales que otorgan estas prerrogativas personales al autor: el derecho de divulgación y el derecho de paternidad.

##### **4.1. El derecho de divulgación**

###### **4.1.1. Concepto y contenido**

El derecho moral de divulgación es la facultad personal que ostenta el autor para determinar si su creación se divulga o no, y de qué forma, en su caso, se llevaría a cabo la misma. Se fundamenta en el respeto a la voluntad del autor como creador de la obra, así como en la protección de su prestigio profesional y de su intimidad<sup>540</sup>. Su contenido se desprende de los apartados 1 y 2 del artículo 14 de la Ley de Propiedad Intelectual, que preceptúan lo siguiente: “Corresponden al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables: 1.º Decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma. 2.º Determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente”.

Dicha prerrogativa se configura como un “derecho primario”, es decir, como una premisa necesaria para que se puedan ejercer los derechos de explotación<sup>541</sup>. Solamente en la

---

<sup>539</sup> DIETZ, A.: “The Moral Right...”, *op. cit.*, p. 220.

<sup>540</sup> PLAZA PENADÉS, J.: “Comentario del artículo 14”, *op. cit.*, p. 163.

<sup>541</sup> En este sentido, MARÍN LÓPEZ, J.J.: *El Conflicto entre...*, *op. cit.*, p. 101. MARTÍNEZ ESPÍN, P.: “Comentario al artículo 14”, *op. cit.*, p. 231. CASTILLA BAREA, M.: “Derecho de divulgación del artista plástico y derecho de exposición pública del propietario original de la obra: su conciliación y otras

medida en que el autor ha decidido que quiere divulgar la obra y que, por tanto, ésta sea accesible para el público, se podrán ejercitar las facultades patrimoniales tendentes a la reproducción, distribución o comunicación pública de la obra. En esta línea, se ha apuntado que la divulgación “patrimonializa” la creación intelectual<sup>542</sup>, sin embargo, consideramos conveniente matizar que ésta ya tiene un valor patrimonial incluso antes de ser divulgada. El mejor ejemplo de ello lo representa la posibilidad de enajenar el soporte material donde se encuentra el ejemplar único de una obra a un tercero, sin transmitirle al adquirente la facultad de exposición pública<sup>543</sup>.

En este sentido, cabe destacar que sólo se produce jurídicamente la divulgación de una obra cuando ésta se hace accesible por primera vez al público en general con consentimiento del autor. Así expresamente lo dispone el artículo 4 de la Ley de Propiedad Intelectual: “A efectos de lo dispuesto en la presente Ley, se entiende por divulgación de una obra toda expresión de la misma que, con el consentimiento del autor, la haga accesible por primera vez al público en cualquier forma (...)”. De esta manera, en tanto que es necesaria la concurrencia del público, el acceso a la obra en un ámbito doméstico, privado o que se limite únicamente a un determinado sujeto (como en el ejemplo del adquirente del soporte material que acabamos de poner) no se considerará un acto de divulgación de la creación intelectual<sup>544</sup>.

Igualmente, el consentimiento del autor aparece como uno de los elementos necesarios para que se entienda producida dicha divulgación, por lo que si se lleva a cabo la difusión de la obra sin el beneplácito del creador de la misma, no se entenderá que esté divulgada a efectos jurídicos y se continuará considerando que la misma permanece inédita<sup>545</sup>. Por último, el precepto establece que la divulgación se circunscribirá únicamente a la primera

---

cuestiones de interés al hilo del artículo 56 de la ley de propiedad intelectual”, en AA.VV.: *Derechos morales de...*, op. cit., p. 42, quien califica al derecho moral de divulgación como un *primus inter pares*.

<sup>542</sup> En dichos términos se expresan DESBOIS, H.: *Le droit d’auteur...*, op. cit., pp. 428 – 429. MARTÍNEZ ESPÍN, P.: “Comentario al artículo 14”, op. cit., p. 231.

<sup>543</sup> En sentido similar, PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: *Derecho de autor...*, op. cit., pp. 89 – 91.

<sup>544</sup> Así lo sostienen PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: *Derecho de autor...*, op. cit., pp. 70 – 73. PLAZA PENADÉS, J.: *El derecho moral...*, op. cit., p. 405. MARÍN LÓPEZ, J.J.: *El Conflicto entre...*, op. cit., p. 102. MARTÍNEZ ESPÍN, P.: “Comentario al artículo 14”, op. cit., p. 232. CASTILLA BAREA, M.: “Derecho de divulgación...”, op. cit., pp. 48 – 49, quien entiende que el concepto de “público” debe interpretarse en su sentido coloquial (“un conjunto de personas que forman una colectividad”) sin necesidad, por tanto, de exigir requisitos adicionales carentes de sustento legal.

<sup>545</sup> En idéntico sentido, PLAZA PENADÉS, J.: *El derecho moral...*, op. cit., pp. 405 – 406. CÁMARA ÁGUILA, MP.: *El derecho moral...*, op. cit., p. 348. En sentido contrario, CASTILLA BAREA, M.: “Derecho de divulgación...”, op. cit., p. 68, nota 91, quien considera que una vez divulgada ilícitamente la obra, el derecho de divulgación queda irreversiblemente lesionado.

vez que ésta se lleve a cabo, por lo que la doctrina debate sobre si el ejercicio del derecho de divulgación se agotaría con la primera vez que la obra es accesible para el público, independientemente de la forma en que lo haya sido<sup>546</sup>; o si, por el contrario, dicha facultad personal se extendería a la primera vez en que ésta es divulgada en cada una de las modalidades posibles<sup>547</sup>.

En relación con el contenido de esta prerrogativa personal, podríamos afirmar que el derecho de divulgación presenta tanto una vertiente positiva como una negativa. La primera aludiría a la idea que ya hemos expuesto, es decir, a la facultad que ostenta el autor de decidir que su obra va a ser divulgada y en qué forma ésta se va a llevar a cabo. Con respecto a la forma, se entiende que la misma abarcaría tanto la forma jurídica (por sí mismo, a través de un tercero, estableciendo una relación contractual o no, etc.) como la forma técnica de difusión (edición, exposición pública, lectura, representación, etc.)<sup>548</sup>. En relación con esta cuestión, es preciso señalar que parte de la doctrina ha considerado que la decisión referente a cómo se divulga la obra reviste una menor entidad que la de determinar si la obra se difunde o no. Según este sector doctrinal, dicha diferencia justificaría que el autor pudiera autorizar a otro sujeto a escoger la forma concreta de divulgación, pero que, en cambio, no pudiera transferirle la facultad de determinar si la obra se va a dar o no a conocer al público en general, pues dicha decisión sí debe corresponderle en exclusiva al autor<sup>549</sup>.

En cualquier caso, además de la forma, el derecho de divulgación también se extiende, tal y como dispone el segundo apartado del artículo 14 de la Ley de Propiedad Intelectual, a la elección de si la obra se divulga con su nombre civil, bajo pseudónimo transparente o no transparente, o bajo anonimato<sup>550</sup>. Como ya comentamos al hablar del segundo

---

<sup>546</sup> CÁMARA ÁGUILA, MP.: *El derecho moral...*, op. cit., p. 364. MARÍN LÓPEZ, J.J.: *El Conflicto entre...*, op. cit., pp. 106 – 109. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor...*, op. cit., pp. 162 – 163. CASTILLA BAREA, M.: “Derecho de divulgación...”, op. cit., p. 49, nota 32.

<sup>547</sup> DESBOIS, H.: *Le droit d’auteur...*, op. cit., pp. 432 – 433. MARTÍNEZ ESPÍN, P.:” Comentario al artículo 14”, op. cit., pp. 232 – 233. En esta línea, vid. SAP Málaga (Sección 5ª) de 15 marzo de 2001 (AC\2001\1543) relativa a la utilización del dibujo de un personaje como disfraz, y SAP Barcelona (Sección 15ª) de 29 de junio de 2001 (AC\2001\1418) referente a la utilización de una imagen empleada para promocionar un evento como estampado para camisetas vendidas por un tercero no cesionario.

<sup>548</sup> Así lo opinan PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: *Derecho de autor...*, op. cit., p. 102. CÁMARA ÁGUILA, MP.: *El derecho moral...*, op. cit., pp. 354 – 358, quien critica la inclusión de la forma en el derecho moral de divulgación al considerar que se encuentra más conectada con los derechos de explotación que con el derecho de integridad; MARTÍNEZ ESPÍN, P.:” Comentario al artículo 14”, op. cit., p. 232.

<sup>549</sup> Así lo considera CÁMARA ÁGUILA, MP.: *El derecho moral...*, op. cit., p. 356.

<sup>550</sup> Por su parte, MARTÍNEZ ESPÍN, P.:” Comentario al artículo 14”, op. cit., p. 238 vincula más esta concreta facultad con el derecho de paternidad en lugar de con el derecho de divulgación.

apartado del artículo 6 de la Ley de Propiedad Intelectual, si la obra se divulga de tal forma que la identidad del autor no es conocida para el público en general, el ejercicio de sus derechos será encomendado temporalmente hasta que revele su identidad a la persona que la haya sacado a la luz con el consentimiento del autor. Así pues, nos percataremos de que no se recoge la posibilidad de que el autor decida divulgar la obra bajo el nombre de un tercero, lo que constituiría un supuesto de falsa atribución de la paternidad, que analizaremos más adelante en relación con el derecho reconocido en el artículo 14.3º de la Ley de Propiedad Intelectual.

Por otro lado, la vertiente negativa de esta facultad se ha denominado usualmente como “derecho de inédito” y aludiría a la potestad que ostenta el autor para decidir que su creación no sea divulgada, de tal modo que no podría ser obligado a ello por parte de ningún poder público o de ningún tercero<sup>551</sup>. Ello ha generado cierto debate en relación con las obras que son resultado de un contrato de encargo. En concreto, nos referimos al supuesto de que el autor se amparase en su derecho de inédito para negarse a entregar la obra encargada por el comitente y a la posibilidad de solicitar judicialmente el embargo de la misma. Dada la complejidad y el interés del asunto al que apuntamos merece la pena detenerse unos momentos a examinar esta cuestión.

#### **4.1.2. La posibilidad de impedir la divulgación de la obra cuando previamente el autor ha autorizado contractualmente su difusión**

En relación con el encargo de obra, partamos de la base de que el contratista ostenta en este caso una obligación personalísima de hacer (crear la obra) y una obligación de dar (entregar la creación al comitente). Con respecto a la primera de ellas, resulta indudable que la naturaleza personalísima de dicha prestación impide la posibilidad de solicitar su ejecución forzosa, de tal forma que si el autor se niega a terminar la obra, sólo será posible instar la resolución del contrato por incumplimiento del mismo. En cambio, cabe preguntarse si se podrá exigir la entrega de la obra cuando ésta ya esté terminada<sup>552</sup>. Pues

---

<sup>551</sup> Entre otros, denominan “derecho de inédito” a esta facultad negativa PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: *Derecho de autor...*, op. cit., p. 92. CÁMARA ÁGUILA, MP.: *El derecho moral...*, op. cit., p. 351. PLAZA PENADÉS, J.: “Comentario del artículo 14”, op. cit., p. 163. MARTÍNEZ ESPÍN, P.: “Comentario al artículo 14”, op. cit., p. 233.

<sup>552</sup> Cabe destacar que el art. 114 de la norma alemana en materia de derechos de autor establece la inembargabilidad de las copias originales de una obra artística, salvo que se cuente con la autorización del autor o se trate de algunos de los supuestos expresamente previstos en el citado precepto (si es necesaria para la ejecución de un derecho de uso, si se trata de una obra arquitectónica o si la creación ya ha sido publicada). En concreto, el referido artículo establece: (1) *Gegen den Urheber ist die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen in die ihm gehörenden Originale seiner Werke nur mit seiner Einwilligung zulässig. Die Einwilligung kann nicht durch den gesetzlichen Vertreter erteilt werden.* (2) *Der Einwilligung*

bien, incluso aunque la creación estuviera finalizada, el autor podría ejercitar su derecho de inédito para impedir que la misma fuera divulgada. No obstante, se considerará que dicha actuación constituye un incumplimiento del contrato por parte del contratista y que, por tanto, éste deba resarcir al comitente por los daños que le haya causado<sup>553</sup>.

De cualquier modo, aun siendo cierto lo que acabamos de exponer, en realidad seguimos sin contestar a la pregunta de si el autor está obligado o no a entregar el soporte material de la obra ya terminada al comitente. Ello se debe a que tenemos que diferenciar, por un lado, la divulgación de la obra y, por otro, la mera entrega de la misma a la persona que ha encargado su creación. En este sentido, la divulgación supondría que la obra en cuestión es accesible para el público en general y que se pueden ejercitar los correspondientes derechos de explotación. Sin embargo, la entrega del soporte material de la creación intelectual a un sujeto concreto, que ni va a permitir el acceso a la misma fuera de su ámbito doméstico ni la va a explotar económicamente, no va a suponer un acto de divulgación. Piénsese a modo de ejemplo en el encargo de una obra pictórica que se va a colgar en el domicilio del comitente. Consideramos que en este supuesto el autor sí estaría obligado a entregar la obra terminada, puesto que no se estaría conculcando el derecho moral de divulgación<sup>554</sup>. Cuestión distinta sería que se hubiera concertado un contrato de cesión de derechos de explotación y que el autor se opusiera, antes de entregar la obra, a la divulgación de la misma. En tal caso entendemos que prevalecería el derecho de inédito del autor sin perjuicio de que dicha conducta constituya un incumplimiento del contrato<sup>555</sup>.

---

*bedarf es nicht, 1. soweit die Zwangsvollstreckung in das Original des Werkes zur Durchführung der Zwangsvollstreckung in ein Nutzungsrecht am Werk notwendig ist, 2. zur Zwangsvollstreckung in das Original eines Werkes der Baukunst, 3. zur Zwangsvollstreckung in das Original eines anderen Werkes der bildenden Künste, wenn das Werk veröffentlicht ist. In den Fällen der Nummern 2 und 3 darf das Original des Werkes ohne Zustimmung des Urhebers verbreitet werden.*

<sup>553</sup> En sentido similar, MARÍN LÓPEZ, J.J.: *El Conflicto entre...*, op. cit., pp. 110 – 111. MARTÍNEZ ESPÍN, P.: “Comentario al artículo 14”, op. cit., p. 233. CASTILLA BAREA, M.: “Derecho de divulgación...”, op. cit., p. 44.

<sup>554</sup> Así lo consideran PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: *Derecho de autor...*, op. cit., p. 244. ROSELLÓ MANZANO, R.: *Derechos de la personalidad...*, op. cit., pp. 57 – 59. MARTÍNEZ ESPÍN, P.: “Comentario al artículo 14”, op. cit., p. 233. En sentido contrario, EVANGELIO LLORCA, R.: *El encargo de obra intelectual*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 101 – 102 sostiene que si bien el comitente no constituye por sí solo “público”, la entrega de la obra permitirá que otros sujetos ajenos al círculo privado del autor accedan a la creación, por lo que la entrega de ésta a aquél sí supondría un acto de divulgación. Por tanto, considera que el contratista podría negarse a la entrega, estando obligado a indemnizar a la contraparte.

<sup>555</sup> De manera semejante, *vid.* PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: *Derecho de autor...*, op. cit., pp. 251 – 252. EVANGELIO LLORCA, R.: *El encargo de...*, op. cit., p. 107. MARTÍNEZ ESPÍN, P.: “Comentario al artículo 14”, op. cit., p. 233.



Sin embargo, pese a todo lo apuntado, no debemos obviar que existen supuestos en los que el ejercicio del derecho de divulgación (o de inédito) se encontraría limitado, previéndose incluso algunas de dichas limitaciones expresamente en la Ley de Propiedad Intelectual. A modo de ejemplo, según un sector de la doctrina, éste sería el caso particular del artículo 31.bis de la citada norma, que permite la reproducción, distribución o comunicación pública de la obra “con fines de seguridad pública o para el correcto desarrollo de procedimientos administrativos, judiciales o parlamentarios”<sup>556</sup>. En cambio, sí existiría una vulneración de este derecho moral si se empleara una obra divulgada sin consentimiento del autor en alguno de los otros supuestos de hecho contemplados en aquellos preceptos que configuran los límites al ejercicio de los derechos de explotación, es decir, los artículos 31 y sucesivos de la Ley de Propiedad Intelectual. Nos referimos, por ejemplo, al supuesto en el que se ejercitara el derecho de cita (artículo 32) sobre una obra que no hubiera sido divulgada con el consentimiento del autor<sup>557</sup>.

Al hilo de esta cuestión, cabría preguntarse si en este ámbito la aplicación de los límites generales al ejercicio de los derechos subjetivos podría conducir a la ejecución forzosa del contrato, incluso aunque el creador de la obra intelectual se hubiera amparado en su derecho de inédito. Pongamos por ejemplo el caso de un autor que tratara de ampararse en dicha facultad personal para no entregar la obra al acreedor y entregársela en su lugar a un tercero que le hubiera ofrecido una suma económica mayor por esa misma obra. Dicha hipótesis ha sido calificada habitualmente por la doctrina como un supuesto de ejercicio abusivo del derecho de inédito por parte del autor<sup>558</sup>, que nuestro ordenamiento jurídico no puede tolerar y que, en consecuencia, implicaría que el comitente sí podría exigir la ejecución forzosa del contrato<sup>559</sup>.

---

<sup>556</sup> En esta línea, MARÍN LÓPEZ, J.J.: *El Conflicto entre...*, op. cit., pp. 102 – 103. MARTÍNEZ ESPÍN, P.: “Comentario al artículo 14”, op. cit., p. 232. ROSELLÓ MANZANO, R.: *Derechos de la personalidad...*, op. cit., p. 81.

<sup>557</sup> Así lo sostiene PLAZA PENADÉS, J.: “Comentario del artículo 14”, op. cit., p. 163.

<sup>558</sup> PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: *Derecho de autor...*, op. cit., p. 251. EVANGELIO LLORCA, R.: *El encargo de...*, op. cit., p. 108.

<sup>559</sup> En la misma línea, CÁMARA ÁGUILA, MP.: *El derecho moral...*, op. cit., p. 360, quien considera que el segundo contrato debe anularse por haberse realizado en fraude del derecho de comitente y que éste podrá exigir el cumplimiento forzoso del contrato. MARÍN LÓPEZ, J.J.: *El Conflicto entre...*, op. cit., p. 111. MARTÍNEZ ESPÍN, P.: “Comentario al artículo 14”, op. cit., p. 233.

Desde nuestro punto de vista, creemos que en tal hipótesis nos encontraríamos, en todo caso, ante un supuesto de fraude de ley previsto en el artículo 6.4 del Código Civil<sup>560</sup>. Tengamos en cuenta que lo que estaría ocurriendo en dicha situación es que el autor se estaría amparando en una norma de nuestra legislación (en concreto, en el artículo 14.1º de la Ley de Propiedad Intelectual) para así liberarse de un vínculo contractual que había establecido voluntariamente, que ya no desea y que no tiene derecho a resolver unilateralmente; un resultado que, sin lugar a dudas, resultaría contrario a las disposiciones más esenciales de nuestro ordenamiento jurídico. En cualquier caso, el recurso a la institución del fraude de ley daría lugar a un resultado idéntico al propuesto por la doctrina al recurrir a la figura del abuso de derecho: el cesionario podría exigir en este caso la ejecución forzosa del contrato al autor.

Si seguimos la lógica establecida por el argumento anterior, creemos que la conclusión alcanzada debería ser la misma si el autor pretendiera emplear la artimaña jurídica apuntada para conferirle la posibilidad de difundir la obra en cuestión a un sujeto diferente al que contractualmente se le había otorgado dicha potestad, incluso aunque el tercero no fuera a pagar cantidad alguna al creador por ello. Así lo entendemos puesto que lo que se trataría de impedir no es necesariamente que el autor obtuviera un lucro mayor a través del ejercicio de su derecho de inédito, sino que no eluda de manera maliciosa a través del mismo el cumplimiento de las obligaciones que había asumido previamente mediante el correspondiente acuerdo de cesión de derechos. De hecho, el razonamiento al que apuntamos se encuentra en plena consonancia con el espíritu de la Ley de Propiedad Intelectual, ya que resulta coherente con la dinámica establecida por el segundo párrafo del artículo 14.6º.

Dicho precepto obliga a ofrecer preferentemente y en condiciones similares la explotación de la creación intelectual al anterior titular de los derechos patrimoniales en caso de que se pretenda reemprender la misma tras la retirada de la obra del mercado por un cambio de convicciones intelectuales o morales del autor. La finalidad de la referida reglamentación consiste en evitar que se pervierta la esencia del derecho moral de arrepentimiento impidiendo que dicha prerrogativa se convierta en una vía fraudulenta para desistir unilateralmente de los contratos de explotación que el autor había celebrado.

---

<sup>560</sup> El art. 6.4 del CC preceptúa: “Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”.

El mismo razonamiento puede trasladarse al ámbito del derecho de inédito. Si dicha facultad se configura como una herramienta con la que el autor puede impedir la difusión de una obra que no desea que salga de su ámbito de intimidad y privacidad o con la que no se encuentra conforme por cualquier motivo, no resultaría razonable que dicha prerrogativa se empleara para un fin diferente con el que la misma se concibió, como es el de resolver determinados vínculos contractuales que el autor ha establecido para posteriormente entablar otros nuevos con condiciones más convenientes para aquél.

No obstante, pese a todo lo que hemos apuntado, tenemos dudas razonables con respecto a la posibilidad de recurrir al fraude de ley o al abuso de derecho como mecanismos para forzar al autor en determinados casos a que divulgue públicamente su obra. Así pues, no debemos olvidar que el creador de una obra intelectual ostenta una potestad revocatoria análoga a la contemplada en la normativa sobre derechos de la personalidad. Por consiguiente, si la obra todavía no ha sido divulgada, el autor de la misma cuenta en todo momento con la facultad de revocar su consentimiento, sin perjuicio de que ello origine la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que haya ocasionado con esta decisión (misma obligación que tendría si consideráramos que dicho acto constituye un incumplimiento grave del contrato). Apuntábamos además que la actual regulación de la facultad de revocación no subordina el ejercicio de esta potestad a la concurrencia de una justa causa, por lo que no estamos del todo convencidos que se pudiera entrar a examinar los motivos por lo que el revocante ha ejercitado dicho derecho. Con todo, la afirmación anterior no resulta en absoluto pacífica, puesto que, tal y como indicamos anteriormente, un sector de la doctrina ha defendido un cierto control del ejercicio de la facultad revocatoria basado en el respeto a los límites generales del artículo 7 del Código Civil<sup>561</sup>.

De este modo, a nuestro parecer, la cuestión radica en determinar si el revocante estaría obligado a ofrecer de nuevo la divulgación de la obra al cesionario en el caso de que finalmente decidiera difundirla (al modo de lo que ocurre con el derecho de arrepentimiento) o si, por el contrario, la revocación le habría desligado por completo del anterior vínculo contractual (de forma similar a lo que ocurre en el ámbito de los derechos

---

<sup>561</sup> ROVIRA SUEIRO, M. E.: *El derecho a la propia imagen...*, op. cit., p. 86. PASCUAL MEDRANO, A., *El derecho fundamental...*, op. cit., p. 101. GRIMALT SERVERA, P.: *La protección civil...*, op. cit., pp. 108 – 109. BLASCO GASCÓ, F.P.: *Patrimonialidad y personalidad de la imagen. El derecho a la propia imagen*, Bosch, Barcelona, 2008, p. 150. BERCOVITZ ÁLVAREZ, G.: “Otros: cesión de...”, op. cit., p. 4618. CASTILLA BAREA, M.: *Las intromisiones legítimas...*, op. cit., p. 190. AMMERMAN YEBRA, J.: *El derecho a...*, op. cit., p. 272.

de la personalidad). A nuestro parecer, si bien no se trata de una cuestión exenta de polémica, nos inclinamos por la segunda opción en la medida en que consideramos que la misma resulta más coherente con la naturaleza de la potestad revocatoria. Dicha prerrogativa supone un desistimiento unilateral del contrato que libera al contratante de las obligaciones que hubiera asumido y que sólo exige el pago de la correspondiente compensación. Por tanto, no creemos que una vez se hubiera ejercitado la revocación el autor estuviera obligado a volver a ofrecer la difusión de la creación intelectual al anterior contratante. Entendemos que para conseguir dicho resultado sería necesario que la normativa en la materia previese tal efecto expresamente, tal y como ocurre en el caso de la regulación del derecho moral de arrepentimiento.

#### **4.1.3. La posibilidad de forzar la divulgación de la obra tras la muerte del autor**

Precisamente, es la prohibición del abuso de derecho la que fundamenta, en última instancia, la regulación referida al derecho de divulgación contenida en el artículo 40 de la Ley de Propiedad Intelectual. Para un mejor entendimiento de este precepto, es preciso recordar, en primer lugar, que el derecho de divulgación se agota cuando el autor consiente por primera vez que su obra sea accesible para el público en general. Sin embargo, si el autor no ha procedido a divulgar la obra durante su vida, el segundo apartado del artículo 15 dispone que dicha facultad podrá ser ejercida durante un plazo de setenta años desde su muerte por la persona expresamente designada en el testamento o por los herederos (o, en ausencia de estos sujetos y tal y como establece el artículo 16, por determinadas entidades públicas).

Transcurrido dicho plazo de tiempo, la obra caerá en dominio público, lo que ocasionará la extinción del derecho de divulgación sobre las obras no divulgadas en vida del autor. Con respecto a estas últimas, ya solo quedarían sometidas a lo dispuesto en los artículos 129 y 130 de la Ley de Propiedad Intelectual, que otorgan derechos de explotación a la persona que las divulgue lícitamente durante veinticinco años desde que se produjo dicha divulgación<sup>562</sup>. Como vemos, según el momento temporal concreto en el que nos encontremos será un sujeto u otro el que ostentará el poder de decisión sobre si una determinada obra intelectual permanece inédita o si, por el contrario, es difundida. No

---

<sup>562</sup> El art. 129.1 LPI establece: “Toda persona que divulgue lícitamente una obra inédita que esté en dominio público tendrá sobre ella los mismos derechos de explotación que hubieran correspondido a su autor”. El art. 130.1 LPI complementa dicha regulación disponiendo: “Los derechos reconocidos en el artículo 129.1 durarán veinticinco años, computados desde el día 1 de enero del año siguiente al de la divulgación lícita de la obra”.

obstante, el régimen que acabamos de dibujar queda excepcionado por lo dispuesto en el ya mencionado artículo 40.

Dicho precepto prevé la posibilidad de que los poderes públicos obliguen a la divulgación de una obra cuyo autor ya ha fallecido y que no ha sido divulgada durante la vida de éste<sup>563</sup>. Según lo dispuesto en el artículo 40, dicha actuación se realizaría en aquellos supuestos en los que los derechohabientes ejerciesen el derecho de inédito sobre la obra en condiciones tales que se impidiese el acceso a la cultura por parte de los ciudadanos, derecho recogido en el artículo 44 de la Constitución española<sup>564</sup>. En este sentido, la petición podrá ser realizada por el “Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales, las instituciones públicas de carácter cultural o de cualquier otra persona que tenga un interés legítimo” y tendrá que ser autorizada por el juez.

La doctrina ha apuntado a la mutación que experimentan los derechos morales con la muerte del autor, constituyéndose el derecho de divulgación como un caso paradigmático de dicho planteamiento<sup>565</sup>. En efecto, durante la vida del autor su voluntad será preponderante a la hora de determinar si la obra se difunde o no. En cambio, la propia normativa en materia de derechos de autor hará prevalecer el interés colectivo de la sociedad en acceder a esa obra sobre los intereses individuales de los derechohabientes o, incluso, sobre el respeto a la voluntad del autor. De este modo, se limita el ejercicio del derecho de inédito por parte de los derechohabientes en determinados supuestos en los que se considere que éste resulta antisocial por estar obstaculizando injustificadamente el derecho de los ciudadanos a acceder a la cultura, por lo que podríamos entender que, en

---

<sup>563</sup> El art. 40 LPI preceptúa: “Si a la muerte o declaración de fallecimiento del autor, sus derechohabientes ejerciesen su derecho a la no divulgación de la obra, en condiciones que vulneren lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución, el Juez podrá ordenar las medidas adecuadas a petición del Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales, las instituciones públicas de carácter cultural o de cualquier otra persona que tenga un interés legítimo”.

<sup>564</sup> A este respecto, CARAMÉS PUENTES, J.: “Comentario del artículo 40”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), *op. cit.*, p. 789 cuestiona que los particulares puedan contravenir el art. 44 CE, en la medida que se trata de un mandato constitucional dirigido a los poderes públicos. En el mismo sentido, ANGUITA VILLANUEVA, L.: “Derechos fundamentales...”, *op. cit.*, pp. 84 – 85. SERRANO FERNÁNDEZ, M.: “Acceso a la cultura y propiedad intelectual. El derecho de acceso a la cultura: su significado constitucional. La función social de la propiedad intelectual: la tutela del derecho de acceso a la cultura del art. 40 TRLPI”, en AA.VV. (coord. por L.A. ANGUILLA VILLANUEVA): *Constitución y propiedad intelectual*, *op. cit.*, pp. 135 – 136.

<sup>565</sup> Sobre esta mutación de los derechos morales tras la muerte del autor, *vid.* CÁMARA ÁGUILA, P: “Comentario de los artículos 15 y 16”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), *op. cit.*, pp. 257 – 265. CARAMÉS PUENTES, J.: “Comentario del artículo 40”, *op. cit.*, p.p. 784 – 785.

esencia, dicha actuación por parte de los derechohabientes constituiría un supuesto más de ejercicio abusivo del derecho<sup>566</sup>.

En este sentido, qué duda cabe que el artículo 40 se convierte en el vehículo idóneo para forzar la divulgación de una determinada obra ante la existencia de un claro interés público cuando su no divulgación se deba al mero capricho de los derechohabientes. No obstante, la doctrina ha discutido sobre si este precepto resultaría aplicable en el supuesto de que el autor hubiera dejado constancia de su voluntad de no divulgar la obra en un negocio *mortis causa*. A este respecto, una parte de la doctrina ha rechazado la posibilidad de aplicar el artículo 40 en este supuesto, considerando que debería respetarse la voluntad del autor que ejerció su derecho de divulgación en vida a través de la celebración de dicho negocio jurídico<sup>567</sup>. Desde nuestro punto de vista, si bien entendemos el razonamiento que realiza este sector doctrinal y creemos que resulta razonable incluir una referencia a la voluntad del autor en la redacción del artículo en cuestión, no compartimos esta argumentación por dos motivos. En primer lugar, es importante destacar que el propio tenor literal del precepto no distingue entre un supuesto y otro<sup>568</sup>, planteándose como únicos elementos necesarios que el autor haya fallecido y que los derechohabientes estén ejerciendo el derecho de inédito en condiciones que obstaculicen el acceso a la cultura de los ciudadanos. En segundo lugar, no se puede obviar que la finalidad de la norma es

---

<sup>566</sup> En esta línea, CÁMARA ÁGUILA, MP.: *El derecho moral...*, op. cit., pp. 375 – 376. CARAMÉS PUENTES, J.: “Comentario del artículo 40”, op. cit., pp. 787 – 788, quien critica el art. 40 LPI por considerarlo una norma contradictoria y opuesta a la regulación de los derechos de autor y sostiene que el inadecuado ejercicio del derecho de inédito se podría haber corregido a través del límite genérico de la prohibición del abuso de derecho. En el mismo sentido, ANGUITA VILLANUEVA, L.: “Derechos fundamentales...”, op. cit., pp. 82 – 85.

<sup>567</sup> En este sentido, vid. CÁMARA ÁGUILA, MP.: *El derecho moral...*, op. cit., pp. 390 – 396. SERRANO FERNÁNDEZ, M.: “Acceso a la cultura...”, op. cit., pp. 136 – 139. CARAMÉS PUENTES, J.: “Comentario del artículo 40”, op. cit., p. 790. No obstante, estos autores reconocen que no parecía ésta la intención del legislador al incluir el precepto.

<sup>568</sup> Y ello en este caso no es un detalle menor. La enmienda nº 67, presentada por el Grupo Coalición Popular en el Senado, proponía la siguiente redacción para el artículo 40 LPI: “Si a la muerte o declaración de fallecimiento del autor, sus derechohabientes ejerciesen su derecho a la no divulgación en condiciones que vulneren lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución, el Juez podrá ordenar las medidas adecuadas a petición de las Instituciones Públicas de carácter cultural o de cualquier persona que tenga un interés legítimo, salvo que el autor, de forma expresa, hubiera prohibido su publicación, reproducción o divulgación”, vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales del Estado, Senado, III Legislatura, Serie II: Texto legislativo, 7 de septiembre de 1987, núm. 94 c, p. 62. Dicha enmienda fue rechazada, por lo que el legislador descartó deliberadamente la opción de que se respetara, en todo caso, la voluntad del autor. Para argumentar el rechazo a esta enmienda, el senador socialista García Ladrón de Guevara citó la historia de Max Brood, íntimo amigo de Frank Kafka, de quien recibió el encargo testamentario de destruir toda su obra inédita, mandato que desobedeció. Además, García Ladrón de Guevara afirmó lo siguiente: “Cuando un autor escribe, lo hace para la humanidad y nosotros, como legisladores, tenemos la obligación en este momento de legislar en el sentido de que llegue a la humanidad la obra de cada uno de los creadores culturales.”. Dicha intervención se recoge en Boletín Oficial de las Cortes Generales, Diario de Sesiones del Senado, III Legislatura, Sesión Plenaria núm. 46, celebrada el miércoles 7 de octubre de 1987, p. 1773.

hacer prevalecer el interés de la sociedad en un momento en el que ya ha fallecido el autor y en el que, por tanto, se ha debilitado el vínculo personal entre éste y su obra.

En nuestra opinión, la muerte del autor representa un punto de inflexión, pues supone una transmutación del marco de protección jurídica de los derechos de autor en la medida en que el interés privado (respeto a la voluntad del autor) puede quedar relegado a un segundo plano ante la preponderante existencia de determinados intereses públicos. Por tanto, entendemos que el artículo 40 podría aplicarse incluso aunque el autor hubiera hecho constar su voluntad de que la obra no fuera divulgada, siempre y cuando se acreditase que el interés público justifica que dicha divulgación se produzca en ese momento. De hecho, no negamos que el juez podría considerar la oposición del autor a la divulgación de la obra como un elemento más a la hora de valorar si efectivamente concurre o no un interés público suficiente como para forzar la difusión de la obra<sup>569</sup>.

En cualquier caso, consideramos pertinente realizar un último apunte para concluir con esta cuestión. Bajo nuestra perspectiva, la posibilidad prevista en este precepto se va a circunscribir en la práctica principalmente a aquellos supuestos en los que estemos hablando de un autor de un reconocidísimo prestigio y en los que exista, en consecuencia, un interés por conocer también aquella parte de su obra que no ha sido divulgada todavía. Por ello, no creemos probable que la opción que plantea el artículo 40 de la Ley de Propiedad Intelectual pueda ser aplicable al grueso de las obras que están protegidas por la norma<sup>570</sup>.

#### **4.1.4. La exclusión (o no) del derecho de exposición pública en los supuestos de transmisión del soporte material de una obra de artes plásticas o fotográfica**

Finalmente, nos gustaría concluir esta sucinta exposición del derecho de divulgación aludiendo a otro supuesto contemplado en la Ley de Propiedad Intelectual que, a nuestro entender, incidiría en la existencia de cierto margen de disposición por parte del autor con respecto a este derecho moral. De este modo, nos referimos al supuesto de hecho previsto en el segundo apartado del artículo 56 de la referida norma<sup>571</sup>. Dicho precepto prevé que,

---

<sup>569</sup> En sentido similar a lo apuntado, *vid.* PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: *Derecho de autor...*, *op. cit.*, p. 441. MARÍN LÓPEZ, J.J.: *El Conflicto entre...*, *op. cit.*, p. 123.

<sup>570</sup> Según ANGUITA VILLANUEVA, L.: “Derechos fundamentales...”, *op. cit.*, p. 84, ello ocasionará que sean, al final, los peritos quienes tengan que determinar qué obras son las que reúnen la calidad suficiente como para que el derecho al acceso a la cultura deba prevalecer sobre el derecho de inédito de los derechohabientes.

<sup>571</sup> El art. 56.2 LPI establece: “No obstante, el propietario del original de una obra de artes plásticas o de una obra fotográfica tendrá el derecho de exposición pública de la obra, aunque ésta no haya sido divulgada,

si el autor transmite el original de una obra plástica o fotográfica a un tercero, éste ostentará el derecho de exposición pública de dicha creación, salvo que se haya realizado expresa reserva del mismo por parte del autor en el acto de enajenación del original.

En primer lugar, nos gustaría señalar que la previsión contenida en el mencionado artículo no alude a una hipótesis remota o excepcional, sino, muy al contrario, a un supuesto que se produce con bastante frecuencia en la práctica en lo relativo a la enajenación de este tipo de obras de arte. De este modo, la especificidad de esta regulación responde, en nuestra opinión, a una voluntad del legislador de facilitar particularmente el tráfico jurídico de este tipo de creaciones artísticas, puesto que resulta habitual que quien adquiera una obra de esta naturaleza lo haga con la voluntad de exponerla públicamente (piénsese, por ejemplo, en un museo o en un profesional del mercado del arte)<sup>572</sup>.

Por su parte, CASTILLA BAREA ha señalado que la norma en cuestión no resulta particularmente perjudicial para el autor, ya que, como regla general, la exposición pública de una determinada obra no sólo beneficiará al propietario del soporte original, sino también al propio creador, quien podría ver incrementada su fama o reputación profesional<sup>573</sup>. En cambio, otras voces se han mostrado más críticas con la inclusión del párrafo segundo del artículo 56, ya que consideran que el mismo representa un notable retroceso en el reconocimiento de derechos a los creadores de obras plásticas o fotográficas<sup>574</sup>. En este sentido, baste recordar que el artículo 9 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1879 establecía lo siguiente: “La enajenación de una obra de arte, salvo pacto en contrario, no lleva consigo la enajenación del derecho de reproducción, ni del de

---

salvo que el autor hubiera excluido expresamente este derecho en el acto de enajenación del original. En todo caso, el autor podrá oponerse al ejercicio de este derecho, mediante la aplicación, en su caso, de las medidas cautelares previstas en esta Ley, cuando la exposición se realice en condiciones que perjudiquen su honor o reputación profesional”.

<sup>572</sup> HUALDE SÁNCHEZ, J.J.: “El derecho moral del artista plástico”, en AA.VV.: *Derechos del Artista Plástico* (coord. por A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 29 – 30.

<sup>573</sup> CASTILLA BAREA, M.: “Derecho de divulgación...”, *op. cit.*, p. 64.

<sup>574</sup> En el Dictamen de la Comisión de Educación y Universidades, Investigación y Cultura sobre prioridades legislativas en materia de derechos de autor y de la Propiedad Intelectual (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, II Legislatura, 14 de mayo de 1985, núm. 152) los colectivos consultados solicitaron el reconocimiento del “derecho a oponerse a la exposición de la obra plástica”. Igualmente, se presentaron algunas enmiendas en este sentido solicitando la supresión –enmienda núm. 93 de la Agrupación 1. U.-E. C. (Grupo Mixto)– o la modificación del citado precepto –enmiendas 348 y 349 del Grupo Minoría Catalana–, *vid.* Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, III Legislatura, 11 de febrero de 1987, núm. 14-6. Así mismo, EVANGELIO LLORCA, R.: *El encargo de...*, *op. cit.*, p. 196 recuerda que “artistas asociados a VEGAP pidieron la derogación del art. 56 LPI537, mediante su Manifiesto de Zaragoza, hecho público el 30 de noviembre de 1993”.



exposición pública de la misma obra, los cuales permanecen reservados al autor o a su derechohabiente”.

Sea como fuere, al lector perspicaz no se le escapará cómo la previsión legal del artículo 56.2 puede llegar a suponer una afectación al derecho moral de divulgación. Imaginemos pues que el original de la obra plástica o fotográfica todavía permaneciera inédito en el momento de su enajenación a un tercero. Ello supondría que el adquirente de la obra sería la persona que elegiría la forma concreta en que dicha obra va a ser conocida por primera vez por el público, presumiendo además la norma *iure et de iure* que el autor estaba consintiendo dicha posibilidad, ya que, si no hubiera sido así, hubiera manifestado lo contrario en el momento de la transmisión. La pregunta es inevitable: ¿se ha producido una renuncia o transmisión del derecho moral? Dado que ello no es posible, la explicación a la que se adscribe la doctrina mayoritaria es la de considerar que, a través de su silencio, el autor está ejerciendo el derecho de divulgación al transmitir el derecho de exposición pública (al igual que lo estaría ejerciendo si suscribiera cualquier contrato de cesión de derechos de explotación). De esta manera, el creador autoriza que su obra sea conocida por el público en general, pero deja en manos del adquirente del soporte material la facultad para decidir cuándo y cómo se producirá dicho acceso por parte de terceros ajenos a dicha relación contractual<sup>575</sup>.

En nuestra opinión, la presente argumentación supone mantener vigente el carácter irrenunciable e inalienable del derecho de divulgación, pero, a su vez, reconocer que la propia Ley de Propiedad Intelectual permite que el autor autorice –en este caso, a través de una presunción legal– la intromisión por parte de un tercero en su ámbito de decisión personal. En efecto, tal y como establece el primer ordinal del artículo 14, la forma constituye parte del contenido del derecho moral de divulgación. Sin embargo, convendremos que la forma de divulgar la obra reviste un carácter secundario con respecto a la propia decisión de si la obra debe ser conocida o no por el público en general. Bajo nuestra perspectiva, ello es lo que permitiría que el autor pudiera disponer sobre esta concreta cuestión y que dicho acuerdo pudiera resultar eficaz, puesto que no se estarían vulnerando los límites del orden público cultural al permanecer el núcleo de la decisión en manos del autor.

---

<sup>575</sup> Este razonamiento es el defendido por PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: *Derecho de autor...*, *op. cit.*, 200. MARÍN LÓPEZ, J.J.: *El Conflicto entre...*, *op. cit.*, pp. 117 – 122. CASTILLA BAREA, M.: “Derecho de divulgación...”, *op. cit.*, pp. 69 – 72.

#### 4.1.5. El derecho de divulgación en el ámbito de la autoría fantasma

En relación con la problemática que estamos abordando en este trabajo, RAGEL SÁNCHEZ ha argumentado que el derecho de divulgación sería la prerrogativa a través de la cual se podría instrumentar el acuerdo de usurpación de autoría, puesto que dicha facultad otorga al autor la potestad de determinar la forma concreta con la que se va a difundir públicamente la obra. De este modo, según este razonamiento, el autor podría perfectamente optar por divulgar la obra bajo el nombre de otra persona<sup>576</sup> (al menos si cuenta con su consentimiento, puesto que de lo contrario estaríamos ante un clásico supuesto de falsa atribución no consentida de la paternidad). La argumentación apuntada por RAGEL SÁNCHEZ podría complementarse con algunas de las ideas ya señaladas en los apartados anteriores. En este sentido, recordemos que la esencia del derecho de divulgación radica en que debe ser el autor quien determine si desea que su obra sea conocida o no por el público en general, de tal modo que la forma en que dicha difusión se llevara a cabo constituye una decisión que reviste carácter secundario.

Así pues, el autor fantasma habría consentido que su obra fuera difundida públicamente, de tal modo que el creador habría ejercitado libremente el derecho moral de divulgación que ostenta. De esta forma, el interés personal esencial que dicha prerrogativa ampara habría quedado salvaguardado. Además, el autor verdadero habría autorizado igualmente que su nombre no figurase en los actos de explotación de la obra intelectual (o que, por ejemplo, apareciera únicamente en los agradecimientos de la misma). Por lo tanto, aquél también habría determinado, en cierto modo, la forma en que desea que su creación sea conocida públicamente (en este caso, con el nombre de otra persona). De hecho, podría sostenerse que, una vez aceptada la divulgación de la obra, el autor fantasma podría delegar en otro sujeto –por ejemplo, el profesional de la explotación– la decisión referente a la forma concreta en que la creación usurpada va a ser difundida, pudiendo este último elegir qué nombre en específico es el que va a constar como autor en los actos de explotación de la misma.

Con todo, desde nuestro punto de vista no podemos compartir el razonamiento anterior. Recordemos que el apartado segundo del artículo 14 de la Ley de Propiedad Intelectual preceptúa que el autor puede determinar si la divulgación se realiza “con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente”. Como podemos observar, la norma no reconoce

---

<sup>576</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: *El contrato de...*, op. cit., pp. 59 – 60.

un derecho a emplear el nombre de otra persona, y no lo hace naturalmente porque el ordenamiento jurídico no puede integrar en su seno esta clase de acuerdos. A nuestro modo de ver, entendemos que no resulta apropiado otorgar idéntico tratamiento a la posibilidad de que el creador de una obra recurra a un nombre ficticio o al anonimato y al fenómeno de la autoría fantasma, en la medida en que en este último hay presente un ineludible elemento de fraude a los consumidores.

No cabe duda de que el autor fantasma consiente que la obra sea divulgada y que además sea difundida bajo el nombre del autor aparente, sin embargo, convendría señalar de nuevo que el ejercicio de ningún derecho resulta ilimitado y entendemos que en este ámbito deben respetarse los límites establecidos por el orden público cultural<sup>577</sup>. De este modo, podríamos aludir tanto a ciertos principios constitucionales como el acceso a la cultura del artículo 44 de nuestra Carta Magna (que incluso ha servido como base para articular la previsión legal del artículo 40 de la Ley de Propiedad Intelectual) o la protección a los consumidores del artículo 51; como a todo al conjunto de preceptos (formado, entre otros, por los artículos 1, 5 y 14 de la Ley de Propiedad Intelectual) que ponen el foco en el reconocimiento de la labor desempeñada por el autor y en la protección de éste como consecuencia del acto de creación de la obra intelectual. Más adelante, regresaremos al análisis de esta pugna entre intereses privados e intereses públicos<sup>578</sup>.

Por último, nos parece particularmente interesante señalar la transmutación jurídica que se produce en los derechos morales tras la muerte del autor. En el caso del derecho de divulgación, la regulación del artículo 40 de la Ley de Propiedad Intelectual apunta a cómo la defensa o consecución de determinados intereses públicos puede anteponerse en determinados supuestos a la voluntad de los actuales titulares de la prerrogativa o incluso a la voluntad del creador ya fallecido. Así pues, entendemos que en la medida en que este razonamiento (preponderancia de intereses públicos tras la muerte del autor) se ha consagrado normativamente en nuestra legislación en materia de propiedad intelectual, podemos recurrir al mismo de forma análoga cuando abordemos la problemática de la usurpación consentida de la autoría cuando ya se ha producido el fallecimiento del creador verdadero. Posteriormente, volveremos sobre esta cuestión.

---

<sup>577</sup> Defendimos un planteamiento similar en NIETO CRUZ, A.: “El autor fantasma...”, *op. cit.*, pp. 11 – 12.

<sup>578</sup> *Vid. infra* capítulo quinto, epígrafe 4.

## 4.2. El derecho de paternidad

### 4.2.1. Concepto y contenido

El derecho de paternidad supone la facultad personal que ostenta el autor para reivindicar su condición como creador de la obra intelectual y para así hacerla constar públicamente en cualquier acto de explotación de la misma. Dicha potestad viene reconocida en el apartado 3 del artículo 14 de la Ley de Propiedad Intelectual, que dispone: “Corresponden al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables: 3.º Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra”.

Conviene reseñar que la protección otorgada al autor en esta materia queda reforzada aún más con la tutela penal conferida por el artículo 270.1 del Código Penal, que, entre otras conductas, tipifica el delito de plagio. En este sentido, si bien es cierto que el precepto pretende proteger al autor principalmente frente a aquellas conductas que lesionen los derechos de explotación, no se puede obviar que el plagio supone, igualmente, un desconocimiento de la autoría real de una determinada obra<sup>579</sup>. Así pues, el plagio puede definirse como “todo aquello que supone copiar obras en lo sustancial, debiendo estar referido a condiciones estructurales básicas y fundamentales y no las accesorias, añadidas o no trascendentales”<sup>580</sup>. Pese a todo, las conductas recogidas en el mencionado precepto exigirían que se hubiesen realizado “con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio de tercero”, lo que constituye uno de los motivos por los que no se podrá emplear la vía penal para defenderse de todas las lesiones que se puedan producir en este ámbito<sup>581</sup>.

Al igual que ocurriría con el derecho de divulgación, el contenido de esta prerrogativa está integrado tanto por una vertiente positiva como por una negativa. En relación con la primera, estaríamos hablando de la facultad que ostenta el autor de reivindicar activamente su condición como creador de la obra, evitando así que la misma sea usurpada, obviada o atribuida a un tercero. Cabe destacar que la importancia de esta prerrogativa en nuestra legislación es tal que se alude a la misma en numerosos preceptos de la Ley de Propiedad Intelectual. De este modo, podríamos hacer referencia, entre otros, al artículo 32 (el derecho a cita), el artículo 33 (la obligación de citar al autor de un trabajo de actualidad), al artículo 64.1 (la obligación del editor de hacer constar el nombre del

---

<sup>579</sup> Así lo sostiene PLAZA PENADÉS, J.: “Comentario del artículo 14”, *op. cit.*, p. 160.

<sup>580</sup> STS (Sala de lo Civil) núm. 12/1995 de 28 enero (RJ 1995\387).

<sup>581</sup> En este sentido, *vid.* PLAZA PENADÉS, J.: “Comentario del artículo 14”, *op. cit.*, p. 160.

autor en el libro) o al artículo 78.2 (la obligación del cesionario del contrato de representación teatral y ejecución musical de respetar los derechos morales del autor).

Igualmente, entendemos que esta vertiente positiva del derecho de paternidad abarcaría también la posibilidad de que el autor desvelara su identidad en los supuestos en los que previamente hubiera optado por el anonimato o por emplear un pseudónimo no transparente. En este sentido, RAMS ALBESA señala que “el núcleo esencial de esta facultad-derecho moral se encuentra en la posibilidad de revelar la identidad del autor sin limitación de tiempo y sin que le sea oponible ningún otro interés, pese a que se haya ejercido la opción de divulgar la obra de forma anónima o bajo pseudónimo”<sup>582</sup>. Si bien parte de la doctrina ha subsumido dicha potestad –revelación de la identidad tras haber optado en un primer momento por el anonimato o por el empleo de un pseudónimo– dentro del artículo 14.2<sup>583</sup>, consideramos que el aludido precepto hace referencia únicamente a la decisión que adopta el autor en el momento de la divulgación, de tal forma que una vez divulgada la obra, la cuestión relativa a si en la obra debe constar o no el auténtico nombre del creador quedaría circunscrita al ámbito del derecho de paternidad. No se trata de una cuestión menor, puesto que, de acuerdo con nuestra argumentación, una vez fallecido el autor, sólo podrían desvelar lícitamente la autoría de la obra en cuestión aquellos que ostentaran el derecho de paternidad<sup>584</sup>.

Así mismo, es innegable que el reconocimiento de la condición de autor supone la inclusión del nombre del creador de la obra (o del pseudónimo transparente por el que éste haya optado) en los actos de explotación de la obra. Ello nos lleva a conectar lo afirmado con lo ya expuesto en este trabajo sobre la presunción de autoría del artículo 6 de la Ley de Propiedad Intelectual. De este modo, entendemos que el ejercicio de la vertiente positiva del derecho de paternidad conllevará la inserción del nombre del autor en la obra “en la forma más usual”, lo que dependerá fundamentalmente del tipo de creación intelectual ante la que nos encontremos. En este sentido, parte de la doctrina aboga por entender que la inclusión del nombre debe llevarse a cabo “en la medida de lo

---

<sup>582</sup> RAMS ALBESA, J.: “Comentario del artículo 14”, *op. cit.*, p. 320.

<sup>583</sup> ALBALADEJO, M. y BERCOVITZ, R.: “Comentarios de los artículos 15 y 16”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (1989), *op. cit.*, pp. 318 – 319, si bien reconocen que cabría interpretar que se trata de una faceta del derecho moral de paternidad. Por su parte, RAMS ALBESA, J.: “Comentario del artículo 14”, *op. cit.*, p. 317 considera que las facultades personalísimas del art. 14.2º y 14.3º se deberían haber regulado en un único apartado con el fin de recibir un tratamiento uniforme por parte de la doctrina y la jurisprudencia.

<sup>584</sup> En la misma línea de todo lo apuntado, CÁMARA ÁGUILA, MP.: *El derecho moral...*, *op. cit.*, pp. 332 – 333.

posible”, pues entiende que existen obras en las que es técnicamente difícil o imposible su incorporación, poniendo como ejemplo paradigmático las creaciones publicitarias<sup>585</sup>.

Aun pudiendo ser cierto lo anterior<sup>586</sup>, cabe insistir en la idea de que, a nuestro entender, la imposibilidad técnica de que el nombre del creador figure en determinados actos de explotación de la obra no supone, en cambio, que el autor renuncie al derecho de paternidad. Así pues, quizás el autor deba aceptar que, en atención a las circunstancias del caso concreto y de acuerdo con las exigencias de la buena fe, no puede exigir que su nombre aparezca reflejado en la explotación de la obra en la forma y con la magnitud que él desearía. Sin embargo, ello no quiere decir que renuncie a que su identidad como creador de la obra sea públicamente conocida, por lo que podría, por ejemplo, acudir al Registro de la Propiedad Intelectual para inscribirse como autor de la obra en cuestión.

Por otro lado, con respecto a su vertiente negativa, la misma vendría constituida por el “derecho al anonimato”, que supondría el derecho que ostenta el autor a que su identidad como creador de la obra sea mantenida en secreto, pudiendo prohibir a otros sujetos que revelen su identidad sin su consentimiento. Dicha facultad, que conecta con algunas de las cuestiones ya apuntadas sobre el derecho de divulgación, no supone en modo alguno una renuncia al derecho de paternidad, pues estaríamos hablando en todo momento de una decisión revocable por parte del autor, que podría revelar su identidad como creador de la obra en cualquier momento<sup>587</sup>.

---

<sup>585</sup> MARÍN LÓPEZ, J.J.: *El Conflicto entre...*, *op. cit.*, pp. 130 – 131. MARTÍNEZ ESPÍN, P.: “Comentario al artículo 14”, *op. cit.*, pp. 235. Por otro lado, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor...*, *op. cit.*, pp. 163 – 164 señala que los medios tecnológicos facilitan el respeto del derecho de paternidad en Internet incluso más que en “el mundo analógico”.

<sup>586</sup> Nos gustaría destacar la STS (Sala de lo Civil) núm. 1165/1998 de 15 diciembre (RJ\1998\10149), en la que se condenaba a la Administración por la reproducción de un cartel artístico en un sello postal sin consentimiento del autor, omitiendo su apellido y alterando el diseño de la obra al incluir en el mismo una capilla rematada por un crucero. En el Fundamento Tercero de la sentencia, el Tribunal Supremo reprocha al recurrente lo siguiente: “La Administración demandada, por otra parte, ni siguiera ha probado la imposibilidad de reproducción del apellido, ni la imposibilidad de utilizar cualquier otro metido de identificación, ni la inutilidad de que aparezca en el sello por ser nacional e internacionalmente famoso su autor, de modo que la visión del sello se asocie inmediatamente con él, a pesar de haber transcurrido tanto tiempo desde el anuncio del primer festival”. Si bien el recurrente no acreditó dicho extremo en el supuesto concreto que era objeto de enjuiciamiento, del texto de la Sentencia parece desprenderse que nuestro Alto Tribunal no rechaza de plano la posibilidad de que existan causas que imposibiliten la inclusión del nombre del autor en la obra.

<sup>587</sup> MARTÍNEZ ESPÍN, P.: “Comentario al artículo 14”, *op. cit.*, pp. 236 – 237 afirma que esta decisión sólo tendrá efectos *ex tunc* y que supondrá el pago de la correspondiente indemnización si dicha actuación genera daños al cesionario de los derechos de explotación. Desde la óptica del *common law*, HANSMANN, H. y SANTILLI, M.: “Authors' and Artists' Moral...”, *op. cit.*, pp. 133 – 134 rechazan la posibilidad de que el creador pueda solicitar figurar con su verdadero nombre tras haber optado inicialmente por un pseudónimo no transparente en aquellos supuestos en los que dicha decisión pudiera afectar a la marca comercial que la

En relación con esta segunda potestad, podríamos plantearnos si, de forma similar al supuesto de las obras divulgadas sin el consentimiento del autor, la revelación de la autoría por parte de un tercero sin consentimiento del creador tendría efectos jurídicos o no. Ello puede ser relevante, por ejemplo, en relación con el ejercicio del derecho por el representante del autor (artículo 6.2) o con el plazo de duración de los derechos de las obras anónimas (artículo 27.1). A nuestro entender, se impone la solución negativa, de tal modo que sólo quedaría revelada jurídicamente la autoría si lo hiciera el propio creador judicialmente o extrajudicialmente, u otro de los sujetos legitimados para ello a la muerte del autor<sup>588</sup>.

Finalmente, cabe destacar que la jurisprudencia en torno al derecho de paternidad es abundante, constituyendo el objeto del juicio normalmente los supuestos de plagio<sup>589</sup> o aquellos en los que se omite deliberadamente o por equivocación el nombre del autor en una obra<sup>590</sup>.

#### **4.2.2. El derecho de paternidad como núcleo de los derechos morales**

Esta prerrogativa constituye, conjuntamente con el derecho de integridad, el núcleo duro de los derechos morales. Ello resulta lógico tanto desde la óptica del autor como del resto de la sociedad. En primer lugar, porque el derecho de paternidad puede convertirse en una premisa necesaria para que el autor pueda ejercer otros de los derechos que integran la propiedad intelectual, en la medida en que la legitimación para su ejercicio corresponde al creador de la obra. De este modo, si el sujeto en cuestión no pudiera reclamar su

---

empresa editorial está tratando de defender en el mercado. A modo ilustrativo, ponen el ejemplo de un autor que publica bajo pseudónimo una saga de novelas románticas y cuya auténtica identidad podría afectar a la venta de dichos libros.

<sup>588</sup> CÁMARA ÁGUILA, MP.: *El derecho moral...*, op. cit., pp. 336 – 340.

<sup>589</sup> Entre otras, la STS (Sala de lo Civil) núm. 963/2001 de 23 octubre (RJ\2001\8660), que versaba sobre unos manuales que habían sido plagiados.

<sup>590</sup> Entre ellas, la SAP Madrid (Sección 28ª) núm. 217/2016 de 6 junio (AC\2016\1209) relativa a la omisión de uno de los dos coautores de una novela; la STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) núm. 1146/2013 de 25 de octubre de 2013 (JUR\2014\58843), en la que se estima la anulación de una resolución administrativa que negaba la condición de autor del estudio, creación y diseño de los distintivos de determinadas unidades policiales; la STS (Sala de lo Civil) de 19 julio de 1989 (RJ\1989\5725) referente a la atribución errónea de la autoría de una escultura en una enciclopedia; la STS (Sala de lo Civil) núm. 675/1995 de 29 junio (RJ\1995\5268), en la que el actor reclamaba aparecer como asesor científico en los títulos de créditos de un determinado programa, desestimándose la pretensión, entre otros motivos, por no considerarse que el demandante fuera autor de la obra audiovisual; la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 6 mayo de 1996 (RJ\1996\4440), relativa a la responsabilidad de la Administración por la omisión de la autoría de cinco planos de un documental empleados en otra obra audiovisual diferente; y la STS (Sala de lo Civil) de 8 mayo de 2008 (RJ\2008\2834), en la que se establece que el reconviente tiene derecho a que figure un determinado signo distinto a su nombre en los mapas que ha creado.

condición como autor de la obra intelectual, tampoco podría ejercer otros derechos morales al carecer de la legitimación necesaria para ello<sup>591</sup>. En este mismo sentido, DIETZ considera que el derecho moral de paternidad garantiza la existencia de la conexión perpetua entre el autor y su obra<sup>592</sup>. Además, hay quien podría señalar que el fundamento del derecho de paternidad se halla, en última instancia, en la tutela de ciertos bienes personalísimos del autor, coincidentes con los tutelados por determinados derechos de la personalidad, tales como su honor o su prestigio profesional. A estas alturas de este trabajo, dicha afirmación no nos debe sorprender, puesto que ya hemos destacado reiteradamente cómo existe una innegable ligazón entre la creación de una obra intelectual y el reconocimiento y mérito que obtiene el autor por haber llevado a cabo dicho acto creativo.

En segundo lugar, parte de la doctrina ha considerado que existe un interés público en que la sociedad conozca quién es el autor de la obra y en que ésta se mantenga en las mismas condiciones esenciales en las que fue concebida por su creador<sup>593</sup>. En este sentido, cabría destacar que el derecho de paternidad y el derecho de integridad son los únicos derechos morales que están consagrados internacionalmente, pues son las únicas facultades personales que están expresamente reconocidas en el artículo 6.bis del Convenio de Berna. Así pues, consideramos que, como consecuencia de todo lo que acabamos de exponer, podemos afirmar que el reconocimiento del derecho de paternidad tiene como fundamento la salvaguarda tanto de los intereses privados del autor como de los intereses públicos que ostenta la sociedad en su conjunto en relación con las creaciones literarias, artísticas o científicas.

Como podrá deducirse, la relevante posición que ocupa el derecho de paternidad dentro del conjunto de los derechos morales incide ineludiblemente en su regulación. La primera consecuencia de ello viene recogida en el propio texto de la Ley de Propiedad Intelectual, que otorga carácter perpetuo a esta facultad personal. Precisamente, el artículo 15 de dicha norma establece que, tras el fallecimiento del autor, el ejercicio de los derechos morales de paternidad e integridad corresponde “sin límite de tiempo, a la persona natural o

---

<sup>591</sup> En sentido similar, PLAZA PENADÉS, J.: *El derecho moral...*, op. cit., p. 416. MARTÍNEZ ESPÍN, P.: “Comentario al artículo 14”, op. cit., p. 238.

<sup>592</sup> DIETZ, A.: “Germany”, op. cit., p. 413 afirma: *It can easily be appreciated that this right goes to the core of each author's moral right because, without it, the perpetual relationship between the author and his intellectual child, namely the work, cannot function.*

<sup>593</sup> PLAZA PENADÉS, J.: *El derecho moral...*, op. cit., pp. 118 y 179. HANSMANN, H. y SANTILLI, M.: “Authors' and Artists' Moral...”, op. cit., pp. 105 – 106 y 132.



jurídica a la que el autor se lo haya confiado expresamente por disposición de última voluntad. En su defecto, el ejercicio de estos derechos corresponderá a los herederos”.

En esta misma línea, el segundo párrafo del artículo 41 del mismo texto legal dispone lo siguiente: “Las obras de dominio público podrán ser utilizadas por cualquiera, siempre que se respete la autoría y la integridad de la obra, en los términos previstos en los apartados 3.º y 4.º del artículo 14”. De hecho, la Ley de Propiedad Intelectual no sólo les confiere esta duración perpetua a ambos derechos, sino que el artículo 16 le otorga legitimación para el ejercicio de estas prerrogativas, en defecto de los sujetos anteriores, al “Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales y las instituciones públicas de carácter cultural”. En relación con esta última cuestión, parte de la doctrina ha señalado que el carácter perpetuo de estas facultades personales no responde a la necesidad de amparar los intereses del autor fallecido, sino que muy al contrario constituyen una herramienta del legislador para proteger el patrimonio cultural y tutelar así el interés general de la ciudadanía de acceder a la cultura, el cual se encuentra consagrado en el artículo 44 de la Constitución<sup>594</sup>.

Por otro lado, cabe destacar que MARTÍNEZ ESPÍN se muestra favorable a que el autor pueda renunciar a una manifestación concreta del derecho de paternidad, siempre y cuando cuente con la posibilidad de revocar dicha renuncia *a posteriori*. En su opinión, la Ley de Propiedad Intelectual sólo vetaría las renunciaciones perpetuas, previas y globales del derecho de paternidad<sup>595</sup>. Sin embargo, incluso aquellos sectores de la doctrina que se han mostrado favorables a la posibilidad de disponer de los derechos morales –o de que el autor pueda consentir o autorizar intromisiones realizadas por un tercero– han señalado que se debería actuar con especial cautela cuando se incida sobre los derechos de integridad o paternidad, en tanto que los mismos constituyen el mínimo básico e imprescindible de protección al autor<sup>596</sup>. Dicho razonamiento nos parece acertado, pues, si bien ello no debe suponer que se vete *prima facie* cualquier posibilidad de que el autor

---

<sup>594</sup> Así lo defienden CÁMARA ÁGUILA, MP.: *El derecho moral...*, *op. cit.*, pp. 33 – 35, que aboga por que sea una norma de carácter público y no la Ley de Propiedad Intelectual la que regule la protección de las obras caídas en dominio público. DE ROMÁN PÉREZ, R.: “Naturaleza jurídica...”, *op. cit.*, p. 41. En cambio, ROSELLÓ MANZANO, R.: *Derechos de la personalidad...*, *op. cit.*, p. 79, que defiende que el carácter perpetuo de los derechos de paternidad e integridad defienden a la persona del autor, ya que el planteamiento contrario supondría que sólo debería procederse a la defensa de aquellas obras que pudieran considerarse parte del patrimonio cultural con el consiguiente riesgo de excluir una enorme cantidad de creaciones intelectuales de dicha tutela.

<sup>595</sup> MARTÍNEZ ESPÍN, P.: “Comentario al artículo 14”, *op. cit.*, pp. 237 – 238.

<sup>596</sup> En este sentido, ROSELLÓ MANZANO, R.: *Derechos de la personalidad...*, *op. cit.*, p. 27.

realice un acto de disposición sobre estas facultades, sí que debemos tener más en cuenta la cercana presencia de los límites del orden público cultural en esta materia.

#### **4.2.3. La posibilidad o no de ejercer el derecho de paternidad en otros supuestos similares**

Así mismo, se ha generado cierto debate en torno a si otras pretensiones del autor en relación con la paternidad de una determinada obra pueden hacerse valer a través del ejercicio del derecho de paternidad.

En primer lugar, podemos hablar del supuesto en el que un tercero crea una obra intelectual y la divulga bajo el nombre de otro autor sin su consentimiento. Este tipo de prácticas son llevadas a cabo por sujetos que consideran que las creaciones que han llevado a cabo gozarían de una mejor fama o de una mejor recepción por parte del público si se explotaran asociando su autoría a la de otro individuo con una mejor reputación. La razón de ser de esta actuación no dista mucho del fenómeno de la autoría fantasma, pero guarda una importante diferencia con respecto al mismo y es la ausencia de consentimiento por parte de los sujetos involucrados. Ante esta situación el autor cuyo nombre ha sido empleado indebidamente no puede ejercer el derecho de paternidad, puesto que éste únicamente sirve para reclamar la autoría de una obra que su titular efectivamente ha creado<sup>597</sup>. En el presente supuesto no existe en realidad vínculo alguno entre el autor y la obra que se le atribuye indebidamente, por lo que no estamos dentro del campo de juego de los derechos morales. No quiere ello decir que el perjudicado no tenga acción alguna, pero la legislación aplicable al caso será o bien la de competencia desleal, o bien la que regule el derecho al nombre<sup>598</sup>. En cambio, otros ordenamientos jurídicos sí se han decantado por incluir esta protección frente a la falsa atribución de la paternidad dentro de la regulación en materia de derechos de autor<sup>599</sup>. Finalmente, es preciso apuntar que, tal y como señala MARÍN LÓPEZ, en el plano penal esta conducta no

---

<sup>597</sup> DESBOIS, H.: *Le droit d'auteur...*, op. cit., pp. 467 – 468.

<sup>598</sup> En este sentido, vid. CÁMARA ÁGUILA, MP.: *El derecho moral...*, op. cit., pp. 325 – 326. MARÍN LÓPEZ, J.J.: *El Conflicto entre...*, op. cit., pp. 140 – 142. ROSELLÓ MANZANO, R.: *Derechos de la personalidad...*, op. cit., pp. 41 – 42. MARTÍNEZ ESPÍN, P.: “Comentario al artículo 14”, op. cit., pp. 238 – 239.

<sup>599</sup> En este sentido, el art. 21.VI de la Ley Federal de Derecho de Autor de México, que dispone: “Los titulares de los derechos morales podrán en todo tiempo: Oponerse a que se le atribuya al autor una obra que no es de su creación. Cualquier persona a quien se pretenda atribuir una obra que no sea de su creación podrá ejercer la facultad a que se refiere esta fracción”. Igualmente, el art. 84 (1) Copyright Act británica preceptúa: (1) *A person has the right in the circumstances mentioned in this section (a) not to have a literary, dramatic, musical or artistic work falsely attributed to him as author, and (b) not to have a film falsely attributed to him as director; and in this section an “attribution”, in relation to such a work, means a statement (express or implied) as to who is the author or director.*

podría ser considerada constitutiva de un delito de plagio (en la medida en que no existe copia o reproducción de la obra ajena) sino, en todo caso, de un delito de estafa<sup>600</sup>.

Igualmente interesante es la hipótesis en la que un autor ha creado una obra de la que no se siente precisamente orgulloso y pretende desvincularse de la misma, solicitando que no se le atribuya su autoría y ésta quede, de algún modo, vacante. En dicho supuesto la obra ya ha sido divulgada y lo ha sido bajo el nombre civil de su autor (o bajo un pseudónimo transparente asociado a esa persona), por lo que el público en general ha tenido la posibilidad de conocer la identidad de la persona que ha creado la obra en cuestión. De manera general, las legislaciones en materia de derechos de autor no han considerado dicha posibilidad, configurándose el derecho de paternidad como una herramienta que protege el vínculo imperecedero entre el autor y su obra, no como un instrumento que trate de romper el mismo. En cualquier caso, en ordenamientos jurídicos como el nuestro siempre quedaría expedita la vía del derecho de arrepentimiento, a través del cual podría retirarse una obra del mercado por un cambio en las convicciones intelectuales o ideológicas de su autor. No obstante, dado que el derecho de arrepentimiento condiciona su ejercicio al pago de las correspondientes indemnizaciones por daños y perjuicios, puede constituirse en una opción excesivamente onerosa para el interesado, quien, además, puede no ver satisfecha sus pretensiones, puesto que lo que desea no es que se cese en la explotación de la obra, sino que se le deje de vincular con la misma.

Es preciso señalar que la hipótesis a la que aludimos se da con frecuencia en la práctica en relación con aquellas obras que han sufrido tras su creación modificaciones de tal intensidad que el autor no se reconoce en su propia obra, por lo que pretende desvincularse de la misma. En este sentido, MARÍN LÓPEZ considera que esta potestad podría estar integrada dentro del derecho de paternidad, no obstante, el recurso a la misma sólo sería posible si el autor hubiera agotado el resto de mecanismos judiciales y extrajudiciales que existieran para amparar sus pretensiones. Todo ello con el fin de evitar un ejercicio abusivo de esta facultad<sup>601</sup>. Así mismo, si bien reconduce la discusión al ámbito de los derechos de la personalidad, MARTÍNEZ ESPÍN considera que en estos supuestos debería otorgársele al autor la posibilidad de que su nombre no siga asociado a

---

<sup>600</sup> MARÍN LÓPEZ, J.J.: *El Conflicto entre...*, op. cit., pp. 141 – 142.

<sup>601</sup> *Ibidem.*, pp. 139 – 140.

la obra, siempre y cuando éste haya agotado previamente todas las vías judiciales o extrajudiciales para conseguir la restauración<sup>602</sup>.

Igualmente, cabe destacar que diversos ordenamientos jurídicos han reconocido dicha posibilidad dentro de su legislación en materia de derechos de autor<sup>603</sup>. En relación con este supuesto, cabe destacar el párrafo tercero del artículo 20 de la Ley sobre el Derecho de Autor de Venezuela<sup>604</sup>, que establece lo siguiente: “En cualquier caso, si las modificaciones de la obra arquitectónica se realizaren sin el consentimiento del autor, éste podrá repudiar la paternidad de la obra modificada y quedará vedado al propietario invocar para el futuro el nombre del autor del proyecto original”. Como vemos, la norma venezolana le reconoce expresamente al autor la facultad de decidir en tales circunstancias que la obra en cuestión no siga vinculada con su nombre, lo que ROSELLÓ MANZANO considera una auténtica renuncia del derecho de paternidad<sup>605</sup>; conclusión que no compartimos.

Bajo nuestra perspectiva, se podría llegar a amparar la pretensión del autor de que su nombre no figure en los actos de explotación de una obra que, en cierto modo, el creador repudia. Sin embargo, no consideramos que se esté produciendo una renuncia del derecho de paternidad. En primer lugar, así lo sostenemos porque el autor no puede desprenderse de la titularidad de esta prerrogativa ni transmitírsela a un tercero. Ello ocasiona que el creador tenga en todo momento la posibilidad de revocar la decisión que ha tomado, reivindicándose públicamente de nuevo como el creador de la obra en cuestión. Por tanto, creemos que lo que explica que se pueda llegar a estimar esta pretensión no es, en realidad, la renuncia al derecho de paternidad, sino el ejercicio de la vertiente negativa del mismo, es decir, lo que hemos denominado como “derecho al anonimato”<sup>606</sup>.

---

<sup>602</sup> MARTÍNEZ ESPÍN, P.: “Comentario al artículo 14”, *op. cit.*, p. 238.

<sup>603</sup> En esta línea, el art. 60.3 Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (*Não havendo acordo, pode o autor repudiar a paternidade da obra modificada, ficando vedado ao proprietário invocar para o futuro, em proveito próprio, o nome do autor do projecto inicial*), el art. 83.1 Ley austriaca de derechos de autor (Wer in einem auf dieses Gesetz gegründeten Ausschließungsrechte verletzt wird, kann verlangen, daß der dem Gesetz widerstreitende Zustand beseitigt werde; § 81 Abs. 1a gilt sinngemäß) o el art. 92 Ley Federal Derecho autor de México (“Salvo pacto en contrario, el autor de una obra de arquitectura no podrá impedir que el propietario de ésta le haga modificaciones, pero tendrá la facultad de prohibir que su nombre sea asociado a la obra alterada”).

<sup>604</sup> Gaceta Oficial N° 4.638 Extraordinario del 1 de Octubre de 1993.

<sup>605</sup> ROSELLÓ MANZANO, R.: *Derechos de la personalidad...*, *op. cit.*, p. 52.

<sup>606</sup> En sentido contrario, se manifiesta MARÍN LÓPEZ, J.J.: *El Conflicto entre...*, *op. cit.*, pp. 152 – 153, quien considera que ello generaría una tremenda incertidumbre en el mercado del arte. Así pues, considera que si dicha decisión se debiese al capricho del autor nos encontraríamos frente a un abuso de derecho. Por otro lado, sostiene que si respondiese al deseo del autor de no ver asociado su nombre a dicha obra, nos

No puede negarse que normalmente cuando concebimos la idea de que un autor decide ocultar su identidad nos planteamos la siguiente secuencia temporal: primero, el creador decide divulgar su obra de forma anónima o a través de un pseudónimo no transparente (faceta negativa del derecho de paternidad), y, posteriormente, podría, si lo deseara, llegar a desvelar cuál es su identidad (faceta positiva del derecho de paternidad). Sin embargo, nada impide que la secuencia pudiera producirse de manera inversa. Naturalmente, surgirá la siguiente réplica a este razonamiento: ¿quién va a estar interesado en que la obra se explote como si fuera anónima cuando su identidad como creador de la misma ya es de facto públicamente conocida? Pues precisamente aquellos sujetos que pretenden desligarse públicamente de su creación en la medida en que consideran que ésta ya no los representa.

A diferencia del derecho de arrepentimiento, el ejercicio del derecho al anonimato no supondría la retirada de la obra del mercado, lo que permite que se constituya en un instrumento idóneo en relación con determinadas creaciones, como las obras arquitectónicas, que presentan ciertas peculiaridades especiales. No obstante, cabría preguntarse si en este supuesto procedería o no el pago de una indemnización. Pues bien, a nuestro entender, la respuesta debe ser negativa si el ejercicio del derecho al anonimato por parte del creador es consecuencia de la deformación, no consentida, que ha experimentado su obra. En tal caso, el autor estará ejerciendo de buena fe una facultad personal que le corresponde para paliar una indeseada situación que habrá sido provocada por un tercero sin su consentimiento, por lo que, de ninguna forma, se le puede imputar la responsabilidad de los posibles perjuicios que llegue a experimentar el sujeto que ostente los derechos de explotación.

En cambio, creemos que la respuesta debe ser afirmativa en el caso de que el creador haya decidido omitir su autoría *ex nunc* tras haber optado en un primer momento por hacer constar su verdadera identidad en la explotación de la obra y sin que dicho cambio de opinión haya sido motivado por una actuación maliciosa o negligente de la contraparte del contrato. En este sentido, cabe destacar que MARTÍNEZ ESPÍN defiende el pago de esta indemnización en el supuesto de que el autor decidiera revelar su identidad tras haber

---

encontraríamos ante un fraude de ley que trata de eludir la aplicación del art. 14.6 LPI (derecho de arrepentimiento) con el fin de evitar el pago de la correspondiente indemnización. En nuestra opinión, tal y como defenderemos a continuación, no consideramos que el derecho de arrepentimiento sea la facultad adecuada para amparar esta concreta pretensión del autor.

elegido previamente que la creación se comercializara de manera anónima o bajo pseudónimo no transparente<sup>607</sup>. En nuestra opinión, entendemos que el razonamiento que realiza este autor sería trasladable a la hipótesis que estamos analizando en estos momentos.

Tanto en un supuesto como en otro el creador revoca el consentimiento que había prestado con respecto a la forma en la que deseaba aparecer públicamente vinculado con su obra. De nuevo, la especial tuición de los intereses personalísimos del autor justifica que la voluntad de éste a este respecto deba prevalecer en todo caso, lo que no es óbice para que aquél deba asumir el pago de los daños y perjuicios que su decisión le pudieran haber ocasionado al otro contratante. Con todo, resulta pertinente señalar que, a diferencia de lo que ocurre cuando se ejerce el derecho moral de arrepentimiento, la obra intelectual en cuestión va a seguir comercializándose en el mercado, por lo que los hipotéticos daños que se pudieran llegar a producir –si es que llegan a producirse los mismos– no ascenderían, ni mucho menos, al importe que el creador debería afrontar si ejercitase la facultad de retirada prevista en el artículo 14.6º de la Ley de Propiedad Intelectual.

#### **4.2.4. El derecho de paternidad en el ámbito de la autoría fantasma**

El acuerdo de usurpación de autoría supone una afectación del derecho moral de paternidad que ostenta el autor fantasma. Tal y como veremos en el próximo capítulo, la obligación esencial que caracteriza a este negocio jurídico es el compromiso que adquiere el creador verdadero de no revelar procesal o extraprocesalmente su identidad como autor de la obra, lo que supone para éste la asunción de la prestación negativa de no ejercer el derecho moral de paternidad. La problemática jurídica que ello entraña es más que manifiesta, puesto que supone en la práctica la renuncia perpetua a un derecho moral. No sólo eso, sino que recordemos además que el derecho de paternidad constituye la prerrogativa básica para garantizar la continuidad del vínculo espiritual entre el autor y su obra, motivo por el cual la misma se integra dentro del núcleo esencial de los derechos morales.

En sentido contrario, RAGEL SÁNCHEZ señala que la concurrencia del consentimiento del autor fantasma ocasionaría que el comportamiento no pudiera ser constitutivo del delito de plagio del artículo 270 del Código Penal, lo que, a su entender, excluiría la ilicitud del

---

<sup>607</sup> MARTÍNEZ ESPÍN, P.:” Comentario al artículo 14”, *op. cit.*, pp. 236 – 237.

contrato<sup>608</sup>. En efecto, compartimos la idea de que el consentimiento del verdadero autor destipificaría la conducta que estamos analizando, excluyéndose así cualquier clase de responsabilidad penal; sin embargo, no creemos que ello implique que el negocio jurídico sea lícito desde el prisma del Derecho privado. La potencial ineficacia de esta clase de acuerdos no deriva de la existencia de un posible delito de plagio, sino de que el objeto del contrato es inalienable y de que la causa del negocio jurídico sería ilícita<sup>609</sup>.

Con el fin de salvar el obstáculo de la irrenunciabilidad e inalienabilidad del derecho moral de paternidad, podría tratar de argumentarse que el creador verdadero no renuncia a dicha facultad personal, sino que realiza un acto de disposición de esta. En este sentido, aquél estaría autorizando una intromisión concreta en el ámbito de sus intereses personales al permitir la usurpación de su identidad como autor de la obra. A nuestro entender, el recurso a este mecanismo jurídico no zanja la cuestión debate, sino que despierta nuevas incógnitas. Primeramente, sería preciso delimitar cuáles deberían ser los límites de dicho acto de disposición para que el mismo no equivaliera en la práctica a una renuncia completa del derecho de paternidad. Así mismo, incluso aunque dicha autorización fuera prestada libremente por el autor fantasma, cabría preguntarse hasta qué punto la misma no podría resultar ineficaz por colisionar con determinados principios esenciales que integran nuestro orden público cultural, tal y como hemos ido apuntando previamente.

Además, de todo ello es innegable que la celebración de un acuerdo esta naturaleza supone el surgimiento de toda una serie de compromisos con contenido patrimonial – pago al autor verdadero, explotación de la obra en el mercado, indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, etc.–, que las partes se verán compelidas a cumplir hasta que alguna de ellas impugna la eficacia del negocio jurídico en cuestión. En consecuencia y dada la complejidad del asunto, entendemos que es preciso plantear una propuesta al juzgador para el supuesto de que algún autor fantasma decidiera impugnar la validez del acuerdo de usurpación; una propuesta que debe abordar tanto la ineludible cuestión de la eficacia (o ineficacia) del negocio jurídico, como los efectos patrimoniales que se derivarían en su caso de la misma. Con tal finalidad abordamos la siguiente parte de este trabajo.

---

<sup>608</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: *El contrato de...*, op. cit., p. 59.

<sup>609</sup> Así lo sostuvimos en NIETO CRUZ, A.: “El autor fantasma...”, op. cit., p. 12.

## **CAPÍTULO QUINTO**

### **EL ACUERDO DE USURPACIÓN DE AUTORÍA**

El acuerdo de usurpación de autoría es el negocio jurídico en virtud del cual el autor fantasma consiente la asunción de la obligación negativa de no revelar su identidad como auténtico creador de una determinada obra intelectual o, por lo menos, de no impugnar la apariencia de autoría que se ha generado. La virtud de la definición que proponemos radica en que, por un lado, sintetiza la esencia jurídica del fenómeno de la autoría fantasma, en la medida en que entendemos que el resto de elementos que convergen en torno al mismo revisten carácter contingente o accesorio (por ejemplo, la onerosidad); y, por otro, en que evidencia cuál es la problemática jurídica fundamental que abordamos en el presente trabajo: la eficacia o ineficacia del consentimiento prestado por el autor fantasma para no ejercer su derecho moral de paternidad.

Así pues, tras haber examinado las cuestiones más sustanciales del régimen normativo de la propiedad intelectual y haber establecido una serie de premisas básicas desde las que vamos a partir, estimamos que ya nos encontramos en la posición adecuada para analizar exhaustivamente el contenido jurídico del referido acuerdo de usurpación. En este sentido, el orden de exposición que hemos diseñado es el propio del estudio de cualquier otro negocio jurídico de carácter contractual. En primer lugar, nos aproximaremos a los elementos esenciales del mismo: consentimiento, objeto y causa. Seguidamente, pasaremos a exponer quiénes son los principales sujetos involucrados en el fenómeno de la autoría fantasma y cuáles son las prestaciones características que éstos asumen. A continuación, nos detendremos en el análisis de la cuestión que consideramos el verdadero núcleo del presente trabajo, que no es otro que el de la eficacia del consentimiento del autor fantasma para disponer de sus derechos morales. Por último, finalizaremos abordando la incidencia que tiene esta práctica en otros individuos: por un lado, las repercusiones que puede tener la revelación de la autoría para el profesional encargado de la explotación de la obra y, por otro, las acciones jurídicas que puede ejercitar el público que adquirió o consumió dicha creación en el caso de que descubra que el autor aparente no es el verdadero autor.

Antes de comenzar con la exposición que hemos detallado, nos gustaría señalar de antemano las dificultades que encontraremos a lo largo de este capítulo para hallar una explicación jurídica sencilla y clara a determinadas problemáticas que se derivan del



fenómeno que estamos analizando. Ello resulta de la necesidad ineludible de aplicar la Ley de Propiedad Intelectual a una práctica que —no nos engañemos— el legislador nunca tuvo pretensión de reconocer y de acoger en el seno de nuestro ordenamiento. En este sentido, más allá de la ilicitud o no de este negocio jurídico, no puede obviarse que este tipo de acuerdos constituyen un auténtico tabú en las sociedades europeas contemporáneas y que, además, la revelación de estos pactos genera siempre rechazo y consternación entre el público. Cuestión distinta a lo señalado será que, finalmente, encontremos los mimbres adecuados en la normativa para dar encaje jurídico en nuestro sistema al acuerdo de usurpación de autoría, incluso aunque el mismo resulte en muchos puntos contrario al espíritu que impregna la Ley de Propiedad Intelectual.

## **1. ELEMENTOS ESENCIALES DEL ACUERDO DE USURPACIÓN DE AUTORÍA**

### **1.1. Objeto y consentimiento**

Como regla general, el objeto esencial de este negocio jurídico lo constituyen, por un lado, la autorización del autor fantasma para usurpar la paternidad intelectual de la obra que ha creado y, por otro, la licencia del autor aparente para emplear su nombre en la explotación de la creación original usurpada. Ambas declaraciones de voluntad son necesarias, puesto que si no concurriera el consentimiento del autor fantasma, estaríamos ante un acto de plagio o de usurpación no consentida de la autoría; y si no concurriera el del autor aparente, estaríamos ante un supuesto de falsa atribución de la paternidad<sup>610</sup>. Además, el consentimiento de las partes tendrá que ser expreso, aunque podrá manifestarse tanto de forma explícita como tácita<sup>611</sup>.

Ambas autorizaciones se integrarán en un negocio jurídico bilateral y recepticio, en la medida en que existirán, al menos, dos partes diferenciadas que se expresarán mutuamente su consentimiento para disponer de bienes personalísimos de los que son titulares para alcanzar el fin común pretendido por todos los sujetos intervinientes<sup>612</sup>. Con todo, cabe destacar que en determinados supuestos este negocio jurídico revestirá carácter plurilateral, dado que convergerán simultáneamente en la celebración del mismo tres

---

<sup>610</sup> *Vid. supra* capítulo 1, epígrafe 3.

<sup>611</sup> Nos remitimos a la explicación que ya hicimos sobre esta cuestión, *vid. supra* capítulo 1, epígrafe 3.

<sup>612</sup> Sobre los negocios jurídicos recepticios, *vid.* Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistemas de Derecho Civil, Vol. I: Parte general del Derecho Civil y personas jurídicas*, Tecnos, Madrid, 2016, p. 410. En específico, sobre la autorización como acto jurídico recepticio *vid.* VENDRELL CERVANTES, C.: *El mercado de los derechos...*, *op. cit.*, p. 283.

partes distintas (posibilidad sobre la que ahondaremos en el próximo epígrafe). Así mismo, este negocio jurídico adoptará, a nuestro entender, la forma de un auténtico contrato, cuyo objeto principal serán dichas autorizaciones<sup>613</sup> y que articulará el contenido patrimonial complejo del acuerdo que han alcanzado ambas partes. Ahora bien, dicho punto de vista no es pacífico en la doctrina. Así pues, cabe destacar de manera representativa dentro de la doctrina española la postura de DE VERDA Y BEAMONTE, quien entiende que el consentimiento del disponente no puede revestir carácter contractual<sup>614</sup>.

Sea como fuere, dicho acuerdo preverá las diferentes contraprestaciones que tendrán que asumir los contratantes: pago del precio, explotación de la obra, creación de la misma – que, a menudo, no existirá de forma previa a la celebración del pacto–, cesión de los derechos de explotación, etc. Adicionalmente, el autor fantasma asumirá en todo caso la obligación negativa de no revelar procesal o extraprocesalmente su identidad como auténtico creador de la obra usurpada o, por lo menos, de no ejercitar su derecho moral de paternidad (incluso aunque hayan acordado que su identidad no será ocultada y que su contribución será conocida por el público en general). De este modo, el contrato se articulará como una convención de abstención o *pactum de non petendo*, en el que el autor no podrá recurrir a los mecanismos de protección que le reconoce el ordenamiento jurídico<sup>615</sup>. Dicho contrato constituirá un negocio jurídico consensual, al igual que lo son

---

<sup>613</sup> A favor de la existencia de negocios jurídicos cuyo objeto sea la autorización de derechos inalienables, vid. DÍEZ-PICAZO, L. y GUILLÓN, A.: *Sistemas de Derecho Civil, Vol. I: Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, Tecnos, Madrid, 2012 p. 348. RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: “Autorización y cesión...”, *op. cit.*, pp. 868 y 875 – 876. VENDRELL CERVANTES, C.: *El mercado de los derechos...*, *op. cit.*, pp. 407 – 417. Este último autor rechaza las críticas de la doctrina a la posibilidad de realizar un contrato en el ámbito de los derechos inalienables. En primer lugar, destaca que, pese a su inalienabilidad, nada impide que se celebren contratos meramente obligatorios. Así mismo, considera que el reconocimiento de la facultad de revocación no implica que el consentimiento del titular no sea vinculante, ya que también se otorga dicha facultad revocatoria o extintiva en otros supuestos contractuales (p.ej.: el derecho de arrepentimiento en los contratos de cesión de derechos de explotación).

<sup>614</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “El consentimiento como...”, *op. cit.*, p. 249.

<sup>615</sup> GITRAMA GONZÁLEZ, M.: “Imagen (Derecho a la propia)” en AA.VV.: *Nueva Enciclopedia Jurídica* (dir. por C.E. MASCAREÑAS), tomo XI, Seix, Barcelona, 1962, p. 341. En relación con los derechos de la personalidad, la Sentencia del Juzgado Mercantil núm. 2 de Madrid de 25 septiembre 2006 (JUR\2007\39011) sostiene un razonamiento similar:

*En dicho contexto, la autorización onerosa -que, al parecer, viene proliferando en los últimos tiempos al amparo del Art. 2-2 de dicha Ley - para el uso por terceros de los bienes jurídicos que la misma ampara no consiste tanto en el otorgamiento al adquirente de unos poderes de contenido positivo ejercitables "erga omnes", cuanto en el compromiso que el titular natural del derecho contrae, mediante precio, de que no inquietará jurídicamente al adquirente y de que se abstendrá de ejercitar contra él las acciones que dicha ley contempla frente a los actos de intromisión ilegítima, por lo que, en suma, lo que se transmite onerosamente en tales casos es una "paz jurídica" que, aunque eficaz entre los contratantes en virtud de un pacto cuya licitud no es dable*

la mayoría de los tipos contractuales a través de los cuales este acuerdo se puede vehicular en la práctica (encargo de obra intelectual, cesión de derechos, etc.)<sup>616</sup>. Únicamente en el caso de que el pacto de usurpación se integrara dentro del contenido de un contrato de edición, la forma escrita adquiriría carácter solemne por mandato de los artículos 60 y 61 de la Ley de Propiedad Intelectual<sup>617</sup>.

## **1.2. Diferenciación entre los actos de mera tolerancia y la concesión de una autorización**

Como acabamos de indicar, la celebración de este contrato supone la concesión de una autorización por parte del creador fantasma para usurpar su autoría<sup>618</sup>. En este sentido, el otorgamiento de una licencia de esta naturaleza conllevaría una doble consecuencia. En primer lugar, eliminaría la ilicitud de la intromisión ejecutada por el tercero, por lo que el autor fantasma no podría reclamar indemnización alguna por la omisión de su paternidad intelectual. Sin embargo, dada la especial concurrencia de intereses personales en este ámbito, entendemos que a su vez ello supondría también que dicho sujeto tendría la facultad de revocar el consentimiento prestado en cualquier momento y de ejercitar la correspondiente acción declarativa de la paternidad intelectual. En cualquier caso, bajo

---

*ahora cuestionar, carece de la menor aptitud para considerar transferido al adquirente un derecho a "licenciar" a terceros la propia posición jurídica así alcanzada.*

Por su parte, VENDRELL CERVANTES, C.: *El mercado de los derechos...*, op. cit., pp. 266 – 268 y 445 comenta la posibilidad de configurar el consentimiento en el ámbito de los derechos de la personalidad como un convenio de abstención; sin embargo, se muestra crítico con dicha hipótesis, ya que la misma parece sugerir la idea de que la conducta del autorizado continúa siendo ilícita. En este sentido, el autor recuerda que ello no es posible, puesto que el consentimiento del titular ha excluido la antijuricidad de la intromisión.

<sup>616</sup> El art. 45 LPI dispone: “Toda cesión deberá formalizarse por escrito. Si, previo requerimiento fehaciente, el cesionario incumpliere esta exigencia, el autor podrá optar por la resolución del contrato”. Sin embargo, la doctrina ha entendido que se trata de un supuesto de forma *ad probationem*, puesto que el propio precepto no establece la ineficacia de la cesión, sino la posibilidad de que el autor resuelva el contrato, lo que supone partir de la validez del contrato pese a la ausencia de forma de escrita. En este sentido, vid. TORRES LANA, J.A.: “Comentario del artículo 45”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), op. cit., pp. 896 – 899.

<sup>617</sup> El primer inciso del art. 60 LPI establece: “El contrato de edición deberá formalizarse por escrito y expresar en todo caso: (...)”. Posteriormente, el art. 61.1 preceptúa: “Será nulo el contrato no formalizado por escrito, así como el que no exprese los extremos exigidos en los apartados 3.º y 5.º del artículo anterior”. A este respecto, destaca la STS (Sala de lo Civil) núm. 443/2005 de 31 mayo (RJ2005\4252), que declaró la nulidad de oficio por falta de forma escrita de un contrato de edición celebrado entre un pintor de reconocida fama y el editor de un libro que incluía las creaciones artísticas del primero. Por el contrario, la doctrina mayoritaria se ha inclinado por considerar que la consecuencia de la ausencia de forma escrita en el contrato de edición debería ser la anulabilidad, puesto que el autor –en tanto que es el sujeto especialmente protegido por la norma– debería ser el único legitimado para impugnar en tal caso la eficacia del contrato. Por todos, SÁNCHEZ ARISTI, R.: “Comentario del artículo 61”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), op. cit., pp. 1064 – 1065.

<sup>618</sup> De manera análoga, VENDRELL CERVANTES, C.: *El mercado de los derechos...*, op. cit., p. 270 plantea que la autorización para disponer de un derecho de la personalidad constituye un negocio jurídico unilateral de carácter recepticio.

nuestro punto de vista resulta fundamental aclarar que dicha autorización no constituye, en modo alguno, un mero acto de mera tolerancia por parte del autor verdadero<sup>619</sup>.

En primer lugar, entendemos que la mera tolerancia supone únicamente un comportamiento inactivo por parte de un determinado sujeto que, aunque conoce la intromisión que se ha producido en el ámbito protegido por un derecho subjetivo que detenta, no ejercita las acciones que el ordenamiento jurídico le confiere a este respecto. Si bien el tercero no va a sufrir las consecuencias de la aplicación coactiva de la norma por parte de los tribunales (puesto que, en principio, no va a ser demandado), éste carece de un título jurídico que legitime el comportamiento que está desarrollando. Por tanto, entendemos que el titular del derecho puede decidir cambiar de opinión y reclamar la reparación de los daños que la intromisión ilícita le haya supuesto (salvo que en el caso concreto pudiera considerarse que estamos ante un comportamiento desleal o ante un ejercicio abusivo del derecho)<sup>620</sup>. Como indicamos, no creemos que la autoría fantasma constituya un supuesto de mera tolerancia, puesto que el creador verdadero no se limita sencillamente a no perseguir la vulneración de sus derechos, sino que además consiente expresamente que la usurpación sea realizada por el tercero.

---

<sup>619</sup> En sentido contrario, parte de la doctrina española ha defendido que el consentimiento del titular de un derecho inalienable supone un acto de mera tolerancia, *vid.* IGARTUA ARREGUI, F.: *Los derechos de la personalidad como técnica de protección de la persona*, 1986, Universidad Autónoma de Madrid, 1986, p. 544, cit. en VENDRELL CERVANTES, C.: *El mercado de los derechos...*, *op. cit.*, p. 260. BODAS DAGA, M.E.: *La defensa post mortem de los derechos de la personalidad*, Bosch, Barcelona, 2007, p. 355. En cambio, rechazan esta equiparación entre consentimiento y acto de mera tolerancia CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H.: “Negocios jurídicos de...”, *op. cit.*, p. 66. VENDRELL CERVANTES, C.: *El mercado de los derechos...*, *op. cit.*, pp. 264 – 265.

<sup>620</sup> Este es el planteamiento de VENDRELL CERVANTES, C.: *El mercado de los derechos...*, *op. cit.*, p. 116. A este respecto, existe una amplia jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el retraso desleal (*verwirkung* en la doctrina alemana), *vid.* STS (Sala de lo Civil) de 21 mayo 1982 (RJ 1982\2588), STS (Sala de lo Civil) núm. 994/2002 de 22 octubre (RJ 2002\8970) o STS (Sala de lo Civil) núm. 352/2010 de 7 junio (RJ 2010\5376), entre otras. En concreto, la STS (Sala de lo Civil) núm. 532/2013 de 19 septiembre (RJ\2013\7604) afirma lo siguiente:

*Una de las modulaciones de la institución de la buena fe es la "verwirkung" o retraso desleal, elaborada por la doctrina y la jurisprudencia alemanas y asumida por nuestra jurisprudencia, según la cual un derecho subjetivo o una pretensión no pueden ejercitarse cuando el titular no sólo no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer, sino que incluso ha dado lugar con su actividad omisiva a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que el derecho ya no se ejercitará.*

*Son tres los elementos de esta figura: la omisión del ejercicio del derecho, el transcurso de un periodo de tiempo y la objetiva deslealtad e intolerabilidad del posterior ejercicio retrasado.*

Para un análisis de la figura del retraso desleal, *vid.* Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, pp. 84 – 91. A este respecto, este autor señala que la doctrina de la *Verwirkung* no atiende a la voluntad del sujeto (que podría incluso haber desconocido la existencia del derecho que ahora pretende ejercer), sino que únicamente valora si el comportamiento en sí mismo puede ser considerado abusivo e inadmisibles en un sentido objetivo.

Por otro lado, la concesión de una autorización o licencia supone el otorgamiento de un título jurídico que legitime la intromisión de un tercero en el ámbito de los intereses tutelado por el derecho subjetivo que ostenta el autorizante. Implica la prestación de un consentimiento tácito o explícito por parte del titular del derecho que elimina la ilicitud de la intromisión y la antijuridicidad del daño que se provoque, siempre y cuando el comportamiento se desarrolle dentro de los límites materiales de la autorización. Sin embargo, como consecuencia de su propia estructura jurídica precaria, supone el reconocimiento al licenciante de una potestad revocatoria del consentimiento inicialmente prestado, independientemente de que también genere la obligación de indemnizar los perjuicios que el ejercicio de dicha facultad ocasione. En consecuencia, dicho sujeto no podría reclamar la reparación del daño por los actos ejecutados durante la vigencia de la autorización, pero sí podría impedir la realización de nuevos actos o comportamientos a este respecto<sup>621</sup>.

En este sentido, VENDRELL CERVANTES afirma que en nuestro ordenamiento jurídico el legislador ha predeterminado que ésta sea forzosamente la única vía a través de la cual los titulares de los derechos de la personalidad puedan ejercitar, en su caso, su poder de autodeterminación<sup>622</sup>. De nuevo, a falta de una previsión normativa específica al respecto, parece razonable trasladar por analogía un razonamiento que se realiza sobre unas facultades personalísimas, inalienables e irrenunciables a la esfera de los derechos morales, que comparten los mismos rasgos esenciales. En nuestra opinión, la única vía para compatibilizar la protección de ciertos intereses personales dignos de especial protección y el natural desenvolvimiento de la autonomía de la voluntad del titular de aquéllos es vehiculizando la misma a través de la posibilidad de conceder autorizaciones revocables, que podrán integrarse o no en el seno de un contrato con un contenido patrimonial más amplio. Tal y como hemos planteado anteriormente, éste sería, en nuestra opinión, el único expediente técnico a través del cual se podría dar cabida al fenómeno de la autoría fantasma dentro de nuestro ordenamiento jurídico (al menos, sin entrar en la cuestión de su potencial colisión con los límites del orden público).

---

<sup>621</sup> En una línea similar, RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: “Las imágenes del deporte”, *Pe. i.: Revista de propiedad intelectual*, N.º 11, 2002, p. 21. VENDRELL CERVANTES, C.: *El mercado de los derechos...*, *op. cit.*, pp. 264 – 265.

<sup>622</sup> VENDRELL CERVANTES, C.: *El mercado de los derechos...*, *op. cit.*, pp. 409 – 417.

Sin embargo, qué duda cabe de que no es éste el resultado que anhelan alcanzar el autor aparente o el profesional de la explotación a través del acuerdo de usurpación de autoría. Indudablemente, su pretensión es la de que el autor fantasma asuma una obligación contractual de no revelar jamás que es el auténtico creador de dicha obra —o, por lo menos, de no impugnar el *statu quo* que aquél ha contribuido a establecer— y de que además carezca de cualquier tipo de facultad revocatoria, de tal modo que esté constreñido contractualmente a tener que mantener el secreto o a no ejercitar acción alguna. Según este esquema de razonamiento, si el autor verdadero no obrara de esta manera, dicho comportamiento debería constituir un incumplimiento grave del contrato que generaría la correspondiente responsabilidad contractual. Si bien adelantamos que —bajo nuestro punto de vista— este planteamiento no tiene cabida alguna en nuestra legislación, merece la pena que posteriormente nos detengamos a analizar con más detenimiento la viabilidad de dichas pretensiones dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

### **1.3. La causa del negocio jurídico de usurpación**

Por último, en lo referente a la causa del acuerdo de usurpación de autoría y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1274 del Código Civil, aquélla dependerá del carácter gratuito u oneroso del contrato que se haya celebrado<sup>623</sup>. En el primer supuesto la causa del negocio será la mera liberalidad del autor fantasma, correspondiéndose con aquellos (limitados) casos en los que el creador verdadero no obtiene ninguna contraprestación a cambio de autorizar la usurpación de su autoría. Por el contrario, en el caso de que el contrato sea oneroso, se entenderá que la causa del mismo será el intercambio de prestaciones que las partes realizarán como consecuencia del negocio jurídico celebrado. Así pues, en la mayoría de los casos la causa de este acuerdo sería la usurpación consentida de la autoría de una obra intelectual creada por el autor fantasma y su consiguiente explotación en el mercado a cambio del pago a dicho creador de la correspondiente remuneración. Si pretendiéramos sintetizar aún más la causa del negocio, acogiéndonos para ello a la idea de causa como el fin común pretendido por las partes, concluiríamos que la misma consiste en la creación de una apariencia verosímil de autoría para las personas ajenas al acuerdo.

---

<sup>623</sup> El art. 1274 CC preceptúa: “En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor”.

En cualquier caso, convendremos en que –más allá del estudio desde un punto de vista puramente teórico del negocio jurídico en el que estamos ahondando– el verdadero interés de analizar la causa del fenómeno de la autoría fantasma reside en la potencial ilicitud de aquélla. De nuevo, por motivos de claridad expositiva postergaremos el análisis de este asunto al examen que posteriormente realizaremos de la eficacia del acuerdo de usurpación de autoría.

## **2. LOS SUJETOS DEL ACUERDO DE USURPACIÓN DE AUTORÍA**

La práctica de la autoría fantasma requiere habitualmente la concurrencia de dos sujetos: por un lado, del autor aparente, y por otro, del autor fantasma o autor verdadero; es decir, debe haber en teoría, al menos, un individuo que usurpe la autoría y otro al que dicha autoría le es usurpada. Aunque es cierto que dicha afirmación responde a un planteamiento clásico de este fenómeno, creemos que pueden hacerse dos importantes matizaciones al respecto.

En primer lugar, hay que destacar que mientras que siempre habrá una persona natural que desempeñe el rol de autor fantasma, no necesariamente tiene que ocurrir lo mismo con el autor aparente. Nos referimos a aquellos casos en los que el nombre que se emplea para usurpar la autoría es un pseudónimo inventado que no corresponde al nombre de ninguna persona real. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto ya comentado de Pittacus Lore, pseudónimo colectivo empleado por varios escritores para escribir la saga de novelas juveniles “Lorien Legacies”.

En segundo lugar, si bien tanto el autor fantasma como el autor aparente podrían responsabilizarse directamente de la comercialización de la creación intelectual en el mercado, lo más frecuente en la práctica será la intervención de un tercer sujeto: la persona física o jurídica encargada profesionalmente de la explotación económica de la obra creativa, lo que otorga un carácter triangular a esta relación jurídica. En este sentido, nos gustaría señalar que la presencia de hasta tres sujetos distintos en torno al fenómeno de la autoría fantasma permite que podamos establecer diferentes hipótesis en función del número de contratos que las partes llevan a cabo para articular dicha relación.

Así pues, el supuesto más básico vendría representado por el acuerdo celebrado únicamente entre el autor fantasma y el autor aparente, quien posteriormente realizaría un segundo contrato con el profesional de la explotación. Cabe destacar que el orden de

celebración de estos contratos no alteraría el resultado al que apuntamos: también sería posible que, en primer lugar, el tercero encargara la obra al autor aparente, y después de ello éste contratara al autor fantasma para que la realizara en su lugar. Tanto en un caso como en otro existiría una relación jurídica directa entre el creador verdadero y el creador aparente (acuerdo de usurpación de autoría), constituyéndose el profesional de la explotación en un tercero ajeno a la misma. En consecuencia, ello ocasionaría que la concurrencia de buena o mala fe en dicho individuo modificaría los efectos que se generarían como resultado de la resolución o extinción de la primera relación, tal y como veremos posteriormente.

Otra hipótesis posible sería que el profesional de la explotación entablara la relación directamente, por un lado, con el autor aparente y, por otro, con el autor fantasma. Sin embargo, éstos no mantendrían ningún vínculo contractual entre sí. Sería el caso, por ejemplo, del autor aparente y del profesional que celebran el contrato sin que esté todavía determinado quién va a ser la persona que va a crear ulteriormente la obra intelectual. El primer sujeto autorizaría la intromisión en sus derechos de la personalidad (nombre, imagen e intimidad), mientras que el segundo se comprometería a pagar la remuneración a aquél y a responsabilizarse de la creación y explotación de la obra usurpada. Por consiguiente, sería este individuo el que se comprometería a contratar al autor fantasma para que llevara a cabo la creación en cuestión. De igual modo, sería posible que ocurriera justo al contrario, es decir, que el profesional de la explotación contratara primero al autor fantasma sin que todavía se hubiera fijado quién va a usurpar ante terceros su paternidad intelectual. En tal caso el contenido material de la autorización del creador verdadero sería incluso mayor, puesto que no sólo implicaría aceptar la intromisión en sus intereses personales, sino que además el autorizado tendría la potestad de determinar cuál es el nombre que se va a emplear en los futuros actos de explotación.

En todos los supuestos que hemos señalado hasta ahora podemos apreciar la existencia de dos relaciones jurídicas diferenciadas, pero interconectadas entre sí, por lo que la ineficacia del acuerdo de usurpación de autoría podría afectar a la vigencia del otro negocio jurídico celebrado entre los sujetos involucrados. En cualquier caso, es preciso señalar que la realización de dos contratos diferentes no constituye la única manera de articular jurídicamente la práctica de la autoría fantasma, puesto que es perfectamente posible que los tres sujetos indicados (autor aparente, autor fantasma y profesional de la explotación) confluyan simultáneamente en la celebración del acuerdo de usurpación de



autoría<sup>624</sup>. Desde nuestro punto de vista, si así fuera, estaríamos frente a un negocio jurídico plurilateral o —en terminología de Díez-PICAZO— ante una obligación colectiva o subjetivamente compleja<sup>625</sup>.

En este sentido, es preciso recordar que el número de individuos que participan en un contrato no es lo que determina la unilateralidad, bilateralidad o plurilateralidad del mismo. Dicha característica es consecuencia en realidad del número de partes que lo integran y que, a su vez, asumen una obligación al respecto, debiendo entenderse por “parte” al conjunto de sujetos que posee un mismo cúmulo de intereses definidos dentro del contrato y que se diferencian a su vez de los que ostenta el resto de intervinientes<sup>626</sup>. Así, por ejemplo, dos compradores de una misma finca constituyen una única parte frente al vendedor de la misma. En consecuencia, consideramos que en lo que respecta a la problemática que estamos analizando el autor verdadero, el autor aparente y el profesional de la explotación representan tres partes diferentes del acuerdo de usurpación de autoría, lo que determina el carácter plurilateral del negocio en cuestión. Ello se debe a que los intereses que ostentan dichos sujetos son lo suficientemente distintos entre sí como para que ninguno de ellos puede agruparse en torno a una misma posición jurídica dentro del contrato.

Como decíamos, este esquema negocial al que apuntamos parece ajustarse a la estructura de las denominadas “relaciones obligatorias subjetivamente complejas”. A través de esta figura Díez-PICAZO se refiere a aquellas situaciones en las que “cada uno de los miembros de un grupo lleva a cabo actividades o prestaciones, que rigurosamente son distintas, aunque tienen que organizarse o coordinarse para obtener un resultado que es único”<sup>627</sup>. Entre los ejemplos que cita el autor en cuestión, se encuentra la construcción de una obra o una representación de teatro<sup>628</sup>. Así pues, podría entenderse que en la autoría fantasma también se estaría pretendiendo obtener un resultado común, que es el de la explotación de la obra intelectual bajo el nombre del autor aparente. Por último, cabe reseñar que

---

<sup>624</sup> DENOIX DE SAINT MARC, S.: *Le contrat de commande...*, op. cit., p. 120, nota 6 apunta a que estos acuerdos se caracterizan normalmente por la intervención de tres sujetos: (...) *l’auteur réel (le «nègre»)*, *l’auteur apparent (auteur purement fictif ou coauteur)* et *l’éditeur*. *La relation de commander se noue donc entre l’éditeur et le «nègre» ; alors que la question de la répartition de la qualité d’auteur se pose entre le «nègre» et l’auteur apparent.*

<sup>625</sup> Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vol. II: Las relaciones obligatorias*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 189 – 190.

<sup>626</sup> Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistemas de Derecho...*, op. cit., 2016, p. 410.

<sup>627</sup> Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho...*, Vol. II, op. cit., p. 189.

<sup>628</sup> *Ibidem*, p. 189.

DÍEZ-PICAZO distingue en función de si el riesgo de la coordinación y la organización lo asume el acreedor que recibe las prestaciones, en cuyo caso existiría una pluralidad de contratos a la que les es aplicable las normas de los contratos coligados, o de si el riesgo lo asume el grupo en su totalidad, en cuyo caso estaríamos ante una única relación contractual<sup>629</sup>.

Sea como fuera, tras todo lo expuesto nos parece conveniente detenernos a continuación en analizar la figura de cada uno de estos tres sujetos (autor fantasma, autor aparente y profesional de la explotación), de tal forma que en el siguiente epígrafe podamos proseguir ahondando aún más en el conjunto de obligaciones y prestaciones que cada uno de éstos asume.

## **2.1. El autor fantasma**

El autor verdadero o autor fantasma es el sujeto que crea la obra intelectual y que consiente que su autoría sea usurpada por el autor aparente ante el público general. En la línea de todo lo que hemos ido apuntando hasta ahora, es necesario señalar que ambas notas son imprescindibles para considerar que un determinado individuo ocupa esta posición: creación y consentimiento.

En relación con la primera, dado que es preciso que el autor fantasma cree la obra (entendiendo por tal el conjunto de acciones materiales que permiten que la misma adopte su forma exteriorizada), sólo podrá revestir dicha condición aquella persona que sea capaz de realizar una creación que reúna, a su vez, la suficiente originalidad como para ser protegida por el ordenamiento jurídico. En consecuencia, el autor fantasma tendrá que ser necesariamente una persona natural. En cambio, no podrá serlo nunca una persona jurídica sencillamente porque no resulta posible que realice por sí misma ese conjunto de acciones necesarias para la exteriorización de la obra en la realidad, independientemente de que sí pueda encargarse, por ejemplo, de la coordinación de los elementos precisos para ello o de que incluso se le reconozca normativamente la condición de autora en ciertos casos (tal y como ocurre en el supuesto del artículo 97 de la Ley de Propiedad Intelectual)<sup>630</sup>. Si la creación hubiera sido realizada por un animal o por cualquier fuerza de la naturaleza, no hablaríamos ni siquiera de una obra intelectual protegible, puesto que

---

<sup>629</sup> *Ibidem*, p. 189 – 190.

<sup>630</sup> Todas estas cuestiones ya han sido previamente examinadas con profundidad en este trabajo, *vid. supra* capítulo tercero.

ni apreciaríamos la concurrencia de originalidad creativa ni de un sujeto apto para ser titular originario del derecho de autor<sup>631</sup>.

En sentido similar, nos podríamos preguntar qué ocurriría en el caso de una creación elaborada por un sistema de inteligencia artificial, supuestos en los que la doctrina debate tanto sobre la existencia de originalidad en dichas obras como sobre quién debería ostentar, en su caso, la autoría de las mismas<sup>632</sup>. No se trata de una hipótesis remota, puesto que con el rápido auge al que estamos asistiendo en el desarrollo de este tipo de software –que, sin duda, generará un auténtico terremoto jurídico en la regulación de la propiedad intelectual–, dichos sistemas pueden acabar convirtiéndose en la opción más idónea para aquellos que precisen de los servicios de un autor fantasma. Si el estado actual de la técnica avanza lo suficiente, no sólo podrían llegar a proporcionar por un precio razonable un resultado similar al realizado por un ser humano, sino que el recurso a dichos programas eliminaría de la ecuación uno de los potenciales riesgos para el autor aparente: que el autor verdadero rompiera su compromiso de confidencialidad y revelara su auténtica identidad. Sin embargo, en tanto la legislación actual sólo reconoce la posibilidad de atribuir jurídicamente la condición de autora a una persona física (y, excepcionalmente, a una persona jurídica), nos centraremos únicamente en la posibilidad de que el autor fantasma sea una persona natural<sup>633</sup>.

Como indicamos en capítulos anteriores, bastará con que dicho individuo ostente la capacidad natural necesaria para exteriorizar una obra del espíritu original, no siendo exigible que ostente ningún *animus* concreto o que cumpla con cualquier otro requisito adicional de capacidad. Sin embargo, es cierto que el autor fantasma no sólo tiene que crear la obra, sino que además tiene que prestar su consentimiento en relación con la usurpación de la autoría, lo que supone una ineludible afectación de sus derechos morales,

---

<sup>631</sup> A este respecto, los tribunales estadounidenses han tenido la ocasión de pronunciarse en este sentido, negando la condición de autor a un mono en relación con las fotografías realizadas por él mismo (*Naruto v. Slater*, No. 16-15469 (9th Cir. 2018)) o la existencia de un derecho de propiedad intelectual sobre un jardín, cuyo origen está, en última instancia, en las fuerzas de la naturaleza (*Kelley v. Chicago Park Dist.*, 635 F.3d 290, 304 (7th Cir. 2011)).

<sup>632</sup> Sobre esta materia, vid. ORTEGO RUIZ, M.: *Los Derechos de Autor de los humanoides en un mundo global e interconectado*, Reus, Madrid, 2022, pp. 183 y ss. ORTEGA DOMÉNECH, J.: “La inteligencia artificial como creadora de obras: ¿una nueva clase de autoría post-humana en la propiedad intelectual?”, en AA.VV.: *Tratado de inteligencia artificial y Derecho en el nuevo milenio* (coord. por A. VIGLIANISI FERRARO, L. DE ABOIM MACHADO, B. GNELA, G. IKIK y F. SANTOS DO MORAIS), Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2022, pp. 487 – 508.

<sup>633</sup> De nuevo, los tribunales estadounidenses desestimaron la posibilidad de que una obra creada por un sistema de inteligencia artificial pudiera estar protegida por la normativa en materia de derechos de autor, vid. *Thaler v. Perlmutter*, 1:22-cv-01564, (D.D.C. 2023)

en especial del derecho moral de paternidad. Así pues, con dicha decisión este sujeto consiente que se produzca una intromisión ilegítima en su esfera personal por parte de un tercero. En este sentido, nos surge la duda con respecto al consentimiento prestado en esta materia por menores de edad o por personas con discapacidad, puesto que dichos sujetos también pueden crear una obra intelectual cuya autoría pueda ser usurpada.

Ante la falta de una mención específica en la Ley de Propiedad Intelectual, podríamos tratar de proseguir con la analogía que hemos realizado con los derechos de la personalidad y acudir a la regulación que se realiza sobre esta cuestión en la Ley Orgánica 1/1982. En este sentido, el artículo tercero de dicha norma establece que estos sujetos podrán prestar consentimiento por sí mismos “si sus condiciones de madurez lo permiten”<sup>634</sup>. En caso contrario, el consentimiento tendría que ser prestado por escrito por el representante legal, comunicándolo previamente al Ministerio Fiscal. Finalmente, si éste se opusiera en el plazo de ocho días, será necesaria la resolución favorable del juez<sup>635</sup>.

Como podemos observar, la normativa en materia de derechos de la personalidad diseña un sistema especialmente tuitivo y garantista que prevé la intervención, en su caso, del Ministerio Fiscal y de un órgano judicial. Ello resulta lógico en la medida en que la norma prevé la disposición de bienes personalísimos que están protegidos a nivel constitucional como derechos fundamentales<sup>636</sup>. Sin embargo, tenemos serias dudas de que dichas garantías deban ser trasladadas necesariamente a las autorizaciones realizadas en el ámbito de los derechos morales, teniendo en cuenta que, pese a ser potestades inalienables

---

<sup>634</sup> GARCÍA GARNICA, M.C.: “Consideraciones generales acerca...”, *op. cit.*, p. 1876 defiende la posibilidad de que una persona sin capacidad de obrar pueda tomar decisiones por sí misma en este ámbito –siempre y cuando sus condiciones de madurez lo permitan– al tratarse de cuestiones que atañen a los derechos fundamentales del individuo y que, por tanto, deben estar sometidas únicamente a las restricciones estrictamente necesarias para preservar el orden público y la tutela de otros bienes constitucionales.

<sup>635</sup> A este respecto, CASTILLA BAREA, M.: *Las intromisiones legítimas...*, *op. cit.*, pp. 177 – 185 destaca la imposibilidad de cumplir esta previsión legal en la práctica para cada acto de intromisión en el ámbito del derecho a la imagen (piénsese, por ejemplo, en las fotografías realizadas por amigos y familiares a un recién nacido). Por ello, tras reconocer que son escasos los supuestos en que los representantes legales pongan el consentimiento emitido en conocimiento del Ministerio Fiscal, la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2006 afirma: “Pese a ello, los señores Fiscales se abstendrán de utilizar el incumplimiento de estas exigencias formales para impugnar negocios o actos respetuosos con los intereses del menor”. En esta misma línea, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Los derechos fundamentales...”, *op. cit.*, p. 76 señala lo siguiente: “...la intervención del Ministerio Fiscal deberá ser cautelosa, con el fin de evitar injerencias injustificadas en la esfera de libertad del menor o en el ejercicio de la patria potestad de sus progenitores”.

<sup>636</sup> Pese a ello, CASTILLA BAREA, M.: *Las intromisiones legítimas...*, *op. cit.*, pp. 182 – 185 señala que, por lo general, la jurisprudencia no tiende a vigilar el cumplimiento estricto de los requisitos formales del artículo tercero de la LO 1/1982. De este modo, la autora concluye: “En otras palabras, la inobservancia de dichos trámites no va a ser suficiente *per se* para estimar la ilicitud de la injerencia de un tercero en el derecho del menor o incapacitado si consta de algún otro modo el consentimiento de éste y/o de sus representantes legales”.

e irrenunciables, no dejan de ser facultades dimanantes de un derecho de propiedad sobre un bien inmaterial. Con todo, creemos que, a falta de una norma específica, los principios generales que se desprenden de la regulación de la Ley Orgánica 1/1982 podrían ser aplicados a los actos de disposición que comentamos.

Partamos pues de que si se reúnen esas necesarias “condiciones de madurez”, el sujeto debe ser capaz de consentir por sí mismo<sup>637</sup>. En este sentido, nos parece particularmente interesante la distinción que realiza VENDRELL CERVANTES en función de si el acto dispositivo se configura como una mera autorización o como un auténtico contrato, basándose para alcanzar dichas conclusiones en una interpretación conjunta del artículo tercero de la Ley Orgánica 1/1982 y de los preceptos del Código Civil. En el primer supuesto el menor debe consentir por sí mismo si tiene suficiente madurez y, en caso contrario, deberán hacerlo sus representantes legales (cumpliendo además todas las formalidades que la normativa exige en el ámbito de los derechos de la personalidad). En cambio, en la segunda hipótesis este autor señala que si el menor tiene suficiente capacidad natural, sería necesario tanto su consentimiento como el de sus representantes legales, que complementarían su capacidad contractual. En caso de que aquél no poseyera esa capacidad, el consentimiento deberá ser prestado únicamente por los representantes del menor<sup>638</sup>.

Con respecto a las personas con discapacidad, entendemos que en la actualidad debe presumirse que dichos sujetos contarán con la capacidad natural para consentir dichas intromisiones en el ámbito de sus intereses personales, salvo que el individuo en cuestión haya sido provisto de medidas de apoyo con funciones representativas<sup>639</sup>. Así pues, consideramos que la exigencia a este colectivo de un complemento de capacidad para la disposición de sus derechos morales debe reservarse a los supuestos más excepcionales,

---

<sup>637</sup> Para una reflexión sobre los criterios que podrían emplearse para determinar la suficiente madurez de dichos sujetos, *vid.* CASTILLA BAREA, M.: *Las intromisiones legítimas...*, *op. cit.*, pp. 132 – 139.

<sup>638</sup> VENDRELL CERVANTES, C.: *El mercado de los derechos...*, *op. cit.*, pp. 325 – 334.

<sup>639</sup> En sentido similar, AMMERMAN YEBRA, J.: *El derecho a...*, *op. cit.*, pp. 160 – 163. Para un análisis más exhaustivo sobre la capacidad para contratar de las personas con discapacidad tras la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, GARCÍA RUBIO, M.P.: “La capacidad para contratar de las personas con discapacidad”, en AA.VV.: *Estudios de derecho de contratos* (dir. por A. M. MORALES MORENO), Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, pp. 333 – 357. Entre otras cuestiones, la autora sostiene que el contrato celebrado por una persona con discapacidad provista de medidas de apoyo será anulable únicamente si se prescindió del apoyo otorgado y el otro contratante ha obtenido una ventaja injusta de ello, respetándose en todo caso “la voluntad, deseos y preferencias del contratante con discapacidad”.

lo que resulta conforme con el espíritu de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que establece como principal criterio de actuación el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad<sup>640</sup>.

En cualquier caso, aunque creemos que la argumentación que acabamos de desarrollar supone un razonamiento coherente en lo que respecta a la capacidad general de los menores y las personas con discapacidad para autorizar intromisiones de terceros en la esfera de sus derechos morales, seguimos sin poder garantizar que dicho consentimiento pueda ser considerado eficaz en el ámbito de la autoría fantasma. Ello se debe a que, tal y como ya hemos planteado, apreciamos que en el acuerdo de usurpación de autoría se produce una potencial colisión entre el consentimiento del autor fantasma y los límites del orden público que podría ocasionar la ineficacia del negocio en su conjunto, por lo que sigue siendo imperioso que en un próximo epígrafe examinemos esta concreta cuestión con más detenimiento.

## **2.2. El autor aparente**

El autor aparente es aquel sujeto que se presenta ante el público general como el auténtico creador de la obra intelectual realizada por el autor fantasma. El elemento que caracteriza a este individuo es la usurpación consentida de la autoría. De nuevo, dicha posición sólo puede ser ocupada por una persona natural, puesto que lo que se pretende es generar ante terceros una apariencia verosímil de haber realizado directamente la obra. Por consiguiente, ello veta la posibilidad de que el autor aparente sea una persona jurídica, ya que resulta imposible que la misma sea quien lleve a cabo materialmente el conjunto de acciones físicas necesarias para la creación.

En cambio, sí resultaría creíble que dichos actos hubieran podido ser ejecutados de algún modo por un animal –piénsese, por ejemplo, en los lienzos pintados de forma más o menos arbitraria por estos seres– o por un sistema de inteligencia artificial. No obstante, pese a no ser del todo imposible, parece poco probable que existan muchos casos en los que haya alguien interesado en imputar el mérito procedente de la creación de una obra intelectual a un ente sin personalidad jurídica. Además, bajo nuestro punto de vista, faltaría asimismo el necesario elemento del consentimiento para que pudiéramos

---

<sup>640</sup> GARCÍA RUBIO, M.P.: “Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad”, *Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, N.º. 136, 2021, p. 49.

considerarlo un supuesto de autoría fantasma. No nos referimos en esta ocasión al consentimiento del autor verdadero, sino al del autor aparente. La concurrencia del mismo también resulta esencial, puesto que de lo contrario nos encontraríamos ante un supuesto (ya analizado) de falsa atribución de la paternidad de una obra ajena<sup>641</sup>.

Por otro lado, resulta particularmente interesante preguntarse si nos encontraríamos igualmente dentro del ámbito de la autoría fantasma en el caso de que el autor aparente no fuese una persona real y, en consecuencia, el nombre que figurase en la obra se tratase de un pseudónimo inventado. La hipótesis que exponemos no es descabellada, puesto que la misma constituye la práctica habitual de las empresas de *book packaging*. En ocasiones éstas atribuyen la autoría de, por ejemplo, una exitosa saga de novelas juveniles cuya creación han coordinado a una identidad ficticia que han inventado y tras las que se esconde, en realidad, un grupo de escritores fantasmas a los que han contratado para elaborar dichas obras.

Pues bien, dado que el elemento clave de este negocio jurídico –la autorización del creador fantasma para usurpar su paternidad intelectual– seguiría estando presente, entendemos que dicho supuesto sí se encontraría dentro de la órbita de la autoría fantasma (más allá de que lo consideremos como una subespecie específica dentro de este fenómeno). Así pues, independientemente de quien usurpara su autoría, el autor verdadero seguiría asumiendo un compromiso perpetuo de confidencialidad que le impediría revelar que ha formado parte de la creación de la obra en cuestión. Por consiguiente, continuaría presente la problemática de la eficacia del consentimiento prestado por el autor fantasma en relación con la usurpación de su paternidad intelectual, aunque el nombre que decidiera emplear para ello el profesional de la explotación fuera el de un individuo ficticio.

Por último, si bien a menudo abordamos este fenómeno desde la premisa de que el autor aparente se atribuye el mérito por una obra que no ha contribuido en modo alguno a materializar, querríamos recordar que es posible que el autor aparente haya participado en el proceso de creación de la obra intelectual. Ya hemos señalado en capítulos anteriores cuáles son las formas posibles a través de las cuales dicho sujeto podría colaborar con el

---

<sup>641</sup> *Vid supra* capítulo cuarto, epígrafe 4.

autor fantasma, por lo que para una reflexión más detenida sobre esta cuestión nos remitimos a lo ya expuesto<sup>642</sup>.

En cualquier caso, en lo que respecta a lo que ahora nos atañe, simplemente nos gustaría volver a señalar que en el supuesto de que el autor aparente hubiera realizado una aportación suficiente de originalidad creativa, dicho sujeto sería considerado coautor de dicha creación intelectual y, por lo tanto, nos encontraríamos ante una obra en colaboración cuya autoría correspondería tanto al autor fantasma como al autor aparente. En tal caso, aunque el autor aparente sí tendría un vínculo personal y directo con la obra usurpada, dicho individuo no dejaría de tratar de invisibilizar la participación del otro creador (es decir, del autor fantasma) con el fin de atribuirse un mérito mayor al que le correspondería si tuviéramos en cuenta exclusivamente la contribución original que ha realizado. Por lo tanto, continuaríamos estando ante una usurpación (parcial) de la autoría, consentida por el autor fantasma, lo que nos devuelve a su vez al asunto de la eficacia del consentimiento prestado con respecto a esta intromisión.

### **2.3. El profesional de la explotación**

El sujeto al que hemos denominado el profesional de la explotación es la persona responsable de la comercialización de la obra en el mercado a través de la reproducción, distribución o comunicación pública de la misma. Hablamos, en definitiva, del profesional a quien se le ceden las facultades patrimoniales que existen sobre la creación intelectual y que, a través del desarrollo de su actividad empresarial, obtiene los rendimientos económicos derivados de la explotación de la obra. Teniendo en cuenta las particularidades del actual mercado cultural, este rol será desempeñado en la inmensa mayoría de los casos por una persona jurídica (normalmente una empresa especializada en la comercialización de este tipo de productos), lo que no obsta para que también pudiera ser ejercido por una persona física.

Si bien su presencia no es estrictamente necesaria, puesto que dicha actividad podría ser llevada a cabo directamente por el autor aparente o por el autor fantasma, las dificultades para sobresalir o triunfar en un convulso mercado cultural provocan que su participación sea casi inevitable en la práctica. No obstante, dicha participación puede vehicularse de

---

<sup>642</sup> *Vid supra* capítulo tercero, epígrafe 3.



distintas formas. Dada la complejidad de este asunto, nos detendremos en un epígrafe posterior a examinar detalladamente esta cuestión.

### **3. LAS PRESTACIONES PRINCIPALES DEL ACUERDO DE USURPACIÓN DE AUTORÍA**

A continuación, expondremos cuáles son las prestaciones esenciales que asumen las partes del acuerdo de usurpación de autoría. Las distribuiremos en dos grupos: por un lado, las prestaciones que realizará el autor fantasma y, por otro, las que asumirá el autor aparente o, en su caso, el profesional de la explotación en función del tipo de relación jurídica concreta que se haya articulado entre estos tres sujetos.

#### **3.1. Las prestaciones del autor fantasma**

Para reunir tal condición el autor fantasma debe crear la obra intelectual cuya autoría se usurpa. En este sentido, es pertinente destacar que dicha obra puede haber sido creada bien de forma previa a la celebración del pacto con el autor aparente, bien como consecuencia expresa del encargo realizado por el autor aparente o por el responsable de explotar comercialmente la creación. Ello resulta relevante, puesto que afectaría sustancialmente al contenido de la obligación que estaría asumiendo el autor verdadero. En el primer supuesto el autor verdadero sólo ostentaría una obligación de dar, entendida ésta en sentido amplio, consistente la misma tanto en la entrega o puesta a disposición del soporte material de la obra como en la cesión de los derechos de explotación<sup>643</sup>. En cambio, en la segunda hipótesis el negocio revestiría la forma jurídica de un “encargo de obra intelectual en sentido amplio”<sup>644</sup>, en el que el autor tendría que realizar una prestación de resultado (crear la obra), que llevaría posteriormente aparejada una obligación de dar (entrega de la obra y cesión de los derechos).

Por último, tanto en un caso como en otro el autor fantasma asumiría una obligación de carácter negativo: el compromiso de no revelar procesal o extraprocesalmente su

---

<sup>643</sup> EVANGELIO LLORCA, R.: *El encargo de...*, op. cit., pp. 73 – 74 sostiene que tanto el deber de entregar el soporte material de la obra como el de ceder temporalmente los derechos de explotación pueden conceptualizarse como obligaciones de dar. En cambio, IONASCO, A.: “Le droit de repentir de l’auteur”, *R.I.D.A.*, n. 83, enero-marzo 1975, p. 26 considera que esta última prestación constituye, en realidad, una obligación de hacer (ceder el ejercicio de los derechos de explotación).

<sup>644</sup> Este concepto es empleado por EVANGELIO LLORCA, R.: *El encargo de...*, op. cit., pp. 21 – 22, quien distingue entre el encargo de obra en sentido estricto (en el que el comitente adquiere el soporte material de la obra sin cesión de derechos de autor), el encargo de obra en sentido amplio (en el que el comitente es cesionario de los derechos de propiedad intelectual de la obra que se ha creado), y el encargo de obra con pacto de preferencia (en el que el comitente adquiere un derecho de preferencia para la explotación futura de la obra).

verdadera identidad como autor de dicha creación, sometiéndose (probablemente) el incumplimiento de dicha obligación al pago de la indemnización fijada en la correspondiente cláusula penal. En relación con esta última prestación, debemos tener en cuenta que en ocasiones la identidad del autor fantasma habrá sido revelada de forma consensuada por ambas partes desde un primer momento, por lo que en tales casos consideramos que dicha obligación adoptaría un cariz distinto, comprometiéndose así el autor fantasma no tanto a mantener el secreto sobre su participación en el proceso de creación de la obra (dado que ello es imposible), sino a no ejercer el derecho moral de paternidad para reclamar la aparición de su nombre como creador en la explotación de dicha obra intelectual. Más allá de los concretos contornos que adopte esta obligación negativa, es importante destacar que la misma constituye la única prestación esencial del autor fantasma, puesto que es posible tanto que la creación de la obra se haya producido de forma previa a la celebración del negocio como que el autor verdadero decida conservar la totalidad de las potestades dimanantes de la propiedad intelectual y asumir personalmente la explotación de la obra.

### **3.1.1. El deber de crear la obra**

La creación de la obra supone una prestación de hacer que en el ámbito de la autoría fantasma posee ineludiblemente carácter *intuitu personae*<sup>645</sup>. De este modo, no resulta posible que ningún otro sujeto se pueda subrogar en el cumplimiento de esta obligación personalísima. En relación con el negocio jurídico que estamos analizando, dicha consecuencia es completamente natural, puesto que se trata de un encargo que se basa en la especial confianza que se profesa hacia el autor fantasma. Así mismo, parte de la doctrina ha defendido que el carácter *intuitu personae* de un contrato no impide que el contratista se valga de terceros para labores puramente auxiliares<sup>646</sup>. No obstante, a nuestro entender, la naturaleza específica del fenómeno de la autoría fantasma resulta poco compatible, en general, con el recurso a terceros que colaboren en la creación de la

---

<sup>645</sup> En sentido similar, EVANGELIO LLORCA, R.: *El encargo de...*, *op. cit.*, pp. 74 – 75.

<sup>646</sup> En particular, LUCAS FERNÁNDEZ, F.: “Comentarios del artículo 1595”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales: Artículos 1583 a 1603* (dir. por M. ALBALADEJO), tomo XX, vol. 2, Edersa, Madrid, 1986., pp. 430 – 432 afirma: “Quizá el criterio que sigue el Código Civil italiano, en su artículo 2.232, para los profesionales intelectuales pudiera ser acogido por nosotros, es decir, admitir que el contratista puede valerse (bajo su dirección y responsabilidad) de sustitutos o auxiliares, siempre que la colaboración de otros en el contrato de obra se halle consentida o esté admitida por el uso y no sea incompatible con el objeto de la prestación”.

obra intelectual, ya que ello supondría ampliar de manera poco sensata el círculo de personas que guardarían el secreto sobre la auténtica autoría de la obra en cuestión.

Por otro lado y de forma análoga a la regulación que realiza el Código Civil del contrato de obra en los artículos 1588 y sucesivos, la creación de la obra intelectual en el ámbito de la autoría fantasma se configuraría como una obligación de resultado, y no de medios<sup>647</sup>. La realización de la actividad por sí sola no sería suficiente como para considerar que el autor fantasma ha cumplido adecuadamente con su obligación, ya que para cumplir el fin del contrato el comitente necesita una obra determinada cuya autoría pueda usurpar. Por lo tanto, el resultado de la prestación realizada por el autor verdadero se convierte en el elemento determinante para valorar el cumplimiento o no de la obligación<sup>648</sup>. En consecuencia, la no realización de la creación implicaría indudablemente el incumplimiento de la prestación, pero la creación de una obra que no cumpliera con los estándares fijados en el acuerdo también supondría un cumplimiento defectuoso de la prestación (por más que el autor fantasma hubiera empleado todos los medios a su alcance para llevar a cabo la misma).

En relación con el deber de crear la obra, el autor fantasma no ostenta la misma libertad a la hora de afrontar esta tarea que si dicha obra no hubiera sido objeto de un encargo, puesto que deberá seguir las instrucciones del comitente para llevar a cabo la creación. Sin embargo, ello no quiere decir, bajo nuestro punto de vista, que la realización de la obra intelectual por parte del autor de conformidad con una serie de directrices suponga una intolerable limitación del derecho a la libertad creativa, reconocido en el artículo 20.1.b) de la Constitución<sup>649</sup>. En primer lugar, sostener lo contrario supondría desproveer a los creadores de una de las principales fuentes lícitas de ingresos –la realización de encargos– con las que tradicionalmente han contado a lo largo de la historia. Adicionalmente, no puede obviarse que el autor ha consentido libremente amoldarse a las

---

<sup>647</sup> EVANGELIO LLORCA, R.: *El encargo de...*, *op. cit.*, pp. 42 – 47, 81 y 91.

<sup>648</sup> Sobre la esencialidad del resultado como base para distinguir entre la obligación de medios y de resultado, *vid.* entre otros, LUCAS FERNÁNDEZ, F.: “Comentario del artículo 1588”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil...*, *op. cit.*, p. 176. Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho...*, Vol. II, *op. cit.*, pp. 280 - 282. ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil, Tomo II: Derecho de obligaciones*, Edisofer, Madrid, 2011, p. 734. LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho civil, Tomo II: Derecho de Obligaciones. Volumen segundo: Contratos y cuasicontratos, delito y cuasidelito*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 192 – 193. Cabe reseñar que la doctrina ha empleado otros criterios para establecer la diferencia entre la actividad de medios y la de resultados, tales como la distribución de riesgos, la aleatoriedad del resultado o la duración del contrato. Para una exposición sucinta de los mismos, *vid.* EVANGELIO LLORCA, R.: *El encargo de...*, *op. cit.*, pp. 42 – 47.

<sup>649</sup> En esta línea, EVANGELIO LLORCA, R.: *El encargo de...*, *op. cit.*, pp. 75 – 77.

instrucciones que ha recibido. Así pues, si considerara que alguna de las indicaciones que ha recibido atenta contra sus principios personales, artísticos o éticos, siempre tendría la opción de no aceptar el encargo, de ampararse en sus derechos morales —a través de los cuales podría decidir no divulgar, preservar el anonimato o retirar la obra del mercado—<sup>650</sup> o sencillamente recurrir a las propias cláusulas del contrato en el caso en el que se hubieran llegado a determinados acuerdos sobre esta cuestión.

En efecto, resulta conveniente que las partes delimiten detalladamente y desde un primer momento cuáles son los requisitos de la obra objeto de encargo. Por ello, con el fin de garantizar un adecuado desenvolvimiento de la relación entre los sujetos involucrados, las instrucciones deberían versar tanto sobre aspectos técnicos (número de páginas, tamaño, materiales, etc.) como sobre cuestiones de fondo (temática, argumento, trama, etc.). Igualmente, convendría que se especificasen otros extremos, tales como el plan de trabajo, los plazos de entrega o las facultades que ostentan las partes para determinar si la obra reúne la calidad suficiente o si, por el contrario, necesita ser objeto de nuevas modificaciones o revisiones<sup>651</sup>.

Nos gustaría insistir en la idea de que la existencia de instrucciones no elimina la aportación de originalidad creativa que realiza el contratista y que lo convierte en autor de la obra. El control que el comitente ejerce sobre un proceso creativo desempeñado por un tercero difícilmente puede ser absoluto, puesto que las directrices que recibe el autor pasan inevitablemente primero por el filtro de su propia perspectiva<sup>652</sup>. De este modo, es innegable que el contratista siempre cuenta con un cierto margen de libertad creativa (e incluso nos atreveríamos a afirmar que siempre hay un determinado reflejo de su personalidad artística en la obra que lleva a cabo por encargo). Es más, la adecuación a unas directrices concretas, e incluso, como ocurre en la autoría fantasma, a un estilo o a una forma de hablar determinadas no son más que pruebas de la maestría y del talento del sujeto creador<sup>653</sup>. En conclusión y como ya se ha indicado previamente, para negarle la

---

<sup>650</sup> Vid *supra* capítulo cuarto, epígrafe 4.

<sup>651</sup> HEBB, M.D.: “Ghostwriting”, *The Writer’s Union of Canada*, disponible en <https://www.writersunion.ca/get-published/ghostwriting>, pp. 5 – 10 diseña un modelo de contrato de *ghostwriting* en el que se incluyen extremos tales como el tema del libro (cláusula 1 desarrollada en el Anexo A), el plan de trabajo (cláusulas 2 a 4, especificadas en el Anexo B), o la necesidad de que la versión definitiva del manuscrito sea aprobada tanto por el comitente como por el autor fantasma (cláusula 5).

<sup>652</sup> De manera similar, ORTEGA DOMÉNECH, J.: *Obra plástica y derechos de autor*, Reus, Madrid, 2000, pp. 125 – 126. EVANGELIO LLORCA, R.: *El encargo de...*, *op. cit.*, p. 75.

<sup>653</sup> Dicho argumento fue empleado por la SAP Madrid (Sección 28ª) núm. 204/2021 de 21 de mayo (JUR/2021/209687) para estimar las pretensiones de Fumiko Negishi.

condición de autor de la obra sería necesario que las instrucciones reunieran un carácter tan exhaustivo y detallado que convirtieran al contratista en un mero instrumento en las manos del comitente<sup>654</sup>.

La no realización de la prestación puede suponer tanto un incumplimiento definitivo como uno relativo de la misma. En el primer caso el autor no habría realizado la obra intelectual encargada (bien fuera por una causa imputable a él mismo, bien fuera por la concurrencia de fuerza mayor o caso fortuito)<sup>655</sup> y no existiría ninguna posibilidad de que dicha creación fuera realizada en el futuro. Si dicho incumplimiento definitivo se debiera a una causa imputable al contratista, ello facultaría al comitente a resolver la obligación y a exigir el pago de una indemnización por los daños y perjuicios, en virtud del artículo 1124 del Código Civil.

Igualmente, es posible que, aunque el proceso de creación se haya iniciado, la obra no se haya finalizado y haya quedado incompleta, ya sea por la negativa expresa del autor a continuar o por una causa no imputable a éste (por ejemplo, la muerte del contratista). En esta segunda hipótesis al tratarse de un contrato de obra *intuitu personae*, el artículo 1595 del Código Civil<sup>656</sup> dictamina que se producirá una rescisión del mismo, aunque el comitente deberá pagar la cantidad del precio proporcional a la parte ejecutada y a los materiales preparados<sup>657</sup>. A este respecto, parte de la doctrina ha defendido que el comitente tenga en este caso la facultad de optar entre la rescisión del contrato o quedarse con la parte realizada reduciendo el precio proporcionalmente<sup>658</sup>. A nuestro entender, si fuera así, el autor o sus herederos podrían ejercitar el derecho de divulgación para impedir

---

<sup>654</sup> *Vid supra* capítulo tercero, epígrafe 1.

<sup>655</sup> Particularmente interesante resultan las reflexiones que realiza EVANGELIO LLORCA, R.: *El encargo de...*, *op. cit.*, pp. 78 – 81 sobre si la no realización de la obra por falta de inspiración del contratista constituye o no un supuesto de incumplimiento no imputable al deudor. Finalmente, la autora concluye que la falta de inspiración sí puede liberar al deudor en aquellos casos en los que la misma sea relevante. En cualquier caso, sería el creador contratista quien tendría que acreditar que la obra no se realizó por su falta de inspiración.

<sup>656</sup> El art. 1595 CC preceptúa: “Cuando se ha encargado cierta obra a una persona por razón de sus cualidades personales, el contrato se rescinde por la muerte de esta persona. En este caso el propietario debe abonar a los herederos del constructor, a proporción del precio convenido, el valor de la parte de obra ejecutada y de los materiales preparados, siempre que de estos materiales reporte algún beneficio. Lo mismo se entenderá si el que contrató la obra no puede acabarla por alguna causa independiente de su voluntad”.

<sup>657</sup> Defiende la aplicación analógica de este precepto LUCAS FERNÁNDEZ, F.: “Comentarios del artículo 1595”, *op. cit.*, pp. 432 – 433.

<sup>658</sup> BERCOVITZ ÁLVAREZ, G.: *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 291. No obstante, este autor entiende que dicho razonamiento debe circunscribirse a las obras de arte aplicado, pero no, por ejemplo, a la hipótesis del cuadro inacabado, que normalmente aumenta su valor como consecuencia de la muerte del artista.

la explotación de la obra, aunque no la adquisición del soporte material de la misma para un uso privado del comitente.

Independientemente de la causa por la que la obra haya quedado inconclusa, sería preciso determinar si la misma puede ser finalizada por una persona distinta a quien comenzó a crearla, lo que supondría en caso afirmativo la contratación de un segundo autor fantasma. Pues bien, el autor o sus herederos podrían enarbolar el derecho moral de integridad para impedir que un tercero continuara con la creación de la obra (al menos, siempre y cuando consideráramos que dicha creación inconclusa es susceptible de protección por la propiedad intelectual)<sup>659</sup>. Por consiguiente, sería imprescindible que el titular del derecho moral autorizara la terminación de la obra por parte de otra persona<sup>660</sup>. Dicha autorización puede estar incluida entre el clausulado del contrato de usurpación de autoría que suscriben las partes, así como realizarse *a posteriori*, una vez la controversia ya ha surgido. Sin embargo, es preciso recordar que, incluso aunque el contrato hubiera previsto expresamente dicha posibilidad, el autor podría revocar libremente su consentimiento en cualquier momento antes de que se lleve a cabo la intromisión (sin perjuicio de que ello implique que éste debiera desembolsar la pertinente indemnización por los daños ocasionados).

Por otra parte, el incumplimiento relativo aún permitiría un cumplimiento posterior del autor fantasma, lo que abarcaría tanto los supuestos de mora del deudor<sup>661</sup> como los de cumplimiento defectuoso. En relación con esta última hipótesis, ello supondría que, pese a que el contratista ha realizado la obra intelectual, ésta no reuniría los requisitos necesarios como para entender satisfecha la obligación de resultado. En tal situación, entre los criterios a los que podemos recurrir para determinar la conformidad de la creación realizada con el encargo pactado, se encuentran los creativos (fundamentalmente, la apreciación de si existe originalidad suficiente o de si es similar a obras anteriores del creador), los técnicos (defectos materiales o falta de seguimiento de

---

<sup>659</sup> A este respecto, EVANGELIO LLORCA, R.: *El encargo de..., op. cit.*, p. 99 afirma: “Ahora bien, no es preciso que la obra esté terminada para que el autor adquiera el derecho a decidir acerca de su divulgación, sino que basta con que éste empezada”.

<sup>660</sup> En efecto, EVANGELIO LLORCA, R.: *El encargo de..., op. cit.*, pp. 84 – 55 comparte la necesidad de la autorización del deudor. Sin embargo, recuerda que es el deudor el que tiene que soportar los gastos derivados de la contratación de un tercero cuando aquél no ha realizado la prestación. Por tanto, la oposición a continuar con el proceso de creación en el estado en que lo dejó y la subsiguiente necesidad de que el nuevo contratista tenga que comenzar la obra desde cero ocasionará mayores perjuicios económicos al deudor.

<sup>661</sup> Sobre la mora del contratista en estos supuestos, *vid.* EVANGELIO LLORCA, R.: *El encargo de..., op. cit.*, pp. 83 – 89.

las instrucciones en aspectos tales como la caligrafía empleada, las dimensiones del cuadro, el tipo de papel, etc.) y los ideales (adecuación al contenido y al tema del encargo)<sup>662</sup>. Dado que el Código Civil no prevé un régimen específico para los supuestos de cumplimiento defectuoso, habría que recurrir a los remedios generales: cumplimiento específico (a través de la modificación de la creación ya realizada o de su sustitución por una nueva), rebaja del precio o resolución de la obligación<sup>663</sup>.

### **3.1.2. La entrega de la obra y la cesión de los derechos de propiedad intelectual**

Independientemente de si la obra intelectual cuya autoría se usurpa se ha creado por encargo o ésta ya preexistía a la celebración del susodicho acuerdo, el autor fantasma tendrá que entregar materialmente la obra y ceder el conjunto de facultades del que es titular originario del derecho de propiedad intelectual al autor aparente o al profesional de la explotación<sup>664</sup>. Al hilo de esta última cuestión, resulta conveniente que nos formulemos una pregunta esencial: qué es lo que verdaderamente puede el autor fantasma transmitir de acuerdo con la regulación contenida en nuestro actual ordenamiento jurídico. Pues bien, el creador sólo podrá ceder en exclusiva los derechos de explotación reconocidos en los artículos 17 y sucesivos de la Ley de Propiedad Intelectual. Como ya hemos señalado, se trata de facultades patrimoniales que por su propia naturaleza se caracterizan por su alienabilidad y libre transmisibilidad, lo que garantiza la obtención de rendimientos económicos para el creador de la obra derivados de la explotación de ésta en el mercado.

La doctrina ha discutido largo y tendido sobre la naturaleza jurídica de la cesión en exclusiva de los derechos de explotación, gravitando las dos principales posturas entre el carácter real de la misma o su carácter meramente personal u obligacional. Del mismo modo, se ha debatido sobre la licitud de la venta de los derechos de autor, aunque la misma no esté expresamente reconocida en la Ley de Propiedad Intelectual. Dado que un análisis exhaustivo de ambas cuestiones desbordaría por mucho las pretensiones del

---

<sup>662</sup> Dichos criterios son desarrollados por EVANGELIO LLORCA, R.: *El encargo de...*, *op. cit.*, pp. 89 – 94.

<sup>663</sup> En esta línea, DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho...*, Vol. II, *op. cit.*, pp. 704 – 705. EVANGELIO LLORCA, R.: *El encargo de...*, *op. cit.*, pp. 94 – 95.

<sup>664</sup> EVANGELIO LLORCA, R.: *El encargo de...*, *op. cit.*, pp. 95 – 96 entiende que la obligación de entrega de la obra tiene que entenderse en sentido amplio, es decir, como un deber de poner la creación a disposición del comitente. La autora configura este deber como una obligación principal, puesto que dicha prestación sería imprescindible tanto si la contraparte la fuera a explotar comercialmente o si simplemente la fuera a emplear para su disfrute personal.

presente epígrafe, nos limitaremos a apuntar sucintamente nuestra opinión al respecto de las dos controversias que acabamos de señalar.

En primer lugar, el debate sobre la naturaleza jurídica de la cesión exclusiva de los derechos de explotación no resulta para nada pacífico. Existe cierto consenso doctrinal en torno a la idea de que las cesiones no exclusivas (artículo 50 de la Ley de Propiedad Intelectual) revisten exclusivamente carácter personal (y, por tanto, no real)<sup>665</sup>. En cambio, en lo que respecta a la cesión exclusiva, la doctrina se divide entre los defensores de sus efectos reales<sup>666</sup> y quienes argumentan que la misma posee únicamente carácter obligatorio<sup>667</sup>. Los defensores de la primera tesis ponen el foco, entre otros argumentos, en el otorgamiento al autor de un auténtico poder de disposición (que el ordenamiento jurídico reconoce explícitamente en el artículo 428 del Código Civil o en el artículo 2 de la Ley Propiedad Intelectual) y en la concesión al cesionario de facultades jurídico-reales para perseguir *erga omnes* las intromisiones que los terceros puedan realizar en su ámbito de monopolio exclusivo. En cambio, los partidarios de la segunda hipótesis hacen hincapié en las particularidades normativas que posee la cesión de los derechos de explotación –tales como la necesaria limitación temporal de la misma–, que la hacen incompatible con el esquema tradicional de transmisión de los derechos reales.

En nuestra opinión, la cesión exclusiva de los derechos de autor sí reviste carácter real y supone la constitución en favor del cesionario de una suerte de *iura in re aliena*. Así pues, entendemos que la categoría de los derechos reales limitados resulta idónea para explicar la concesión a un tercero –cesionario– de un poder de disposición sobre un determinado bien (en este caso, inmaterial), cuyo pleno dominio correspondía al autor y sobre el que

---

<sup>665</sup> DELGADO PORRAS, A.: *Panorámica de la protección Civil y Penal en materia de Propiedad Intelectual*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1988, pp. 56 – 58. ESPÍN ALBA, I.: *El contrato de...*, *op. cit.*, pp. 148 – 149. RAMS ALBESA, J.: “Comentarios del artículo 50”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil...*, *op. cit.*, pp. 779 – 781. En sentido contrario, CERDÁ ALBERO, F.: “Derechos de autor en el marco de la transmisión de empresa”, *Revista de derecho mercantil*, Nº 211-212, 1994, pp. 78 – 79. VENDRELL CERVANTES, C.: *El mercado de los derechos...*, *op. cit.*, p. 237.

<sup>666</sup> CERDÁ ALBERO, F.: “Derechos de autor...”, *op. cit.*, pp. 76 – 77. DELGADO PORRAS, A.: *Panorámica de la...*, *op. cit.*, pp. 58 y ss. ROGEL VIDE, C.: “Bienes gananciales, bienes privativos y propiedad intelectual”, en AA.VV.: *Centenario del Código Civil, Tomo II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces*, Madrid, 1990, p. 1843, nota 43. RAMS ALBESA, J.: “Comentarios de los artículos 48 y 49”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil...*, *op. cit.*, pp. 760 – 761. CAVANILLAS MÚGICA, S.: “Comentario del artículo 48”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), *op. cit.*, p. 923.

<sup>667</sup> BAYLOS CORROZA, H.: *Tratado de derecho industrial...*, *op. cit.*, pp. 606 – 607. ESPÍN ALBA, I.: *El contrato de...*, *op. cit.*, p. 164. GÓMEZ LAPLAZA, M.C.: “Comentario del artículo 58”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, Madrid, 1997, pp. 936 – 937. GETE-ALONSO CALERA, M.C.: “Comentario del artículo 43”, *op. cit.*, p. 866 – 871.



va a conservar ciertas potestades residuales. A modo ilustrativo, baste pensar en la relación análoga que se establece entre el nudo propietario y el usufructuario; derecho real que, por cierto, se caracteriza por su temporalidad y que, una vez producida su extinción, supone el retorno de todas las facultades que ostentaba el titular del derecho real limitado al nudo propietario (al igual que ocurre, de hecho, en el ámbito de los derechos de autor)<sup>668</sup>.

Con respecto a la segunda cuestión, la venta de la propiedad intelectual no constituye un negocio jurídico ajeno a nuestra tradición jurídica. De hecho, la Ley de Propiedad Intelectual de 1879 y el Reglamento de 1880 establecían una auténtica enajenación de las facultades patrimoniales del autor, similar a la transmisión de la propiedad ordinaria<sup>669</sup>. En la actualidad, hay quien ha defendido la licitud de dicho negocio con base en el principio de la autonomía de la voluntad y en la ausencia de una prohibición específica al respecto<sup>670</sup>. Sin embargo, entendemos, al igual que hace la doctrina mayoritaria<sup>671</sup>, que la venta de los derechos de autor resulta incompatible con el espíritu de la vigente Ley de Propiedad Intelectual y con el contenido de varios de sus preceptos (destacándose, por ejemplo, que la imposición legal de explotar la obra al cesionario resulta incompatible con la dinámica propia de la compraventa)<sup>672</sup>.

En cualquier caso, polémicas doctrinales aparte, cabe destacar que la cesión que realizaría el creador verdadero estaría sometida, en primer lugar, a la regulación específica de cada modalidad de explotación recogida en la antedicha norma legal (edición, representación

---

<sup>668</sup> De este modo, defienden la transmisión constitutiva del derecho CÁMARA ÁGUILA, MP.: *El derecho moral...*, op. cit., pp. 57 – 58. DELGADO PORRAS, A.: *Panorámica de la...*, op. cit., pp. 58 – 59. BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO, R.: “Comentario del artículo 428 del Código Civil”, en AA.VV.: *Comentario del Código Civil* (dir. por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, y P. SALVADOR CODERCH), Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, tomo I, p. 1155. RODRÍGUEZ TAPIA, J.: *La cesión en exclusiva de derechos de autor*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, pp. 211 – 213. RAMS ALBESA, J.: “Comentarios de los artículos 48 y 49”, op. cit., pp. 760 – 761. VENDRELL CERVANTES, C.: *El mercado de los derechos...*, op. cit., pp. 140 – 141. LACRUZ BERDEJO, JL. y LACRUZ MANTECÓN ML.: “Comentario del artículo 2”, op. cit., p. 35.

<sup>669</sup> BAYLOS CORROZA, H.: *Tratado de derecho industrial...*, op. cit., p. 607.

<sup>670</sup> De manera similar, GETE-ALONSO Y CALERA, M.C.: “Comentario del artículo 43”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1989, op. cit., pp. 666 – 667 y GÓMEZ LAPLAZA, M.C.: “Comentario del artículo 58”, op. cit., pp. 951 – 953 reflexionaron en los primeros compases de la actual normativa en materia de derechos de autor sobre la posible licitud de una compraventa de los derechos de explotación.

<sup>671</sup> Entre otros, RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: *La cesión en exclusiva...*, op. cit., pp. 181 – 192. DELGADO PORRAS, A.: *Panorámica de la...*, op. cit., p. 60. BAYLOS CORROZA, H.: *Tratado de derecho industrial...*, op. cit., pp. 606 – 607. ESPÍN ALBA, I.: *El contrato de...*, op. cit., pp. 152 – 159.

<sup>672</sup> RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: *La cesión en exclusiva...*, op. cit., p. 185. GETE-ALONSO CALERA, M.C.: “Comentario del artículo 43”, op. cit., p. 868. CAVANILLAS MÚGICA, S.: “Comentario del artículo 48”, op. cit., p. 925.

teatral, ejecución musical, etc.), subsidiariamente a las reglas generales contenidas en los artículos 42 y sucesivos de la Ley de Propiedad Intelectual y, por último, al Código Civil<sup>673</sup>. Es precisamente la subordinación a dichos preceptos la que ocasiona que el autor fantasma tenga derecho a exigir que la contraparte explote la obra en el mercado o a recibir, por norma general, una participación proporcional en los ingresos derivados de dicha explotación.

Más allá de dichas prerrogativas patrimoniales, consideramos que no es posible transmitir ninguna otra facultad. En primer lugar, no puede realizarse pacto alguno en relación con la atribución de autoría de una determinada creación (salvo quizás la previsión contemplada en el apartado segundo del artículo 97 de la Ley de Propiedad Intelectual). El reconocimiento de la condición de autor, realizado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 de la referida norma, es una cuestión de orden público sobre la que las partes no pueden disponer libremente. Se trata de un concreto estatus jurídico que sólo el ordenamiento puede otorgar y que constituye, por tanto, una *res extracommercium* para los sujetos involucrados en este negocio<sup>674</sup>.

Así mismo, tampoco cabe que se produzca una transmisión de los derechos morales del autor. Dichas facultades personalísimas son caracterizadas por mandato imperativo del artículo 14 como “derechos irrenunciables e inalienables”. Dado que ya hemos abordado esta cuestión en el capítulo precedente, nos limitaremos a afirmar que no hay lugar en nuestro sistema para una convención abdicativa o traslativa de ningún derecho moral. En consecuencia, incluso los defensores de la licitud de una práctica como la autoría fantasma tendrán que reconocer que su encaje dentro de nuestro ordenamiento jurídico tendrá que llevarse a cabo por medio de otro cauce legal. Así pues, bajo nuestro punto de vista, creemos que dicha senda viene marcada por la analogía con los derechos de la personalidad, de tal modo que habría que considerar la viabilidad del consentimiento del autor fantasma como mecanismo que suprimiera la ilicitud de la intromisión realizada por el autor aparente<sup>675</sup>.

---

<sup>673</sup> Debe señalarse que dicho conjunto normativo no es el aplicable en el supuesto de las cesiones de facultades patrimoniales realizadas por los intérpretes fantasmas. El art. 132 LPI excluye la aplicación subsidiaria del Título V del Libro I, por lo que se aplicarán en su lugar los arts. 105 a 113. A este respecto, CAVANILLAS MÚGICA, S.: “Comentario del artículo 48”, *op. cit.*, p. 919 critica que el legislador no haya decidido extender el espíritu proteccionista de la normativa a los titulares de derechos afines o conexos.

<sup>674</sup> *Vid supra* capítulo tercero, epígrafe 1.

<sup>675</sup> *Vid. supra* capítulo cuarto, epígrafe 3.

Sea como fuere, si bien es cierto que el creador verdadero puede transmitir los derechos de explotación, cabe destacar que en puridad no sería absolutamente necesario que dicha cesión se produjera, ya que el autor fantasma podría ser el encargado directo de llevar a cabo la explotación de su propia obra (si bien lo haría bajo el nombre del autor aparente). Con todo, no creemos ni mucho menos que ello constituya la regla general, puesto que normalmente dicho individuo no se encontrará en las condiciones adecuadas para desarrollar por sí mismo dicha actividad.

Si el autor fantasma, el autor aparente y el profesional de la explotación celebraran conjuntamente el acuerdo de usurpación de autoría, lo más normal sería que se pactase la cesión directa de las facultades patrimoniales al responsable de la comercialización de la creación en el mercado. De igual modo, si el autor fantasma fuese un trabajador asalariado del autor aparente o, como ocurre frecuentemente, del profesional de la explotación, se producirá una cesión de los derechos de autor en virtud del artículo 51 de la Ley de Propiedad Intelectual. En este sentido, dicho precepto establece que la cesión de los derechos de explotación se regirá en virtud de lo dispuesto en el contrato de trabajo, pero que a falta de pacto expreso se producirá una transmisión en exclusiva de aquellas facultades que sean necesarias para el ejercicio de la actividad habitual del empresario<sup>676</sup>. A este respecto, el Tribunal Supremo ha entendido que el mencionado precepto debe aplicarse analógicamente a los supuestos de contratos civiles de encargo de obra, de tal modo que también se presumirá la cesión de los derechos de explotación al comitente siempre y cuando se cumplan dos condiciones: creación no espontánea del cedente contratista, sino a instancia del cesionario comitente, y enajenación del resultado del encargo<sup>677</sup>.

---

<sup>676</sup> RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario del artículo 51” en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), *op. cit.*, pp. 941 – 942 señala que el supuesto de hecho de la norma se circunscribe a aquellas obras creadas en el seno de una relación laboral, siguiendo las instrucciones del empleador (bien se traten de funciones genéricas o de instrucciones específicas) y que constituyan (o vayan a constituir) la actividad habitual de éste.

<sup>677</sup> En este sentido, la STS (Sala de lo Civil) núm. 1204/2008 de 18 diciembre (RJ\2009\534), que resolvió –entre otras cuestiones– la controversia en torno a la titularidad de los derechos de explotación de una base de datos y un sistema informático realizados por encargo, afirmó lo siguiente.

*La ley contempla la transmisión Inter vivos y mortis causa de los derechos de explotación de la propiedad intelectual a partir del artículo 42 y el 51 se refiere a la transmisión en caso de contrato de trabajo, que se presume conforme al apartado 2. Pero no contempla el caso del contrato de obra. Se debe entender que esta laguna del derecho debe ser suplida por la analogía y, tal como se mantiene en los recursos y se expone por la doctrina, el artículo 51 se aplica cuando la obra determina la transmisión de los resultados, concurriendo dos presupuestos: creación no espontánea del cedente, contratista, sino a instancia del cesionario, dueño de la obra (así lo llama el código y la doctrina civil) y la enajenación del resultado del trabajo. Todo ello concurre en el*

Además de todo ello, cabe destacar que, incluso en el supuesto en el que la existencia del autor fantasma sólo sea conocida por el autor aparente, será habitual que el creador verdadero ceda sus derechos de explotación a otro sujeto. La hipótesis más sencilla sería que a través del acuerdo de usurpación de autoría aquél se los transmitiese al autor aparente, quien a su vez se los cedería al encargado de comercializar la obra intelectual en el mercado. Sin embargo, dado el carácter inmaterial del bien que se está cediendo, también sería perfectamente posible que el autor aparente asegurase al profesional de la explotación que ostenta las prerrogativas patrimoniales necesarias, incluso aunque el autor fantasma nunca se las hubiera llegado a transmitir en el acuerdo que hubieran celebrado. En nuestra opinión y tal y como desarrollaremos posteriormente, en tal caso el autor aparente actuaría como un representante legal del autor verdadero en virtud del artículo 6.2 de la Ley de Propiedad Intelectual, de tal modo que se produciría una cesión directa de los derechos de explotación al responsable de la comercialización de la obra.

Como podemos observar, ya sea de un modo u otro, en la inmensa mayoría de los casos se producirá una cesión exclusiva a favor del autor aparente o del sujeto encargado de dicha explotación económica. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley de Propiedad Intelectual, para que la cesión se considere exclusiva será preciso que la misma se otorgue “expresamente” con tal carácter. En este sentido, la doctrina considera que dicho adverbio no obliga a que la exclusividad deba ser mencionada explícitamente por las partes en el acto de cesión, sino que la misma debe deducirse inequívocamente de la voluntad de las partes<sup>678</sup>. Así mismo, es necesario reseñar que el otorgamiento de una cesión exclusiva supone la asunción por parte del autor de una obligación de no hacer, en virtud de la cual el creador se compromete a no ceder personalmente la obra ni a ceder a terceros los derechos de explotación<sup>679</sup>. De este modo, el carácter exclusivo de la cesión se convierte en el ámbito de estudio que nos atañe en un elemento más para preservar la apariencia de autoría, puesto que comportaría un sinnúmero de problemas que el autor fantasma pudiera continuar otorgando licencias no exclusivas

---

*presente caso, en que se encargó a los demandantes una determinada obra para la actividad propia del periódico, se ejecutó la obra y se percibió un elevado precio y el resultado, en cuanto al derecho patrimonial, queda transmitido el dueño de la obra, llamada precisamente así, SOCIEDAD VASCONGADA.*

<sup>678</sup> Así lo entiende CAVANILLAS MÚGICA, S.: “Comentario del artículo 48”, *op. cit.*, pp. 921 – 922, quien además considera que los problemas interpretativos que puedan surgir sobre la extensión de la cesión deben resolverse en favor del autor como consecuencia del principio *favor auctoris* que impera en nuestra legislación.

<sup>679</sup> *Ibidem*, p. 926.

a otros individuos que no estuviesen involucrados en el negocio jurídico de usurpación de autoría.

Con respecto al incumplimiento de la obligación de entregar la obra, ésta puede deberse tanto a la constitución en mora del deudor como a la ausencia de entrega de la misma<sup>680</sup>. Tal y como hemos señalado en el capítulo anterior, en este último caso el contratista puede ejercitar su derecho moral de divulgación para negarse a entregar la obra, lo que no obsta para que dicho comportamiento siga siendo considerado constitutivo de un incumplimiento contractual. No obstante, hemos diferenciado dos situaciones con respecto a la hipótesis que señalamos. En el caso de que el contrato implique una cesión de derechos, el ejercicio de la vertiente negativa del derecho de divulgación eximirá al autor de la entrega de la obra, puesto que lo que el comitente pretende llevar a cabo es la explotación de la misma. Sin embargo, si se tratase de un contrato de encargo en sentido estricto (es decir, entrega de la obra sin cesión de derechos de autor), el autor tendrá que entregar el soporte material de su creación al comitente, que no podrá ni divulgar ni explotar la obra<sup>681</sup>. Dado que la regla general en el ámbito de la autoría fantasma será que el creador cede sus derechos a la contraparte, el recurso al derecho moral de inédito implicará efectivamente que no habrá entrega de la obra, por lo que sólo será posible que el comitente inste la resolución del contrato y reclame, en su caso, una indemnización por daños y perjuicios.

### **3.1.3. El compromiso de confidencialidad y de no impugnación de la usurpación consentida**

Por último, la autorización que concede el autor fantasma no sólo implica el otorgamiento de un título jurídico que legitima la usurpación de la paternidad intelectual que realiza el autor aparente, sino que en esta materia supone además la asunción de un compromiso de abstención (*pactum de non petendo*) por parte del autorizante. En concreto, el autor fantasma estaría asumiendo la obligación negativa de no revelar que es el auténtico creador de la obra intelectual cuya autoría es usurpada. En condiciones normales dicha obligación implicaría la imposibilidad a perpetuidad de desvelar la auténtica autoría de la obra tanto procesalmente —a través del ejercicio del derecho moral de paternidad— como

---

<sup>680</sup> En este sentido, EVANGELIO LLORCA, R.: *El encargo de..., op. cit.*, pp. 97 y ss.

<sup>681</sup> *Vid. supra* capítulo cuarto, epígrafe 4.

extraprocesalmente. Sin embargo, nada obstaría para que dicho compromiso de confidencialidad se pudiera modular hasta cierto grado.

Por un lado, podría ocurrir que las partes de mutuo acuerdo decidieran no ocultar la existencia del autor fantasma, aludiéndose así de cualquier forma posible a la participación de éste en la creación de la obra usurpada (por ejemplo, en los actos de promoción de la obra o en los agradecimientos de la misma). En tal caso no tendría virtualidad una cláusula que negase al autor fantasma la posibilidad de revelar que es el auténtico creador de la obra, puesto que ello ya sería un hecho de público conocimiento. Por consiguiente, lo que el autor fantasma asumiría en este caso sería un compromiso de no impugnar el *statu quo* que se ha creado. En otras palabras, el autor verdadero tendría que tolerar que el nombre del autor aparente figurase en los actos de explotación de la obra en el lugar y en la forma más usual en la que aparecería normalmente el del creador de la misma.

Por otro lado, de igual manera que en ciertos casos la identidad del autor fantasma es conocida públicamente, también podrían las partes delimitar en qué ámbitos concretos el autor verdadero sí podría revelar que es el auténtico creador de la obra en cuestión. De este modo, pese a que el público en general desconocería su identidad, el autor fantasma podría estar interesado en poder desvelar que es el creador de una determinada obra dentro de selectos circuitos profesionales, ya que dicha información constituiría un importante mérito curricular a la hora de ofrecer nuevamente sus servicios. Por tanto, serán los sujetos involucrados en este negocio jurídico quienes dentro de su libertad (y de la capacidad negociadora con la que cuenten) fijarán los límites de este compromiso de confidencialidad.

El incumplimiento de esta obligación negativa genera la imposibilidad de retornar las cosas al estado en el que originariamente estaban<sup>682</sup>. Por consiguiente, el cumplimiento específico deviene inviable, por lo que la contraparte sólo podría exigir la resolución del contrato y la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. En relación con esta

---

<sup>682</sup> A este respecto, DíEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho...*, Vol. II, *op. cit.*, pp. 766 – 767: “(...) es importante determinar si la violación de la obligación negativa produce por sí misma una frustración del fin del negocio. Cuando la respuesta a ese interrogante es afirmativa, el acto positivo llevado a cabo en contravención de la obligación deberá ser elevado al rango de incumplimiento definitivo y el acreedor podrá poner en marcha todas las consecuencias que de un incumplimiento de aquella naturaleza deriven en su favor. Si la aislada conducta de contravención de la obligación negativa no determina una frustración del fin del negocio, subsistirá la obligación y podrá hablarse de un cumplimiento defectuoso (...)”.

última petición, indicábamos que sería posible que las partes hubieran fijado una cláusula penal que determinase el importe de dicha indemnización en el supuesto de que alguno de los involucrados rompiera el compromiso de confidencialidad. No nos cabe duda de que si se incluyese tal cláusula, el importe que se fijaría en la misma no sería precisamente menor, puesto que ésta se constituiría como la única salvaguarda con la que contaría el autor aparente para que no se revelase el secreto.

Es más, bajo nuestro punto de vista, el incumplimiento de este deber de confidencialidad sería el único supuesto en el que el autor aparente o el profesional de la explotación podrían tener un interés genuino en llevar al autor fantasma ante los tribunales. Una vez desvelado el secreto al público, no habría ningún interés en seguir manteniendo una apariencia de autoría que ya no parecería verosímil. Por consiguiente, la única opción que tendría la contraparte sería la de pedir la devolución del importe pagado, así como el resarcimiento de los daños ocasionados por la ruptura de dicho pacto de confidencialidad. De hecho, además de la pérdida de otras oportunidades profesionales, la amenaza de exigir judicialmente dichas cantidades pecuniarias se convertiría en el instrumento idóneo a través del cual el autor aparente trataría de garantizar que el autor fantasma no desvelara la auténtica autoría de la obra en cuestión.

Sin embargo, es conveniente recordar que este deber de secreto vincularía únicamente a aquéllos que hubieran asumido contractualmente el mismo. En consecuencia, si la identidad del autor fantasma fuese revelada por un tercero que hubiera llegado a conocer la misma sin que concurriese dolo, culpa o negligencia del creador de la obra, no se produciría un incumplimiento de la obligación. Dado que el contrato continuaría siendo eficaz (en el hipotético caso de que dicho pacto pudiera considerarse válido), el autor fantasma no podría ejercer su derecho moral de paternidad, pero seguiría pudiendo exigir a la contraparte que cumpliera con sus obligaciones.

En este sentido, habría que determinar cuáles serían las consecuencias que se producirían si finalmente el creador fantasma decidiera ejercitar una acción declarativa de paternidad. A diferencia de lo que ocurre con el deber de secreto, cuya ruptura genera la imposibilidad de retornar las cosas al estado original, podría razonarse que el juez tendría que desestimar la pretensión de reivindicación de la paternidad intelectual con base en el pacto que los

contratantes habrían suscrito a este respecto en el acuerdo de usurpación de autoría<sup>683</sup>. Sin embargo, ya establecimos en su momento que la determinación de la autoría de las obras intelectuales constituía una cuestión de orden público, que no podía ser objeto de transacción, por lo que consideramos que los tribunales estarían obligados a reconocer la paternidad del autor reclamante en todo caso<sup>684</sup>. Sin embargo, cabría preguntarse si aun así, el ejercicio de dicha acción supondría un acto de incumplimiento contractual (similar al ejercicio del derecho de inédito para impedir la divulgación de una obra objeto de un contrato de encargo), que generaría que la contraparte tuviese derecho a resolver el contrato y a reclamar la pertinente indemnización de daños y perjuicios. Ello dependerá, en última instancia, de si puede considerarse que el consentimiento del autor fantasma para asumir este deber de secreto es eficaz o no.

Como vemos, si bien es cierto que las partes consienten libremente asumir este pacto de abstención, no podemos negar que si el mismo fuera eficaz, incidiría ineludiblemente en el ejercicio de los derechos morales del autor fantasma. He aquí donde se encuentra el núcleo de la cuestión. La potencial ilicitud del fenómeno de la autoría fantasma no surge como consecuencia de las prestaciones referentes a la creación de la obra o a la cesión de los derechos de explotación, sino que gira en torno a la permisibilidad de una obligación negativa que impide a perpetuidad al auténtico creador de una obra el ejercicio del derecho moral de paternidad y que no le permite tampoco revocar su consentimiento en cualquier momento. De nuevo, aclaramos que la problemática no radica en que el autor fantasma tolere por su propia voluntad y durante el tiempo que estime oportuno la usurpación de su autoría. El ordenamiento jurídico le concede la facultad personalísima de defender sus intereses personales, pero no el deber jurídico de hacerlo a toda costa. Por tanto, la mera tolerancia de la intromisión ajena en un derecho propio es perfectamente posible en nuestro ordenamiento. Sin embargo, no es éste el supuesto de hecho ante el que nos encontramos en el caso de la autoría fantasma, puesto que el autor verdadero ha otorgado una licencia expresa al autor aparente para que lleve a cabo su comportamiento.

---

<sup>683</sup> Si bien la hipótesis no es idéntica, podría ser un planteamiento similar al del acórdão Bruna Surfistinha do Superior Tribunal de Justiça do Brasil (processo nº 2012/0162477-2), en el que se estimó que el escritor Jorge Tarquini había suscrito libremente un contrato de *ghostwriting*, por lo que era consciente desde un primer momento que nunca sería reconocido como autor de la biografía de Raquel Pacheco.

<sup>684</sup> *Vid supra* capítulo tercero, epígrafe 1.



En este sentido, ya hemos destacado que tenemos serias dudas sobre la eficacia de una autorización (incluso aunque fuera revocable) que consienta la usurpación de la paternidad intelectual. Sin embargo, más allá de dicha cuestión que examinaremos con posterioridad, creemos que la construcción jurídica apuntada en el párrafo anterior –y normalmente pretendida por el autor aparente y el profesional de la explotación– resulta problemática por dos motivos. Primeramente, tal y como hemos defendido previamente, entendemos que la facultad revocatoria constituye una garantía de la licitud de los actos de disposición sobre bienes personalísimos<sup>685</sup>. Por ello, creemos que la renuncia a la misma condenaría a la ineficacia al negocio jurídico en su totalidad. No sólo eso, sino que además no debemos olvidar que nos encontraríamos ante la asunción por parte del creador verdadero de una obligación perpetua, la cual no puede tener cabida en nuestro ordenamiento jurídico<sup>686</sup>. En nuestra opinión, aunque se pretenda vestir el acuerdo de usurpación de autoría como un convenio con un contenido meramente obligatorio, la realidad es que la cláusula referida se aproxima más a un acto de completa renuncia y desprendimiento de la titularidad del derecho moral de paternidad que a un acto de disposición sobre el mismo.

A nuestro entender, la exposición que acabamos de realizar apunta a los principales interrogantes que deberemos resolver posteriormente en torno a la eficacia de este negocio jurídico. Para empezar, tendremos que comenzar determinando si este compromiso de abstención puede configurarse jurídicamente de tal forma que pueda tener algún tipo de encaje dentro de nuestro ordenamiento jurídico (por ejemplo, a través del reconocimiento de una facultad de revocación). Así mismo, si el negocio jurídico de usurpación de autoría estuviera condenado a la ineficacia en todas o en algunas de sus posibles modalidades, sería preciso establecer ante qué tipo de ineficacia estamos, quién podría ejercitar la correspondiente acción y cuáles serían las consecuencias de la misma. Por último, independientemente de la validez o no del acuerdo en cuestión, ello no es

---

<sup>685</sup> *Vid supra* capítulo cuarto, epígrafe 3.

<sup>686</sup> Por todos, DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho...*, Vol. II., *op. cit.*, p. 287: “La duración de la obligación negativa no puede, sin embargo, ser indefinida o perpetua, porque no puede serlo la limitación de libertad individual que toda obligación supone. Por regla general, hay que entender que nadie puede quedar obligado para toda la vida (arg. art. 1583)”. Posteriormente (p. 366), el mismo autor reitera: “La primera cuestión que plantean las relaciones obligatorias con prestaciones duraderas consiste en determinar si es o no necesaria una concreta duración del vínculo contractual. Esta pregunta parece que debe encontrar una respuesta afirmativa, pues, aunque en nuestro Derecho Positivo no existe una normativa concreta, la perpetuidad es opuesta a la naturaleza misma de la relación obligatoria. Constituyendo ésta, desde el punto de vista del deudor, una limitación de la libertad, tal limitación, si fuera perpetua, debería ser considerada como contraria al orden público (cfr. art. 1583)”.

óbice para que señalemos cuáles serían las reformas necesarias que habría que operar sobre nuestra legislación si se estimase conveniente otorgar a este negocio jurídico de un mejor acoplamiento a la legalidad. Contestaremos detalladamente a todas estas cuestiones en el próximo epígrafe de este trabajo.

### **3.2. Las prestaciones del autor aparente o del profesional de la explotación**

La principal función del autor aparente es usurpar la autoría del auténtico creador de la obra intelectual. En un sentido amplio, ello se traduciría en contribuir a generar una apariencia verosímil de autoría mediante un comportamiento activo que debería desarrollar a lo largo del tiempo a través de múltiples actos (concesión de entrevistas, asistencia a actos promocionales de la obra, etc.). En cambio, desde un punto de vista más estricto, el autor aparente se limitaría sencillamente a consentir en figurar como creador de la obra en la explotación de la misma. Más allá de efectuar dicha usurpación, no sería esencial, en principio, que asumiera ninguna otra prestación adicional, lo que no quiere decir que no sea frecuente en la práctica que sí lo haga.

Por un lado, será habitual que el autor aparente también asuma un compromiso de confidencialidad en relación con la celebración de este negocio jurídico. Por otro lado, si dicho acuerdo se celebrara únicamente entre el autor fantasma y el autor aparente, este último también quedaría obligado normalmente a realizar dos prestaciones adicionales: el pago del precio al autor verdadero y el deber de explotar la obra intelectual cuyos derechos se han cedido en exclusiva. No obstante, el autor aparente no será el individuo obligado a llevar a cabo dichos actos en todo caso, puesto que dichas prestaciones pueden ser asumidas directamente –y, de hecho, normalmente lo serán– por el profesional de la explotación.

#### **3.2.1. La creación de la apariencia verosímil de autoría y el compromiso de confidencialidad**

Si una cara de la moneda viene representada por la obligación negativa del autor fantasma de no desvelar su identidad como auténtico creador de la obra, la otra cara de la moneda lo estará por el deber del autor aparente de contribuir a generar una apariencia verosímil de autoría. Desde una perspectiva restrictiva, dicho sujeto se limitaría a consentir que su nombre figurase como el del creador en cualquier acto de explotación de la obra intelectual. A este respecto, cabe destacar que en la actualidad la doctrina mayoritaria

considera que el derecho al nombre se configura como un derecho de la personalidad<sup>687</sup> y que, a su vez, se integra dentro del derecho a la propia imagen<sup>688</sup>. Por lo tanto, al consentir que su nombre figure en la explotación de la creación usurpada el autor aparente estaría realizando un acto de disposición de dicho derecho, que normalmente estaría remunerado por el encargado de la comercialización de la obra intelectual y que se sometería a las reglas generales de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo.

Igualmente, podría contemplarse esta obligación desde una óptica más amplia, de tal forma que el autor aparente se comprometiera además a desarrollar un comportamiento activo que indujera al público general a creer que es el auténtico creador de dicha obra. Ello se traduciría fundamentalmente en una labor intensa de promoción de la creación: concesión de entrevistas, participación en actos, etc. Naturalmente, no bastaría con acudir a los compromisos señalados, sino que sería preciso que el autor aparente adoptase una conducta prudente y diligente que permitiese que el público pudiera concluir que él es el verdadero autor de la obra. Por tanto, consideramos que si, por ejemplo, en una entrevista el autor aparente diese indicios evidentes de que no ha elaborado la obra (desconocimiento de datos fundamentales sobre la misma, incapacidad para contestar

---

<sup>687</sup> Entre otros, CASTÁN TOBEÑAS, J.M.: “Los derechos de...”, *op. cit.*, pp. 32 – 33. LINACERO DE LA FUENTE, M.: *El nombre y los apellidos*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 19. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. y GARCÍA RUBIO, M.P.: “El nombre de las personas físicas” en AA.VV.: *Tratado de derecho de la persona física* (dir. por M.C. Gete-Alonso Calera), tomo I, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 471. AMMERMAN YEBRA, J.: *El derecho a...*, *op. cit.*, pp. 140 – 143. En este mismo sentido, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, núm. 6/2006 de 30 mayo (RJ 2007\3394) sostiene que el derecho al nombre es un derecho de la personalidad:

*A su vez, dentro de la categoría de los derechos subjetivos, hoy es pacífica la tesis que califica tal derecho como un derecho de la personalidad, ya sostenida en el siglo XIX por autores clásicos, debiendo entenderse definitivamente superada su asimilación a los derechos de familia o de propiedad. Igualmente deben entenderse hoy superadas las reticencias para la aceptación del carácter de auténticos derechos subjetivos de los derechos de la personalidad, y en consecuencia del derecho al nombre y apellidos, que la dogmática alemana del siglo XIX negaba bajo el argumento de la imposibilidad, de convertir a la persona en sujeto y objeto de un mismo derecho.*

<sup>688</sup> Así lo sostiene VENDRELL CERVANTES, C.: *El mercado de los derechos...*, *op. cit.*, p. 47. La jurisprudencia constitucional se ha pronunciado en la misma línea. En este sentido, la STC núm. 117/1994 de 25 abril (RTC 1994\117) indica: “El derecho a la propia imagen, reconocido por el art. 18.1 de la Constitución al par de los del honor y la intimidad personal, forma parte de los derechos de la personalidad y como tal garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona”. En términos similares, la STC núm. 167/2013 de 7 octubre (RTC 2013\167) declara: “La inclusión del derecho al nombre dentro del conjunto de derechos de la persona y, más concretamente, en el ámbito del derecho fundamental a la propia imagen del artículo 18.1 CE, ya se expresó en nuestra STC 117/1994, de 25 de abril (RTC 1994, 117), y en el mismo sentido ha venido siendo reconocido tanto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. En sentido contrario, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Los derechos fundamentales...”, *op. cit.*, p. 100, nota 113 considera que el derecho del nombre no se integra dentro del derecho fundamental a la propia imagen.

preguntas sobre el proceso de creación, errores sustanciales de cualquier otra clase, etc.), ello supondría un incumplimiento grave de los deberes de este sujeto<sup>689</sup>.

Por lo general, creemos que si el acuerdo se hubiera celebrado únicamente entre el autor fantasma y el autor aparente, nos parece poco probable que las partes pactasen expresamente una prestación como la que acabamos de señalar. Es más, si el autor fantasma no guardase un especial vínculo sentimental con la creación que ha llevado a cabo y ya hubiese sido remunerado por su labor, no tendrá ningún especial interés en el destino posterior de la obra o en si el autor aparente es capaz de preservar adecuadamente la apariencia verosímil de autoría. Con todo, tampoco debe desecharse de plano la posibilidad contraria: que el autor fantasma sí tuviese interés en una explotación fructífera de la obra intelectual por cualquier motivo posible (la remuneración que obtiene es proporcional a los rendimientos derivados de la explotación; desea que la obra sea conocida y estimada por un amplio sector del público, etc.) De ser así convendría que las partes incluyesen cuál es la pauta de comportamiento que debe seguir el autor aparente en su condición como tal. Del mismo modo, si en el acuerdo de usurpación de autoría hubiera participado también el profesional de la explotación, no sería extraño que entre las distintas prestaciones acordadas se incluyese el compromiso del autor aparente de

---

<sup>689</sup> En nuestra opinión, la creación de una apariencia verosímil de autoría se configura como una obligación de medios, puesto que el autor aparente no puede garantizar en modo alguno que la totalidad del público vaya a creer necesariamente que él es el auténtico creador de la obra intelectual usurpada. Por tanto, lo único que este sujeto puede garantizar es el desarrollo de una actividad diligente en relación con la prestación que ha aceptado asumir. A este respecto, la STS (Sala de lo Civil) núm. 200/2011 de 17 marzo (RJ\2011\2883) condena a la parte demandada al pago de una indemnización de daños y perjuicios por desplegar una actividad negligente a la hora de detectar y extinguir un incendio que se había producido en el edificio que dicha parte tenía la obligación de vigilar. Sobre la diligencia como elemento decisivo en el cumplimiento de las obligaciones de medios, *vid.* VATTIER FUENZALIDA, C.: “El interés de la clasificación de las obligaciones de medios y resultado”, en AA.VV.: *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini* (dir. por A. JOSÉ BUERES y A. KEMELMAJER DE CARLUCCI), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 960 – 964. DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho...*, Vol. II, *op. cit.*, pp. 280 – 282. En relación con la abundante jurisprudencia que existe sobre la materia, la STS (Sala de lo Civil) de 13 de diciembre de 1997 (RJ\1997\8816), en el que se trataba de determinar la responsabilidad contractual de un médico en relación con una operación de otitis, afirma que, a diferencia de lo que ocurre en las obligaciones de resultado, el cumplimiento de las obligaciones de medios lo determina “la ejecución adecuada y correcta, es decir, diligente, de la actividad encaminada a aquel resultado”. Igualmente, el Alto Tribunal sostiene en dicha sentencia que en este tipo de obligaciones es necesario que el acreedor de la prestación sea el que acredite la falta de diligencia. Finalmente, nos gustaría destacar que tal y como señala, entre otros, ESTEVE PARDO, M.A.: “Culpa e incumplimiento contractual: del Código Civil al moderno derecho de contratos: especial referencia a los contratos de prestación de servicios”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 777, 2020, pp. 106 y ss. el Tribunal Supremo ha establecido, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1104 CC, que el modelo de conducta que debe seguir el deudor lo determina la *lex artis ad hoc* o la normativa específica del sector.

participar en la campaña de promoción de la obra (tal y como sucede ya en la práctica en numerosos contratos de cesión de derechos de autor de ciertas creaciones intelectuales).

En la línea de lo que apuntamos, el acuerdo también puede incluir un compromiso de confidencialidad que no sólo vincule al autor fantasma, sino también al autor aparente. Aun siendo cierto que, por lo general, sería el autor aparente el que soportaría principalmente el escarnio público en caso de que fuera desvelada la auténtica autoría de la obra, no puede descartarse que el autor fantasma también estuviera interesado por el motivo que sea en que no se conociera su participación en la creación de la obra. En tal caso, dado que ya no habría posibilidad alguna de preservar el secreto, el autor fantasma podría accionar contra el autor aparente en virtud del artículo 1124 del Código Civil y exigir tanto la resolución del contrato como la indemnización de daños y perjuicios (la cual, además, podría ya venir fijada convencionalmente en el supuesto de que se hubiera incluido una cláusula penal)<sup>690</sup>.

Sea como fuere, debemos percatarnos que la asunción de esta obligación negativa no tiene idénticas consecuencias para el autor aparente que para el autor fantasma. Para este último dicha prestación supone un importante obstáculo para el ejercicio de unas facultades que nuestro ordenamiento jurídico configura como irrenunciables e inalienables, lo que pone en duda la validez de dicha cláusula. En cambio, para el autor aparente la cuestión es radicalmente distinta, puesto que carece de derechos morales a los que renunciar, por lo que dicha cláusula de confidencialidad no comprometería ningún bien jurídico esencial. Por consiguiente, no encontramos razón alguna para declarar como ineficaz esta prestación en el caso de que fuera asumida por el autor aparente, o incluso por el profesional de la explotación (a quien podríamos trasladar los razonamientos que acabamos de realizar), más allá de la cuestión de la delimitación de la duración temporal de esta obligación negativa. Con todo, debemos recordar nuevamente que la eficacia de esta prestación en sí misma resultaría irrelevante si finalmente concluyéramos que el negocio de usurpación es ineficaz en su conjunto como consecuencia de la nulidad del convenio de abstención que asume el autor fantasma.

---

<sup>690</sup> Es más, consideramos que si se ha pactado una cláusula de confidencialidad y el autor aparente ha desarrollado un comportamiento negligente en relación con la preservación de la apariencia verosímil de autoría, ello podría constituir en determinadas circunstancias un incumplimiento del deber de secreto que aquél ha asumido.

### 3.2.2. El pago del precio

La principal contraprestación que recibirá el autor fantasma por la labor desempeñada será en la mayoría de casos el pago del precio. Ya señalamos en su momento que no puede descartarse *a priori* la posibilidad de que el autor verdadero realizase toda esta labor de manera completamente gratuita, bien porque se le han prometido otro tipo de contraprestaciones (por ejemplo, oportunidades laborales o la promesa de publicar futuras obras bajo su auténtico nombre), bien porque se trata de un acto de mera liberalidad impulsado por otras motivaciones no pecuniarias <sup>691</sup>. En cualquier caso, independientemente de dicha posibilidad, no cabe duda de que la onerosidad constituirá la regla general en la mayoría de los supuestos.

En relación con el pago del precio, cabe destacar que el artículo 46.1 de la Ley de Propiedad Intelectual obligaría a remunerar al autor fantasma de forma proporcional a los ingresos obtenidos en la explotación <sup>692</sup>. Así pues, el pago de una cantidad a tanto alzado quedaría circunscrito a determinados supuestos expresamente previstos en el apartado 2 de dicho precepto <sup>693</sup>. Por consiguiente, el mandato imperativo de la Ley de Propiedad Intelectual obligaría en la mayoría de casos a pactar en favor del autor verdadero una remuneración proporcional a los rendimientos derivados de la explotación de la obra intelectual <sup>694</sup>. Lamentablemente, no parece que ésta sea la realidad para muchos autores fantasmas, que reciben exclusivamente una cantidad a tanto alzado por sus servicios (siendo ésta en ocasiones una cuantía notablemente pequeña) <sup>695</sup>.

---

<sup>691</sup> Vid. *supra* capítulo uno, epígrafe 3.

<sup>692</sup> El art. 46.1 LPI establece: “La cesión otorgada por el autor a título oneroso le confiere una participación proporcional en los ingresos de la explotación, en la cuantía convenida con el cesionario”.

<sup>693</sup> En opinión de TORRES LANA, J.A.: “Comentario del artículo 46” en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), *op. cit.*, p. 909, el art. 46.2 LPI constituye una norma facultativa, ya que el referido precepto emplea la expresión “Podrá estipularse...”.

<sup>694</sup> TORRES LANA, J.A.: “Comentario del artículo 46”, *op. cit.*, pp. 903 – 905 concluye que la norma contenida en el art. 46.1 LPI tiene naturaleza imperativa, si bien se muestra crítico con esta decisión del legislador, puesto que considera que el principio de la autonomía de la voluntad debería ser el que presida la regulación del sistema de remuneración de los autores, tal y como permite la legislación francesa. En este sentido, el art. L-131-4 *Code de la propriété intellectuelle* instauro como regla general un sistema de participación proporcional en los beneficios, que queda excepcionado en determinados casos. Sin embargo, el último párrafo del referido precepto establece lo siguiente: *Est également licite la conversion entre les parties, à la demande de l'auteur, des droits provenant des contrats en vigueur en annuités forfaitaires pour des durées à déterminer entre les parties.*

<sup>695</sup> Vid. *supra* capítulo uno, epígrafes 2 y 3.

En este sentido, resulta pertinente preguntarse cuáles son las consecuencias de contravenir el mandato imperativo del artículo 46 de la Ley de Propiedad Intelectual<sup>696</sup>. En primer lugar, entendemos que la nulidad no afectaría a la totalidad del contrato, sino que se circunscribiría únicamente al pacto relativo a la forma de remunerar al autor. Como consecuencia de ello, habría que integrar el contrato para así determinar la manera concreta en la que se deberá retribuir al creador de la obra intelectual. Habida cuenta de que el porcentaje de remuneración no viene fijado en la norma al tratarse de una cuestión que las partes han de negociar libremente por sí mismas, el juez tendrá que suplir la voluntad de éstas recurriendo a criterios tales como las tarifas de las entidades de gestión colectiva o los usos mercantiles del sector<sup>697</sup>.

Además de todo ello, otros preceptos de la Ley de Propiedad Intelectual complementan esta regulación general. En primer lugar, el artículo 47 reconoce al autor una acción de revisión de la remuneración fijada a tanto alzado cuando se produzca una manifiesta desproporción entre ésta y los beneficios obtenidos por el cesionario<sup>698</sup>. Dado el carácter subsidiario de la acción, será necesario que se acredite no sólo la referida situación de desproporción, sino la previa tentativa de un arreglo amistoso con el cesionario<sup>699</sup>. Finalmente, el órgano judicial que resuelva la cuestión tendrá que ajustar necesariamente

---

<sup>696</sup> A este respecto, TORRES LANA, J.A.: “Comentario del artículo 46”, *op. cit.*, p. 907 señala que la obligación de remunerar proporcionalmente al autor puede burlarse con facilidad en la práctica. Así pues, bastaría con configurar la cesión como gratuita y pagar previamente al creador una cantidad a tanto alzado.

<sup>697</sup> En esta línea, TORRES LANA, J.A.: “Comentario del artículo 46”, *op. cit.*, p. 908. Así mismo, la STS (Sala de lo Civil) de 18 enero 1990 (RJ\1990\34) se remite a las tarifas generales de la Sociedad General de Autores ante la falta de precio pactado por las partes. En concreto, el Alto Tribunal afirma:

*[C]uando, como en este caso, no haya convenio expreso regulador por lógica contractual han de remitirse los interesados a las tarifas generales debido a la ausencia de precio convenido (...) Pero además se advierte esta protección sobre las obras literarias y artísticas en la ordenación internacional del sector a partir del Convenio de Berna de 9 de septiembre de 1886 (NDL 25065), revisado en Berlín el 13 de noviembre de 1908 (NDL 25073) y en Roma el 2 de junio de 1928, aprobado por Ley de 21 de julio de 1932 -Gaceta de 5 de agosto de 1932 (RCL 1932\996y NDL 25080)-, en cuyos artículos 11, 11 bis y 13 se refleja el derecho exclusivo de autorizar la representación, publicación, comunicación al público, reproducción y difusión radiada, lo que comporta la necesidad de fijación de una contraprestación o precio que de no ser bilateralmente determinado lo estará subsidiariamente por las tarifas generales que la legislación o reglamentos de derecho interno de los países adheridos a la Unión, lo tengan así establecido como ocurre en el caso presente.*

<sup>698</sup> El art. 47.1 LPI preceptúa: “Si en la cesión se produjese una manifiesta desproporción entre la remuneración inicialmente pactada por el autor en comparación con la totalidad de los ingresos subsiguientes derivados de la explotación de las obras obtenidos por el cesionario o su derechohabiente, aquel podrá pedir la revisión del contrato y, en defecto de acuerdo, acudir al Juez para que fije una remuneración adecuada y equitativa, atendidas las circunstancias del caso”. En este sentido, la STS (Sala de lo Civil) núm. 331/2001 de 29 marzo (RJ\2002\10216) estimó la acción de revisión al apreciar que existía una manifiesta desproporción entre los siete millones de pesetas pagados al autor y los trescientos cincuenta millones percibidos por el editor.

<sup>699</sup> TORRES LANA, J.A.: “Comentario del artículo 47” en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), *op. cit.*, pp. 912 – 917.

su decisión a determinados parámetros, tales como la ponderación casuística de las circunstancias concretas del supuesto conflictivo o la obligatoriedad de que la nueva remuneración resulte, en efecto, equitativa<sup>700</sup>. En segundo lugar, tal y como ya hemos establecido, el autor fantasma puede ser un trabajador asalariado del autor aparente o – con más frecuencia– del profesional de la explotación. En tal caso, si no se ha estipulado nada en relación con la contraprestación por la cesión onerosa de los derechos de explotación de las obras creadas en el ámbito laboral, se presume que dicha transmisión se encuentra remunerada por el salario del autor (lo que no impide, en cualquier caso, que se pacten la inclusión de bonos salarios o de remuneraciones extraordinarias por este concepto)<sup>701</sup>.

Por otro lado, en lo que respecta al sujeto obligado a pagar la cuantía convenida al autor fantasma y dadas las particularidades de esta relación tripartita, dicha prestación puede ser asumida tanto por el autor aparente (si la relación únicamente se hubiera celebrado entre el autor fantasma y aquél) como por el profesional de la explotación (si el mismo hubiera formado parte del acuerdo de usurpación de autoría). Sea como fuera, sospechamos que en la práctica, independientemente de quien ostentara la obligación jurídica de retribuir al creador fantasma, será el encargado de comercializar la obra en el mercado quien en la mayoría de casos estará desembolsando las cantidades que se emplearán para remunerar a aquél. En este sentido, piénsese, por ejemplo, en el supuesto del profesional de la explotación que paga los correspondientes rendimientos económicos al autor aparente, quien posteriormente se los transmitirá al autor fantasma, conservando o no un porcentaje de dichas ganancias en el proceso.

Precisamente, al hilo de esta última cuestión cabe señalar que el autor fantasma no es el único individuo que obtiene un determinado precio como consecuencia de esta relación jurídica, sino que el autor aparente también suele ostentar un derecho de crédito contra el profesional de la explotación. De esta forma, en el caso de que este último desconozca la presencia de un creador fantasma, dicho sujeto pagará las correspondientes cantidades pecuniarias al autor aparente en concepto de titular originario de los derechos explotación y cedente de los mismos, distribuyéndose dichos rendimientos económicos entre el

---

<sup>700</sup> *Ibidem*, pp. 913 – 914.

<sup>701</sup> RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: “Comentario del artículo 51”, *op. cit.*, p. 946. Por otro lado, cabe reseñar que la STS (Sala de lo Social) de 12 febrero 1985 (RJ 1985\636) afirmó que se presume *iuris tantum* que las remuneraciones por las cesiones de derechos de explotación en favor del empresario tienen carácter salarial.



creador aparente y el autor verdadero en función del pacto interno que hayan suscrito. Por el contrario, si el profesional de la explotación conoce la participación del autor fantasma, el pago que efectuará al autor aparente tendrá como finalidad expresa remunerar el acto de disposición que éste ha realizado sobre determinados bienes de su personalidad, tales como su nombre, su imagen o incluso su intimidad. Finalmente, nos gustaría apuntar que el profesional de la explotación podría decidir remunerar de manera distinta a ambos sujetos, de tal modo que a uno de ellos le pagara una cantidad a tanto alzado, mientras que el otro ostentara un derecho a recibir un porcentaje de los beneficios derivados de la comercialización de la obra en el mercado. Es más, incluso aunque optara por el mismo método de retribución para ambos, es habitual en la práctica que decidiera pagar una cantidad mayor al autor aparente<sup>702</sup>.

Por último, si tenemos en cuenta el marcado carácter fiduciario y confidencial de la relación jurídica que estamos analizando, resulta lógico pensar que las partes se mostrarán reacias a ventilar públicamente las discrepancias que puedan surgir con respecto al cumplimiento del negocio jurídico que han celebrado. Por ello, dado que dichos sujetos carecen *de facto* de la posibilidad de acudir a los tribunales, será habitual que traten de establecer todos los mecanismos a su alcance para garantizar la realización de las distintas contraprestaciones que se hubiera acordado en el correspondiente contrato. Así pues, en relación con el pago del precio, parece que constituye una regla habitual que el desembolso de dichas cantidades pecuniarias se realice a plazos, puesto que ello garantizaría que el autor fantasma cobrase, al menos, una parte del precio convenido incluso si posteriormente el deudor de dicha prestación no se aviniese a pagar la totalidad de la suma pactada en el acuerdo de usurpación. De este modo, por ejemplo, en la redacción de una obra literaria podría pagarse una primera cantidad en el momento de celebración del acuerdo, una segunda cantidad a mitad del proceso y la última suma con la entrega del ejemplar definitivo<sup>703</sup>.

---

<sup>702</sup> Piénsese, por ejemplo, en el caso de “Spare”, la biografía del príncipe Harry, quien fue retribuido con cuarenta millones de libras, mientras que a J.R. Moehringer –su escritor fantasma– se le pagó “una cantidad de siete cifras”, *vid.* STRICK, K.: “JR Moehringer: the celebrity ghostwriter...”, *op. cit.*

<sup>703</sup> A modo de ejemplo, la cláusula 14 del modelo de contrato de *ghostwrting* recogido en HEBB, M.D.: *Ghostwriting*, *op. cit.*, p. 8 establece:

14. As compensation for my writing services described above, in addition to any amounts which may become payable under paragraph 10, you will pay me \$30,000, payable as follows:

15% ON SIGNING (\$6,000)

10% ON DELIVERY OF DETAILED OUTLINE (\$4,000)

25% ON DELIVERY OF FIRST DRAFT OF ONE CHAPTER (\$10,000)

25% ON DELIVERY OF FIRST DRAFT OF ENTIRE MANUSCRIPT (\$10,000)

### 3.2.3. El deber de explotar la obra en el mercado

Como consecuencia de la cesión en exclusiva que realiza el autor fantasma, nace en virtud del artículo 48.2 de la Ley de Propiedad Intelectual la obligación de explotar la creación cuyos derechos se han cedido. Dicha obligación no surgiría en el caso de que la cesión revistiera un carácter no exclusivo. No obstante, tal y como ya hemos señalado previamente, parece poco razonable que en el ámbito de la autoría fantasma se produjeran este tipo de cesiones no exclusivas. Por otro lado, la doctrina ha destacado que el referido precepto constituye una norma de orden público, cuyo objetivo es impedir que se celebren contratos de cesión en exclusiva en los que el cesionario adquiere los derechos de explotación con fines especulativos o directamente con la intención de no divulgar la obra (piénsese en el profesional que contrata con un autor con el fin de que no sea contratado por la competencia, aunque no pretenda en realidad explotar su obra)<sup>704</sup>.

En línea con lo que apuntamos, el deber legal del cesionario de explotar la obra cuyos derechos se han cedido en exclusiva se ha visto reforzado como consecuencia de la reciente inclusión en la Ley de Propiedad Intelectual del artículo 48 bis. Dicho precepto reconoce al autor un derecho irrenunciable a “resolver, en todo o en parte, la autorización o cesión si la obra no está siendo explotada”, pudiendo el cedente optar alternativamente en su lugar por suprimir la exclusividad de la cesión ya realizada. Este derecho de revocación podrá ser ejercido, en principio, tras haber transcurrido cinco años desde la cesión y mediante previa comunicación. Sin embargo, el propio apartado tercero del artículo 48 bis reconoce la posibilidad de que el “pacto expreso acordado al efecto, convenio colectivo o acuerdo sectorial” modifique el ejercicio de este derecho. Desde nuestro punto de vista, consideramos que dicho inciso final abre una peligrosa puerta hacia el fraude de ley, puesto que intuimos que los cesionarios del derecho –en muchos

---

*25% ON DELIVERY OF REVISE MANUSCRIPT (\$10,000)*

*Research fees are in addition to the above minimum writing fee.*

*The feed is paid at each stage and the agreement is subject to termination by either party following each payment. If there is no publishing agreement, the final payment would be made no later than 60 days of delivery of final revisions.*

<sup>704</sup> CAVANILLAS MÚGICA, S.: “Comentario del artículo 48”, *op. cit.*, p. 925. De igual manera, en relación con la obligación de explotar la obra, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: “El Art. 1.563 del Código Civil y los límites temporales del contrato discográfico”, *Pe. i.: Revista de propiedad intelectual*, N° 33, 2009, pp. 74 – 75 afirma:

*De esta forma, si el productor no tiene ninguna obligación de explotar la prestación del artista, la duración admitida deberá ser sensiblemente menor que si existe obligación de explotación. Y ello porque la ausencia de una obligación efectiva de explotar las fijaciones de las interpretaciones o ejecuciones de los artistas, unido al carácter exclusivo de la relación, puede de hecho «esterilizar» al artista durante un tiempo prolongado, viendo cómo su trabajo no sale al mercado y, sin embargo, no puede buscar alternativas viables hasta que no expire el contrato.*

casos, grandes empresas del sector cultural con un enorme poder de negociación— podrían tratar de incluir cláusulas contractuales que retrasaran torticeramente el ejercicio de este derecho con el fin de poder congelar en el tiempo la explotación de determinadas obras intelectuales.

Tras haber expuesto el contenido de las principales prestaciones que asumen los sujetos que llevan a cabo este negocio jurídico, surge una ineludible reflexión al hilo de las cuestiones que estamos planteando con respecto tanto a la obligación de pagar el precio como al deber de explotar la obra en el mercado. Si, como decíamos, este fenómeno se caracteriza por el hecho de que las partes involucradas en el mismo no están interesadas en revelar la existencia de la relación jurídica que las une, cabe preguntarse hasta qué punto dichos sujetos están en las condiciones adecuadas de exigir el cumplimiento de las prestaciones acordadas o de las disposiciones imperativas de la Ley de Propiedad Intelectual. Si tenemos presente la idiosincrasia de este tipo de relaciones, entenderemos que el autor fantasma no suele tener especiales alicientes para ejercitar acciones judiciales con las que forzar a la contraparte a cumplir con el contenido exacto del mandato imperativo que se deriva de las normas apuntadas. Ello se debe a que normalmente considerará que las repercusiones de dicha decisión (pérdida de oportunidades laborales, expulsión *de facto* del mercado cultural, etc.) pueden ser incluso peores que tolerar el incumplimiento de las obligaciones de la contraparte.

Con todo, si finalmente el autor fantasma decidiese por el motivo que fuera que le compensa impugnar judicialmente la situación que se ha creado, se encontraría aun así frente a una importante incógnita y es la de determinar hasta qué punto los tribunales apreciarían la validez de un acuerdo cuyo núcleo consiste en una cláusula potencialmente nula, cuya ineficacia invalidaría probablemente la totalidad del negocio jurídico y que además podría ser apreciada de oficio por los órganos judiciales en el caso de que se tratase de un supuesto de nulidad absoluta. Por todo ello, consideramos que ha llegado finalmente el momento de que nos detengamos a examinar detalladamente esta trascendente cuestión con el fin de poder aportar respuestas razonables a los diversos interrogantes que se nos plantean en el ámbito de la autoría fantasma.

#### **4. LA EFICACIA DEL CONSENTIMIENTO DEL AUTOR FANTASMA**

Recapitulando todo lo que se ha expuesto hasta el momento, podemos concluir que la controversia fundamental del acuerdo de usurpación de autoría se halla en la cuestionable

eficacia de la principal cláusula de dicho negocio jurídico. Por lo general, la misma supone que el autor fantasma asuma la obligación negativa de no revelar procesal o extraprocesalmente que es el auténtico creador de la obra usurpada. En cambio, en aquellos casos en los que la identidad del autor verdadero sea públicamente conocida porque las partes la hayan desvelado de común acuerdo –piénsese de forma ilustrativa en algunos de los ejemplos mediáticos ya citados sobre biografías creadas a través de este *modus operandi*–<sup>705</sup>, dicha obligación consistirá en el deber de no ejercitar el derecho moral de paternidad para impugnar el *status quo* (es decir, para reclamar la aparición de su nombre en los actos de explotación de la creación en cuestión).

Desde nuestro punto de vista, la potencial ilicitud de esta cláusula responde a dos razones. La primera de ellas reside en el hecho de que los derechos morales constituyen facultades “irrenunciables e inalienables”, de tal modo que cualquier pacto que suponga una total abdicación de las mismas será nulo de pleno derecho. En segundo lugar, entendemos que, incluso aunque se hallara una fórmula jurídica para no configurar dicha cláusula como un acto de renuncia del derecho moral de paternidad, sería preciso que el mencionado acuerdo no fuera contrario a los límites generales a la autonomía de la voluntad (ley, moral y orden público), puesto que de lo contrario el negocio jurídico también acabaría de este modo resultando ineficaz. La cuestión no resulta sencilla, por lo que se hace necesario que analicemos cuáles son las principales tesis a las que podemos acogernos para resolver la citada controversia.

#### **4.1. El autor no puede ejercitar la acción declarativa de paternidad intelectual**

La primera hipótesis supone sostener que el creador fantasma no puede reivindicar la paternidad de la obra intelectual que ha creado, puesto que ha asumido contractualmente la obligación de no impugnar judicialmente la apariencia de autoría que se ha creado ante terceros. Según este razonamiento, los tribunales tendrían que desestimar las acciones que el autor ejercitara en este sentido con base en el acuerdo que éste mismo suscribió en su momento y que además es plenamente válido. Así pues, ésta fue, en síntesis, la argumentación a la que se recurrió en el acórdão Bruna Surfistinha do Superior Tribunal

---

<sup>705</sup> Vid *supra* capítulo primero, epígrafe 2.

de Justiça do Brasil (processo nº 2012/0162477-2) o para resolver el litigio entre Alejandro Dumas y Auguste Maquet<sup>706</sup>.

Como ya hemos establecido previamente, este planteamiento no tiene cabida alguna dentro de nuestro ordenamiento jurídico, puesto que el reconocimiento de la condición de autor constituye una cuestión de orden público sobre la que las partes no pueden disponer libremente<sup>707</sup>. Del mismo modo, tampoco es posible defender esta postura arguyendo que el autor fantasma habría renunciado contractualmente al ejercicio del derecho moral de paternidad, por lo que posteriormente no podría actuar en contra de sus propios actos. En este sentido, debemos recordar, por un lado, que los derechos morales se configuran como prerrogativas irrenunciables –irrenunciabilidad que afecta no sólo a la titularidad de estas facultades, sino que se extiende a la protección que el ordenamiento confiere a las mismas–<sup>708</sup> y, por otro, que la conocida doctrina de los actos propios no resulta de aplicación a aquellas materias que forman parte del orden público<sup>709</sup> (como ocurre en el

---

<sup>706</sup> En relación con el pleito entre Dumas y Maquet, los tribunales franceses declararon lo siguiente, *vid.* Sentencias del Tribunal Civil de la Seine du 13 février 1858 y de la Cour d’appel de Paris du 12 novembre 1859, *Annales de la Propriété Industrielle, Artistique et Littéraire*, p. 395, *cit.* por GINSBURG, J.C: “The Author’s Name...” *op. cit.*, p. 6:

*The name of the author and the coauthor of literary and scientific works, as applied to those works, is subsidiary to those works and bears the legal characteristic of purely private property; as a result, the name may be the subject of contractual agreement, and may be left off the book titles, if that is what the author and coauthor contracted for.*

<sup>707</sup> *Vid supra* capítulo tercero, epígrafe 1.

<sup>708</sup> *Vid supra* capítulo cuarto, epígrafe 3.

<sup>709</sup> En relación con los reconocimientos de complacencia en materia de filiación, la STS (Sala de lo Civil) núm. 494/2016 de 15 julio (RJ2016\3196) entendió que los mismos podían ser impugnados por el reconocedor siempre que todavía no hubiera transcurrido el correspondiente plazo fijado en el Código Civil según se tratase de filiación matrimonial o no matrimonial. Entre los argumentos que empleó para defender esta postura, el Alto Tribunal afirmó lo siguiente: “4.ª) Tampoco cabe invocar a dicho efecto lo que dispone el artículo 7.1 CC (doctrina de los actos propios), pues las cuestiones de estado civil son de orden público indisponible (art. 1814 CC)”. En esta línea, RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “28 de noviembre de 1992. Filiación extramatrimonial. Acción de reclamación e impugnación de paternidad. Legitimación activa y caducidad de la acción. Aplicación de la doctrina de los propios actos”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, N.º 30, 1992, pp. 1069 y ss. destaca la inaplicación de la doctrina de los actos propios a determinadas materias: estado civil, derechos indisponibles y actos ineficaces. En sentido contrario, ROGEL VIDE, C.: “La doctrina de los propios actos en la última jurisprudencia civil española”, en LÓPEZ MESA, M. J. y ROGEL VIDE, C.: *La doctrina de los actos propios: Doctrina y jurisprudencia*, Reus, Madrid, 2005, pp. 230 – 231 se muestra crítico con la imposibilidad de recurrir en determinadas circunstancias a la doctrina de los actos en relación con materias que integran el orden público. Así mismo, el Tribunal Supremo ha negado la aplicación de la doctrina de los actos propios en supuestos en los que el actor solicitaba la nulidad absoluta de un negocio jurídico en el que previamente había participado. De manera ilustrativa, la STS (Sala de lo Civil) núm. 1076/2001 de 20 noviembre (RJ 2002\1026) estima lo siguiente:

[E]stamos ante un contrato existente, pero, sin embargo, con causa ilícita, como contraria al ordenamiento jurídico y normas que rigen la moral; el contrato por consiguiente, es un contrato nulo, radicalmente nulo, que no permite la confirmación ni la convalidación acorde con «Quod nullum est nunquam producit effectum et non potest tractu temporis convalescere», por lo cual, es inoperante, para eludir esa sanción de reproche máximo, la propia conducta de la actora que, si bien –se repite– podría ser planteable en un supuesto de anulabilidad, nunca procede en un supuesto de nulidad radical cuando, efectivamente, el contrato es nulo por causa ilícita

presente caso con los derechos morales)<sup>710</sup>. En definitiva, esta hipótesis sólo podría ser lícita si se operara una reforma de la actual legislación en materia de derechos de autor, acercando sus planteamientos a los propios de países como Reino Unido o Estados Unidos, que han optado por una concepción eminentemente patrimonialista de la propiedad intelectual<sup>711</sup>. De esta forma, sería preciso modificar la caracterización legal de los derechos morales como facultades irrenunciables y prever la posibilidad de renunciar a dichas prerrogativas estableciendo ciertas garantías para ello (por ejemplo, el acto de abdicación deberá ser expreso, constar por escrito, etc.). En esta línea, cabe destacar cómo DAVIES y GARNETT consideran que la renuncia a los derechos morales prevista en la normativa británica resulta idónea para los supuestos de autoría fantasma:

*In many situation the ability to make a waiver of moral right is clearly appropriate, for example, as regards the paternity right in a contract for a “ghost-writer” to write or co-author a book, although it is more difficult to justify in the case of a waiver of the right to complain of treatments that are prejudicial to an author’s honour or reputation.*<sup>712</sup>

La reforma que señalamos resulta compatible con los compromisos internacionales que España ha suscrito a este respecto, ya que el artículo 6.bis del Convenio de Berna obliga únicamente a los Estados parte a reconocer los derechos morales de paternidad e integridad, y a que, como regla general, la duración de dichas potestades personalísimas sea idéntica a la de los derechos de explotación. Por ende, el referido texto internacional no impone que dichas facultades deban ser conceptuadas legalmente como prerrogativas irrenunciables e inalienables. La atribución de dichos rasgos a los derechos morales constituye, por tanto, una decisión de política legislativa, que se adecúa al sentir general de las legislaciones continentales o de *droits d’auteur* (cuyo rumbo viene marcado principalmente por la regulación francesa) y que prioriza la especial tutela de los intereses de los creadores de las obras intelectuales en tanto que las mismas forman parte del acervo cultural de la nación.

---

En esta línea, PARRA LUCÁN, M. A.: “10 de julio de 1997. Capacidad del quebrado; seguro. acción directa; actos propios en contratos nulos; nulidad contractual. necesidad de reconvención”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, N.º 46, 1998, p. 34 afirma: “Con carácter general, es un error considerar “actos propios” la misma celebración de un contrato nulo”.

<sup>710</sup> Vid *supra* capítulo cuarto, epígrafe 2.

<sup>711</sup> Vid *supra* capítulo cuarto, epígrafe 3.

<sup>712</sup> DAVIES, G. y GARNETT, K.: *Moral rights*, *op. cit.*, p. 319.

Indudablemente, al despejar cualquier atisbo de duda sobre la licitud de este tipo de acuerdos, la reforma del primer inciso del artículo 14 de la Ley de Propiedad Intelectual contribuiría a la visibilización o al florecimiento del mercado de contratación de autores fantasmas, puesto que las pretensiones tanto del autor aparente como del profesional de la explotación quedarían adecuadamente respaldadas al poder celebrar estos contratos con plena seguridad jurídica. En este sentido, debemos tener presente que la renuncia al derecho moral de paternidad no sólo ocasionaría que los tribunales no pudiesen estimar la pretensión del creador verdadero de ser reconocido como tal, sino que además el ejercicio infructuoso de la acción declarativa de paternidad intelectual supondría un incumplimiento grave del compromiso de confidencialidad, por lo que los acreedores de la prestación podrían solicitar tanto la resolución del contrato como la indemnización de los daños y perjuicios que hubieran sufrido. Si bien intuimos que el tabú social en torno a la autoría fantasma continuaría persistiendo pese a su legalización, es innegable que la reforma apuntada contribuiría a la normalización de esta figura. Con todo, cabe preguntarse si realmente todo este escenario que dibujamos es acaso deseable.

Para empezar, la viabilidad de la hipótesis que exponemos en este epígrafe pasa forzosamente por suprimir la nota de irrenunciabilidad de los derechos morales, lo que, en nuestra opinión, sólo contribuiría a enervar aún más la posición del creador con respecto a la del cesionario de sus derechos. En esta misma línea se ha pronunciado DIETZ, que se ha mostrado especialmente crítico con la posibilidad de renunciar a los derechos morales que se prevé en la normativa británica, en la medida en que dicha legislación parece obviar el hecho de que el autor suele constituir la parte débil de la relación contractual<sup>713</sup>.

En efecto, no debemos olvidar que en el tráfico jurídico actual los creadores de obras intelectuales ya suelen verse constreñidos a tener que ceder sus derechos de explotación mediante un condicionado general de la contratación que les desprovee de dichas prerrogativas por todo el tiempo de duración de las mismas. De este modo, sospechamos que la posibilidad legal de renunciar a los derechos morales supondría que dichos condicionados se copiarían de nuevas cláusulas para privar a los creadores de estas facultades personalísimas, lo que, en última instancia, sólo ahondaría aún más en la desprotección de este colectivo. Además de todo ello, consideramos que la referida

---

<sup>713</sup> DIETZ, A.: *El derecho de autor...*, op. cit., p. 76.

reforma del artículo 14 serviría, en última instancia, para legalizar una práctica que, en esencia, constituye un fraude a los consumidores. Posteriormente, desarrollaremos esta idea con mayor profundidad.

#### **4.2. El autor puede ejercitar la acción declarativa de paternidad intelectual, pero su ejercicio supone un incumplimiento del contrato**

Este segundo planteamiento reconoce que el autor fantasma no ha renunciado al derecho moral de paternidad, por lo que si aquél lo ejercitase ante los tribunales, éstos tendrían que reconocer necesariamente su posición como verdadero creador de la obra intelectual. Pese a ello, el acuerdo de usurpación de autoría seguiría siendo eficaz, por lo que el autor habría incumplido el compromiso de confidencialidad que asumió al celebrar el negocio jurídico en cuestión. En consecuencia, el autor aparente o el profesional de la explotación podrían solicitar tanto la resolución del contrato como la indemnización de los daños y perjuicios que se hubieran ocasionado (cuyo importe se habría fijado, por lo general, de manera previa en una cláusula penal incluida en el susodicho contrato).

Como indicábamos, dicha hipótesis parte de la idea de que, aunque no se produzca una renuncia al derecho de paternidad, el autor fantasma sí habría dispuesto del mismo, autorizando así la usurpación realizada por el tercero. De esta manera, dicha autorización constituiría el objeto principal de un contrato suscrito entre los diferentes sujetos involucrados y en virtud del cual el autor fantasma habría asumido una prestación negativa de no impugnar la apariencia de autoría que se habría generado ante el público en general. Según este razonamiento, el quebrantamiento del deber de confidencialidad por parte del creador verdadero supondría un incumplimiento grave del contrato, que en todo momento seguiría considerándose válido, ya que el mismo no supondría, en puridad, ni una abdicación ni una transmisión de ningún derecho moral. A nuestro entender, esta argumentación se asemeja al supuesto del autor que está obligado por contrato a divulgar una obra creada por encargo, pero que finalmente se opone a ello. Tal y como expusimos en su momento, la doctrina mayoritaria entiende que el derecho de inédito prevalecería en todo caso, de tal modo que no se produciría la divulgación de la creación intelectual, lo que no sería óbice para considerar que el autor ha incumplido el contrato en cuestión<sup>714</sup>.

Es importante reseñar que si consideramos que el autor fantasma está necesariamente incumpliendo el contrato al ejercitar el derecho moral de paternidad, ello implica que a

---

<sup>714</sup> *Vid supra* capítulo cuarto, epígrafe 4.



su vez estamos sosteniendo que el consentimiento que aquél prestó es irrevocable. En efecto, sólo puede producirse un incumplimiento contractual en la medida en que exista un contrato válido al que el deudor de la prestación en cuestión esté vinculado irrevocablemente. En cambio, si el autor fantasma pudiera revocar a voluntad el consentimiento inicialmente prestado, se habría desvinculado de esta forma de un negocio jurídico que dejaría de ser eficaz *ex nunc*, de tal manera que el ejercicio de la acción declarativa de autoría no constituiría ya un incumplimiento del acuerdo de usurpación. A nuestro entender, la tesis por la cual el consentimiento del autor fantasma es irrevocable –más allá de su posible colisión con los límites de la autonomía de la voluntad– se alinea en cierto modo con la de aquella parte de la doctrina que considera que el consentimiento para disponer de un derecho de la personalidad prestado a través de un contrato es irrevocable (de tal modo que la previsión normativa del artículo 2.3 de la Ley Orgánica 1/1982 sería sólo aplicable a las simples autorizaciones)<sup>715</sup>.

Desde nuestro punto de vista, existen suficientes argumentos jurídicos como para defender la revocabilidad del consentimiento del autor fantasma. En primer lugar, entendemos que la revocabilidad del consentimiento constituye la principal salvaguarda para que el titular de un bien personalísimo pueda disponer hasta cierto punto del mismo sin conculcar la especial protección que el legislador ha decidido conceder a dicho interés jurídico. Ciertamente, la mayor garantía de que el titular de un derecho no se va a ver desprovisto *de facto* de éste (lo que supondría en la práctica cuestionar el carácter inalienable e irrenunciable de estas facultades) es la posibilidad de recuperar el monopolio de control que el ordenamiento jurídico le ha conferido a través de la posibilidad de revocar su consentimiento con respecto a cualquier acuerdo que haya suscrito en este sentido, independientemente de que ello le obligue a reparar los daños patrimoniales que su cambio de opinión haya ocasionado<sup>716</sup>.

---

<sup>715</sup> Entre otros, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H.: “Negocios jurídicos de...”, *op. cit.*, pp. 43 y ss. IGARTUA ARREGI, F: “El derecho a la imagen...”, *op. cit.*, pp. 326 – 329. GARCÍA RUBIO, M.P: “Los derechos de...”, pp. 620 – 621. AMMERMAN YEBRA, J.: *El derecho a...*, *op. cit.*, pp. 271 – 272.

<sup>716</sup> VENDRELL CERVANTES, C.: *El mercado de los derechos...*, *op. cit.*, pp. 362 – 364 sostiene que la protección de ciertos intereses personales y morales sería la verdadera finalidad del reconocimiento de la facultad de revocación al titular de un derecho de esta naturaleza. En contra de lo que se ha venido defendiendo tradicionalmente, VENDRELL CERVANTES sostiene que la revocabilidad del consentimiento no sería un mecanismo para preservar la irrenunciabilidad del derecho, sino que, al contrario, ésta garantizaría el derecho del titular de revocar la autorización inicialmente otorgada. En este sentido, afirma: “Por lo tanto, el reconocimiento de la facultad de revocación no garantiza la irrenunciabilidad, pues el titular, al consentir en la intromisión, no renunció al derecho, ni a ninguna de sus facultades. Por otro lado, la admisión de la facultad en estos casos tampoco se explica como una garantía o correlato de la irrenunciabilidad en el

Entendemos que este razonamiento es trasladable a cualquier prerrogativa irrenunciable e inalienable que tutele un interés personal merecedor de una especial protección, por lo que resulta extensible tanto a los derechos de la personalidad como a los derechos morales<sup>717</sup>. En consecuencia, no compartimos la postura de un sector de la doctrina que circunscribe la potestad revocatoria de la Ley Orgánica 1/1982 a los actos de disposición vehiculados a través de autorizaciones, puesto que, por un lado, la literalidad del artículo 2.3 no lleva a realizar ningún tipo de distinción y, por otro, la interpretación correctora que se propone resulta, en nuestra opinión, contraria a la tutela de los bienes que se pretenden amparar.

En segundo lugar, debemos recordar que nuestro ordenamiento jurídico no permite la asunción de obligaciones perpetuas. Dado el carácter inalienable de los derechos morales, la prestación a la que se obliga el autor fantasma no se puede configurar como una obligación instantánea de dar (transmitir el derecho de paternidad), sino que se conceptúa como una obligación continuada de no hacer (permitir la usurpación y no impugnar la apariencia de autoría). En principio, el acreedor de dicha prestación pretende que el deber de secreto se mantenga de forma perpetua, lo que resulta contrario a la propia libertad de los contratantes y, por ende, a la misma esencia del concepto de obligación jurídica<sup>718</sup>.

---

segundo uso de este concepto en el art. 1.3 II LO 1/1982, esto es, con la sanción de invalidez de los actos por los cuales el titular de los derechos se compromete de forma vinculante a prescindir, en beneficio de otra persona, de alguno de los instrumentos de tutela establecidos en sus normas. Antes bien, aquí es la irrenunciabilidad la que trata de garantizar la facultad de revocación, pues el titular no podrá renunciar, de forma vinculante, al ejercicio de la facultad de revocación de su consentimiento”.

<sup>717</sup> En este sentido, MARÍN LÓPEZ, J.J.: *El Conflicto entre...*, op. cit., pp. 76 – 77. RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.: “Las imágenes...”, p. 22.

<sup>718</sup> Sobre la interdicción de las obligaciones perpetuas, vid. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: “El Art. 1.563 ...”, op. cit., pp. 66 y ss. Así mismo, una abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo ha defendido que en el caso de los contratos de duración indefinida (en concreto, contratos cuya duración no haya sido determinada expresamente por los contratantes) las partes ostentan una facultad de denuncia unilateral para poner fin al mismo (más allá de las consecuencias indemnizatorias que ello pudiera entrañar en función de si el ejercicio de dicha potestad se hubiera realizado de buena o de mala fe). En este sentido, la STS (Sala de lo Civil) de 19 diciembre 1985 (RJ\1985\6600) recordó que, en efecto, los pactos de exclusividad pueden ser revocados unilateralmente:

*[E]l contrato puede ser denunciado unilateralmente por una de las partes, en aquellos supuestos de duración ilimitada, en los que se establezcan pactos de exclusividad, en efecto de expresa estipulación, no puede admitirse se concierten por tiempo ilimitado, de aquí sea dable su revocación unilateral, que, como se dice en la última de las resoluciones citadas, podrá determinar, si el tal desistimiento es abusivo, las pertinentes consecuencias de orden indemnizatorio (...).*

*Como se deja dicho la compleja relación jurídica que une a los contendientes permite poner fin a la misma mediante la denuncia unilateral del vínculo obligatorio, cuando no se ha pactado tiempo de duración y más cuando éste se establece con carácter indefinido (...) esa facultad de desistimiento no significa dejar el cumplimiento y la validez de un contrato al arbitrio de uno de los contratantes, sino autorizarlo para poner fin a una determinada situación jurídica, que en el caso de concesión mercantil en exclusiva no procede reconocer se mantenga por tiempo indefinido.*

No sólo eso, sino que permitir que la prestación que recae sobre una facultad personalísima posea una duración perpetua implica ofrecer un peor tratamiento jurídico a los derechos morales que el que la Ley de Propiedad Intelectual pretende proporcionar a la cesión de los derechos de explotación (que, por su propia naturaleza, es siempre temporal).

Ante esta problemática pueden plantearse dos soluciones posibles. La primera de ellas consiste en que sean los tribunales quienes, de conformidad con el artículo 1128 del Código Civil, fijen una duración determinada para la prestación. En nuestra opinión, ello se compaginaría mal con el contenido característico del compromiso de confidencialidad, puesto que la discusión del mismo ante los tribunales generaría inevitablemente la imposibilidad de que el deudor pudiera cumplir con dicha prestación. Adicionalmente, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ recuerda que la finalidad del mencionado precepto es la fijación del momento en el que el deudor debe cumplir la prestación, no la determinación de la duración del contrato, por lo que no constituye el instrumento idóneo para afrontar la problemática de los contratos de duración indeterminada o de duración perpetua<sup>719</sup>. Por todo ello, nos parece una solución más razonable reconocer al autor fantasma una potestad revocatoria *ad nutum*, de tal modo que sea éste quien pudiera determinar durante cuánto tiempo desea estar vinculado por dicha obligación negativa<sup>720</sup>.

#### **4.3. El autor puede revocar libremente su consentimiento**

La tercera hipótesis que planteamos parte, precisamente, de las objeciones que acabamos de realizar al planteamiento anterior. Así pues, según este nuevo razonamiento el autor fantasma habría dispuesto del derecho moral de paternidad a través del acuerdo de usurpación de autoría, que sería considerado plenamente válido y eficaz. Sin embargo, dicho sujeto podría cambiar de opinión en cualquier momento, revocando el consentimiento inicialmente prestado y ejercitando posteriormente, en su caso, el derecho

---

Igualmente, nuestro Alto Tribunal ha declarado en numerosas ocasiones que ninguna prestación derivada de un contrato puede revestir carácter perpetuo. Así pues, la STS (Sala de lo Civil) núm. 963/1998 de 26 octubre (RJ/1998/8237) declaró la nulidad por causa ilícita de un contrato de cesión de negocio que tenía una duración perpetua: "... se estipuló prácticamente la duración del mismo «a perpetuidad», la cual es opuesta a la naturaleza temporal de toda relación obligatoria, integrando una limitación de la libertad del deudor, contraria al orden público (véase el artículo 1583 del Código Civil) (...)".

<sup>719</sup> GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: "El Art. 1.563 ...", *op. cit.*, pp. 67 – 68.

<sup>720</sup> De manera similar, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: "El Art. 1.563 ...", *op. cit.*, pp. 68 y ss. considera que el reconocimiento de una facultad de resolución unilateral a las partes del contrato constituye la fórmula adecuada para sostener la validez de un contrato de duración indeterminada en el seno de nuestro ordenamiento jurídico.

moral de paternidad. El régimen de dicha facultad revocatoria sería idéntico al desarrollado en la Ley Orgánica 1/1982, de tal modo que el autor fantasma estaría obligado a indemnizar los daños y perjuicios que hubiera ocasionado su cambio de opinión<sup>721</sup>.

Cabe destacar que ésta ha sido la hipótesis que ha sido acogida por parte de la doctrina francesa, que ha tratado de buscar una “fórmula de compromiso” que permita compatibilizar la celebración de esta clase de negocios jurídicos con el reconocimiento de los derechos morales<sup>722</sup>. En esta línea, GAUTIER (siguiendo los planteamientos ya expuestos de DESBOIS para los autores anónimos)<sup>723</sup> considera que el acuerdo de usurpación podría vehicularse a través de la asunción de una obligación alternativa por parte del autor fantasma. De este modo, durante la ejecución de este contrato de tracto sucesivo el creador verdadero ostentaría la opción de escoger entre tolerar la usurpación de la autoría por parte del autor aparente o revelar su paternidad, ocasionando que la obra se explote a partir de ese momento bajo su nombre<sup>724</sup>. Con todo, dicho planteamiento no ha estado exento de ciertas críticas<sup>725</sup>. Por su parte, la jurisprudencia francesa ha tenido que enfrentarse en diversas ocasiones a la necesidad de dar una respuesta a diferentes conflictos que atañen a la autoría fantasma. Si bien en un primer momento los tribunales franceses aceptaron sin mayores reparos la licitud del acuerdo por el que creador renuncia contractualmente a figurar como autor de la obra usurpada (como ocurrió en el litigio

---

<sup>721</sup> *Vid supra* capítulo cuarto, epígrafe 3.

<sup>722</sup> En este sentido, JANKOWSKA, M.: “Ghostwriting revisited”, *op. cit.*, pp. 109 afirma: *Essentially, the possibility of waiving the moral right itself was not accepted, but only one aspect of it. What is more, according to the French doctrine, a waiver is acceptable only when it can be cancelled at any time. (...) Allowing this kind of practice, whereby the author waives his moral right to some extent without actually transferring them, constitutes the connivance of the French doctrine in continuing an old practice of entering agreements of ghostwriting, which effectively became legally justified in this way.*

<sup>723</sup> DESBOIS, H.: *Le droit d’auteur...*, *op. cit.*, pp. 477 – 478.

<sup>724</sup> GAUTIER, P.Y.: “L’œuvre...”, *op. cit.*, p. 90.

<sup>725</sup> Tal y como explica EVANGELIO LLORCA, R.: *El encargo de...*, *op. cit.*, p. 109, los razonamientos de esta naturaleza suscitan ciertas críticas por parte de la doctrina francesa. En concreto, la autora hace referencia al supuesto de la revocación de la autorización para divulgar la obra y el subsiguiente deber del autor de indemnizar a la contraparte por los daños y perjuicios ocasionados por dicho cambio de parecer. La jurisprudencia francesa planteó la posibilidad de considerar que el fundamento de dicho deber de indemnización se encontraba en la existencia de una obligación alternativa: el contratista podía decidir entre entregar la obra o indemnizar al comitente. Sin embargo, se cuestiona que exista una equivalencia real entre ambas alternativas, así como que las partes realmente hubieran previsto conscientemente en el momento de celebrar el contrato la posibilidad de que éste se incumpliera a través de una obligación alternativa de indemnización.

entre Alejandro Dumas y Auguste Maquet), en la actualidad parecen inclinarse por reconocer una potestad revocatoria al autor fantasma<sup>726</sup>.

Es preciso señalar que la revocación opera únicamente sobre la disposición del derecho moral de paternidad que el autor ha consentido, por lo que, en puridad, sería posible que perviviera el resto de prestaciones (cesión de los derechos patrimoniales, explotación de la obra, etc.). Sin embargo, no creemos, en ningún caso, que ello resulte oportuno, puesto que el compromiso de confidencialidad constituye la cláusula esencial del acuerdo de usurpación de autoría, de tal modo que sin la misma éste carece de virtualidad y de sentido. Por lo tanto, siguiendo el planteamiento de DESBOIS que ya expusimos en su momento, creemos que la contraparte no debe soportar el cumplimiento de un contrato que sólo celebró porque se incluyó expresamente en él una cláusula que consideró imprescindible para su celebración y de la que el autor fantasma se ha desvinculado válidamente gracias al ejercicio de la facultad revocatoria<sup>727</sup>. Con todo, si nos acogemos a esta hipótesis, no debemos desdeñar la posibilidad de que el autor aparente o el profesional de la explotación estuvieran interesados por la razón que fuera en continuar con la comercialización de la obra usurpada bajo el nombre del autor fantasma. Si así fuese, no encontramos obstáculo alguno en que se mantuviera la vigencia del resto del contrato (si bien intuimos que dicho supuesto será del todo excepcional en la práctica).

En cualquier caso, la solución planteada por parte de la doctrina y de los tribunales franceses supondría que la posible ineficacia del negocio jurídico no sería, en ningún caso, originaria, sino únicamente sobrevenida (es decir, sólo surgiría en el caso de que el creador verdadero decidiera revocar su consentimiento). Dicha conclusión presenta una enorme trascendencia, puesto que otorgaría una mayor seguridad jurídica a todos los

---

<sup>726</sup> A ojos de GAUTIER, P.Y.: “L’œuvre...”, *op. cit.*, pp. 88 – 92 es la tesis por la que se inclina la sentencia de la Cour d’appel de Paris (1<sup>ère</sup> Chambre), du 10 juin 1986 –ya comentada en este trabajo– en el asunto Montpezat al afirmar: *Considérant que la renonciation passée... à la tenir pour valable, a cessé d’avoir effet au plus tard le 1<sup>er</sup> octobre 1981, date de l’assignation, contenant la première manifestation de son (celui du nègre) repentir.* En el referido caso el escritor Étienne de Montpezat había realizado un contrato con un editor por el que se comprometía a reescribir las obras futuras de su fondo editorial. En el seno de esta relación Montpezat escribió varias autobiografías de personajes públicos, entre ellas la de Patrick Segal (*L’homme qui marchait dans sa tête*). Ante el éxito de la misma, el autor fantasma solicitó un aumento de la remuneración recibida y, ante el fracaso de las negociaciones, el creador llevó el asunto a los Tribunales. Finalmente, la Cour de Paris concluyó la coautoría de Montpezat y Segal sobre la obra, considerando que la labor del escritor fantasma no se había limitado a ordenar los materiales proporcionados por el biografiado. Igualmente, estimó una indemnización a favor del autor fantasma por la vulneración de diversos preceptos de la Ley de Propiedad Intelectual. Igualmente, tal y como indicamos previamente, la sentencia de la Cour d’appel de Paris (1<sup>ère</sup> Chambre), du 18 décembre 1990 también se pronuncia a favor de la posibilidad de que la parte actora –una escritora fantasma– pudiera revocar su consentimiento.

<sup>727</sup> DESBOIS, H.: *Le droit d’auteur...*, *op. cit.*, pp. 477 – 478.

sujetos involucrados en un negocio de esta naturaleza. Por un lado, dado que el contrato en cuestión es plenamente eficaz hasta que se produzca la revocación, el autor fantasma podría compeler judicialmente a la contraparte al cumplimiento de las prestaciones que se le adeudan y que están fijadas en el acuerdo de usurpación (por ejemplo, el pago del precio por la realización del encargo o de los beneficios derivados de la explotación). Ello podría servir de incentivo para que tanto el autor aparente como el profesional de la explotación se vieran constreñidos a cumplir con la legalidad bajo la amenaza de que si no lo hicieran, el creador podría demandarlos y conseguiría así, además del reconocimiento de la paternidad de su creación, la estimación de todas sus pretensiones.

Por otro lado, tal y como se ha explicado previamente, en el caso de que se produjera la revocación del consentimiento el autor aparente y el profesional de la explotación ostentarían tanto una pretensión restitutoria en relación con aquellas cantidades que se hubieran abonado de forma adelantada y que correspondieran a una parte de la prestación que finalmente no se fuera a ejecutar, como una pretensión reparadora por los daños y perjuicios que ocasionara el ejercicio de dicha facultad revocatoria<sup>728</sup>. Hay quien podría cuestionar la posibilidad de que el autor aparente o el profesional de la explotación tengan interés en suscribir un acuerdo que puede ser revocado unilateralmente en cualquier momento por el autor fantasma. Sin embargo, no debemos olvidar que ésta es la práctica habitual en el ámbito de los derechos de la personalidad y ello no ha impedido que se lleven a cabo los pertinentes actos de explotación sobre la faceta patrimonial de los mismos. Así mismo, en tanto que no hay forma material de impedir que eventualmente el creador verdadero desvele su autoría, al menos esta hipótesis garantiza el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por dicho cambio de comportamiento.

Además de ello, las partes podrían haber establecido de antemano en la correspondiente cláusula penal el cálculo de la indemnización que el revocante debería pagar en el caso de que ejercitara dicha potestad. Al respecto de esta cuestión, creemos que resulta interesante traer a colación los razonamientos que realiza DURRANDE en relación con las cláusulas penales que fijan indemnizaciones para el caso de que el creador finalmente no entregue la obra intelectual. En concreto, la autora francesa sostiene que, si bien dichas

---

<sup>728</sup> *Vid supra* capítulo cuarto, epígrafe 3.

cláusulas son lícitas, no pueden prever una indemnización tan elevada que en la práctica obliguen al contratista a realizar la obra en contra de su voluntad<sup>729</sup>.

Sospechamos que en el ámbito de la autoría fantasma es frecuente que las indemnizaciones que se estipulen para el supuesto de que el autor verdadero desvele su identidad deben ser, cuando menos, elevadas, por lo que cabe preguntarse si el juez podría moderar la pena impuesta al autor fantasma que ejercita la facultad revocatoria de la que es titular para desistir del contrato. En primer lugar, debemos recordar que el artículo 1231-5 del *Code Civile* francés otorga un margen considerablemente más amplio al órgano judicial para moderar la cuantía fijada en la cláusula penal<sup>730</sup>. Por el contrario, el tenor literal del artículo 1154 del Código Civil circunscribe la facultad moderadora de la pena por parte de los tribunales a un supuesto muy concreto: el incumplimiento parcial o defectuoso de la obligación principal<sup>731</sup>.

En este sentido, la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal ha sido meridianamente clara a este respecto, puesto que entiende que el juez no puede moderar la pena en aquellos supuestos en los que se ha producido un incumplimiento total de la obligación principal o en los que el incumplimiento parcial que se ha producido es, precisamente, el que estaba previendo la cláusula penal<sup>732</sup>. Pese a ello, el Tribunal Supremo considera que hay una

---

<sup>729</sup> En este sentido, DURRANDE, S.: “Droit d’auteur. Exploitation des droits. – Dispositions particulières à certains contrats. Contrat de commande (CPI, art. L. 131-1 à L. 131-9)”, *J.C., Ann. Propriété littéraire et artistique*, 2002, fasc. 1342, p. 13 afirma:

*Bien entendu, le montant de cette pénalité ne devra pas être d'une importance telle qu'elle serait en fait destinée à faire pression sur l'auteur et à le conduire renonçant à son droit de divulgation, à livrer l'œuvre contre son gré. Mais outre que la loi n° 75-597 du 9 juillet 1975 puis la loi n° 85-1097 du 11 octobre 1985 (C. civ., art. 1231-5) sont intervenues pour donner au juge le pouvoir de modérer, même d'office, la peine convenue, on doit observer que dans nos matières il est bien des hypothèses dans lesquelles le montant des dommages et intérêts auxquels il serait condamné en cas de défection est à lui seul susceptible de faire hésiter l'auteur quant à l'usage de son droit de divulgation (V. par exemple, le cas des créations ornementales exploitées industriellement dans le cadre d'une collection, les œuvres publicitaires...).*

<sup>730</sup> En concreto, el segundo inciso del art. 1231-5 *Code Civile* preceptúa: *Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire.*

<sup>731</sup> El art. 1154 CC preceptúa: “El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor”.

<sup>732</sup> Por todas, la STS (Sala de lo Civil) núm. 89/2014 de 21 febrero (RJ 2014/926) declaró:

*En los demás casos la jurisprudencia - sentencias 585/2006, de 14 de junio , 170/2010, de 31 de marzo , 470/2010, de 2 de julio (RJ 2010, 5698) , entre otras -, respetando la potencialidad normativa creadora de los contratantes - artículo 1255 del Código Civil - y el efecto vinculante de la " lex privata " - artículo 1091 del Código Civil : " pacta sunt servanda " -, rechaza la moderación cuando la pena hubiera sido la prevista, precisamente, para sancionar el incumplimiento - total o, incluso, parcial o deficiente de la prestación - que se hubiera producido.*

En la misma línea, CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “Comentario del artículo 1154 del Código Civil”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, y P. SALVADOR CODERCH), *op. cit.*, p. 160.

serie de casos en los que el órgano judicial también podría llevar a cabo la reducción de la cuantía de la indemnización: aquellos en los que las cláusulas penales establezcan indemnizaciones usurarias o que fijen una cuantía que “exceda extraordinariamente la de los daños y perjuicios que, al tiempo de la celebración del contrato, pudo razonablemente preverse que se derivarían del incumplimiento”; y aquellos en los que dicha diferencia tan extraordinaria se deba a un cambio sustancial de las circunstancias que fuera imprevisible en el momento de la contratación (lo que constituye, en definitiva, una aplicación de la regla *rebus sic stantibus*)<sup>733</sup>.

Pues bien, en nuestra opinión, dado que la cláusula penal está previendo expresamente el ejercicio de la potestad revocatoria por parte del autor verdadero, entenderemos que no sería aplicable el artículo 1154 del Código Civil. Sin embargo, creemos que, en efecto, la estipulación de una cuantía extraordinariamente elevada puede resultar contraria a los límites del artículo 1255 del mismo texto legal (correspondiéndose este planteamiento con la hipótesis del Tribunal Supremo de las indemnizaciones que exceden razonablemente los daños y perjuicios que se pudieron prever a la hora de celebrar el contrato). No olvidemos que en esta materia deben estar especialmente presente los

---

<sup>733</sup> Así lo entiende la STS (Sala de lo Civil) núm. 530/2016 de 13 septiembre (RJ\2016\4107):

*No obstante, es claro para esta sala que dicha posibilidad de estipular cláusulas penales con función punitiva está sujeta a los límites generales de la autonomía privada que el artículo 1255 CC establece: pueden considerarse contrarias a la moral o al orden público las penas convencionales cuya cuantía exceda extraordinariamente la de los daños y perjuicios que, al tiempo de la celebración del contrato, pudo razonablemente preverse que se derivarían del incumplimiento contemplado en la cláusula penal correspondiente. No sólo las cláusulas penales «opresivas», intolerablemente limitadoras de la libertad de actuación del obligado [como en el caso que contempló la STS 26/2013, de 5 de febrero (Rec. 1440/2010)], o las «usurarias», aceptadas por el obligado a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales; sino también aquéllas en las que el referido exceso de la cuantía pactada de la pena sobre el daño previsible no encuentre justificación aceptable en el objetivo de disuadir de modo proporcionado el incumplimiento que la cláusula contempla; en atención sobre todo a la gravedad del mismo y al beneficio o utilidad que hubiera podido preverse, al tiempo de contratar, que reportaría al deudor incumplidor. Un ordenamiento jurídico que contiene una prohibición como la del artículo 1859 CC no puede no tener límite alguno de proporcionalidad a la libertad de los contratantes de estipular penas privadas. (...)*

*Sin embargo, sí parece compatible con el principio pacta sunt servanda que la pena pueda moderarse judicialmente aplicando el artículo 1154 CC por analogía, cuando aquella diferencia sea tan extraordinariamente elevada, que deba atribuirse a que, por un cambio de circunstancias imprevisible al tiempo de contratar, el resultado dañoso efectivamente producido se ha separado de manera radical, en su entidad cuantitativa, de lo razonablemente previsible al tiempo de contratar sobre la cuantía (extraordinariamente más elevada) de los daños y perjuicios que causaría el tipo de incumplimiento contemplado en la cláusula penal. Aplicar, en un supuesto así, la pena en los términos pactados resultaría tan incongruente con la voluntad de los contratantes, como hacerlo en caso de que «la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor».*

En el mismo sentido, STS (Sala de lo Civil) núm. 485/2021 de 5 julio (RJ\2021\3266) y STS (Sala de lo Civil) núm. 281/2022 de 4 abril (RJ\2022\1976).



límites del orden público, puesto que la revocación del consentimiento constituye una herramienta indispensable para que el titular de un bien personalísimo pueda disponer válidamente del mismo sin despojar a éste de la irrenunciabilidad y la inalienabilidad con las que el ordenamiento jurídico caracteriza al mismo. Por ello, consideramos que la cláusula penal incluida en el acuerdo de usurpación de autoría no puede establecer una indemnización que imposibilite *de facto* que el autor fantasma pueda revocar libremente su consentimiento<sup>734</sup>. Si así fuera, opinamos que los tribunales estarían legitimados para moderar equitativamente dicha cuantía, procediendo a la “reducción judicial conservadora de su validez”<sup>735</sup>.

En cualquier caso y pese a todo lo dicho, intuimos que, incluso aunque triunfara la hipótesis que hemos desarrollado en este apartado, seguiría sin ser frecuente el recurso a los tribunales en el ámbito de la autoría fantasma, dado que continuamos estando ante una relación jurídica marcada por el tabú social y caracterizada por el hecho de que los individuos involucrados en la misma no están particularmente interesados en que aquélla sea sacada a la luz. Aun así, el planteamiento que hemos expuesto permitiría que si el autor fantasma decidiera solicitar el pago del precio convenido o la explotación de la obra no se encontraría con el obstáculo insalvable de que el juez considerara que el negocio jurídico es nulo de pleno derecho, o que al haber participado en la causa torpe del mismo el creador verdadero no tendría derecho alguno a exigir a la contraparte el cumplimiento de estas prestaciones. Como vemos, la mayor virtud de la tesis que presentamos radica en encontrar un encaje legal razonable al fenómeno de la autoría fantasma; sin embargo, se pueden plantear dos objeciones a la misma en sentidos contrapuestos.

Por un lado, cabría preguntarse hasta qué punto estarían interesados el autor aparente y el profesional de la explotación en la celebración de un negocio jurídico de eficacia claudicante y cuya validez pendería únicamente de la voluntad del autor fantasma, que podría revocar su consentimiento en cualquier momento. A este respecto, bastaría con recordar que, si bien un sector de la doctrina ha empleado en reiteradas ocasiones una argumentación sustancialmente idéntica en relación con la disposición de los derechos de

---

<sup>734</sup> En esta línea, PALACIOS GONZÁLEZ, M.D.: “La cesión de...”, *op. cit.*, p. 474 se muestra favorable a la inclusión de cláusulas penales que prevean indemnizaciones en el caso de que el titular del derecho ejerza la facultad revocatoria, siempre y cuando no sea de tal cantidad que impide el ejercicio de la potestad.

<sup>735</sup> Facultad judicial a la que se hace referencia, entre otros, en las STS (Sala de lo Civil) núm. 530/2016 de 13 septiembre (RJ\2016\4107); STS (Sala de lo Civil) núm. 485/2021 de 5 julio (RJ\2021\3266) y STS (Sala de lo Civil) núm. 281/2022 de 4 abril (RJ\2022\1976).

la personalidad, el recurso a esta facultad revocatoria no constituye en la práctica un mecanismo tan frecuente como uno pudiera temer en un principio (y a la vista está si atendemos a la existencia, vigencia y normal desarrollo de un auténtico “mercado de los derechos de imagen”)<sup>736</sup>.

Dicha realidad no resulta tan sorprendente si tenemos en cuenta que los operadores en el tráfico jurídico no suelen tener especiales incentivos para desistir de las relaciones contractuales que han celebrado mientras éstas se desarrollen satisfactoriamente. Además, la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que ocasione el ejercicio de la facultad revocatoria representa en muchos casos un importante freno para las pretensiones maliciosas de aquellos sujetos que ambicionaran llevar a cabo un uso abusivo o antisocial de esta potestad que les reconoce el ordenamiento jurídico. Tampoco puede dejarse de lado que los individuos que celebran este tipo de negocios jurídicos cuentan a menudo con poderosas razones extrajurídicas que desincentivan o desaconsejan la revocación de su consentimiento. En el caso de la autoría fantasma las mismas ya han sido aludidas en diversas ocasiones a lo largo de este trabajo: pérdida de oportunidades laborales, expulsión del mercado cultural, etc.

Aunque no puede negarse que la revocación del consentimiento en el ámbito de la autoría fantasma entraña una serie de externalidades negativas para la contraparte del acuerdo que normalmente no se producen en los negocios de disposición del derecho a la imagen (fundamentalmente, el descrédito social de haber recurrido a un creador fantasma), tampoco puede obviarse que dichos efectos perniciosos se producirían igualmente si el consentimiento fuera irrevocable y, pese a ello, el autor verdadero decidiera reivindicar la paternidad intelectual de su obra. En este sentido, debemos recordar que el ordenamiento jurídico no puede en ningún caso impedir que el creador revele *de facto* su autoría, sólo determinar cuáles serían las consecuencias patrimoniales que se derivarían de dicha decisión.

Por otro lado, podría objetarse que el acuerdo de usurpación de autoría no debería ser considerado en modo alguno eficaz en nuestro ordenamiento jurídico. Los argumentos que sostendrían dicho planteamiento serían dos: la causa ilícita del negocio jurídico y la colisión del consentimiento prestado por las partes involucradas con los límites a la

---

<sup>736</sup> VENDRELL CERVANTES, C.: *El mercado de los derechos...*, op. cit., pp. 391 y ss.

autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código Civil. Al análisis de esta controvertida cuestión es en lo que nos centraremos en el próximo epígrafe.

#### **4.4. El consentimiento del autor no es eficaz**

Esta última hipótesis parte, de nuevo, de algunas de las premisas que ya hemos establecido en los apartados anteriores. Así pues, entendemos que el autor de una obra intelectual puede disponer contractualmente de sus derechos morales y que, además, tiene reconocida una facultad revocatoria para desistir *ad nutum* de los acuerdos que haya suscrito en este sentido. Sin embargo, ello no quiere decir que cualquier acto de disposición de una facultad personalísima deba tener necesariamente eficacia jurídica dentro de nuestro sistema legal por el mero hecho de haber sido consentido por el titular del derecho. El ordenamiento no puede tolerar la celebración de un negocio jurídico que tenga una causa ilícita y que produzca un resultado que sea contrario a los principios que conforman el orden público. En este sentido, debemos examinar si éste es precisamente el caso del acuerdo de usurpación de autoría.

##### **4.4.1. Examen sobre la licitud de la causa y los límites a la autonomía de la voluntad en el acuerdo de usurpación de autoría**

En nuestro ordenamiento jurídico la restricción de la libertad contractual se realiza, fundamentalmente, a través de dos instituciones: los límites a la autonomía de la voluntad y la ilicitud de la causa del contrato. Así pues, el artículo 1255 del Código Civil establece lo siguiente: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”. De igual modo, el artículo 1275 del Código Civil al regular la causa de los contratos preceptúa: “Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral”. A nuestro entender, ambos preceptos están llamados a cumplir una misma función: limitar la autonomía de la voluntad de los contratantes con el fin de impedir que éstos alcancen acuerdos que produzcan resultados contrarios a determinados bienes jurídicos esenciales.

Si en efecto éste es el objetivo que se pretende conseguir a través de esta regulación, cabría plantearse la necesidad de dispersar la materia en dos normas diferentes. Precisamente, parte de la doctrina ha cuestionado la utilidad actual de la institución

jurídica de la causa<sup>737</sup> (concepto que, además, parece haber sido suprimido en las distintas propuestas de regulación que se han realizado sobre obligaciones y contratos en los últimos tiempos)<sup>738</sup> o, al menos, ha señalado la posibilidad de canalizar gran parte de los supuestos de hecho que se abarcan dentro de dicha figura por otras vías jurídicas, tales como la previsión genérica del artículo 6.3 o del artículo 1255 del Código Civil<sup>739</sup>. En términos generales, compartimos dicha visión.

No obstante, es cierto que un análisis quirúrgico de ambos preceptos permite establecer ciertas diferencias entre los mismos. Por un lado, parece que el artículo 1255 del Código Civil se centra en el análisis del contenido del contrato, mientras que el artículo 1275 se enfoca (al menos, si partimos de una perspectiva ecléctica de la causa) en la finalidad que las partes han pretendido alcanzar a través de la celebración de dicho contrato<sup>740</sup>.

---

<sup>737</sup> Por todos, DABIN, J.: *Teoría de la causa*, Olejnik Ediciones, Santiago de Chile, 2017, p. 45, quien afirma: “De tal modo se llevaría a nuestro ánimo el convencimiento de que la teoría de la causa es tan solo un mero accidente; que nació muerta, y que si ha logrado mantenerse hasta ahora ha sido a fuerza de artificios; pero que fácilmente se la deformaría si se pretendiese encontrarle algún sentido”.

<sup>738</sup> De este modo, el primer apartado del art. 2:101 (Condiciones para la conclusión de un contrato) de los Principios de Derecho Europeo de Contratos [traducción de *Principles of European Contract Law* (ed. por O. LANDO y H. BEALE), Kluwer Law International, La Haya, 2000, disponible en <https://internationalcontracts.net/documentos-derecho-internacional/Principios-del-Derecho-Contractual-Europeo.pdf>] preceptúa lo siguiente: “(1) El contrato se perfecciona, sin necesidad de ninguna otra condición, cuando (a) las partes tienen la intención de obligarse legalmente y (b) alcanzan un acuerdo suficiente”. Como podrá observarse, no se incluye referencia alguna a la causa del contrato. Por su parte, la Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, realizada por la Sección Primera de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación y disponible en <https://www.mjusticia.gob.es/gl/ElMinisterio/GabineteComunicacion/Paginas/modificacion-codigo.aspx>, prescinde de la actual regulación de la causa como elemento esencial del contrato. No obstante, sí mantiene el control de la legalidad o licitud de la finalidad del contrato que las partes han celebrado, tal y como preceptúa el artículo 1221.1 de la Propuesta: “Los contratantes son libres de utilizar el contrato para alcanzar la finalidad que deseen, con el límite de las normas imperativas y de los principios básicos del ordenamiento jurídico”.

<sup>739</sup> En este sentido, *vid.* DABIN, J.: *La teoría de...*, *op. cit.*, pp. 99 y ss., quien cuestiona la necesidad de la institución de la causa. DE LOS MOZOS, J. L.: “La causa del negocio jurídico. Notas para una reconstrucción dogmática de su concepto”, *Revista de Derecho Notarial*, N.º 33 – 34, 1961. MELICH ORSINI, J.: “La causa en...”, *op. cit.*, p. 49, si bien en este caso la referencia es al ordenamiento venezolano. En cambio, MORALES MORENO, A. M.: “Causa”, en AA.VV.: *Enciclopedia Jurídica* (dir. por A. MONTOYA MELGAR), Vol. I, Civitas, Madrid, 1995, pp. 959 considera que la existencia de otros cauces no es suficiente por sí misma para reemplazar la capacidad de penetración y flexibilidad que tiene la institución de la causa. Por su parte, Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho...*, Vol. I, *op. cit.*, pp. 282 – 283 entiende que el art. 1275 CC puede resultar útil en aquellos casos en los que las promesas constitutivas del contrato aparezcan desligadas entre sí o en los que sea ilícita la finalidad que las partes pretendan conseguir con el contrato. Para una postura radicalmente contraria a la identificación de los supuestos de hecho de los arts. 1255 y 1275 CC, *vid.* SABORIDO SÁNCHEZ, P.: *La causa ilícita: delimitación y efectos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 147 y ss.

<sup>740</sup> En línea similar, SABORIDO SÁNCHEZ, P.: *La causa ilícita...*, *op. cit.*, pp. 150 – 155. Con respecto a la causa ilícita prevista en el art. 1275 CC, la STS (Sala de lo Civil) núm. 232/1997 de 13 marzo (RJ\1997\2103) la define de la siguiente forma:

[L]a ilicitud causal que prevé el artículo 1275, conforme a reiterada doctrina jurisprudencia, supone la concurrencia de causa, pero resulta viciada por oponerse a las leyes o a la moral en su conjunto, cualesquiera que sean los medios empleados para lograr tal finalidad, elevándose el móvil a la categoría de causa en sentido jurídico, ya que aquél imprime a la voluntad la dirección

Igualmente, las consecuencias entre una hipótesis y otra son diferentes, puesto que la ilicitud de la causa ocasiona la nulidad de todo el negocio jurídico en su conjunto (previéndose además reglas especiales con respecto a la restitución de las prestaciones en los artículos 1305 y 1306 del Código Civil), mientras que la vulneración de uno de los límites del artículo 1255 podría ocasionar que todavía se tratara de mantener la vigencia del contrato si ello fuera posible anulando únicamente la cláusula controvertida<sup>741</sup>.

Sin embargo, debemos señalar que, de manera general, los tribunales no suelen realizar disquisiciones como la que acabamos de desarrollar, empleando indistintamente los artículos citados o utilizándolos de forma complementaria<sup>742</sup>. En cierto modo, entendemos que ello es natural, puesto que la complejidad y el barroquismo de la actual regulación de la causa de los contratos –fruto, entre otras razones, del significado multívoco que el propio Código Civil le otorga al término– ocasiona que sea, en nuestra opinión, una institución poco eficiente en la práctica. Así mismo, no puede obviarse que en la mayoría de casos se producen ciertas concomitancias entre los supuestos de hecho de los artículos 1255 y 1275 (en la medida en que tanto el pacto que han alcanzado las partes como la finalidad que pretendían obtener a través del mismo resulta contrario a determinados límites de nuestro ordenamiento jurídico)<sup>743</sup>, por lo que afanarse por realizar una distinción radical entre ambos preceptos puede llegar a resultar en ocasiones un tanto artificial. Desde nuestro punto de vista, creemos que resultaría preferible una regulación de la materia que continuara realizando un control sobre la licitud del negocio

---

*finalista ilícita y reprochable del convenio (SS. 8 febrero 1963 [RJ 1963\963], 2 octubre 1972 [RJ 1972\3907], 22 noviembre 1979 [RJ 1979\4309], 14 marzo y 11 diciembre 1986 [RJ 1986\1252yRJ 1986\7432]), descansando a su vez la ilicitud de la causa en la finalidad negocial inmoral o ilegal común a todas las partes (SS. 22 diciembre 1981 [RJ 1981\5348] y 29 julio 1993 [RJ 1993\6493]).*

<sup>741</sup> En este sentido, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.: *La causa del contrato*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998, pp. 115 – 116.

<sup>742</sup> Así lo señala SABORIDO SÁNCHEZ, P.: *La causa ilícita...*, *op. cit.*, pp. 155 y ss. De manera ilustrativa, *vid.* STS (Sala de lo Civil) de 31 diciembre 1979 (RJ 1979\4499), STS (Sala de lo Civil) de 27 enero 1993 (RJ 1993\507) y STS (Sala de lo Civil) núm. 963/1998 de 26 octubre (RJ\1998\8237).

<sup>743</sup> CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.: *La causa del contrato*, *op. cit.*, pp. 115 – 116 afirma:

*Con frecuencia, sin embargo, la ilicitud de la causa convivirá con cláusulas ilícitas, con condiciones ilícitas no explicitadas u ocultas mediante mecanismos simulatorios o fraudulentos o con objetos ilícitos ex art. 1.271, por lo que aconsejo al Abogado que, en sus alegaciones, aduzca, si pretende la declaración de nulidad, no sólo el art. 1.275 (acompañado, a veces, de los arts. 1.305 ó 1.306) (como matizaciones del 1.303), sino también los que, en el supuesto, puedan operar: los números 3 y 6 del art. 6, los arts. 1.255, 1.271, 1.271, etc..*

jurídico, pero sin necesidad de recurrir para ello a una reglamentación excesivamente intrincada<sup>744</sup>.

Por todo ello, hemos preferido llevar a cabo un análisis conjunto de ambos preceptos, en tanto que creemos que la argumentación que se puede desarrollar sobre la eficacia del negocio jurídico que estamos estudiando resulta en muchos casos complementaria. De esta manera, en el próximo apartado nos detendremos en ahondar en las concretas colisiones que se producen entre el acuerdo de usurpación de autoría y alguno de los límites señalados a la autonomía de la voluntad. Así pues, con respecto al artículo 1255 del Código Civil, poco más queda por añadir. El mencionado precepto establece la libertad contractual como principio general en materia de contratación, a la vez que modula el mismo a través de tres límites concretos: la ley imperativa<sup>745</sup>, la moral<sup>746</sup> y el orden público<sup>747</sup>. En cambio, el artículo 1275 del mismo texto legal dispone que la causa será ilícita si resulta contraria a la ley o a la moral, lo que ha suscitado que algunos autores distingan entre los contratos ilegales y los contratos ilícitos<sup>748</sup> (si bien en ambos casos la consecuencia jurídica sería la misma: la nulidad absoluta).

En relación con los contratos cuya causa resulte contraria a la ley, nos limitaremos a señalar que la norma contra la que el negocio jurídico atente puede ser de cualquier tipo (penal, civil, administrativa, etc.)<sup>749</sup>. Por el contrario, en lo que respecta a los contratos

---

<sup>744</sup> De hecho, ésta parece la línea que sigue la reciente Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, *vid.* arts. 1219.2, 1221 y 1289.

<sup>745</sup> Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: “Comentario del artículo 1255 del Código Civil”, en AA.VV.: *Comentario al Código Civil* (dir. por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Y P. SALVADOR CODERCH), *op. cit.*, p. 431.

<sup>746</sup> En la línea de lo que hemos ido apuntando, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: “Comentario del artículo 1255 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 432 conecta el límite de la moral del art. 1255 CC con la causa ilícita del art. 1275 CC, pues razona lo siguiente: “La inmoralidad del contrato afecta a la causa del mismo y lo hace ineficaz o nulo”.

<sup>747</sup> La STS 5 abril 1966, cit. en LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho civil, Tomo II, Volumen primero*, *op. cit.*, p. 444 afirma: “[E]l orden público nacional está integrado por aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales, e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada”.

<sup>748</sup> VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilícitud contractual. Supuestos y efectos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 39. LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho civil, Tomo II: Derecho de Obligaciones. Volumen primero: Parte General. Teoría general del contrato*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 442.

<sup>749</sup> SABORIDO SÁNCHEZ, P.: *La causa ilícita...*, *op. cit.*, pp. 129 – 132. En sentido contrario, Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho...*, Vol. I, *op. cit.*, pp. 582 – 586, quien, sin embargo, reconoce que la jurisprudencia ha incluido puntualmente los ilícitos civiles dentro de la causa torpe del art. 1306 CC. En efecto, la STS (Sala de lo Civil) núm. 313/2002 de 2 abril (RJ 2002\2485) afirma:

[El término] «torpe», hay que entenderlo aplicable a todos los supuestos de contratos con objeto o causa ilícita, que no sea susceptible de ser tipificada de infracción penal, supuesto al que se refiere, precisamente el artículo anterior al 1305 del Código Civil, preceptos ambos, que no hacen otra cosa que seguir la máxima que establece que «in pare cause turpitudinem, melior est conditio possidetis», criterio que acertadamente adoptó la sentencia recurrida, y que es unánime

cuya causa sea contraria a la moral, surge una serie de cuestiones conflictivas en torno a los mismos que merecen un análisis más sosegado.

En primer lugar, nos encontramos con la dificultad de definir el término moral, que aparece mencionado tanto en el artículo 1255 como en el artículo 1275 del Código Civil. Desde nuestro punto de vista, para determinar el contenido de este límite legal no podemos realizar una remisión por completo al contenido de la ética personal, social o religiosa de un determinado colectivo, puesto que dicho concepto debe adaptarse necesariamente a las exigencias que impone nuestro ordenamiento jurídico<sup>750</sup>. Dadas las potenciales reminiscencias religiosas que posee el vocablo al que nos referimos (y que, indudablemente, debían estar presentes en la mente del legislador decimonónico), parte de la doctrina ha preferido asociar el concepto de moral al de las “buenas costumbres”, definido usualmente como el conjunto de convicciones éticas mayoritarias imperantes en la sociedad en un determinado momento histórico<sup>751</sup>.

En nuestra opinión, la idea de moral presente en el Código Civil en los dos artículos señalados debe entenderse no desde el prisma de la ética personal –sin duda, de difícil determinación–, sino desde el conjunto de valores constitucionales que conforman el orden público. De hecho, algún autor dentro de la doctrina ha sostenido que el concepto de orden público debe entenderse expresamente incluido dentro del genérico paraguas de la moral o de las buenas costumbres<sup>752</sup>. A nuestro entender, así debe ser, puesto que la

---

*entre los intérpretes del Código, que entienden que se comprenden en este caso no sólo lo opuesto a la moral, que no constituye falta penada, sino también lo que contraría el orden público o la ley, sin estar determinada para el caso sanción penal (...).*

Igualmente, existe una discusión doctrinal en torno a si la posible colisión de la causa del contrato se produce únicamente con respecto a las normas imperativas o también se extendería a aquéllas que son de carácter disponible. En favor de la primera postura, *vid.* AMORÓS GUARDIOLA, M.: “Comentario del artículo 1275 del Código Civil”, en AA.VV.: *Comentario del Código Civil* (dir. por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. DíEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, y P. SALVADOR CODERCH), *op. cit.*, p. 488. VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud contractual...*, *op. cit.*, pp. 207 y ss. En favor de la segunda, *vid.* SABORIDO SÁNCHEZ, P.: *La causa ilícita...*, *op. cit.*, pp. 125 – 129.

<sup>750</sup> Tal y como señala SABORIDO SÁNCHEZ, P.: *La causa ilícita...*, *op. cit.*, p. 135, “[n]o es que la moral considerada autónomamente actúe sobre el derecho. Es que éste la hace suya y la incorpora al orden jurídico, pero adecuándola a los principios rectores del ordenamiento”.

<sup>751</sup> En línea similar, *vid.* MELICH ORSINI, J.: “La causa en la teoría del contrato y sus diversas funciones”, *Anuario Derecho Civil*, Vol. 37, N.º 1, 1984, p. 50. AMORÓS GUARDIOLA, M.: “Comentario del artículo 1275 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 488 – 489. VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud contractual...*, *op. cit.*, p. 87. SABORIDO SÁNCHEZ, P.: *La causa ilícita: delimitación y efectos*, *op. cit.*, pp. 136 y ss. DíEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho...*, Vol. I, *op. cit.*, p. 283. LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho civil, Tomo II, Volumen primero*, *op. cit.*, p. 445.

<sup>752</sup> Así lo entiende SABORIDO SÁNCHEZ, P.: *La causa ilícita...*, *op. cit.*, pp. 136 – 141. No obstante, otros autores entienden que la noción de orden público se integra dentro del concepto de ley, *vid.* MELICH ORSINI, J.: “La causa en...”, *op. cit.*, pp. 49 – 50. LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho civil, Tomo II, Volumen primero*, *op. cit.*, p. 445.

incorporación del orden público dentro de los criterios de determinación de la licitud de la causa permite que se module aún más el concepto jurídico de moral, de tal modo que no puedan aceptarse como válidos determinados comportamientos que, pese a estar plenamente aceptados a nivel social, resulten contrarios al espíritu y finalidad de las normas de nuestro ordenamiento<sup>753</sup>. Con todo, somos partidarios de que la referencia a la moral en el artículo 1275 sea directamente reemplazada por las nociones de orden público o de principios generales del Derecho<sup>754</sup>.

#### **4.4.2. Análisis de la colisión del acuerdo de usurpación de autoría con la ley, la moral y el orden público**

Desde nuestro punto de vista, los límites que el Código Civil establece a la libertad contractual a través de los artículos 1255 y 1275 quedan conculcados en el ámbito de la autoría fantasma. En este sentido, percibimos que en ocasiones algunas de las expresiones más asépticas que hemos empleado a lo largo de este trabajo para definir este fenómeno (tales como usurpación consentida de autoría o creación de una apariencia verosímil de autoría) pueden llegar a sonar eufemísticas, en la medida en que parecen atemperar el hecho de que se está engañando (o, al menos, ocultando información) al público que consume la obra intelectual en cuestión. Si no podemos negar que se produce dicho engaño, la clave de la cuestión residirá en determinar –más allá de consideraciones morales personales intransferibles– si el mismo reviste la entidad suficiente como para considerarlo contrario a los límites ya señalados.

Desde el planteamiento que hemos realizado de la autoría fantasma, la misma nunca consistió en un conflicto de carácter exclusivamente privado, puesto que en tal caso nos hubiéramos limitado a definir el contrato, a caracterizarlo y a abordar las consecuencias de su incumplimiento, no aludiendo tan reiteradamente a nuestras dudas sobre su eficacia. Bajo nuestro punto de vista, apreciamos que en este fenómeno concurren especiales intereses públicos que son dignos de protección, algunos de ellos consagrados incluso a nivel constitucional, y que merecen ser analizados.

En las páginas anteriores hemos aludido al concepto del orden público cultural, que, a nuestro entender, se asentaría, por un lado, sobre una serie de valores o principios constitucionales básicos y, por otro, por un conjunto de principios jurídicos derivados de

---

<sup>753</sup> SABORIDO SÁNCHEZ, P.: *La causa ilícita: delimitación y efectos*, op. cit., pp. 140 – 141.

<sup>754</sup> Como, de hecho, plantea el artículo 1221.1 de la Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos.



la normativa legal en la materia, a los que ya nos hemos referido y que se concretarían en el principio de autoría o de protección de los autores. Con respecto a los valores constitucionales, consideramos que dichos valores básicos serían los siguientes: la libertad de creación (artículo 20.1.b), la garantía del acceso a la cultura para los ciudadanos (artículo 44.1) y la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios (artículo 51). De este modo, creemos que existe un abanico de posibles argumentos para defender la colisión del acuerdo de usurpación de autoría con alguno de los referidos límites a la autonomía de la voluntad.

### **a) El principio de protección de los autores**

En primer lugar, la autoría fantasma no está expresamente prohibida en nuestra legislación. No obstante, no puede deducirse necesariamente por ello que la usurpación de la paternidad sea compatible con el espíritu de nuestra Ley de Propiedad Intelectual. En este sentido, ya indicamos que el artículo 5 de dicho texto legal cumple una función claramente negativa al impedir que cualquier sujeto que no haya realizado una aportación esencial de originalidad a la creación intelectual pueda arrogarse la condición de autor<sup>755</sup>. De igual manera, dicha pretensión queda reforzada por el artículo 14.3º, que concede una potestad personalísima, irrenunciable e inalienable al autor para reclamar la paternidad de su obra frente a cualquiera que la omita, ignore o usurpe (incluido el cesionario del derecho). Por consiguiente, parece que la pretensión de crear una apariencia verosímil de autoría choca con la propia finalidad y la razón de ser de los preceptos señalados.

Con todo, también podría sostenerse el razonamiento contrario. Así pues, con respecto al reconocimiento de la condición de autor, podría argumentarse que el acuerdo de usurpación al que aludimos no negocia, en puridad, con la atribución de dicha condición. No se cuestiona que el titular originario del derecho vaya a ser, en todo caso, el autor fantasma, ya que el pacto versa únicamente sobre la inserción del nombre del autor aparente en los actos de explotación de la obra, lo que, en realidad, entronca con la regulación de los derechos morales<sup>756</sup>. Dado que éstas son prerrogativas irrenunciables e inalienables, una cláusula que privara al creador completamente de su ejercicio en relación con una obra en concreto estaría condenada a la ineficacia. Sin embargo, la posibilidad de que, al modo de lo que ocurre con los derechos de la personalidad, el autor

---

<sup>755</sup> *Vid. supra* capítulo tercero, epígrafe 1.

<sup>756</sup> *Ibidem*.

fantasma ostentara la potestad de revocar el consentimiento podría suponer una vía razonable para evitar la colisión frontal con la norma.

Si bien ambos puntos de vista se nos antojan razonables, apreciamos que existe una serie de principios jurídicos que emanan de la propia Ley de Propiedad Intelectual y que contribuirían a inclinar la cuestión que examinamos en uno de los dos sentidos posibles. Como hemos tenido oportunidad de comprobar a lo largo de este trabajo, la legislación en esta materia reviste un marcado carácter tuitivo y otorga una especial protección a los intereses del autor, a quien considera la parte débil de la relación contractual. Dicha visión no es, en absoluto, desacertada, puesto que es un hecho constatable que el actual mercado cultural se encuentra dominado por grandes empresas multinacionales que tienen la capacidad suficiente para doblegar a los autores y para forzarles en la práctica a suscribir verdaderos contratos de adhesión. En esta misma línea, SERRANO FERNÁNDEZ señala que los contratos de explotación de las obras intelectuales se caracterizan, precisamente, por una situación de marcada desigualdad entre las partes (autor y empresario), lo que ocasiona que dichos contratos sean en la práctica unilateralmente redactados por estos últimos<sup>757</sup>. De igual manera, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ recuerda que la Ley de Propiedad Intelectual se asienta sobre dos premisas de sustancial importancia:

*La primera, que existe una faceta personal que impregna la actividad de creación de la obra. El autor vuelca en la obra su personalidad, lo que explica que los contratos en los que compromete dicho aspecto de su persona tengan ciertas limitaciones en cuanto a su duración máxima. La segunda es que la LPI, de modo implícito, está pensando en el autor como la «parte débil» del contrato frente a quien pretende la adquisición de sus derechos (por ejemplo, el editor), que es frecuentemente un profesional<sup>758</sup>.*

Con el fin de remediar esta situación, la Ley de Propiedad Intelectual realiza denodados esfuerzos por tratar de reequilibrar las posiciones de las partes. Bajo nuestro punto de vista, el establecimiento de límites legales en aquellas relaciones contractuales con claros desequilibrios de poder entre las partes que la integran forma parte de una positiva política legislativa que atiende a las necesidades reales del tráfico jurídico y que satisface –no lo olvidemos– una importante exigencia de justicia material. En aquellos ámbitos en los que

---

<sup>757</sup> SERRANO FERNÁNDEZ, M.: “Régimen jurídico de transmisión...”, *op. cit.*, p. 7.

<sup>758</sup> GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: “El Art. 1.563 ...”, *op. cit.*, p. 64.

no pueda mantenerse cabalmente la vigencia del decimonónico dogma de la prevalencia de la autonomía de la voluntad a la hora de regular las relaciones *inter partes* por no darse las condiciones necesarias de igualdad entre los sujetos contratantes, resulta lógico que el legislador intervenga normativamente con el fin de evitar abusos que el ordenamiento jurídico ni desea ni puede permitir.

En el ámbito de la propiedad intelectual esta voluntad de protección se evidencia de múltiples formas. Para empezar, tal y como plantea DIETZ, el reconocimiento de derechos morales –así como su inalienabilidad– tiene como finalidad amparar a los autores en la medida en que se les considera la parte débil de la relación contractual<sup>759</sup>. Así mismo, la legislación en esta materia plantea numerosos límites legales a la hora de que el creador realice cesiones contractuales de sus derechos de explotación. De hecho, RAMS ALBESA llega a hablar de “orden público cultural” para referirse, por ejemplo, al conjunto de normas contenidas en los apartados 3 y 4 del artículo 43 de la Ley de Propiedad Intelectual (referentes a la prohibición tanto de la cesión del conjunto de obras creadas en el futuro por el autor como del compromiso de no creación de nuevas obras)<sup>760</sup>. Por último, podemos apreciar la existencia de un auténtico principio de autoría que atraviesa la regulación de la propiedad intelectual y que obliga a una interpretación favorable a los creadores de los preceptos de la norma<sup>761</sup>.

En lo que respecta a la autoría fantasma, bastaría con recapitular qué es lo que sucede realmente con este negocio jurídico para percatarnos de su clara incompatibilidad con nuestro ordenamiento jurídico: el creador consiente la atribución a un tercero del mérito público que le corresponde (resultado contrario a la finalidad del referido artículo 5), se compromete a no ejercer aquellas prerrogativas que el propio ordenamiento le ha conferido para tutelar sus intereses y, además, queda colocado en una posición de tremenda precariedad, ya que la propia naturaleza confidencial de la relación dificulta

---

<sup>759</sup> En este sentido, DIETZ, A.: “Germany”, *op. cit.*, p. 431 afirma: *It should be noted that art. 39 demonstrates that moral rights questions are often connected with the interpretation of copyright contracts, where clauses allowing thoroughgoing alterations of works, in violation of an author’s core rights, are often simply imposed on authors because of their weaker bargaining power in negotiations. One function of moral rights and of their basic inalienability is to equalise this imbalance.*

<sup>760</sup> RAMS ALBESA, J.: “Comentario al artículo 55”, *op. cit.*, pp. 836 – 837. Así mismo, DELGADO PORRAS, A.: *Panorámica de la...*, *op. cit.*, p. 60 recalca la necesidad de normas tuitivas como el art. 43 LPI para proteger al autor como parte débil del contrato.

<sup>761</sup> *Vid. supra* capítulo tercero, epígrafe 1.

encarecidamente que el autor acuda a los tribunales en el caso de que la contraparte incumpla las obligaciones emanadas de la ley o del propio contrato.

A la vista de las numerosas cuestiones que hemos ido poniendo de relieve a lo largo de este epígrafe, creemos que no resulta difícil concluir que el acuerdo de usurpación de autoría provoca una situación de desprotección para aquellos creadores que lo suscriben y que resulta poco compatible con el espíritu de la Ley de Propiedad Intelectual. Indudablemente, existen autores que estarán cómodos con su rol como creadores fantasma, pero tenemos serias dudas de que una regulación de carácter tuitivo como la que nos ocupa deba hacerse a medida de aquellos pocos que se ven favorecidos por el *status quo* en lugar de amoldarse a las necesidades de la inmensa mayoría de creadores que se ven desprotegidos por las condiciones actuales del mercado (tal y como efectivamente hacen, por ejemplo, la normativa relativa a la protección de los consumidores o de los arrendatarios de vivienda).

#### **b) El derecho fundamental a la libertad de creación**

En nuestra opinión, el derecho a la libertad de creación reconocido en el artículo 20.1.b) de la Constitución no quedaría conculcado por el acuerdo de usurpación de autoría, ya que la libertad del autor para realizar una obra intelectual no se vería, en principio, comprometida por la celebración de este negocio jurídico (salvo que se incluyesen en el mismo cláusulas que obligasen, por ejemplo, al autor a crear por encargo y de forma perpetua para el comitente). De hecho, habrá quien incluso asegure que dicha libertad de creación no sólo no se ve mermada por la existencia de esta clase de acuerdos, sino que el reconocimiento de la plena compatibilidad de los mismos con nuestro ordenamiento jurídico otorgaría en realidad mayores cotas de autonomía a los autores, que obtendrían de este modo una nueva manera completamente lícita de convertir la creación artística en su forma de ganarse la vida.

Por el contrario, si consideráramos que los derechos morales (o, al menos, las facultades personales de divulgación, paternidad e integridad) se encuentran integradas dentro del derecho a la libertad de creación –de tal modo que dichas prerrogativas no fueran consecuencia del derecho de propiedad, sino del derecho a crear, pero bajo determinadas condiciones de tutela de sus intereses personales– podría sostenerse que se producen potenciales colisiones entre la causa de la autoría fantasma y el derecho fundamental reconocido en el artículo 20.1.b). Sin embargo, tal y como ya expusimos en su momento,

no es ésta la tesis a la que nos acogemos, puesto que consideramos que los derechos morales no encuentran su sede en este precepto, sino en el artículo 33 de nuestra Carta Magna<sup>762</sup>. En consecuencia, no vemos claro que la celebración de un acuerdo de usurpación de autoría sea completamente contraria al derecho de libertad de creación. En cambio, sí percibimos que dicha colisión puede producirse de forma más evidente con otros dos principios constitucionales que procedemos a analizar a continuación.

### **c) El derecho al acceso a la cultura**

Entendemos que el deber de los poderes públicos de garantizar el acceso a la cultura para los ciudadanos también supone que el mismo debe realizarse en unas determinadas condiciones<sup>763</sup>. Ello ocasiona que tanto la defensa de la integridad de la obra como bien cultural, así como la preservación de la paternidad genuina de una creación intelectual en tanto que característica que la singulariza como única, constituyen ambos elementos que los poderes públicos deben tutelar como consecuencia del mandato derivado del artículo 44 de la Constitución<sup>764</sup>.

Con todo, no puede obviarse que una interpretación excesivamente rigurosa de dicho mandato podría conducir a un desconocimiento de los intereses privados del autor. Por poner un ejemplo ilustrativo más allá del fenómeno que estamos abordando, el autor no podría destruir su propia obra por considerar que no reúne la calidad suficiente, ni autorizar modificaciones de la misma, puesto que dichos comportamientos atentarían contra el deber público de tutelar la integridad de la obra. Dicho planteamiento supondría abandonar la actual perspectiva de los derechos morales como prerrogativas que ostenta el autor para tutelar sus intereses personales y a las que se reviste legalmente de determinadas características para que no pueda verse privada de las mismas, y pasar a una concepción de estas facultades personalísimas como una serie de deberes jurídicos de protección de la obra que recaen sobre el autor de la misma.

---

<sup>762</sup> *Vid. supra* capítulo cuarto, epígrafe 2.

<sup>763</sup> Al hilo de esta cuestión, CAVANILLAS MÚGICA, S.: “Comentario del artículo 48”, *op. cit.*, pp. 924 y ss. recuerda que la propiedad intelectual cumple una importante función social relativa al acceso a la cultura y al desarrollo de la libertad de expresión e información.

<sup>764</sup> Ya indicamos previamente que parte de la doctrina ha defendido que el público en general ostenta un interés legítimo en que la obra intelectual sea mantenida en determinadas condiciones de integridad y asociada al nombre del autor que la creó, *vid.* PLAZA PENADÉS, J.: *El derecho moral...*, *op. cit.*, pp. 118 y 179. HANSMANN, H. y SANTILLI, M.: “Authors' and Artists' Moral...”, *op. cit.*, pp. 105 – 106 y 132.

Bajo nuestro punto de vista, creemos que el razonamiento más coherente pasa por considerar que el deber de tutela de los poderes públicos entraría en juego tras la muerte del autor (especialmente con la entrada de la obra en dominio público), de tal modo que durante la vida del creador prevalecería el respeto a su voluntad. Este planteamiento resulta coherente con la actual regulación de la Ley de Propiedad Intelectual, que reconoce carácter perpetuo a los derechos morales de integridad y paternidad y que otorga legitimación *mortis causa* a los poderes públicos para ejercer dichas prerrogativas en determinados supuestos. En conclusión, consideramos que la conjunción del artículo 44.1 de la Constitución con los preceptos de la Ley de Propiedad Intelectual serviría como base normativa suficiente para sostener que el interés público de acceder a las obras intelectuales en una determinada forma (entre ellas, con su auténtica paternidad) puede anteponerse a la voluntad del autor una vez éste hubiera fallecido. Posteriormente, regresaremos a esta cuestión cuando analicemos las consecuencias *mortis causa* del acuerdo de usurpación de autoría.

#### **d) El principio de protección a los consumidores y usuarios**

A nuestro entender, más allá de la relación jurídico-privada entre quienes celebran el acuerdo de usurpación, la transcendencia de la autoría fantasma radica en el hecho de que las obras creadas de esta forma están llamadas a ser consumidas o adquiridas posteriormente por el público en su conjunto. En las sociedades occidentales contemporáneas las creaciones intelectuales se distribuyen mayoritariamente –aunque no únicamente– como un producto económico ofrecido por empresas y profesionales del sector, que es comprado por el conjunto de ciudadanos que actúan en este ámbito como consumidores del mercado cultural.

Así pues, la tutela de los intereses de estos sujetos entronca directamente con el mandato a los poderes públicos del artículo 51 de nuestra Carta Magna, relativo a la defensa de los consumidores y usuarios. La decisión empresarial de comercializar una obra intelectual bajo el nombre del autor aparente se realiza por el simple motivo de que se considera que así se van a obtener mayores beneficios económicos que si dicha explotación se hiciera bajo el nombre del auténtico creador. Insistimos: si los consumidores conocieran la verdadera identidad del creador no adquirirían el producto en la misma medida en que lo harían si la obra se explotara asociada al nombre del autor aparente. Por tanto, convendremos en que lo que se está produciendo es un engaño a los consumidores con el

fin de obtener mayores rendimientos económicos<sup>765</sup>. Desde nuestro punto de vista, creemos que la idea de engaño es completamente apropiada para definir lo que ocurre en la usurpación consentida de autoría. La paternidad de una obra intelectual no es un asunto menor, ya que elementos tales como la confianza en las habilidades o destrezas de un autor en concreto o el interés por seguir o apoyar su carrera profesional son determinantes a la hora de que los consumidores decidan finalmente si adquieren o no un determinado producto<sup>766</sup>.

En este sentido, recurriendo a la analogía que emplea GINSBURG, si es lógico que los consumidores tengan derecho a saber, por ejemplo, cuál es el porcentaje real de tomates empleado en una determinada lata de salsa —pues constituye un factor más que coadyuva a la toma de la decisión final—, también parece razonable que éstos ostenten el derecho de saber quién es el verdadero autor de la obra intelectual que están adquiriendo<sup>767</sup>. A este respecto, habrá quien sostenga que algunos consumidores no tienen en cuenta la paternidad de una obra intelectual a la hora de tomar la decisión sobre si adquiere o no la creación en cuestión. Sin embargo, si proseguimos con la analogía apuntada, podremos concluir con facilidad que el hecho de que no todos los consumidores consideren un dato fundamental el grado de tomate empleado en una salsa no significa que los fabricantes o los vendedores de la misma tengan derecho por ello a mentir sobre dicho porcentaje. Pues bien, parece desde luego que podemos realizar el mismo razonamiento con respecto a la autoría fantasma.

---

<sup>765</sup> FOSKO, T. J.: “Buying a Lie...”, *op. cit.*, p. 186 afirma de manera contundente: *When people read ghostwritten works, they buy a lie. Consumers buy the lie that the credited author wrote the book they bought.* Por su parte, GINSBURG, J.C.: “The Right to...”, *op. cit.*, p. 275 entiende que la utilización en la explotación de la obra intelectual de un nombre diferente al del autor de la misma constituye una representación falsa o engañosa de la realidad para los consumidores: *Arguably, removing my or the actor's name and replacing it with another's constitutes a false or misleading representation of fact (who is the author of this book; who performed in this film) that misrepresents the nature, characteristics, or qualities (authorship; performance) of the goods (the work).* No obstante, posteriormente realiza una matización al respecto y en la p. 287 afirma que debería posibilitarse la celebración de acuerdos de *ghostwriting*: *On the one hand, in appropriate circumstances, authors and licensees should be able to make private arrangements to blur, blunt, or renounce rights to credit; ghostwriter agreements come to mind in this context.*

<sup>766</sup> En esta línea, GINSBURG, J.C.: “The Author's Name...” *op. cit.*, pp. 2 – 3. FOSKO, T. J.: “Buying a Lie...”, *op. cit.*, p. 174 – 175. JANKOWSKA, M.: “Ghostwriting revisited”, *op. cit.*, p. 123.

<sup>767</sup> Así GINSBURG, J.C.: “The Author's Name...”, *op. cit.*, p. 7 afirma: *If the public is entitled not to be misled as to the correct percentage of tomatoes advertised in a can of tomato sauce, it should equally be entitled to know who is the true creator of a work of authorship—who, in Gely and Rouquette's formulation, is the « real Dumas. ».* No obstante, debe señalarse que, en sentido contrario a la argumentación que estamos sosteniendo, dicha autora defiende que el auténtico autor es el titular de la “marca creativa”, que será la persona cuya personalidad se vierte en la creación y que controla la misma, aunque no la realice directamente.

A modo de contrargumentación, podría señalarse que la ocultación de la identidad del autor también se produce en los supuestos en los que éste libremente y ejerciendo una facultad que le reconoce expresamente el ordenamiento jurídico decide emplear un pseudónimo no transparente<sup>768</sup>. Así pues, si nadie sostendría que el empleo de un pseudónimo supone un atentado contra los intereses de los consumidores, por qué habría que considerar que sí se produce una conculcación de sus intereses en el caso de la autoría fantasma. Se trata sin duda de un argumento sólido, pero entendemos que debe apreciarse el salto cualitativo que se produce entre ambas hipótesis<sup>769</sup>.

En el caso del pseudónimo el autor pretende ocultar su identidad porque, por el motivo que sea, no quiere que se asocie públicamente su nombre con la obra que ha creado. Dicha decisión forma parte del contenido de los derechos morales que ostenta. Así mismo, no puede obviarse que en muchas ocasiones el propio público es consciente de que el nombre que figura en la obra es un pseudónimo ficticio, aunque no sepa quién es la persona que se esconde detrás de él. Por todo ello, bajo nuestro punto de vista, parece poco razonable que en la inevitable pugna de valores que se suscita entre el derecho del creador a no revelar su identidad y el interés del público de conocer la autoría de la creación nos decantemos por el segundo (al menos, en vida del autor)<sup>770</sup>. Por el contrario, la ponderación de intereses es distinta en el supuesto de la autoría fantasma, puesto que estamos valorando el interés del público de conocer la identidad del autor como un elemento más que contribuye a la toma de decisiones frente al del autor aparente de apropiarse de un mérito que no es propio. En nuestra opinión, dicho interés privado no nos parece lo suficientemente legítimo como para anteponerse al interés colectivo en esta cuestión.

Pese a todo, el razonamiento que realizamos encontraría un obstáculo en aquellos supuestos en los que el autor aparente no es una persona real, sino que se recurre a una identidad ficticia ideada por el profesional responsable de la explotación de la obra. A

---

<sup>768</sup> GINSBURG, J.C: “The Author’s Name...” *op. cit.*, pp. 8 – 9.

<sup>769</sup> En este sentido, FOSKO, T. J.: “Buying a Lie...”, *op. cit.*, pp. 183 y ss. señala que la prohibición legal de la autoría fantasma debería afectar únicamente a los supuestos en los que se atribuye falsamente la autoría al creador aparente, pero no a aquéllos en los que se emplea un pseudónimo ficticio o en los que se opta por el anonimato (si bien propone ciertas fórmulas para hacer constar en la obra intelectual que ha participado una persona cuyo nombre no se está haciendo constar).

<sup>770</sup> En esta línea, HANSMANN, H. y SANTILLI, M.: “Authors' and Artists' Moral...”, *op. cit.*, p. 131 entienden que el empleo de un pseudónimo no supone, en ningún caso un engaño al público en general: *Where the pseudonymous author is a pure invention, the use of a pseudonym does not so much deceive the public as deny them information -the identity of the real author- that they might like to have.*



nuestro entender, dicha hipótesis concreta constituiría una subespecie específica dentro del fenómeno de la autoría fantasma. Por ello, quizás, en efecto, no podría aplicarse a este supuesto concreto la argumentación que hemos desarrollado sobre la vulneración de los intereses de los consumidores (que conduciría a la ilicitud de la causa), lo que supondría que tendríamos que establecer una cierta diferenciación entre los distintos supuestos que integran el fenómeno de la autoría fantasma a la hora de proponer soluciones con las que afrontar esta problemática. Posteriormente, profundizaremos en esta idea.

En conclusión, consideramos que la causa del negocio jurídico que estamos analizando es ilícita por ser contraria fundamentalmente al valor constitucional de protección de los consumidores y usuarios del artículo 51 de nuestra Carta Magna, así como a los principios jurídicos que emanan de la Ley de Propiedad Intelectual. De igual modo, entendemos que el deber de los poderes públicos de garantizar el acceso a la cultura facultaría a aquéllos a hacer primar el derecho de los ciudadanos a conocer la auténtica paternidad de una obra sobre los intereses privados del autor, una vez éste hubiera fallecido.

#### **4.5. Conclusiones sobre el análisis de la eficacia del acuerdo de usurpación de autoría**

Como hemos visto, las dos primeras hipótesis que hemos expuesto a lo largo de este extenso epígrafe (apartados 4.1 y 4.2) no tienen cabida dentro de nuestro ordenamiento, puesto que o bien atentan contra el carácter irrenunciable e inalienable de los derechos morales, o bien resultan contrarias al carácter esencialmente temporal de las obligaciones jurídicas. Por consiguiente, la discusión legal sobre la autoría fantasma debe girar necesariamente entre la admisión de la misma, siempre y cuando se configure como un acto de disposición del derecho de paternidad esencialmente revocable por parte del creador verdadero; y la ineficacia del acuerdo de usurpación de autoría como consecuencia tanto de su causa ilícita como de su colisión con los límites a la autonomía de la voluntad.

En nuestra opinión, el problema de la autoría fantasma no estriba en que el autor no deba ostentar ningún poder de disposición sobre sus facultades personales, sino que el consentimiento que presta en este negocio jurídico va más allá de lo que el ordenamiento jurídico puede tolerar. Podríamos volver a aludir a toda una política legislativa dirigida a tutelar a los autores como parte débil de la relación contractual, lo que imposibilita que estos se desprendan totalmente de los derechos que la norma les otorga. No obstante, lo que nos parece verdaderamente sustancial reseñar es la colisión de este negocio jurídico,

en primer lugar, con el principio de protección de los consumidores en vida del autor fantasma y, en segundo lugar, con el derecho al acceso a la cultura en determinadas condiciones una vez aquél haya fallecido. Dichos valores constitucionales, integrantes del orden público cultural, nos parecen de una entereza suficiente como para considerar que las partes no están legitimadas para celebrar este tipo de negocios jurídicos.

Para defender la eficacia del acuerdo de usurpación de autoría sería necesario sostener que el mismo no presenta una causa ilícita y que tampoco colisiona con los límites generales a la autonomía de la voluntad. En este sentido, habría que realizar una ponderación de la pugna de intereses públicos y privados que se produce en el ámbito de la autoría fantasma distinta a la que ya hemos realizado. Así pues, debería considerarse que la soberanía del autor sobre su propia obra debe preponderar sobre otros valores jurídicos en juego. Según este razonamiento, el creador –que tiene incluso el derecho de destruir su propia obra si así lo desea– sería el único sujeto que se encontraría en las condiciones apropiadas de decidir si su obra puede o no ser usurpada por un tercero. De este modo, el consentimiento del autor no debería ser limitado en modo alguno por el ordenamiento jurídico, ya que el creador debe ostentar el margen de autonomía suficiente como para decidir en qué forma quiere explotar su propio trabajo y cómo desea obtener rendimientos económicos del mismo<sup>771</sup>.

Según este razonamiento, parecería excesivo que se le vetara al autor la posibilidad de celebrar un contrato que desea y que puede reputarle unos beneficios que ansía o necesita<sup>772</sup>. Si la legislación pretende tutelar los intereses de aquél, cuenta con otros instrumentos menos invasivos que condenar a la nulidad absoluta los acuerdos de usurpación de autoría (como, por ejemplo, el reconocimiento de la facultad de revocar *ad nutum* su consentimiento). Por esta razón y de manera correlativa, habría que relativizar la importancia que tiene para la protección de los consumidores que la paternidad de las creaciones intelectuales que éstos adquieren figure correctamente. En definitiva,

---

<sup>771</sup> En lo que a nuestro punto de vista respecta, resulta razonable establecer límites al consentimiento de los autores, en la medida en que ello vaya a redundar en la mejor tutela de otros intereses que merezca una mayor protección (o, de lo contrario, cabría preguntarse por qué deben existir normas de carácter imperativo en la Ley de Propiedad Intelectual que restrinjan las posibilidades de cesión contractual de los derechos de autor).

<sup>772</sup> Personalmente, no terminamos de ver que el reconocimiento de la licitud de estos acuerdos de usurpación vaya a suponer el otorgamiento de mayores cotas de libertad para los creados, sino que sencillamente va a proporcionar mayor seguridad jurídica a quienes verdaderamente se benefician de este entramado: el autor aparente (que obtiene el reconocimiento social) y el profesional de la explotación (que logra un mayor nivel de rendimientos económicos).

supondría sostener que la obra intelectual es la que es y que posee las características objetivas que tiene independientemente de quien la haya creado. Por tanto, el consumidor no habría recibido a fin de cuentas algo sustancialmente diferente de lo que se le prometió, pese a que el producto se hubiera explotado bajo el nombre del autor aparente<sup>773</sup>. Con todo, si algún sujeto concreto se hubiera sentido estafado por la usurpación de la autoría, siempre tendría la opción de reclamar la devolución de su dinero a partir de las acciones jurídicas que tuviera a su alcance. En definitiva, según esta línea de pensamiento, parecería una solución más proporcional y equitativa concederle al autor fantasma la posibilidad de arrepentirse de la decisión que ha tomado que la de declarar completamente ineficaz el acuerdo de usurpación de autoría con todas las consecuencias que ello implica.

En lo que a nuestro punto de vista respecta, reconocemos que existen los mimbres jurídicos suficientes en nuestra legislación como para defender la disposición del derecho moral de paternidad y la libre revocabilidad del consentimiento por parte del autor fantasma. Sin embargo, bajo nuestro punto de vista, creemos que el obstáculo de la causa ilícita y los límites del orden público resultan insalvables. La protección de los consumidores constituye un principio constitucional que, por mor de la legislación europea, ha transformado notablemente todo el ordenamiento jurídico civil español. Creemos que posibilitar la celebración de un acuerdo cuya esencia constituye el engaño a terceros, defraudando la confianza que éstos han depositado en la apariencia de autoría (que, a menudo, se ha promocionado con fervor como reclamo publicitario), resulta contrario a los principios básicos de nuestro orden público<sup>774</sup>. En última instancia, creemos que la cuestión de la usurpación consentida de la paternidad intelectual puede sintetizarse en la pregunta que formulamos en el primer capítulo de este trabajo: ¿debe el anhelo del autor aparente de apropiarse del mérito ajeno ser un interés jurídico digno de protección que se anteponga a otros bienes jurídicos relevantes en juego? Pues bien, a nuestro entender y a tenor de todo lo expuesto hasta el momento, la respuesta negativa debe imponerse necesariamente.

---

<sup>773</sup> En esta línea, GAUTIER, P.Y.: “L’œuvre...”, *op. cit.*, p. 64 señala que durante el siglo XIX el público no se sentía ofendido particularmente porque escritores como Alejandro Dumas contrataran autores fantasma, puesto que se priorizaban que las obras resultantes les distrajeran y entretuvieran.

<sup>774</sup> FOSKO, T. J.: “Buying a Lie...”, *op. cit.*, p. 167 afirma: *The practice of ghostwriting harms both individual consumers and so-ciety as a whole, and should be restricted so that non-authors do not receive credit for works, though such restriction must also not interfere with a true author’s rights to anonymous and pseudonymous attribution. This note argues that ghostwriting, which has as its goal the deception of the consumer, should be subject to restriction as a form of false advertising.*

Con todo, resulta pertinente que reflexionemos sobre una última posibilidad. JANKOWSKA plantea que existe una pluralidad de hipótesis que forman parte del concepto de autoría fantasma y que en algunas de ellas no se produce propiamente un engaño a los consumidores, en la medida en que no se oculta a éstos que la obra intelectual ha sido creada por un autor fantasma, aunque la misma no se explote comercialmente bajo el nombre de éste. En tales casos la autora entiende que se podría admitir la viabilidad de este tipo de acuerdos, poniendo como ejemplo paradigmático de ello las autobiografías de personajes célebres en las que el nombre del biografiado aparece en la portada, pero el del creador verdadero aparece reflejado en los agradecimientos del libro<sup>775</sup>.

Dicho planteamiento nos parece hasta cierto punto razonable, de tal modo que podríamos deslindar dos tipos de situaciones diferentes. Por un lado, estarían aquellos supuestos en los que se pretendería ocultar deliberadamente la identidad del autor fantasma, omitiendo cualquier referencia a la existencia de éste y tratando de imputar todo el mérito de la creación al autor aparente. En dichos casos consideramos que la colisión del acuerdo de usurpación de autoría con nuestro orden público –básicamente, con el principio de protección de los consumidores– resultaría total, de tal modo que dicho negocio jurídico adolecería inevitablemente de nulidad absoluta por los motivos ya indicados. Por el contrario, existirían otro conjunto de situaciones en los que se habría optado por ocultar la identidad del autor fantasma en los actos concretos de explotación de la obra usurpada, pero no se escondería la participación de éste en la creación de la referida obra. Entendemos que bajo dicha hipótesis se abrigan fundamentalmente dos supuestos: el empleo de un pseudónimo inventado impuesto por el profesional de la explotación, y la biografía en cuya portada aparece únicamente el nombre del autor aparente como reclamo comercial, pero en la que se hace constar la participación del autor fantasma, cuyo nombre también figurara en alguna página del libro.

Así pues, consideramos que existe margen para que el autor pueda negociar contractualmente la figuración de su nombre en la explotación de la obra que ha creado, siempre y cuando ello no suponga un desconocimiento de la verdadera autoría de dicha creación<sup>776</sup>. Sería el caso, por ejemplo, del creador de un anuncio publicitario en el que

---

<sup>775</sup> JANKOWSKA, M.: “Ghostwriting revisited”, *op. cit.*, pp. 123 y ss.

<sup>776</sup> FOSKO, T. J.: “Buying a Lie...”, *op. cit.*, pp. 183 y ss. propone varias fórmulas a través de las cuales podría hacerse constar la participación del autor aparente y del autor fantasma (“con la colaboración de...”, “a partir de la idea de...”, etc.).

las condiciones técnicas imposibilitan o desaconsejan que su nombre aparezca inserto en el mismo, lo que no impide que pueda inscribirlo a su nombre en el Registro de la Propiedad Intelectual. Del mismo modo, hemos defendido en otros trabajos la posibilidad de que se pacte con el autor la utilización del pseudónimo que él mismo ha escogido durante un determinado plazo de tiempo como forma de garantizar una adecuada explotación de la obra<sup>777</sup>.

En definitiva, estaríamos ante un acto de disposición del derecho moral de paternidad a través del cual el autor autoriza a que su nombre no se haga constar en la explotación de la obra en la forma usual. Por consiguiente, al igual que cualquier otra licencia sobre una prerrogativa inalienable e irrenunciable, el titular del derecho ostentaría la potestad de revocar su consentimiento con respecto a la concreta cláusula contractual que regule la forma en la que constará su nombre en la explotación de la creación intelectual. Dado que la pretensión del acuerdo no era engañar al público sobre la paternidad de ésta, sino que únicamente se ha negociado sobre cómo o dónde debe constar la identidad del creador con el fin de garantizar un mejor rendimiento comercial de la obra creativa, entendemos que resulta más probable que la contraparte del contrato esté dispuesta a continuar con el mismo pese al cambio de opinión del revocante, puesto que para ésta puede que no resulte completamente esencial la cláusula sobre la que opera la revocación. En cualquier caso, el creador de la obra seguiría estando obligado a indemnizar los daños y perjuicios que el ejercicio de la facultad revocatoria hubiera ocasionado a la parte contraria. En nuestra opinión, éste sería el margen con el que contaría el autor para adaptarse, si así lo deseara, a las necesidades de ciertos sectores del mercado y del tráfico jurídico sin conculcar además ningún valor supremo del ordenamiento.

## **5. CONSECUENCIAS DE LA INEFICACIA DEL ACUERDO DE USURPACIÓN DE AUTORÍA**

Como consecuencia de todo lo que hemos apuntado, podemos concluir que los tribunales españoles tendrán que reconocer la paternidad del creador fantasma en el caso de que éste ejercite la correspondiente acción declarativa de autoría. En el supuesto de que el autor verdadero haya suscrito un acuerdo que no conculque el orden público –recordemos:

---

<sup>777</sup> En esta línea, NIETO CRUZ, A.: “El empleo del pseudónimo y la posibilidad de limitar contractualmente el ejercicio del derecho de paternidad”, en AA.VV.: *Debates en torno a la contractualización del derecho de familia y la persona* (dir. por M. P. GARCÍA RUBIO y M. OTERO CRESPO), COLEX: Constitución y Leyes, 2023, pp. 625 – 633.

aquellos supuestos en los que no se pretende la ocultación de la participación del autor fantasma, sino únicamente se negocia la forma concreta en la que su nombre o participación debe hacerse constar en la creación—, el contrato será eficaz en su conjunto y el creador contará con la opción de revocar su consentimiento con el fin de hacer constar su autoría en la obra, si bien indemnizará a la contraparte por los daños y perjuicios que su decisión le hubiere podido ocasionar (cantidad que podría estar determinada por la cláusula penal que las partes hubieran incluido a este efecto).

Por el contrario, la celebración del acuerdo de usurpación de autoría adolecerá de nulidad absoluta en aquellos supuestos en los que el mismo colisione con los límites del orden público. Así pues, tras haber justificado pormenorizadamente los motivos de la ineficacia del negocio jurídico de usurpación, en el presente epígrafe nos centraremos en exponer cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivarían de dicha ineficacia (más allá de la posibilidad ya apuntada de obtener el reconocimiento de la autoría ante los tribunales). Para ello, resulta preciso que determinemos cuál es el tipo de ineficacia de la que es objeto el contrato que estamos analizando.

### **5.1. Ineficacia derivada de la colisión con los límites de la autonomía de la voluntad (artículo 1255 del Código Civil)**

En primer lugar, la obligación perpetua de no revelar la paternidad intelectual resulta contraria al artículo 1255 del Código Civil por las razones ya comentadas anteriormente, por lo que dicho pacto resultará nulo de pleno derecho. Si bien es cierto que el resto de las prestaciones del contrato (creación de la obra, pago del precio, etc.) no serían ilícitas por sí mismas, la ineficacia de la cláusula de confidencialidad se propagará inevitablemente al conjunto del negocio jurídico<sup>778</sup>. El deber de secreto del creador verdadero forma parte inherente de aquellos acuerdos de usurpación que pretenden ocultar la identidad de aquél, por lo que, una vez declarada la nulidad de la prestación esencial del negocio, la conservación de la validez del resto del contrato carece de sentido. Pese a que no negamos que quizás lo siga teniendo para el autor fantasma, que podría seguir interesado en la remuneración y en la explotación de su obra (que, además, se

---

<sup>778</sup> Como señala LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: *La nulidad de los contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 336, la nulidad parcial del contrato es posible “cuando el contrato pueda cumplir la finalidad buscada por las partes sustituyendo la cláusula nula por otra válida o prescindiendo de ella, siempre y cuando la buena fe parezca exigir esta solución en vez de decretar la nulidad total”. En sentido similar, *vid.* QUICIOS MOLINA, S.: “La ineficacia contractual”, *op. cit.*, pp. 1552 – 1553. En nuestra opinión, no parece que concurran dichas circunstancias para decantarse por la nulidad parcial del acuerdo de usurpación de autoría.

realizaría a partir de ese momento bajo su nombre), parece excesivo forzar a la contraparte al cumplimiento del resto de obligaciones del contrato después de que el creador de la obra haya defraudado la especial confianza depositada en él<sup>779</sup>.

Por consiguiente, la nulidad del acuerdo de usurpación de autoría por contravención del artículo 1255 supondría la aplicación, a su vez, del artículo 1303 del Código Civil<sup>780</sup>. Dicho precepto dispone que la nulidad de la obligación conllevará la restitución recíproca de las cosas que hubieran sido objeto del contrato. No sólo ello, sino que, en puridad, la referencia del artículo 1303 a los frutos ocasionaría que la restitución de las prestaciones también tuviera que extenderse a los rendimientos patrimoniales que se hubieran obtenido como consecuencia de la explotación de la obra, lo que podría originar incluso una situación de enriquecimiento injusto en favor de una de las partes (en concreto, del autor fantasma). No obstante, debemos recordar que en el presente supuesto nos encontramos ante un contrato de tracto sucesivo, por lo que las consecuencias restitutorias derivadas del artículo 1303 quedarían notablemente matizadas.

En efecto, es probable que cuando se impugne el contrato las partes ya hayan realizado las prestaciones que le correspondían (explotación de la obra o preservación del secreto) durante un lapso de tiempo. Naturalmente, resulta imposible restituir *in natura* la parte ya ejecutada de dichas prestaciones, por lo que habría que proceder a la conversión en dinero de la misma. De este modo, se produciría una compensación entre el precio pagado y el equivalente pecuniario de la prestación ya ejecutada<sup>781</sup>. En la mayoría de casos si todos los sujetos involucrados hubieran cumplido con sus obligaciones contractuales, las partes no tendrían nada que restituirse entre sí, de tal modo que en la práctica la consecuencia más relevante de la nulidad sería la cesación *ex nunc* de los efectos del contrato<sup>782</sup>. Por

---

<sup>779</sup> DESBOIS, H.: *Le droit d'auteur...*, op. cit., pp. 477 – 478.

<sup>780</sup> El art. 1303 CC establece: “Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes”.

<sup>781</sup> CAVANILLAS MÚGICA, S.: “Comentario del artículo 48”, op. cit., p. 927. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: *La nulidad contractual: especial referencia a los contratos de préstamo e inversión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 137 – 138. Igualmente, vid. STS (Sala de lo Civil) núm. 102/2015 de 10 marzo (RJ\2015\1121), que recuerda que la prohibición del enriquecimiento injusto constituye un complemento al régimen de liquidación de los arts. 1303 y ss. CC.

<sup>782</sup> Cabría matizar que la nulidad de un contrato de tracto sucesivo no provoca únicamente efectos *ex nunc*, como ha señalado parte de la doctrina, vid. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: *La nulidad de...*, op. cit., pp. 340 y ss. En realidad, la ineficacia del negocio se retrotrae al momento de celebración de éste. Sin embargo, sí es cierto que, dada la compensación de las prestaciones efectuadas, sí es cierto que la impugnación de la validez del contrato generaría como efecto más relevante que éste dejara de desplegar efectos de cara al futuro.

consiguiente, la restitución recíproca que impone el artículo 1303 del Código Civil adquiriría mayor relevancia en aquellos supuestos en los que solamente hubiera cumplido una de las partes. De cualquier modo, entendemos que, tanto en un caso como en otro, debería procederse igualmente a la devolución del ejemplar entregado de la obra intelectual y se restituiría, en principio, al autor fantasma en la titularidad de los derechos de explotación cedidos por el acuerdo de usurpación.

## **5.2. Ineficacia derivada de la causa ilícita (artículo 1275 del Código Civil)**

No obstante, aún podría debatirse si las consecuencias expuestas son las que se derivarían necesariamente de la nulidad del acuerdo de usurpación de autoría, puesto que debemos tener presente que el mismo también se caracteriza por la concurrencia de una causa ilícita (en concreto, la creación de una apariencia verosímil de autoría que engañe a los consumidores). A este respecto, es cierto que el artículo 1275 del Código Civil impone la nulidad absoluta de la totalidad del contrato en aquellos casos en los que el contrato carezca de causa o su causa sea ilícita; sin embargo, la legislación civil establece consecuencias sustancialmente diferentes con respecto a la restitución de las prestaciones en dichos supuestos.

Así pues, en lo que respecta al fenómeno de la usurpación consentida de autoría (que, aparentemente, carece de transcendencia penal), sería de aplicación el artículo 1306 del Código Civil<sup>783</sup>, que establece que si la concurrencia de causa torpe fuera debida a la culpa de ambos contratantes, no habría lugar a la restitución; en cambio, si uno de ellos fuera ajeno a la misma, éste no estaría obligado a devolver lo ya recibido, pero sí podría exigir el cumplimiento de lo que se le adeuda.

En términos generales, la aplicación del artículo 1306 del Código Civil no está exenta de problemas en la práctica. La regla que contiene el mencionado precepto proviene de los clásicos adagios *nemo auditur propiam turpitudinem allegans* (no se escuche a quien alegue su propia torpeza) e *in pari causa turpitudinis cessat repetitio* (si la torpeza está en ambas partes, no hay lugar para la repetición), cuya formulación encuentra sus fuentes en el Derecho romano, el Derecho intermedio y la doctrina francesa anterior a la

---

<sup>783</sup> El art. 1306 CC preceptúa: “Si el hecho en que consiste la causa torpe no constituyere delito ni falta, se observarán las reglas siguientes: 1.ª Cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido. 2.ª Cuando esté de parte de un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. El otro, que fuera extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido”.



codificación<sup>784</sup>. Sin embargo, la doctrina moderna ha encontrado especiales dificultades para justificar el fundamento del artículo 1306. En este sentido, entre los diferentes argumentos que se han esgrimido con tal fin, destaca la idea de que el mencionado artículo constituye una sanción civil que priva de acción al contratante culpable por su inmoralidad<sup>785</sup>. Ello ocasiona además que tampoco sea posible que dicho sujeto ejercite una acción reivindicatoria o una acción de enriquecimiento injusto con el fin de obtener por otros cauces la restitución que el artículo 1306 pretende impedir<sup>786</sup>. Pese a ello, no resulta sencillo obviar que el precepto (pese a ser consagrado como una regla que deriva de ciertos imperativos morales) ocasiona –irónicamente– en la práctica resultados que podrían ser calificados, cuando menos, de poco éticos<sup>787</sup>.

Partamos de la hipótesis del primer apartado del artículo 1306 del Código Civil: ambos contratantes han intervenido en la causa torpe del contrato. Pues bien, si ambas partes han cumplido el contrato, los efectos que provocaría la ilicitud causal son los mismos que si el contrato hubiera sido plenamente válido, por lo que la declaración de nulidad no entrañaría consecuencia alguna para ellas<sup>788</sup>. Más flagrante parece la hipótesis en la que un contratante ha cumplido y el otro, ya que este último conservaría la prestación entregada y no estaría obligada a realizar la que debía, desamparándose de esta manera a la parte que, por lo menos, cumplió con la palabra dada<sup>789</sup>. A simple vista, parece que el

---

<sup>784</sup> SABORIDO SÁNCHEZ, P.: *La causa ilícita...*, op. cit., pp. 334 y ss., quien señala que la regulación sobre esta materia proviene de dos fuentes diferentes (la construcción francesa de la teoría del contrato y el Derecho romano), lo que ocasiona la contradicción entre los distintos preceptos del Código Civil. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: *La nulidad de...*, op. cit., pp. 283 – 288.

<sup>785</sup> SABORIDO SÁNCHEZ, P.: *La causa ilícita...*, op. cit., p. 333 y 366. Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho...*, Vol. I, op. cit., p. 582, quien señala que dicha tesis no está exenta de crítica: ¿por qué debe protegerse al demandado que, igualmente, incurre en la causa ilícita?

<sup>786</sup> DELGADO ECHEVARRÍA, J.: “Comentario del artículo 1306 del Código Civil”, op. cit., p. 559. SABORIDO SÁNCHEZ, P.: *La causa ilícita...*, op. cit., pp. 366 – 367.

<sup>787</sup> VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilícitud contractual...*, op. cit., p. 364. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: *La nulidad de...*, op. cit., pp. 280 y ss. llega a concluir que la norma supone consagrar el enriquecimiento injusto de uno de los contratantes. Por el contrario, CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 744 considera que las reglas contenidas en el art. 1306 CC pueden resultar oportunas en dos supuestos: los pleitos entre mafiosos y determinados casos que se asemejen a la usura, aunque técnicamente no se configuren como tal (grave desproporción de prestaciones, abuso de confianza, intimidación grave, engaño intolerable, etc.).

<sup>788</sup> CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de contratos*, op. cit., p. 744 razona que el art. 1306 CC se aplicará en aquellos supuestos en los que “el operador jurídico se sienta más a gusto declarando la nulidad que admitiendo la validez plena del contrato, decisiones ambas que en casos de esta clase llevan al mismo resultado”. Por el contrario, SABORIDO SÁNCHEZ, P.: *La causa ilícita...*, op. cit., p. 398 señala que en tal caso el contrato nulo por causa ilícita no serviría como base legal para transmitir válidamente la propiedad, por lo que los efectos no serían equivalentes a los que se habrían producido si el contrato hubiera sido eficaz.

<sup>789</sup> VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilícitud contractual...*, op. cit., p. 364. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: *La nulidad de...*, op. cit., pp. 280 – 281 y 299. CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de contratos*, op. cit., p. 744.

único escenario razonable se produciría en el supuesto en el que ninguno de los contratantes hubiera cumplido todavía con su obligación, manteniéndose de este modo la situación anterior a la celebración del contrato al privar a ambos de la posibilidad de reclamar el cumplimiento. Aun así, convendría reseñar que, pese a todo, ni siquiera ello representa ninguna novedad con respecto al régimen general de nulidad del artículo 1303<sup>790</sup>.

Mención aparte merece el supuesto contemplado en el segundo apartado del artículo 1306 del Código Civil, que contempla la hipótesis de que sólo una de las partes haya intervenido en la causa ilícita del contrato. A nuestro entender, la dificultad en este caso resulta aún mayor, ya que si partimos de una concepción de la causa como la finalidad pretendida por ambos contratantes (pues el móvil subjetivo sólo puede quedar elevado a causa si era conocido por las dos partes), cabe preguntarse cómo es posible que la culpa afecte únicamente a uno de los dos sujetos que han celebrado el negocio jurídico en cuestión<sup>791</sup>. Para dar respuesta a dicha cuestión algunos autores han defendido la necesidad de realizar una comparativa entre el grado de culpabilidad o torpeza en el que han incurrido ambos contratantes, de tal modo que la regla del apartado segundo sólo fuera aplicable a aquellos supuestos en los que existiera una clara desigualdad entre el nivel de culpabilidad de las partes<sup>792</sup>. Por otro lado, otra parte de la doctrina ha apostado por distinguir entre el conocimiento de la ilicitud (que determinaría que la causa sea torpe) y la participación o no en la misma (que conduciría a la aplicación del primer o del segundo apartado del artículo 1306)<sup>793</sup>.

Sea como fuere, ante este panorama tan poco halagüeño la doctrina ha tratado de reducir lo máximo posible el ámbito objetivo de aplicación del artículo 1306 del Código Civil, tratando de limitarlo a aquellos supuestos en los que la causa sea contraria únicamente a la moral<sup>794</sup>. De hecho, la reducida trascendencia del precepto en la práctica se ha limitado

---

<sup>790</sup> LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: *La nulidad de...*, op. cit., p. 330.

<sup>791</sup> LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: *La nulidad de...*, op. cit., pp. 308 y ss. En este sentido, la autora destaca en la p. 327 que si la jurisprudencia del Tribunal Supremo entiende que la causa ilícita consiste en el propósito común de ambas partes, “el contrato no podrá ser declarado nulo por ilicitud causal cuando la torpeza esté tan sólo de parte de uno de los contratantes”.

<sup>792</sup> DELGADO ECHEVARRÍA, J.: “Comentario del artículo 1306 del Código Civil”, en AA.VV.: *Comentario del Código Civil* (dir. por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. DíEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, y P. SALVADOR CODERCH), op. cit., p. 559. DíEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho...*, Vol. I, op. cit., p. 585.

<sup>793</sup> SABORIDO SÁNCHEZ, P.: *La causa ilícita...*, op. cit., p. 358 – 361.

<sup>794</sup> DELGADO ECHEVARRÍA, J.: “Comentario del artículo 1306 del Código Civil”, op. cit., p. 558. VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud contractual...*, op. cit., p. 89. DíEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho...*, Vol.

principalmente a las relaciones de carácter sexual (bien fueran de concubinato, bien fueran de prostitución)<sup>795</sup>. En nuestra opinión, no creemos que el precepto se circunscriba únicamente a los casos de causa inmoral. Creemos que una interpretación conjunta de los artículos 1305 y 1306 lleva a considerar que el primero abarca exclusivamente los supuestos en los que la causa incurra en ilicitud penal, mientras que el segundo precepto cubriría las restantes hipótesis de causa ilícita, independientemente de si dicha ilicitud deriva de su colisión con la ley, la moral o el orden público<sup>796</sup>. Por ello, creemos que el artículo 1306 del Código Civil sería plenamente aplicable a los acuerdos de usurpación de autoría.

Sin embargo, la labor de nuestros tribunales se ha caracterizado por tratar de eludir por todos los medios posibles la aplicación del referido precepto<sup>797</sup> (posiblemente en atención al hecho de que ello habría ocasionado un resultado injusto a la luz del caso concreto). De este modo, podría hablarse incluso de una derogación *de facto* del artículo 1306 del Código Civil. Si bien nos mostramos completamente a favor de la derogación del precepto ante las dificultades de aplicación de una norma que no entraña especiales resultados positivos en la práctica<sup>798</sup>, creemos que, en tanto que no se proceda a la supresión de dicho artículo por los cauces legislativos correspondientes, éste continúa siendo una norma vigente en nuestro ordenamiento jurídico y que, por tanto, debe ser tenida en consideración a la hora de resolver los litigios relativos a la causa ilícita.

En relación con los acuerdos de usurpación de autoría, podría argüirse que el autor fantasma consintió en todo momento que el autor aparente usurpara la paternidad intelectual de su obra, de tal modo que ninguno de los contratantes sería ajeno a la causa torpe. En aplicación del primer apartado del artículo 1306, ello imposibilitaría que

---

I, *op. cit.*, pp. 584 – 585. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: *La nulidad de...*, *op. cit.*, pp. 304 – 306. QUICIOS MOLINA, S.: “La ineficacia contractual”, *op. cit.*, pp. 1538 y 1621.

<sup>795</sup> SABORIDO SÁNCHEZ, P.: *La causa ilícita...*, *op. cit.*, p. 351.

<sup>796</sup> En esta línea, SABORIDO SÁNCHEZ, P.: *La causa ilícita...*, *op. cit.*, pp. 354 – 355. En cualquier caso, cabe reseñar que la jurisprudencia no resulta especialmente clara a este respecto. En algunas ocasiones ha considerado que la causa torpe del art. 1306 CC abarca todos los supuestos carentes de trascendencia penal, *vid.* STS (Sala de lo Civil) núm. 313/2002 de 2 abril (RJ 2002\2485); mientras que en ocasiones ha eludido la aplicación de dicho precepto al considerar que la causa contravenía una norma imperativa que amparaba intereses generales, *vid.* STS (Sala de lo Civil) núm. 173/2009 de 18 marzo (RJ\2009\1652).

<sup>797</sup> Así lo evidencia LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: *La nulidad de...*, *op. cit.*, pp. 316 y ss. al analizar la jurisprudencia del Tribunal Supremo. A la luz de dicha jurisprudencia, SABORIDO SÁNCHEZ, P.: *La causa ilícita...*, *op. cit.*, pp. 338 y ss. concluye que los cambios constantes en la misma ocasionan que ésta no se útil para esclarecer la interpretación más adecuada del art. 1306 CC. QUICIOS MOLINA, S.: “La ineficacia contractual”, *op. cit.*, p. 1552.

<sup>798</sup> En este sentido, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: *La nulidad de...*, *op. cit.*, pp. 330 – 331.

cualquiera de ellos pudiera solicitar la restitución de lo ya entregado o el cumplimiento de las prestaciones acordadas. Sin embargo, creemos que la cuestión de la autoría fantasma debe resolverse a través de la regla contenida en el segundo apartado del citado artículo. Tal y como hemos apuntado anteriormente, si realizamos una comparativa entre ambos contratantes, no consideramos que el grado de torpeza en el que incurre el autor fantasma sea comparable con el nivel de culpabilidad del autor aparente, que –no lo olvidemos– pretende imputarse el mérito de una creación que no ha realizado con el fin de obtener un determinado reconocimiento público por parte del resto de la sociedad, lo que no constituye un interés jurídico digno de protección. A nuestro modo de ver, es el autor aparente (o, en su caso, el profesional de la explotación) el individuo que engaña activamente al público, mientras que el autor fantasma se limita a permitir que dicho engaño se produzca. Por lo tanto, podremos convenir en que no debe otorgarse el mismo grado de reproche jurídico a ambos comportamientos.

Así mismo, hay que tener presente que el ordenamiento jurídico considera al autor de la obra creativa como la parte débil de la relación contractual, lo que resulta sin duda un dato relevante a la hora de ponderar el grado de participación de dicho individuo en la causa ilícita. En este sentido, QUICIOS MOLINA señala cómo parte de la doctrina ha defendido que el sujeto protegido por una legislación de carácter tuitivo no incurre en la causa torpe cuando celebra el contrato prohibido por la norma<sup>799</sup>. Con respecto al fenómeno que estamos analizando, es cierto que, en puridad, si el acuerdo de usurpación se articulara jurídicamente de una determinada manera (en concreto, como una autorización revocable del autor verdadero para la intromisión en su derecho moral de paternidad) no se estaría vulnerando flagrantemente ningún precepto de la Ley de Propiedad Intelectual. No obstante, creemos que ello no impide trasladar el razonamiento que acabamos de realizar a aquellos supuestos en los que lo que se conculca el orden público. En esta línea, LUCAS-SCHLOETTER entiende que las normas relativas a los derechos morales integran un “orden público de protección” del creador de la obra intelectual, por lo que sólo este individuo podría alegar la nulidad de los pactos que se hubieran alcanzado a este respecto<sup>800</sup>. En un sentido similar, entendemos que los fines naturales del orden público cultural conducen inexorablemente a la protección del creador

---

<sup>799</sup> QUICIOS MOLINA, S.: “La ineficacia contractual”, *op. cit.*, p. 1529.

<sup>800</sup> LUCAS-SCHLOETTER, A.: *Droit moral et ...*, *op. cit.*, pp. 356 – 357. Aun así, es preciso señalar que la autora entiende que estamos ante un supuesto de anulabilidad que permitiría la confirmación por parte del creador del acto ineficaz.

de la obra intelectual en aquellos supuestos en los que está en juego el ejercicio de sus derechos morales o el reconocimiento de su condición de autor<sup>801</sup>.

Por consiguiente, creemos que el autor fantasma no incurriría en la causa torpe del acuerdo de usurpación de autoría por los motivos que acabamos de exponer. Ello ocasionaría que el autor fantasma no estuviera obligado a cumplir con el contrato, pero sí pudiera reclamar la restitución de lo que ya hubiese transmitido: el ejemplar físico de la obra intelectual y los derechos de explotación. Por su parte, la contraparte del negocio jurídico de usurpación no podría reclamar al creador verdadero los beneficios pecuniarios que ya le hubieran sido desembolsados. A este respecto, RAGEL SÁNCHEZ critica el escenario que se produciría como consecuencia de la aplicación del artículo 1306 del Código Civil (específicamente, de su apartado primero) en el ámbito de la autoría fantasma. En concreto, el citado autor señala que en el caso de que la obra usurpada resultara ser un éxito el creador fantasma podría conseguir exitosamente la reivindicación de su paternidad y, además, no estaría obligado a devolver el precio que le fue pagado por la creación de la obra, lo que generaría, en su opinión, un resultado intolerable<sup>802</sup>. Cabe añadir que dicho escenario podría originarse igualmente si, tal y como sostenemos, se aplicara el artículo 1306.2º y además el autor aparente ya hubiera cumplido con la prestación que había asumido en el acuerdo de usurpación. Sea como fuera, no compartimos la valoración que realiza RAGEL SÁNCHEZ sobre la injusticia de dicha situación.

Así pues, es cierto que el autor fantasma podría salir beneficiado como consecuencia de la aplicación del régimen normativo del artículo 1306, pero ello no tiene por qué ser enjuiciado como algo necesariamente negativo. En la mayoría de casos quienes promueven la celebración de los acuerdos de usurpación son los profesionales de la explotación o los autores aparentes, quienes además resultan los principales beneficiados de un entramado que, en última instancia, constituye un engaño para el público. Por consiguiente, la amenaza de que el autor fantasma saldría exitoso de la situación en el caso de que dichos acuerdos fueran llevados ante los tribunales por cualquiera de las

---

<sup>801</sup> DELGADO ECHEVARRÍA, J.: “Comentario del artículo 1306 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 559 defiende que la privación de acciones a los contratantes que ocasiona el art. 1306 del CC no se produciría en aquellos casos en que la misma fuera contraria a la finalidad de la norma prohibitiva. Del mismo modo, entendemos que podríamos sostener un razonamiento similar con respecto al orden público. Así pues, podría considerarse que impedir el ejercicio de la acción de restitución al autor fantasma –que ocupa la parte débil de la relación contractual– ocasiona un resultado contrario al orden público cultural.

<sup>802</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: *El contrato de...*, *op. cit.*, p. 59.

partes podría llegar a constituir un importante desincentivo para la celebración de este tipo de negocios jurídicos (que suponen, en definitiva, una práctica indeseable para la sociedad en su conjunto).

En definitiva, la aplicación preferente del apartado segundo del artículo 1306 sobre la regla del apartado primero del mismo precepto genera un mayor número de escenarios en los que la posición del autor fantasma estaría más protegida que la de la contraparte. Por el contrario, el artículo 1306.1º colocaría al creador verdadero en determinados casos en una posición de mayor vulnerabilidad en determinados casos. En el supuesto en el que el autor verdadero cumpliera con su obligación y la contraparte no lo hiciera, aquél no estaría facultado para exigir el cumplimiento de las prestaciones adeudadas ni para solicitar la restitución de lo ya entregada. De este modo, lo único que podría conseguir es una sentencia declarativa de los tribunales en los que se reconociera su autoría. Por consiguiente, parece que la consecución de determinados fines de justicia material aconseja que nos decantemos por la aplicación del artículo 1306.2º.

### **5.3. Conclusiones sobre las consecuencias restitutorias derivadas de la nulidad del acuerdo de usurpación de autoría**

Tras todo lo expuesto, podemos concluir que la aplicación de los artículos 1255 y 1275 del Código Civil conducen a la nulidad absoluta del negocio jurídico de usurpación. Sin embargo, hemos comprobado que existen diferencias notorias con respecto a los efectos restitutorios de la nulidad en función de si la ineficacia del contrato deriva de su colisión con los límites a la autonomía de la voluntad o de la concurrencia de una causa ilícita. Por tanto, se hace preciso que determinemos cuál es el régimen normativo que debe ser aplicado al supuesto de la autoría fantasma: la regla general contenida en el artículo 1303 o el régimen excepcional del artículo 1306.

En relación con aquellos supuestos en los que, como en el caso que nos ocupa ahora, concurrieran diversas causas de nulidad, VÁZQUEZ DE CASTRO propone que se aplicara de manera preferente la regla general del artículo 1303 del Código Civil frente a la regla excepcional del artículo 1306, que quedaría circunscrita a aquellas hipótesis en las que el contrato adoleciera únicamente de causa torpe<sup>803</sup>. Desde nuestro punto de vista, el razonamiento tendría que ser justamente el inverso, en la medida en que la especialidad del artículo 1306 ocasionaría que éste se aplicara prioritariamente siempre que se diera el

---

<sup>803</sup> VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilícitud contractual...*, op. cit., p. 366.

supuesto de hecho previsto en la norma<sup>804</sup> (salvo aquellos casos en los que la específica ley que se hubiera conculcado previera una sanción concreta)<sup>805</sup>. Con todo, no puede soslayarse que existe el riesgo de que una valoración excesivamente amplia de la ilicitud de la causa condujera a una extensión artificial del ámbito de aplicación del artículo 1306 del Código Civil<sup>806</sup>. En consecuencia, quizás no exista más remedio que proceder al examen casuístico de cada hipótesis concreta, analizando si la ilicitud del negocio deriva fundamentalmente del contenido del mismo o de su finalidad.

Así pues, el artículo 1255 del Código Civil constituye una norma idónea para anular aquellas cláusulas que supongan una cesión o una renuncia de cualquier derecho moral por resultar éstas contrarias al tenor literal del artículo 14 de la Ley de Propiedad Intelectual. Sin embargo, dicho precepto no resuelve adecuadamente la problemática derivada de la concesión de autorizaciones revocables por parte del creador de la obra creativa en este ámbito. En efecto, debemos recordar que la mera disposición de un derecho moral no constituye una *res extracommercium*, por lo que la licencia que otorgaría el autor fantasma para no hacer constar su paternidad intelectual durante un lapso de tiempo no sería en sí misma ilícita. A nuestro modo ver, la valoración aislada del pacto de confidencialidad podría llegar a pasar el filtro del orden público, ya que el núcleo de su ilicitud radica en la finalidad del negocio jurídico en su conjunto: el engaño al público general sobre la verdadera identidad del autor de una determinada obra intelectual. Por lo tanto, si bien no desdeñamos la posibilidad de emplear otros argumentos complementarios, creemos que la ineficacia del acuerdo de usurpación de autoría constituye, primordialmente, un problema de causa ilícita, lo que conduce a la aplicación del artículo 1306 del Código Civil.

Aun así, no negamos que preferiríamos que se aplicara al presente supuesto el régimen general del artículo 1303. Tal y como ya hemos apuntado previamente, el artículo 1306 tiende a generar situaciones de enriquecimiento injusto cuando una de las partes ya ha cumplido con aquellas prestaciones a las que se había obligado. Si estuviéramos ante la hipótesis del artículo 1306.2º, al menos ello podría disfrazarse de algún modo bajo la

---

<sup>804</sup> Sostiene una crítica similar QUICIOS MOLINA, S.: “La ineficacia contractual”, *op. cit.*, p. 1621.

<sup>805</sup> VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilícitud contractual...*, *op. cit.*, p. 366. QUICIOS MOLINA, S.: “La ineficacia contractual”, *op. cit.*, p. 1621.

<sup>806</sup> De igual modo, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: *La nulidad de...*, *op. cit.*, p. 306 (quien sí circunscribe el ámbito de aplicación del art. 1306 CC a la causa únicamente inmoral) alerta sobre el peligro de extender arbitrariamente el juicio de inmoralidad.

máscara de la “justicia poética” (se castiga al contratante culpable y se recompensa al sujeto vulnerable protegido por la norma o por el orden público). Con todo, cabría preguntarse si la regulación de las consecuencias patrimoniales derivadas de la nulidad debería regirse por tales parámetros o, en cambio, se debería tratar simplemente de restituir la situación al *status quo* previo a la celebración del acuerdo de usurpación. De hecho, la norma ni siquiera encuentra una justificación moral cuando ambas partes han participado de igual manera en la causa ilícita y se exonera a uno de los contratantes del cumplimiento a la vez que se permite que conserve la prestación entregada por la contraparte.

Pese a todo, creemos que ésta es la solución aplicable al supuesto que examinamos si somos coherentes con la legislación en vigor en nuestro Código Civil. Es manifiesto que existe un auténtico problema jurídico con un precepto que los tribunales no aplican en la práctica y que la doctrina trata de restringir a lo que constituye auténticos supuestos de laboratorios. Por tanto, parece más razonable abogar por la derogación del mismo<sup>807</sup>. Sin embargo, hasta que ello ocurra, no creemos que resulte honesto en un trabajo académico como éste obviar convenientemente la aplicación de una norma vigente por el mero hecho de que produzca un resultado que rechazamos. De esta manera, dado que sostenemos firmemente que la ineficacia del acuerdo de usurpación deriva principalmente de la ilicitud de la finalidad para la que se ha celebrado, creemos que la única manera de atemperar los efectos perniciosos del régimen normativo al que apuntamos es aplicando el segundo apartado del artículo 1306 por las razones ya expuestas y a las que nos remitimos.

Ahora bien, tampoco somos del todo ingenuos. La larga tradición jurisprudencial de nuestro Alto Tribunal sobre esta materia nos lleva a sospechar que si la problemática de la autoría fantasma se presentara ante los tribunales, éstos tenderían a obviar la existencia del mentado artículo (o, al menos, a justificar su no aplicación) en aquellos supuestos en los que se pudiera producir un resultado materialmente injusto. Si así fuera, se recurriría al régimen general del artículo 1303 que provocaría los efectos ya expuestos en su correspondiente epígrafe.

---

<sup>807</sup> Así lo hace, de hecho, Propuesta de modernización del Código Civil, cuyo artículo 1302.3 dispone: “Salvo que otra cosa establezca la ley, no impedirá la restitución el hecho de que la nulidad del contrato se deba a la finalidad ilícita perseguida por los contratantes o por uno de ellos con el conocimiento del otro”.



#### 5.4. Ejercicio de la acción de nulidad del acuerdo de usurpación de autoría

Más allá de todo lo apuntado, la estimación del acuerdo de usurpación de autoría como nulo de pleno derecho conlleva toda una serie de consecuencias que tradicionalmente se han anudado a este tipo de ineficacia contractual<sup>808</sup>: legitimación activa para impugnar el negocio reconocida a cualquier individuo que ostente un interés legítimo<sup>809</sup>, imprescriptibilidad de la acción<sup>810</sup>, imposibilidad de convalidación, o reconocimiento de la misma de oficio por parte de los tribunales<sup>811</sup>. En general, compartimos que dichas circunstancias concurrirían en el supuesto de la impugnación de este negocio jurídico, exceptuando quizás la cuestión de la legitimación para ejercitar la acción.

Parte de la doctrina ha señalado cómo los límites clásicos entre las categorías de la nulidad absoluta y la anulabilidad se han ido desdibujando a lo largo del tiempo, de tal modo que el propio ordenamiento jurídico ha acabado atribuyendo consecuencias típicas de la anulabilidad a un supuesto de hecho que la propia norma califica de nulidad de pleno

---

<sup>808</sup> Entre otros, señala estas características EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A.: *Cuestiones Conflictivas en el Régimen de la Nulidad y Anulabilidad del Contrato*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 22. QUICIOS MOLINA, S.: “La ineficacia contractual”, en AA.VV.: *Tratado de contratos* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 1528.

<sup>809</sup> Tal y como señala EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A.: *Cuestiones Conflictivas en...*, *op. cit.*, p. 71, la exigencia de un interés legítimo permite que la acción de nulidad no se convierta en una suerte de acción colectiva. Así pues, bastaría con que el sujeto que ejercitara la acción evidenciara que obtiene algún tipo de ventaja o provecho derivado de la declaración de nulidad del contrato. En este sentido, *vid.* PASQUAL LIAÑO, M.: *Nulidad y anulabilidad*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 226 y 230. QUICIOS MOLINA, S.: “La ineficacia contractual”, *op. cit.*, p. 1570.

<sup>810</sup> Parte de la doctrina ha abogado por estimar que la imprescriptibilidad sólo afectaría a la acción declarativa de nulidad, mientras que la acción de restitución estaría sometido al plazo general establecido en el Código Civil. Así lo sostienen, entre otros, EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A.: *Cuestiones Conflictivas en...*, *op. cit.*, pp. 85 – 88. DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho...*, Vol. I, *op. cit.*, pp. 578 – 579. Ésta ha sido la línea a la que se ha acogido el Tribunal Supremo, *vid.* STS (Sala de lo Civil) de 27 febrero 1964 (RJ 1964\1152).

<sup>811</sup> En favor de la apreciación de oficio de la nulidad de pleno derecho, la STS (Sala de lo Civil) de 29 marzo 1932 (RJ 1932\976), relativa a un contrato cuyo objeto consistía en una actividad contraria al ordenamiento jurídico e incluso sancionable penalmente, afirma lo siguiente:

*Que si bien el principio, y acatando el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para que pueda decretarse la nulidad de los contratos debe ser solicitada en adecuada forma por la parte que la pretenda y a quienes sus efectos perjudiquen, no es tan absoluto y rígido el precepto procesal mencionado que impida a los Tribunales de justicia el hacer las oportunas declaraciones, cuando los pactos y cláusulas que integran el contenido de aquéllos sean manifiesta y notoriamente contrarios a la moral, o ilícitos, pues lo contrario conduciría a que los fallos de los Tribunales, por el silencio de las partes, pudieran tener su apoyo y base fundamental en hechos torpes o constitutivos de delito, absurdo ético-jurídico inadmisibles (...).*

Tras analizar la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal, EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A.: *Cuestiones Conflictivas en...*, *op. cit.*, pp. 30 y ss. señala que el Tribunal Supremo restringe en la práctica la apreciación de oficio de la nulidad absoluta no alegada por ninguna de las partes a aquellos supuestos en los que la misma es flagrante y en los que se está tratando de proteger un interés público. En este sentido, *vid.* STS (Sala de lo Civil) de 31 marzo 1981 (RJ 1981\1144), STS (Sala de lo Civil) de 15 diciembre 1993 (RJ 1993\9989) y STS (Sala de lo Civil) núm. 1286/1993 de 30 diciembre. RJ 1993\9912

derecho<sup>812</sup>. Un ejemplo paradigmático podría ser las cláusulas abusivas en materia de consumidores que, pese a ser consideradas radicalmente nulas por la legislación, la legitimación activa para su impugnación se restringe al consumidor afectado, vetando la posibilidad de impugnación de las mismas al predisponente de éstas. Así pues, algún autor ha señalado cómo, en efecto, la legitimación para ejercitar una acción derivada de una norma de carácter tuitivo debe estar limitada al sujeto que ésta pretende proteger<sup>813</sup>. Siguiendo este razonamiento, la acción de nulidad del acuerdo de usurpación debería quedar circunscrita al autor fantasma (lo cual sería coherente, a su vez, con la argumentación relativa al orden público de protección que hemos planteado para justificar la aplicación del artículo 1306.2º).

No obstante, también podría argumentarse que la especial concurrencia del límite del orden público cultural en el supuesto que estudiamos justifica que, al menos teóricamente, cualquier interesado con un interés legítimo pudiera impugnar el contrato<sup>814</sup>. En el caso de los consumidores afectados por el engaño, no terminamos de apreciar hasta qué punto dichos sujetos podrían estar interesados en el ejercicio de una acción de estas características, teniendo en cuenta, tal y como exponremos posteriormente, que ostentan otras acciones más apropiadas para conseguir la satisfacción de sus pretensiones y que, además, tampoco podrían obligar al autor fantasma a hacer constar su identidad en la obra en contra de su voluntad. En cambio, más interesante podría ser el supuesto de otros terceros que estuvieran interesados en que la titularidad de los derechos de explotación cedidos en virtud del acuerdo de usurpación retornara al autor fantasma como consecuencia de la ineficacia del negocio jurídico en cuestión. A este respecto, no encontramos obstáculos para que dichos sujetos pudieran impugnar la eficacia del susodicho contrato.

---

<sup>812</sup> EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A.: *Cuestiones Conflictivas en...*, op. cit., pp. 23 – 25. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: *La nulidad de...*, op. cit., pp. 44 y ss. quien califica estos supuestos como de “nulidad relativa”. QUICIOS MOLINA, S.: “La ineficacia contractual”, op. cit., pp. 1529 – 1530.

<sup>813</sup> PASQUAL LIAÑO, M.: *Nulidad y anulabilidad*, op. cit., pp. 242 y ss. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: *La nulidad de...*, op. cit., pp. 44 – 45. QUICIOS MOLINA, S.: “La ineficacia contractual”, op. cit., p. 1571.

<sup>814</sup> No olvidemos que la sanción de nulidad absoluta es una forma de proteger, en esencia, determinados intereses públicos, vid. por todos, QUICIOS MOLINA, S.: “La ineficacia contractual”, op. cit., p. 1528. Por su parte, PASQUAL LIAÑO, M.: *Nulidad y anulabilidad*, op. cit., p. 243 señala que la causa torpe de un contrato puede ser impugnada por cualquier sujeto con un interés legítimo, puesto que ello facilita la declaración de ineficacia de aquellos contratos en los que ambas partes han incurrido en la ilicitud de la causa.

Finalmente, nos gustaría analizar la posibilidad de que alguna de las partes que celebraron el acuerdo de usurpación de autoría pudiera exigirse el pago de la pertinente indemnización de daños y perjuicios. Bajo nuestro punto de vista, el autor fantasma debe carecer de una acción en este sentido, puesto que otorgó un consentimiento expreso a través del cual autorizó la intromisión del tercero en el ámbito de sus intereses personales. Pese a que dicho consentimiento no puede configurarse válidamente como la fuente de una obligación contractual, es innegable que la concesión de dicha licencia excluye la antijuridicidad del daño que ha sufrido<sup>815</sup>. Si bien la doctrina de los actos propios no resultaría de aplicación al propio acto de disposición de una facultad irrenunciable e inalienable, entendemos que sí lo sería en lo referente a la no reparación patrimonial de un daño moral que se ha originado por la propia voluntad del perjudicado.

En lo que respecta al autor aparente o al profesional de la explotación, la cláusula penal que las partes hubieran pactado quedaría sin efecto, debido a su carácter accesorio de una prestación principal (deber de secreto) que adolece de nulidad absoluta<sup>816</sup>. No obstante, ello no elimina que la revelación no consensuada de la autoría que realiza el creador fantasma podría llegar a ocasionar una serie de daños –extracontractuales– a la contraparte del contrato<sup>817</sup>. La indemnización por culpa *in contrahendo* sólo podría abarcar el interés contractual negativo (pago de gastos y reparación de daños que la parte perjudicada no hubiera sufrido si no hubiera celebrado el contrato), no extendiéndose al interés contractual positivo (beneficio que se hubiera obtenido en el caso de que el contrato hubiera sido válido)<sup>818</sup>. Con todo, a nuestro entender, la reparación de dichos daños no debería ser estimada en el caso de que fuera reclamada.

Para empezar, debemos recordar que el daño se habría originado como consecuencia del ejercicio lícito de una facultad personalísima que el ordenamiento jurídico reconoce al autor fantasma y cuyo ejercicio no puede ser limitado con base en un acuerdo que adolece nulidad absoluta por ser contrario a los principios básicos que integran el orden público

---

<sup>815</sup> GAUTIER, P.Y.: “L’œuvre...”, *op. cit.*, pp. 92 – 96 entiende que la revocación de la autorización del autor fantasma sólo puede generar efectos de cara al futuro. Por consiguiente, no podrá solicitar la reparación por el perjuicio que el propio creador decidió consentir. En la misma línea, RAIZON, H.: *La contractualisation du...*, *op. cit.*, p. 220.

<sup>816</sup> RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: *El contrato de...*, *op. cit.*, p. 57.

<sup>817</sup> Para LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: *La nulidad de...*, *op. cit.*, p. 339 “incurre en culpa *in contrahendo*, quien en la fase precontractual actúa en contra de la buena fe, entendida en sentido objetivo y lesiona los intereses de la contraparte”.

<sup>818</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: *La nulidad contractual...*, *op. cit.*, pp. 145 – 146. QUICIOS MOLINA, S.: “La ineficacia contractual”, *op. cit.*, pp. 1615 y 1622.

cultural. Además, no puede obviarse que la contraparte contrata al creador verdadero con la pretensión de engañar al público sobre la autoría de una obra y siendo consciente del riesgo que existe de que éste decida revelar la auténtica paternidad de su creación, por lo que parece lógico que deba asumir los daños que puedan derivarse de haber desarrollado un comportamiento que resulta contrario al ordenamiento jurídico<sup>819</sup>.

En esencia, no creemos que el autor aparente (o el profesional de la explotación que forma parte del acuerdo) pueda solicitar la reparación de un daño que se ha originado como consecuencia de un negocio jurídico en cuya causa torpe ha participado activamente. He aquí donde parece que las reglas del artículo 1306 del Código Civil cobran auténtica virtualidad, puesto que parece excesivo que quien celebra un contrato ilícito pretenda obtener la reparación por los daños originados por la parte contraria al impugnar precisamente dicha ilicitud. Pese a ello, creemos que el citado precepto debería articularse como una norma que privara al contratante culpable tanto de acción de cumplimiento como de acción de reparación, pero no de acción de restitución por la prestación efectivamente ejecutada (puesto que ello puede llegar a originar situaciones de enriquecimiento injusto).

Con este último apunte concluimos nuestras reflexiones sobre la ineficacia del acuerdo de usurpación de autoría y las consecuencias derivadas de la misma. Sin embargo, ello no deja resuelta del todo la problemática que hemos abordado a lo largo de este estudio. En efecto, tanto si se comparten las conclusiones que hemos ido desarrollando como si no, convendremos en que en este ámbito puede producirse una potencial vulneración de los legítimos intereses de terceros que desconozcan la celebración de este negocio jurídico. Al estudio de la protección de los terceros de buena fe (bien sea el profesional de la explotación que no participa del negocio ni conoce del mismo, o el público en general) es a lo que nos dedicaremos en las próximas páginas.

## **6. LA RELACIÓN CON EL PROFESIONAL DE LA EXPLOTACIÓN**

En el epígrafe anterior hemos tendido a considerar que el sujeto responsable de la comercialización de la creación intelectual en el mercado formaba parte en todo momento del negocio jurídico de usurpación de autoría. Sin embargo, ello no tiene por qué ser

---

<sup>819</sup> En sentido contrario, GAUTIER, P.Y.: “L’œuvre...”, *op. cit.*, pp. 96 – 100 considera que las pretensiones indemnizatorias de la contraparte podría prosperar, puesto que ésta confió en las promesas del autor fantasma de que no desvelaría la auténtica paternidad de su obra. En idéntico sentido, RAZON, H.: *La contractualisation du...*, *op. cit.*, p. 220.

necesariamente así, puesto que es perfectamente posible que este individuo ocupe la posición de un tercero ajeno a la relación. Igualmente, a ello habría que sumarle un factor adicional, ya que dicho profesional puede conocer de la existencia y participación del autor fantasma o no, lo que va a determinar la concurrencia de buena o mala fe en aquél. Por ello, creemos conveniente detenernos a continuación en analizar cuáles serían las consecuencias para este individuo en el caso de que el autor fantasma decidiera ejercer su derecho moral de paternidad, valorando los distintos resultados que se producirían en función de la situación concreta en la que nos encontremos.

### **6.1. Supuestos en los que el profesional no contrata directamente con el autor fantasma**

El acuerdo de usurpación de autoría puede llevarse a cabo sin la concurrencia del profesional de la explotación, celebrándose así el negocio jurídico únicamente entre el autor aparente y el autor fantasma. Sería el supuesto del autor aparente que suscribe con la empresa responsable de la explotación un contrato de cesión de derechos sobre una obra que ha sido creada, en realidad, por un autor fantasma. Así mismo, también abarcaría la hipótesis del profesional que suscribe con el autor aparente un contrato de encargo de obra intelectual en sentido amplio (es decir, el deudor asume la obligación de crear la obra y de, posteriormente, ceder los derechos de explotación), que finalmente acaba siendo realizado por un autor fantasma. En ambos casos dicho profesional ocuparía la posición de cesionario del derecho y asumiría las obligaciones propias de este rol: pago del precio y explotación de la obra.

Dicho sujeto no respondería en ningún caso ante el autor verdadero por el incumplimiento de cualquiera de las prestaciones del autor aparente, dado que, en virtud del principio de relatividad de los contratos, no tendría ninguna obligación con respecto a aquél. Todo ello sin perjuicio de que sí se vería vinculado por los efectos cesatorios o de remoción de una sentencia judicial, por lo que en el supuesto de que el autor fantasma ejerciese su derecho moral de paternidad, el empresario estaría obligado a modificar el nombre del autor que figurase en la explotación de la obra<sup>820</sup>. Pese a ser un tercero ajeno a la celebración del acuerdo de usurpación, la ineficacia de dicho negocio jurídico puede originar

---

<sup>820</sup> Éste es el planteamiento de la SAP de Madrid (Sección 28ª) núm. 217/2016 de 6 junio (AC\2016\1209), que concluye que una editorial, en tanto que tercero ajeno al conflicto entre los dos autores, no podía responder por los daños causados al autor cuyo nombre se omitió, sin perjuicio de que extienda a este sujeto también la conducta cesatoria y de remoción.

repercusiones significativas para aquél, por lo que se hace preciso analizar cuáles pueden ser las posibles consecuencias para el profesional de la explotación en el caso de que el autor fantasma decida impugnar la validez del contrato que ha celebrado con el autor aparente.

#### **6.1.1. Titularidad y cesión de los derechos de explotación del autor fantasma**

El profesional de la explotación necesita ostentar la titularidad de las facultades patrimoniales que integran la propiedad intelectual para llevar a cabo la prestación a la que se ha comprometido contractualmente. Así pues, en la hipótesis que manejamos dicho sujeto ha celebrado el contrato directamente con el autor aparente, por lo que cabe preguntarse cómo se produciría la transmisión de los derechos de explotación cuya titularidad originaria detenta el autor fantasma.

La fórmula más sencilla consistiría en que el autor aparente actuara jurídicamente como un representante del creador verdadero que no llega a obtener nunca la titularidad derivada de dichas prerrogativas. De hecho, el artículo 6.2 de la Ley de Propiedad Intelectual propiciaría esta solución. El mentado precepto regula el ejercicio de los derechos de autor en el supuesto de las obras en los que el creador sea anónimo o emplee un pseudónimo no transparente, y le otorga la representación de este sujeto a la persona que saque a la luz la obra con su consentimiento<sup>821</sup>. A nuestro entender, dicha definición encajaría con la labor que realiza el autor aparente, ya sea explotando la creación directamente o convirtiéndose en el vehículo a través del cual se realiza el correspondiente contrato de explotación<sup>822</sup>.

De este modo, el autor fantasma cedería las referidas prerrogativas patrimoniales directamente al encargado de la comercialización de la obra en virtud del consentimiento emitido en su nombre por el autor aparente<sup>823</sup>. Dicha afirmación no reviste importancia

---

<sup>821</sup> Se ha discutido la posibilidad de que el divulgador que carezca de la titularidad derivada de los derechos pueda realizar cesiones en exclusiva. Bajo nuestro punto de vista, debe imponerse la respuesta afirmativa, siempre y cuando se conceda al autor la facultad de impugnar aquellas cesiones que se hubieran otorgado sin consentimiento. El divulgador tendría, por tanto, que responder ante los terceros de buena fe que hubieran sufrido cualquier tipo de daño y perjuicios como consecuencia de la extralimitación que aquél efectuó. Por el contrario, parece que no se muestran favorables a dicha postura, CARRASCO PERERA, A. y DEL ESTAL SASTRE, R.: “Comentario del artículo 6”, *op. cit.*, p. 121.

<sup>822</sup> En este sentido, CARRASCO PERERA, A. y DEL ESTAL SASTRE, R.: “Comentario del artículo 6”, *op. cit.*, p. 118 afirma: “«Sacar a la luz» no se reduce a poner los medios técnico-empresariales para que la obra pueda hacerse accesible al público. Puede tratarse de un fiduciario distinto del editor de la obra, siempre que el nombre o identificación de aquél aparezca en la obra”.

<sup>823</sup> CARRASCO PERERA, A. y DEL ESTAL SASTRE, R.: “Comentario del artículo 6”, *op. cit.*, pp. 118 – 119 señalan cómo la falta de consentimiento afectará a la eficacia de los actos realizados por el divulgador,

menor, puesto que ello implicaría que la cesión de derechos se consideraría válida independientemente de la ineficacia del acuerdo de usurpación. En efecto, estaríamos ante dos contratos diferenciados (el de usurpación celebrado entre el autor aparente y el autor fantasma, y el de cesión de derechos celebrado entre el profesional de la explotación y el autor verdadero a través de su representante), por lo que los efectos de la nulidad del primero no se propagarían al segundo contrato <sup>824</sup>. Otra cuestión distinta, que examinaremos posteriormente, es determinar si el encargado de la comercialización de la obra puede desligarse del contrato que ha suscrito en el caso de que el autor fantasma desvele su identidad.

En cambio, más problemático podría resultar, en principio, el supuesto en el que el autor aparente se ha convertido en el cesionario de los derechos de explotación en virtud del acuerdo de usurpación y trata de realizar una segunda transmisión (en exclusiva) de los mismos en favor del encargado de la comercialización de la obra. En relación con esta cuestión, se podrían apuntar ciertos problemas normativos: por un lado, el artículo 48 de la Ley de Propiedad Intelectual –relativo a cesiones exclusivas– únicamente faculta al cesionario (en este caso, el autor aparente) a otorgar cesiones no exclusivas, lo que supondría que sólo podría concederse al profesional de la explotación una licencia de esta naturaleza; por otro lado, el artículo 49 de la Ley de Propiedad Intelectual prevé la posibilidad de transmitir íntegramente el derecho del cesionario en exclusiva con el consentimiento del cedente<sup>825</sup>, si bien la doctrina discute sobre si dicha cesión consiste, en realidad, en una novación subjetiva (que en el presente caso no podría tener efectos

---

salvo en aquellos casos en los que la conducta del autor pudo generar la confianza legítima en su validez, de tal forma que se pudiera recurrir a la doctrina de los actos propios.

<sup>824</sup> Podría plantearse que nos encontramos ante un supuesto de contratos coligados, ya que existe cierta conexidad entre ambos negocios jurídicos en la medida en que la celebración del segundo se constituye como un elemento necesario para la consecución del fin del primero. A este respecto, la doctrina se encuentra ciertamente dividida sobre si en el ámbito de los contratos coligados la ineficacia de uno de ellos se propagaría al resto. Sobre las distintas posturas al respecto, *vid.* EVANGELIO LLORCA, R.: *El encargo de...*, *op. cit.*, p. 56 – 57.

<sup>825</sup> SERRANO FERNÁNDEZ, M.: “Régimen jurídico de transmisión...”, *op. cit.*, p. 19 entiende que el art 49 LPI se configura como un beneficio irrenunciable del autor (art. 55 LPI). Por tanto, la cesión incontestada es ineficaz y despliega efectos meramente obligatorios entre el cedente y el cesionario, que no pueden oponerse al autor.

dada la nulidad de la obligación primitiva)<sup>826</sup> o en una auténtica transmisión del derecho<sup>827</sup>.

En cualquier caso, no resulta necesario profundizar en ninguna de dichas hipótesis, puesto que la nulidad del acuerdo de usurpación de autoría ocasionaría que no se hubieran transmitido válidamente los derechos de explotación, por lo que el autor fantasma conservaría la titularidad de dichas prerrogativas. Estando así las cosas, creemos que lo más razonable es considerar que, al igual que ocurría en la primera hipótesis que hemos expuesto, el autor aparente habría actuado como un agente del creador verdadero y habría emitido el consentimiento en su nombre en virtud del artículo 6.2 de la Ley de Propiedad Intelectual<sup>828</sup>. No obstante, pese a la validez de la cesión efectuada al profesional de la explotación, cabría plantearse si dicho sujeto debería estar obligado a continuar con la comercialización de la obra intelectual una vez el autor fantasma hubiera revelado unilateralmente su identidad.

#### **6.1.2. La concurrencia de buena o mala fe en el profesional de la explotación**

En relación con la existencia del autor fantasma, existe la posibilidad tanto de que la empresa cesionaria sea consciente de que la contraparte de la relación jurídica ha contratado a otro sujeto para la creación de la obra como que, por el contrario, ignore completamente dicho hecho. A nuestro entender, el conocimiento o desconocimiento de esta información determinará la concurrencia de buena o mala fe en dicho sujeto y afectará a las consecuencias que se devengarán de la eventual reclamación de paternidad del autor verdadero. Examinemos con detenimiento ambas posibilidades.

---

<sup>826</sup> Así lo dispone el art. 1208 CC: “La novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen”.

<sup>827</sup> Al respecto de esta cuestión, *vid.* CAVANILLAS MÚGICA, S.: “Comentario del artículo 49”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), pp. 932 – 933.

<sup>828</sup> En este sentido, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: *La nulidad de...*, *op. cit.*, pp. 333 – 335 señala que la “nulidad en cadena” no suele aplicarse en la práctica en atención a los efectos devastadores que tendría en el tráfico jurídico. De este modo, por ejemplo, la venta de un bien cuya transmisión anterior es nula se considera un contrato válido e independiente del anterior. Por consiguiente, entendemos que la fórmula que proponemos –considerar que el autor aparente ha actuado como representante del autor fantasma– resulta apropiada en la medida en que permite mantener la vigencia del contrato de cesión de derechos celebrado con el profesional de la explotación.



### **a) Buena fe: el profesional desconoce la existencia del autor fantasma**

Si el profesional de la explotación desconoce que la obra ha sido creada por un autor fantasma, aquél se convertirá en un tercero de buena fe ajeno a dicha relación. Este sujeto confió en la apariencia de autoría que habían contribuido a generar conjuntamente tanto el autor fantasma como el autor aparente, de tal modo que aquél se ve notablemente perjudicado por la súbita revelación de que, en realidad, es otro el individuo que ha creado la obra cuyos derechos se han cedido.

Para empezar, puede que la empresa ya no esté interesada en explotar la creación de un autor con el que nunca contrató. De este modo, podría impugnar directamente la validez del contrato de cesión de derechos que suscribió ejercitando una acción de anulabilidad por dolo o por error esencial en la persona de la contraparte. Así mismo, consideramos que la revelación del cedente de los derechos de explotación como falso autor supone una quiebra del principio de identidad en el cumplimiento de la prestación, ya que al cesionario se le afirmó que la contraparte era tanto la autora de la obra como la titular originaria de los derechos que se transmitían. En otras palabras, se cedieron los derechos de una obra con unas características diferentes a las que se fijó en el contrato, dado que entendemos que la paternidad de la creación intelectual constituye parte de su esencia. Por consiguiente, otra vía posible para la empresa cesionaria sería optar por la resolución del contrato por incumplimiento esencial del mismo.

En segundo lugar, la revelación de la auténtica autoría podría haber ocasionado al cesionario una serie de perjuicios que no estaría en ningún caso obligado a soportar dada su condición de tercero de buena fe (fundamentalmente, pensamos en la devolución del dinero a los consumidores que hayan adquirido la obra usurpada y que presenten las pertinentes reclamaciones). Así pues, el profesional de la explotación podría exigir el pago de dichos daños al autor aparente, en cuanto que contraparte de la obligación contractual, ya fuera por culpa *in contrahendo* o por incumplimiento de las prestaciones del contrato. En cambio, en la medida en que hemos excluido al autor fantasma de la ilicitud de la causa torpe, no creemos que el profesional de la explotación pudiera interponer exitosamente una acción por responsabilidad extracontractual contra dicho sujeto, puesto que éste se limita a ejercer una prerrogativa personalísima que el ordenamiento jurídico le reconoce en todo momento.

Con todo, ello no es obstáculo para que consideremos que, por el contrario, las pretensiones del autor fantasma (en esencia, la constancia de su nombre en la explotación de la obra) debe tener en este caso únicamente efectos *ex nunc*, lo que supondría que no se procedería a la retirada de los ejemplares de la obra que ya estuvieran a la venta en el mercado bajo el nombre del autor aparente. Dado que no podemos soslayar el hecho de que, en última instancia, el autor fantasma consintió la intromisión en el ámbito de sus derechos morales, se nos antoja ciertamente abusiva una solicitud que reportaría gravísimos costes –a saber, la pérdida de un elevado número de copias ya editadas– para un tercero de buena fe que confió en la apariencia de autoría que aquél contribuyó en generar.

#### **b) Mala fe: el profesional conoce la existencia del autor fantasma**

Igualmente, es posible que el profesional de la explotación fuera consciente de la participación de un autor fantasma, aunque no hubiera establecido ningún vínculo contractual con aquél. En tal caso, si bien la empresa cesionaria seguiría manteniendo su condición de tercero con respecto al negocio de usurpación de autoría, no podríamos considerar que lo siguiera siendo de buena fe, puesto que conoce la existencia del verdadero creador de la obra. Ello le coloca en una posición sustancialmente diferente a la hora de poder ejercitar acciones judiciales en el supuesto de que el autor fantasma reclame la paternidad de la obra intelectual.

Para empezar, el profesional de la explotación no podría atacar la validez del contrato de cesión que celebró con el autor aparente, ya que en este caso no concurriría ningún vicio del consentimiento, dado que la empresa sí era consciente de que la obra había sido creada por otro sujeto y, pese a ello, decidió celebrar dicho contrato. Del mismo modo, tampoco podría solicitar la resolución del contrato por incumplimiento como consecuencia de la falta de identidad de la prestación contratada, puesto que conocía las características de la obra cuyos derechos se le estaban transmitiendo. Así pues, si la cesión se configuró como exclusiva o expresamente se incluyó la obligación de la cesionaria de explotar la obra, la empresa quedaría obligada, en efecto, a explotar la creación intelectual por el tiempo que se hubiera establecido en el contrato de cesión y, además, a hacerlo a partir de ese momento bajo el nombre del autor fantasma.

En relación con la reparación del daño, entendemos que el profesional de la explotación no podría reclamar nada al autor aparente. No se habría producido ningún incumplimiento

del contrato ni dicho individuo sería responsable de que el autor fantasma hubiese decidido revelar su identidad (salvo que hubiera sido él mismo quien hubiera desvelado la existencia del autor verdadero). En relación con la posibilidad de exigir responsabilidad extracontractual al autor fantasma en este supuesto, reiteramos nuestra opinión negativa al respecto. En este sentido, debe reseñarse que la empresa era consciente del riesgo que asumía al explotar la obra con el nombre del autor aparente en lugar de con el del autor fantasma, quien conservaría en todo caso su derecho moral de paternidad. Insistimos en el especial riesgo que este profesional decide asumir, puesto que no sólo es consciente de que eventualmente el autor fantasma podría revelar su autoría, sino que además, en última instancia, decide ofrecer al público general un producto siendo sabedor de que está proporcionando información falsa sobre una de sus características esenciales. Así pues, no nos parece razonable que tras haber contribuido a la difusión de esa apariencia de autoría y tras, en definitiva, haber desplegado una conducta fraudulenta hacia los consumidores del mercado cultural, posteriormente se pretenda la reparación de los posibles daños que la empresa, sin duda, pudo discernir que asumía al decidir explotar una obra creada en este régimen de autoría.

## **6.2. Supuestos en los que el profesional sí contrata directamente con el autor fantasma**

Es perfectamente posible (incluso frecuente) que la empresa responsable de la comercialización de la obra intelectual no sólo sea consciente de la participación del autor fantasma, sino que sea incluso quien lo haya contratado directamente o quien haya orquestado la creación de la obra en cuestión bajo este régimen de autoría. En este sentido, es habitual que estos profesionales, en cuanto que expertos de las dinámicas y funcionamiento del mercado cultural, sean los primeros en percatarse del potencial económico que tendría la explotación de una determinada obra si ésta fuera comercializada bajo el nombre de un sujeto en concreto. De hecho, son en ocasiones dichos profesionales quienes incluso ofrecen a los futuros autores aparentes la posibilidad de crear una determinada obra intelectual empleando un autor fantasma para ello<sup>829</sup>. A continuación, abordaremos sucintamente las diferentes opciones a través de las cuales puede materializarse esta relación entre el autor fantasma y la empresa encargada de la explotación de la obra intelectual.

---

<sup>829</sup> Así se evidencia en BERMEJO, A.G.: “Entrevista a Carmen Maura”, *op. cit.*, p. 88.

### **6.2.1. Relación contractual directa únicamente entre el autor fantasma y el profesional de la explotación**

Es posible que el autor fantasma no establezca ningún vínculo contractual con el autor aparente. Así pues, el profesional de la explotación sería el sujeto que serviría de nexo entre ambos individuos, celebrando sendos contratos con cada uno de ellos. Es más, tal y como ya hemos planteado previamente, puede que el autor aparente ni siquiera exista como tal, de tal modo que se emplee un nombre inventado por la empresa cesionaria con el fin de garantizar una mejor comercialización de la obra.

Si el autor aparente efectivamente existiese, el profesional de la explotación celebraría un contrato con aquél con el fin de regular ciertos aspectos de la comercialización de la creación intelectual. Por un lado, el autor aparente consentiría la utilización de su nombre en la explotación de la obra (así como, en su caso, de otros bienes de la personalidad tales como su imagen o incluso su intimidad en los supuestos de las biografías realizadas por encargo) y posiblemente se comprometería a la realización de otras prestaciones relacionadas con la creación de esa apariencia verosímil de autoría (compromiso de confidencialidad, promoción comercial de la obra usurpada, etc.). Por otro, la empresa asumiría fundamentalmente la obligación de pagar al autor aparente el precio convenido, sin perjuicio de que pudieran pactar otros extremos tales como el deber de explotar la obra. Si bien sería preciso atender al contenido del pacto concreto que han alcanzado las partes, podremos convenir que, por lo general, el acuerdo realizado entre el autor aparente y el profesional de la explotación también adolecería de causa ilícita, en la medida en que la finalidad del mismo también vendría representada por el engaño a los consumidores del mercado cultural. En consecuencia, sería de aplicación el artículo 1306.1º del Código Civil, que impediría que se produjera la restitución recíproca de las prestaciones entre las partes.

Con respecto al autor fantasma, el vínculo que une a éste y al profesional de la explotación puede revestir tanto carácter civil como laboral. En el primer supuesto estaríamos frente a un contrato de encargo de obra intelectual en sentido amplio (o ante un contrato de cesión de derechos si la obra ya existiera), que contendría un compromiso de confidencialidad o de no ejercicio del derecho moral de paternidad. En este sentido, las consecuencias que se derivarían de su celebración serían idénticas a las que se suscitarían si dicho acuerdo se hubiera perfeccionado únicamente entre el autor fantasma y el autor aparente, declarándose la nulidad del contrato por la causa ilícita del mismo. Mayores

particularidades se producirían, en cambio, en el supuesto en que el autor fantasma fuera un trabajador asalariado del profesional de la explotación.

Así pues, habría que diferenciar entre si el trabajador ha sido contratado laboralmente para ejercer expresamente de autor fantasma de manera continuada (es decir, su única función en la empresa es la creación de obras intelectuales que van a ser explotadas bajo el nombre de un tercero) o si, por el contrario, dicho sujeto ocupa un rol más amplio dentro del ámbito de la organización empresarial y únicamente ha recibido encargos puntuales para desempeñar dicho rol. Cabe destacar que tanto en un supuesto como en otro se produciría, en principio, una cesión de los derechos de explotación al empresario en virtud del artículo 51 de la Ley de Propiedad Intelectual.

Pues bien, en el primer caso el contrato de trabajo adolecería de nulidad absoluta en su conjunto, lo que no obsta, en virtud del artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores<sup>830</sup>, para que el autor fantasma (además de recuperar la titularidad de las facultades patrimoniales cedidas) pudiera reclamar el pago del salario por el trabajo que ya hubiese desempeñado. Por otro lado, en la segunda hipótesis el contrato laboral sí sería válido, lo que no es óbice para que resultara ineficaz el compromiso de confidencialidad y la cesión de derechos de explotación realizada en relación con ese encargo en concreto<sup>831</sup>.

#### **6.2.2. Relación contractual simultánea entre el autor fantasma, el autor aparente y el profesional de la explotación**

Finalmente, sospechamos que a menudo se producirá la concurrencia simultánea de los tres sujetos mencionados en la celebración del negocio jurídico de usurpación de autoría, configurando lo que hemos considerado un negocio jurídico con obligaciones subjetivamente complejas<sup>832</sup>. De este modo, entendemos que la relación jurídica entre el autor fantasma, el autor aparente y el profesional de la explotación podría explicarse razonablemente bajo el binomio precio – consentimiento, es decir, este último se comprometería fundamentalmente al pago de las cantidades pactadas como

---

<sup>830</sup> El art. 9.2 del Estatuto de los Trabajadores preceptúa: “En caso de que el contrato resultase nulo, el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido”.

<sup>831</sup> A este respecto, el artículo 9.1 del Estatuto de los Trabajadores dispone: “Si resultase nula solo una parte del contrato de trabajo, este permanecerá válido en lo restante, y se entenderá completado con los preceptos jurídicos adecuados conforme a lo dispuesto en el artículo 3.1. Si el trabajador tuviera asignadas condiciones o retribuciones especiales en virtud de contraprestaciones establecidas en la parte no válida del contrato, el órgano de la jurisdicción social que a instancia de parte declare la nulidad hará el debido pronunciamiento sobre la subsistencia o supresión en todo o en parte de dichas condiciones o retribuciones”.

<sup>832</sup> DíEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho...*, Vol. II, op. cit., pp. 189 – 190.

contraprestación por el consentimiento prestado tanto por el autor verdadero (para transmitir los derechos de explotación y para disponer de su derecho moral de paternidad) como por el autor aparente (para autorizar la utilización de su nombre e imagen, así como la intromisión en otros bienes de su personalidad). En torno a esta dinámica básica orbitarían el resto de las prestaciones del contrato, tales como la creación de la obra, la explotación de la misma o la promoción comercial de ésta. Todo ello iría dirigido, en última instancia, a la consecución de una apariencia verosímil de autoría que permita la obtención de mayores rendimientos económicos con la explotación de la obra intelectual.

Como regla general, se establecería un régimen de mancomunidad parciaria en el que cada sujeto podría exigir a la contraparte únicamente el contenido de la concreta prestación que hubiera asumido en relación con dicho individuo en particular. En otras palabras, el autor fantasma podría reclamar al profesional de la explotación que le remunerara por la creación de la obra, la transmisión de los derechos de explotación y la asunción de la obligación de confidencialidad. Sin embargo, no podría naturalmente exigir a dicho sujeto el pago de las cantidades que le corresponden al autor aparente por la prestación de su consentimiento. Pese a ello, también sería posible que, dado el carácter triangular de esta relación jurídica, las partes pudiesen escoger otro esquema de asunción de responsabilidad entre las mismas. Así, por ejemplo, podría pactarse que el profesional de la explotación y el autor aparente asumieran solidariamente el pago del precio al autor fantasma.

Por último, resulta pertinente reseñar que, tras todo lo expuesto, creemos que existen pocas incógnitas en torno a cómo operaría la ineficacia del contrato en este supuesto concreto. Al igual que en los casos anteriores, el autor fantasma podría reivindicar su paternidad intelectual e impugnar la validez del contrato por la concurrencia de una causa ilícita. La aplicación del artículo 1306.2º conllevaría que el creador verdadero pudiese recuperar aquello que entregó en cumplimiento del contrato, mientras que el profesional de la explotación y el autor aparente se verían privados tanto de la acción de cumplimiento como de la acción de restitución por su participación en la causa ilícita (no sólo con respecto al autor fantasma, sino que tampoco podrían ejercer las referidas acciones entre sí). La nulidad del contrato ocasionaría que la titularidad de los derechos de explotación recayese de nuevo sobre el auténtico creador de la obra, por lo que éste podría solicitar la retirada de los ejemplares o copias que ya estuviesen de un modo u otro a la venta en el mercado. Tanto la autorización del autor fantasma para la intromisión en sus derechos

morales como la incursión del autor aparente y del profesional de la explotación en la causa ilícita ocasionarían que las partes no pudieran reclamarse el pago de indemnización alguna por los daños y perjuicios que hubiese ocasionado la celebración del contrato o la revelación unilateral de la paternidad del creador verdadero.

## **7. ACCIONES JURÍDICAS EJERCITABLES POR EL PÚBLICO ENGAÑADO POR LA AUTORÍA FANTASMA**

Como hemos ido defendiendo a lo largo de todo este trabajo, el público es el principal perjudicado por el engaño perpetrado a través del acuerdo de usurpación de autoría. Incluso si encontráramos algún encaje jurídico para dicho negocio dentro de nuestro ordenamiento (a través, por ejemplo, de la posibilidad de disponer del derecho moral de paternidad siempre que se cuente con la facultad de revocar el consentimiento), no puede obviarse que los consumidores del mercado cultural tienen derecho a interponer las correspondientes reclamaciones en el caso de que descubran la auténtica identidad del autor de la obra usurpada. Dado que no pretendemos reiterar de nuevo los motivos por los que consideramos que se conculcan los intereses de dichos sujetos, nos centraremos en analizar cuáles son las herramientas con las que cuentan los consumidores afectados por el fenómeno de la autoría fantasma. A nuestro entender, se despliegan dos vías diferentes a las que pueden recurrir estos individuos: la anulación del contrato o la alegación de la falta de conformidad.

### **7.1. Anulabilidad del contrato por vicios del consentimiento**

En relación con la primera de ellas, la misma consistiría en la impugnación de la eficacia del contrato por el que se ha adquirido la obra con base en un vicio del consentimiento (artículo 1265 del Código Civil). Dicho en otras palabras, el comprador adquirió la obra porque pensaba erróneamente que había sido creada por un determinado individuo (el autor aparente), de tal forma que si hubiera sabido que aquella había sido creada en realidad por el autor fantasma, no la hubiera comprado. En concreto, el Tribunal Supremo ha establecido que el error como vicio del consentimiento debe ser esencial, no imputable a la persona que lo alega y excusable<sup>833</sup>, elementos que entendemos que concurren en el fenómeno que estamos analizando.

---

<sup>833</sup> Así lo recoge la STS (Sala de lo Civil) núm. 1279/2006 de 11 diciembre (RJ\2006\9893). En el caso enjuiciado los compradores reconvinentes de una finca solicitaban la nulidad del contrato de compraventa con base en la existencia de vicios del consentimiento. En este sentido, el Alto Tribunal estimó la pretensión

En primer lugar, la esencialidad o sustancialidad del error es un requisito que deriva directamente del tenor literal del artículo 1266 del Código Civil<sup>834</sup> y supone que aquél recaiga sobre las circunstancias determinantes de la celebración del contrato (por ejemplo, la ausencia de alguno de los rasgos fundamentales del objeto del mismo)<sup>835</sup>. A este respecto, hemos defendido a lo largo de este trabajo que la autoría es una de las características sustanciales de la obra intelectual. Por un lado, porque entendemos que la paternidad de la creación intelectual contribuye a singularizarla, lo que coadyuva de algún modo a la apreciación en ésta de originalidad creativa. Por otro, porque la identidad del creador es en muchos casos determinante para que el consumidor se decida a adquirir la obra; bien sea porque confía especialmente en las capacidades, habilidades o destrezas del autor, bien sea porque desea apoyar la carrera artística de éste. En esta línea, QUICIOS MOLINA sostiene que el error sobre la autoría de una determinada obra intelectual constituye un vicio del consentimiento que faculta al adquirente para solicitar la anulación del contrato, siempre y cuando se acredite la falsa autoría<sup>836</sup>. De este modo y como consecuencia de todo lo anterior, entendemos que el error del adquirente de la obra usurpada reviste carácter esencial.

Con todo, cabe destacar que el Tribunal Supremo ha desestimado en algunos casos las pretensiones de ciertos compradores que alegaban la falsedad de la autoría de los cuadros que habían adquirido. En este sentido, la Sentencia de 9 de octubre de 1981<sup>837</sup> rechazó la anulación de la compraventa de un cuadro atribuido a Sorolla. El mismo se encontraba incluido en un catálogo de obras del pintor, pero posteriormente diferentes expertos negaron la autenticidad del mismo. Al tratarse de una compraventa mercantil, el Alto Tribunal recurrió a un uso del comercio que establecía que la responsabilidad de los vendedores de obras pictóricas de autores fallecidos o no contemporáneos “se limita a expresar de buena fe, que la obra vendida es propia de un artista determinado y ejecutada

---

del recurrente, entendiendo que el vendedor había omitido información vital (a saber, que la finca estaba “sujeta a un debate judicial de especial relevancia que afectaba a la titularidad dominical del vendedor”).

<sup>834</sup> El art. 1266 CC preceptúa: “Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo. El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección”.

<sup>835</sup> Sobre la esencialidad del error, *vid.* MORALES MORENO, A. M.: *El error en los contratos*, Ceura, Madrid, 1988, pp. 197 – 213. Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho...*, Vol. I, *op. cit.*, pp. 213 – 215. QUICIOS MOLINA, S.: “La ineficacia contractual”, *op. cit.*, pp. 1581 – 1586.

<sup>836</sup> QUICIOS MOLINA, S.: “La ineficacia contractual”, *op. cit.*, p. 1585.

<sup>837</sup> RJ\1981\3595.



de su mano, según los elementos de juicio que dichos comerciantes o vendedores han podido reunir o tener a su alcance”.

Por su parte, en el supuesto de hecho de la Sentencia núm. 519/2003 de 28 mayo<sup>838</sup> el comprador del cuadro había confiado en el informe elaborado por un ilustre profesor que atribuía la obra en cuestión a Murillo. Sin embargo, años después, otros expertos negaron que el cuadro en cuestión fuese del pintor sevillano, motivo por el cual el adquirente instó la nulidad absoluta del contrato por falta de objeto y causa. El Tribunal Supremo entendió que no estábamos ante una verdad objetiva, sino ante opiniones encontradas sobre la verdadera autoría del cuadro. Además, el actor no había acreditado que el informe inicial en el que había basado su confianza no hubiese existido o que el perito hubiese cometido errores sustanciales para la época en el que el mismo se había realizado. Por todo ello, desestimó el recurso<sup>839</sup>.

Desde nuestro punto de vista, consideramos que, si en el caso concreto se aprecia la existencia de un error esencial y excusable, debería procederse a la anulación del contrato aun cuando la contraparte no fuera conocedora o responsable del error en cuestión. De hecho, éste sería el supuesto más frecuente en la autoría fantasma (piénsese, por ejemplo, en el comerciante minorista que vende al consumidor una novela superventas sin ser consciente de que el libro no ha sido escrito por el autor aparente). Así pues, si bien entendemos la decisión adoptada por el Tribunal Supremo en las sentencias que acabamos de señalar (en un caso por la especialidad de la materia mercantil y el subsiguiente recurso a los usos del comercio, en el otro por la falta de prueba de la falsa autoría), no deberíamos olvidar que la regulación del error como vicio del consentimiento –cuya concurrencia se somete además a que el mismo revista carácter esencial y excusable– supone, en definitiva, una voluntad del legislador civil de anteponer el interés de la parte perjudicada por la falsa representación de la realidad por encima del sujeto que ha depositado su confianza en la validez del contrato<sup>840</sup>.

---

<sup>838</sup> RJ\2003\7157.

<sup>839</sup> En estos términos se expresó el TS: “Años después de la venta, otras opiniones de expertos no atribuyen la paternidad a Murillo, y sobre la base de esta expertización se insta la nulidad absoluta por falta de objeto y causa del contrato, lo que no puede ser admitida ya que estamos simplemente ante unas opiniones encontradas, no ante el descubrimiento de la verdad objetiva. Si el comprador del cuadro adquiere el mismo porque confía en el dictamen de un experto reputado, nada puede reclamar salvo que pruebe que la expertización no se produjo o que incidió en errores objetivos para la época en que se hizo a juicio de otros expertos, y nada de esto ha sucedido aquí, pues las quejas del recurrente residen en que el cuadro no es de Murillo a juicio subjetivo de otros expertos”.

<sup>840</sup> Así lo manifiesta QUICIOS MOLINA, S.: “La ineficacia contractual, *op. cit.*, p. 1581.

En cualquier caso, no obviamos que la problemática que exponemos no es, desde luego, sencilla, puesto que, en última instancia, supone dilucidar cuál de estos dos intereses a los que acabamos de referirnos debe prevalecer<sup>841</sup>. En opinión de MORALES, estamos ante una cuestión de distribución de los riesgos del contrato entre las partes. Dicho autor entiende que, como regla general, cada contratante debe soportar las consecuencias de sus propias equivocaciones, salvo que la concurrencia del error esencial haya sido ocasionada por la conducta de la contraparte (incluso aunque no haya mediado culpa o negligencia)<sup>842</sup>.

A este respecto, consideramos que el comprador adquiere la obra usurpada porque –entre otros motivos– se le ha generado una expectativa razonable a través de diversos cauces (publicidad, promoción, constancia del nombre de un determinado individuo en el ejemplar que se vende, etc.) de que ésta ha sido creada por el autor aparente. A nuestro entender, no puede soslayarse que la conducta del vendedor –en concreto, la oferta de la referida obra bajo el nombre del creador aparente– contribuye ineludiblemente a que el comprador se haya conformado una falsa representación de la realidad en torno a la autoría de la obra que ha adquirido. Creemos que no es relevante que el vendedor desconozca la falsa paternidad que consta en la susodicha creación, ya que –en palabras de MORALES– “no se trata de imputar responsabilidad, sino de distribuir un riesgo”<sup>843</sup>. Aun así, el vendedor de buena fe que desconocía la usurpación consentida de la autoría siempre podrá repetir contra el sujeto del que adquirió los ejemplares por los daños que le haya ocasionado la anulación de los correspondientes contratos de compraventa.

Regresando a las características que debe reunir el error para viciar el consentimiento, es preciso que el mismo no sea imputable al interesado, es decir, que no haya sido ocasionado por dicho sujeto<sup>844</sup>. Parece evidente pues que el presente requisito siempre concurrirá en el supuesto que analizamos, dado que la falsa representación de la realidad

---

<sup>841</sup> De igual modo, Díez-Picazo, L.: *Fundamentos de Derecho...*, Vol. I, *op. cit.*, pp. 207 – 209 hace referencia a este conflicto de intereses.

<sup>842</sup> MORALES MORENO, A. M.: *El error en...*, *op. cit.*, pp. 226 y ss.

<sup>843</sup> En concreto, MORALES MORENO, A. M.: *El error en...*, *op. cit.*, p. 227 afirma: “Así puede suceder, por ejemplo, si al sujeto que provoca el error no le consta la inexactitud de las afirmaciones que realiza, y, además, las mismas se basan en un autorizado dictamen pericial por él solicitado y utilizado. Ha de tenerse en cuenta que en este caso no se trata de imputar responsabilidad, sino de distribuir un riesgo”.

<sup>844</sup> En este sentido, la referida STS (Sala de lo Civil) núm. 1279/2006 de 11 diciembre (RJ\2006\9893) afirma: “Sin embargo sucede que, para que pueda operar este efecto invalidante con la consecuencia de anular el contrato, es preciso, además que el error no sea imputable al interesado, en el sentido de causado por él –o personas de su círculo jurídico–”.

no fue urdida por el afectado, sino por quienes suscribieron el acuerdo de usurpación de autoría.

Por último, se exige que el error sea excusable, requisito adicional no contemplado expresamente en el artículo 1266 y añadido por la jurisprudencia de conformidad con el principio de buena fe y de autorresponsabilidad<sup>845</sup>. La excusabilidad implica que el contratante afectado, pese a haber empleado la diligencia mínima exigible para informarse sobre las características del objeto del contrato o sobre las condiciones del mismo, no ha sido capaz de percatarse del error en el que ha incurrido<sup>846</sup>. Al respecto de esta cuestión, destaca la postura de DE VERDA Y BEAMONTE, que distingue entre el error negligente y el error inexcusable. Dicho autor defiende que un error negligente – entendiendo por tal aquél que puede ser evitado mediante el empleo de una diligencia media– será, a su vez, excusable cuando el interés del otro contratante no sea digno de protección (por ejemplo: conocimiento del error del declarante, posibilidad de descubrir el error, provocación del error, aunque no concurra dolo o culpa, etc.)<sup>847</sup>.

Sea como fuera, en lo que respecta a la autoría fantasma, creemos que hay que partir necesariamente de la presunción de buena fe del público al que va dirigido la obra. En efecto, los consumidores o adquirentes no tienen por qué dudar *a priori* de la auténtica paternidad de una creación que se explota bajo el nombre de una persona en concreto. De hecho, el propio artículo 6 de la Ley de Propiedad Intelectual establece una presunción no registral de autoría basada en la mera figuración del nombre del creador en los actos de explotación de la obra. Por consiguiente, dado que el referido precepto otorga respaldo normativo a dicha apariencia de autoría, debe presumirse que los adquirentes de la obra usurpada actuaron de buena fe cuando confiaron en aquélla. En consecuencia, únicamente podremos considerar que el error es inexcusable cuando dicha apariencia haya quedado resquebrajada al haberse revelado, públicamente (ya sea procesal o extraprocesalmente)

---

<sup>845</sup> DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho...*, Vol. I, *op. cit.*, p. 215. QUICIOS MOLINA, S.: “La ineficacia contractual, *op. cit.*, p. 1586. En la misma línea, STS (Sala de lo Civil) núm. 113/1994 de 18 febrero (RJ\1994\1096).

<sup>846</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: *Error y responsabilidad en el contrato* Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 64 y ss. sistematiza alguno de las principales pautas que nuestros tribunales han empleado para determinar la excusabilidad del error: profesión, edad, nivel de formación intelectual, contratación con asesoramiento jurídico, etc. Sobre la excusabilidad del error, *vid.* STS (Sala de lo Civil) núm. 74/1994 de 14 febrero (RJ 1994\1469), STS (Sala de lo Civil) núm. 113/1994 de 18 febrero (RJ\1994\1096), STS (Sala de lo Civil) núm. 745/2002 de 12 julio (RJ\2002\7145), STS (Sala de lo Civil) núm. 43/2003 de 24 enero (RJ 2003\1995) o STS (Sala de lo Civil) núm. 1090/2004 de 12 noviembre (RJ\2004\6900), entre otras.

<sup>847</sup> *Ibidem*, p. 78.

y de forma previa a la adquisición de la obra, que el autor aparente no es el verdadero creador de la misma<sup>848</sup>.

Por consiguiente, entendemos que en circunstancias normales concurren los tres requisitos necesarios (esencialidad, no imputabilidad y excusabilidad) para que el error del consumidor sobre la identidad del autor de la obra usurpada pueda anular la eficacia del contrato por el que adquirió ésta. En cambio, no procedería dicha anulación si el adquirente hubiese comprado la obra intelectual después de que se hubiera descubierto que la misma fue creada por el autor fantasma, o si se pudiera acreditar que la identidad del autor de aquélla no fue esencial para la adquisición de la creación en cuestión. Este último podría ser el caso de determinadas obras “menores” cuyo único interés radica en la información objetiva que contienen (por ejemplo, un libro de texto de geografía).

Además de lo ya apuntado, cabe plantearse si el adquirente podría alegar la concurrencia de dolo en lugar de error como vicio del consentimiento para solicitar la anulación del contrato. El Código Civil define el *dolo in contrahendo* –entendiendo como tal aquél que afecta a la formación del contrato– como “palabras o maquinaciones insidiosas”<sup>849</sup>, definición que el Tribunal Supremo desarrolla al afirmar que se trata de “todo complejo de malas artes, contrario a las leyes de la honestidad e idóneo para sorprender la buena fe ajena”<sup>850</sup>. Para que el dolo tenga eficacia anulatoria los artículos 1269 y 1270 del Código Civil<sup>851</sup> exigen que sea grave (es decir, esencial o causal<sup>852</sup>; o en otras palabras, que sea causa determinante para la celebración del contrato<sup>853</sup>) y que no haya sido empleado por ambas partes. Así mismo, si bien el Código Civil no establece nada al respecto, la

---

<sup>848</sup> De este modo, la exigencia de una diligencia mínima ocasiona que no se aprecie la concurrencia de error cuando la información necesaria para salir del mismo sea fácilmente accesible. Se hace referencia a esta cuestión, por ejemplo, en la STS (Sala de lo Civil) núm. 113/1994 de 18 febrero (RJ\1994\1096) o en la STS (Sala de lo Civil) núm. 1279/2006 de 11 diciembre (RJ\2006\9893).

<sup>849</sup> En este sentido, el art. 1269 CC dispone: “Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho”.

<sup>850</sup> STS (Sala de lo Civil) núm. 30/2010 de 16 febrero (RJ 2010\1783).

<sup>851</sup> El art. 1270 CC preceptúa: “Para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes. El dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios”.

<sup>852</sup> Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho...*, Vol. I, *op. cit.*, pp. 200 – 201. QUICIOS MOLINA, S.: “La ineficacia contractual”, *op. cit.*, p. 1594. En sentido contrario, DE COSSÍO, A.: *El Dolo en el Derecho Civil*, Comares, Granada, 2005, pp. 203 – 205 sostiene que la diferencia entre el dolo grave y el dolo incidental es artificial, puesto que el contrato es querido por las partes como un todo conjunto. De este modo, dicho autor entiende que no se trata más que de una facultad concedida a los tribunales para que, en función de las circunstancias del caso concreto, determinen si procede la anulación del contrato o simplemente el pago de una indemnización.

<sup>853</sup> En esta línea, STS (Sala de lo Civil) núm. 30/2010 de 16 febrero (RJ 2010\1783). STS (Sala de lo Civil) núm. 116/2021 de 3 marzo (RJ 2021\1189).

jurisprudencia ha señalado reiteradamente que el engaño en cuestión puede perpetrarse tanto a través de un comportamiento activo como de una conducta omisiva contraria al deber de informar de buena fe<sup>854</sup>. Finalmente, queremos destacar que el dolo no se presume, por lo que debe ser acreditado por la parte que lo alega, no admitiéndose a este respecto presunciones o conjeturas<sup>855</sup>.

El tenor literal del artículo 1269 del Código Civil, que establece que las maquinaciones insidiosas deben ser realizadas por “uno de los contratantes”, dificulta sobremanera que en la inmensa mayoría de casos el consumidor puede recurrir a esta institución para anular el contrato en un supuesto de autoría fantasma. Como apuntábamos, la regla general en el tráfico jurídico actual es que la mayoría de obras intelectuales son adquiridas en comercios minoristas, que previamente las han comprado a otros agentes de la cadena de distribución. De este modo, a menudo el vendedor minorista desconoce tanto la usurpación de la autoría como el comprador de la obra en cuestión. En consecuencia, no puede afirmarse que aquél haya pretendido engañar en ningún momento al consumidor final. Pese a todo lo dicho, la doctrina recuerda que, aunque las maquinaciones insidiosas empleadas por el tercero no constituyen causa suficiente para anular un contrato del que el sujeto en cuestión no ha formado parte, dicha conducta sí genera la obligación de indemnizar extracontractualmente los daños y perjuicios que haya ocasionado el engaño al contratante afectado por el mismo<sup>856</sup>.

Así pues, la posibilidad de recurrir al dolo como causa de anulación del contrato quedaría circunscrita a aquellos supuestos en los que el vendedor fuera consciente de la auténtica identidad del autor de la obra y procediera a la ocultación de ésta con el fin de que la contraparte adquiriera dicha creación intelectual. Sería el caso del autor aparente que, por ejemplo, pretende vender el cuadro pintado por el autor fantasma asegurando que ha sido

---

<sup>854</sup> DE COSSÍO, A.: *El Dolo en...*, op. cit., pp. 191 – 192. DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho...*, Vol. I, op. cit., pp. 202 – 203. QUICIOS MOLINA, S.: “La ineficacia contractual, op. cit., p. 1592. En este sentido, STS (Sala de lo Civil) núm. 433/1993 de 11 mayo (RJ 1993\3539), STS (Sala de lo Civil) núm. 295/1994 de 29 marzo (RJ 1994\230), STS (Sala de lo Civil) núm. 747/2007 de 3 julio (RJ 2007\4676) o STS (Sala de lo Civil) núm. 116/2021 de 3 marzo (RJ 2021\1189).

<sup>855</sup> Entre otras, STS (Sala de lo Civil) de 13 mayo 1991 (RJ 1991\3664), STS (Sala de lo Civil) núm. 295/1994 de 29 marzo (RJ 1994\230), STS (Sala de lo Civil) núm. 608/1994 de 23 junio (RJ 1994\6497), STS (Sala de lo Civil) núm. 569/2003 de 11 junio (RJ 2003\5347) o STS (Sala de lo Civil) núm. 116/2021 de 3 marzo (RJ 2021\1189).

<sup>856</sup> Además, la doctrina ha abogado a favor de que el engaño producido por un tercero tenga eficacia anulatoria del negocio (p.ej.: representación de uno de los contratantes, dolo realizado por un sujeto ajeno a la relación, pero con la complicidad o el conocimiento de una de las partes, etc.). Sobre todas estas cuestiones, vid. DE COSSÍO, A.: *El Dolo en...*, op. cit., pp. 195 – 203. DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho...*, Vol. I, op. cit., pp. 205 – 206. QUICIOS MOLINA, S.: “La ineficacia contractual, op. cit., p. 1591.

realizado por él mismo. Igualmente, entendemos que también podría llegar a apreciarse la existencia de dolo en la hipótesis del comerciante minorista que adquiere las copias de la obra de otro agente de la cadena de distribución que sí es consciente de la usurpación de autoría (siempre y cuando aquél fuese capaz de acreditar que la identidad del creador fue esencial a la hora de adquirir dichas copias). Por último, consideramos que no podría hablarse de dolo en aquellos excepcionales supuestos en los que la identidad del autor fantasma sea públicamente conocida, incluso aunque su nombre no fuera el que figurase en la obra usurpada, puesto que el adquirente no podría alegar cabalmente que se ha producido engaño alguno.

Finalmente, es preciso señalar que, tal y como se deriva del artículo 1302.4 del Código Civil, la acción de anulación del contrato por error o dolo sólo puede ser ejercitada por la persona que sufrió el vicio del consentimiento (en este caso, el adquirente de la obra). El plazo de caducidad de la misma es de cuatro años<sup>857</sup> desde la consumación del contrato (artículo 1301.2º)<sup>858</sup>. En el caso de que dicha acción prosperara, el efecto que se produciría sería la restitución de las prestaciones (es decir, devolución del precio al adquirente y del bien entregado al vendedor). Así mismo, debemos recordar que los artículos 1309 y sucesivos prevén la posibilidad de confirmar el contrato por parte del sujeto que sufrió el vicio del consentimiento.

---

<sup>857</sup> Existe un debate en la doctrina en torno a si el plazo previsto en el art. 1301.2º CC hace referencia únicamente a la acción de restitución de las cosas (de tal modo que la acción declarativa de nulidad sería imprescriptible) o si, por el contrario, el plazo sería de cuatro años tanto para la anulación del contrato como para la restitución. Sobre esta cuestión, vid. QUICIOS MOLINA, S.: “La ineficacia contractual, *op. cit.*, p. 1607 – 1608.

<sup>858</sup> La STS (Sala de lo Civil) núm. 569/2003 de 11 junio (RJ 2003\5347) matiza que ello no impide que la acción de anulación no pueda ser ejercida con anterioridad a la consumación del contrato:

*Tal doctrina jurisprudencial ha de entenderse en el sentido, no que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, sino que la misma podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el art. 1301 del Código Civil (LEG 1889, 27). Entender que la acción sólo podría ejercitarse «desde» la consumación del contrato, llevaría a la conclusión jurídicamente ilógica de que hasta ese momento no pudiera ejercitarse por error, dolo o falsedad en la causa, en los contratos de tracto sucesivo, con prestaciones periódicas, durante la vigencia del contrato, concretamente, en un contrato de renta vitalicia como son los traídos a debate, hasta el fallecimiento de la beneficiaria de la renta.*

Por su parte, la STS (Sala de lo Civil) núm. 769/2014 de 12 enero (RJ 2015\608) entendió que la interpretación del art. 1302 CC de conformidad con la realidad social del momento obligaba a que el plazo empezara a correr en el momento en el que afectado tuviera conocimiento de la concurrencia de error o dolo: “Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo”.

Por otro lado, QUICIOS MOLINA sostiene que sería posible que el afectado por el dolo exigiera además a la contraparte una indemnización por daños y perjuicios, efecto que no se produciría en el caso de que estuviéramos ante un error vicio del consentimiento. Para alcanzar dicha conclusión la autora señala que el segundo inciso del artículo 1270 del Código Civil dispone lo siguiente: “El dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios”. De este modo, si el ordenamiento jurídico prevé esta consecuencia para un supuesto de menor relevancia como el del dolo incidental, con mayor razón deberá producirse también en el supuesto del dolo grave con eficacia anulatoria<sup>859</sup>. En efecto, a nuestro entender, el recurso a cualquier tipo de artificio o maquinación insidiosa con el fin de engañar a la contraparte del contrato supone una actuación contraria a la buena fe que debe generar para el sujeto que emplea dichas artimañas la obligación de indemnizar los daños y perjuicios (responsabilidad *in contrahendo*). En cambio, la falsa representación mental que se produce en los supuestos de error vicio del consentimiento no supone necesariamente que el otro contratante haya actuado maliciosamente para lograr dicho resultado, por lo que entendemos que en tal hipótesis no procedería el deber de reparar los daños y perjuicios por parte del individuo no afectado por el error.

## 7.2. La falta de conformidad

Además de la anulación del contrato por vicios del consentimiento, apuntábamos que los consumidores del mercado cultural ostentarían otra vía alternativa para interponer las pertinentes reclamaciones como consecuencia del engaño del que han sido víctimas. Nos referimos al régimen de la falta de conformidad contenido en los artículos 114 a 125 del

---

<sup>859</sup> QUICIOS MOLINA, S.: “La ineficacia contractual, *op. cit.*, p. 1589. A su vez, cabe destacar que la STS (Sala de lo Civil) núm. 1/2007 de 18 enero (RJ 2007\529) considera que las acciones de anulación del contrato y de reclamación de indemnización de daños y perjuicios pueden ser ejercidas tanto de forma independiente como de forma acumulada (si bien llama la atención que en el supuesto concreto el Alto Tribunal estaba abordando un supuesto de incumplimiento doloso de la obligación, y no de dolo como vicio del consentimiento):

*Se plantea aquí, por primera vez en la jurisprudencia, una cuestión que había presentado la doctrina hace poco más de medio siglo, que es el ejercicio de acciones derivadas del dolo. Sobre si cabe, primero, la acción de anulación de contrato y reclamación de indemnización de daños y perjuicios (acumulación de dos acciones), segundo, la acción de anulación, sin reclamación de indemnización (una sola acción) y, tercero, la acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios, sin ejercitar la acción de anulación (una sola acción, es el caso presente). La respuesta debe ser afirmativa, tanto porque no hay norma que excluya cualquiera de las tres posibilidades, como porque sí hay una norma aplicable a un caso similar de ineficacia, que es la resolución que contempla el artículo 1124 del Código civil (LEG 1889, 27) , que admite como perfectamente compatibles y, al tiempo, independientes, la acción de resolución y la de resarcimiento, que pueden ser ejercitadas conjunta o independientemente, sin que la posibilidad de ineficacia excluya la indemnización, ni viceversa, ni la acumulación.*

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, Ley de Consumidores)<sup>860</sup>. En este sentido, el artículo 115 de dicha norma establece que los bienes que el empresario entregue al consumidor se considerarán conformes con el contrato “cuando cumplan los requisitos subjetivos y objetivos establecidos que sean de aplicación”; requisitos que son detallados en los preceptos sucesivos<sup>861</sup>.

El artículo 120 de la Ley de Consumidores dispone que el empresario responderá por las faltas de conformidad que existan en el momento de entrega del bien y se manifiesten en el plazo de los tres años siguientes a la misma (estableciéndose un régimen particular para los supuestos de venta de segunda mano y los de contenidos o servicios digitales). Adicionalmente, el artículo 121 del mismo texto legal establece la presunción general de que aquellas faltas de conformidad que se manifiesten en el plazo de los dos años siguientes a la entrega existían en el momento en que ésta se produjo. Así pues, la Ley de Consumidores establece, por un lado, un régimen de marcado carácter tuitivo para el consumidor<sup>862</sup> y, por otro, diseña un sistema de responsabilidad contractual objetiva para el empresario, que responderá por las discrepancias existentes en el bien vendido, incluso aunque no fuera consciente de las mismas<sup>863</sup>.

---

<sup>860</sup> La doctrina ha destacado que el régimen de la falta de conformidad constituye una regulación omnicomprendensiva del incumplimiento contractual, que abarca diferentes supuestos (vicios ocultos, *aliud pro alio*, etc.), pero que, a su vez, excluye otros como la falta de entrega del bien (puesto que la misma se configura como un presupuesto ineludible de dicho régimen normativo) o el incumplimiento tardío. En esta línea, MUÑOZ RODRIGO, G.: “La indemnización de daños y perjuicios por falta de conformidad en la compraventa de bienes de consumo”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, N.º 18, 2023, pp. 55 – 56. PINO ABAD, M.: “La regulación de la falta de conformidad en las compraventas de consumo tras la incorporación de la Directiva 2019/771”, *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, N.º 32, 2023, p. 10.

<sup>861</sup> En consecuencia, la actual regulación supera la anterior concepción de la materia como “presunciones de conformidad” en lugar de como “requisitos de conformidad”, visión que fue criticada por un sector de la doctrina. Así lo destacan MARÍN LÓPEZ, M.J.: “Falta de conformidad del bien vendido y derechos del consumidor en la Directiva 2019/771/UE”, *Diario La Ley*, N.º 9461, 2019, p. 5. AVILÉS GARCÍA, J.: “Compraventa de bienes muebles tangibles de consumo”, en AA.VV.: *Tratado de contratos* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 2382.

<sup>862</sup> Baste destacar, a modo de ejemplo, que la legislación a la que no referimos no exige que la discrepancia entre el bien adquirido y el bien prometido sea grave, lo que supone una diferencia notable con la regulación del saneamiento por vicios ocultos del Código Civil. Así pues, la apreciación de gravedad o no en el defecto detectado supondría únicamente que el consumidor no podría resolver el contrato, pero seguiría teniendo a su alcance el resto de remedios detallados en la normativa. Así lo destaca CASTILLA BAREA, M.: *La nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores: Estudio de la Directiva (UE) 2019/771 y su transposición por el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 225.

<sup>863</sup> En este sentido, MARÍN LÓPEZ, M.J.: “Falta de conformidad...”, *op. cit.*, p. 8. AVILÉS GARCÍA, J.: “Compraventa de bienes...”, *op. cit.*, pp. 2351 – 2352. CASTILLA BAREA, M.: *La nueva regulación europea*



En relación con los criterios de conformidad, el artículo 115 bis determina los requisitos subjetivos que debe reunir el producto, remitiéndose para ello al contenido del contrato de compraventa que ambas partes hayan celebrado a este respecto. De este modo, el respeto a la voluntad negocial de los contratantes se constituye como el elemento fundamental a la hora de determinar si el objeto entregado resulta conforme o no con el negocio jurídico celebrado<sup>864</sup>. Con todo, en el caso de que el susodicho contrato no aborde pormenorizadamente todas las características que debe presentar el bien, dichos criterios subjetivos serán complementados por los requisitos objetivos del artículo 115 ter. Éstos toman como referencia los “estándares de normalidad” que reúnen habitualmente los bienes del mismo tipo que el producto que se ha adquirido<sup>865</sup> y, en última instancia, encuentran su fundamento en el principio de buena fe contractual (artículo 1258 del Código Civil)<sup>866</sup>. En cualquier caso, debe tenerse presente que el bien vendido no tiene que cumplir necesariamente con todos los requisitos que figuran en los dos preceptos mencionados, sino únicamente con los que sean aplicables al supuesto concreto<sup>867</sup>.

En consecuencia y en lo que respecta al fenómeno de la autoría fantasma, nos gustaría señalar que el apartado a) del artículo 115 bis exige lo siguiente: “Ajustarse [el producto] a la descripción, tipo de bien, cantidad y calidad y poseer la funcionalidad, compatibilidad, interoperabilidad y demás características que se establezcan en el contrato”. En definitiva, el primer requisito de conformidad de la normativa en materia de protección de consumidores impone la adecuación de las características básicas del bien (descripción, cantidad, calidad, etc.) a lo dispuesto contractualmente por ambas partes. En la línea de todo lo que hemos ido exponiendo hasta el momento, hemos defendido que la paternidad intelectual de una obra constituye uno de los rasgos definitorios de la referida creación original. Por consiguiente y en relación con la

---

..., *op. cit.*, pp. 165 – 166. MUÑOZ RODRIGO, G.: “La indemnización de...”, *op. cit.*, pp. 55 – 62. PINO ABAD, M.: “La regulación de...”, *op. cit.*, pp. 10 y 16.

<sup>864</sup> MARÍN LÓPEZ, M.J.: “Falta de conformidad...”, *op. cit.*, p. 5. AVILÉS GARCÍA, J.: “Compraventa de bienes...”, *op. cit.*, p. 2384. PINO ABAD, M.: “La regulación de...”, *op. cit.*, p. 10.

<sup>865</sup> CASTILLA BAREA, M.: *La nueva regulación europea* ..., *op. cit.*, p. 108.

<sup>866</sup> PINO ABAD, M.: “La regulación de...”, *op. cit.*, p. 11 afirma:

[El ordenamiento jurídico] reconoce que la buena fe resultará atacada cuando no se proteja la confianza generada de modo razonable (rules of reason) en el ánimo negocial y económico del consumidor, porque lo que se pretende proteger son las legítimas expectativas económicas y jurídicas que el consumidor razonablemente alberga acerca de la calidad y prestaciones del bien adquirido, es decir, que este responda a la calidad, cantidad, durabilidad, funcionalidad y demás características que presentan normalmente los bienes del mismo tipo para que, de este modo, se considere conforme con el contrato.

<sup>867</sup> MARÍN LÓPEZ, M.J.: “Falta de conformidad...”, *op. cit.*, p. 5. AVILÉS GARCÍA, J.: “Compraventa de bienes...”, *op. cit.*, pp. 2350 y 2383. PINO ABAD, M.: “La regulación de...”, *op. cit.*, p. 34, nota 54.

problemática que estamos analizando en este trabajo, entendemos que la obra entregada no se ajustaría a la descripción del producto que se pretendía adquirir, puesto que aquélla habría sido elaborada por un sujeto distinto (autor fantasma) al que figuraba en el contrato como verdadero creador de la misma (autor aparente), por lo que el bien que el consumidor ha comprado no resultaría conforme.

Así mismo, el apartado d) del artículo 115 ter formula el siguiente requisito de conformidad: “Presentar la cantidad y poseer las cualidades y otras características (...) que presentan normalmente los bienes y los contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor o usuario pueda razonablemente esperar, dada la naturaleza de los mismos y teniendo en cuenta cualquier declaración pública realizada por el empresario, o en su nombre, o por otras personas en fases previas de la cadena de transacciones, incluido el productor, especialmente en la publicidad o el etiquetado”. En relación con este precepto, PINO ABAD señala que las características enumeradas por el mismo son mayormente coincidentes con las del artículo 115 bis a); sin embargo, dicho autor entiende que este último artículo aborda la cuestión de la falta de conformidad desde un plano subjetivo (respeto a la voluntad de las partes plasmada en el contrato), mientras que aquél lo hace desde un prisma enteramente objetivo (características usuales que poseen ese tipo de bienes)<sup>868</sup>.

Sea como fuera, cabe preguntarse si el artículo 115 ter d) resulta conculcado en el supuesto de la autoría fantasma. Pues bien, en el referido precepto confluyen dos criterios de diversa índole: por un lado, las características usuales que poseen los bienes del mismo tipo, y por otro, las enunciadas en cualquier declaración pública realizada por el empresario u otra persona en una fase previa de la cadena de transacciones<sup>869</sup>. Desde nuestro punto de vista, sostenemos que dichos atributos no concurren en el caso de la obra usurpada. Naturalmente, pese a que la autoría que figura en la misma no se corresponde con la paternidad real de ésta, no negamos que el producto que se ha adquirido podrá emplearse para los fines habituales que le son propios (lectura, visionado, decoración,

---

<sup>868</sup> PINO ABAD, M.: “La regulación de...”, *op. cit.*, p. 13. Por su parte, CASTILLA BAREA, M.: *La nueva regulación europea ...*, *op. cit.*, pp. 103 y ss. sostiene que la formulación de los criterios de conformidad podría haberse simplificado evitando duplicidades innecesarias. Así pues, la autora defiende que hubiera bastado con fijar cuáles son los estándares de normalidad del producto y realizar, a continuación, una remisión al contrato que podría, en su caso, complementar o modificar los mismos.

<sup>869</sup> CASTILLA BAREA, M.: *La nueva regulación europea ...*, *op. cit.*, p. 125. En cualquier caso, cabe señalar que la autora se refiere, en puridad, al art. 7.1.d) de la Directiva 2019/771, que fue transpuesto como el actual artículo 115 ter d).

etc.). Sin embargo, ello no tiene relevancia alguna en relación con el requisito del artículo 115 ter d), puesto que dicho juicio se corresponde, en realidad, con el criterio de la funcionalidad objetiva que impone el apartado a) del mismo precepto<sup>870</sup>. En otras palabras, el producto puede servir a la perfección para los usos habituales a los que se destinan normalmente dicho tipo de bienes y, aun así, no ser conformes con el contrato de compraventa que ha celebrado el consumidor por no reunir las características que éste podía razonablemente esperar del mismo.

En relación con el primer criterio que se deriva del artículo 115 ter d), entendemos que en la hipótesis que planteamos se produce una falta de conformidad objetiva porque en circunstancias normales los productos del mismo tipo que la obra usurpada sí hacen constar fidedignamente la autoría real de la misma (o en su defecto, ésta se explota de forma anónima o bajo pseudónimo inventado, pero en ningún caso bajo el nombre de un tercero que no ha participado en el proceso de creación). En consecuencia, es lógico que el consumidor espere que la autoría que figura en la obra que se plantea adquirir se corresponda con la persona que efectivamente ha creado la misma, de tal modo que dicha expectativa sea un factor decisorio más a la hora de que aquél se decante finalmente por adquirir o no el producto en cuestión. Como ya hemos apuntado, esta confianza del consumidor en la apariencia de paternidad intelectual encuentra respaldo normativo en la presunción no registral de autoría del artículo 6.1 de la Ley de Propiedad Intelectual.

Del mismo modo, el artículo 115 ter d) dispone que el bien debe reunir también aquellas características que el consumidor puede razonablemente esperar por haber sido anunciadas en cualquier declaración pública, especialmente en el etiquetado o en la publicidad del bien<sup>871</sup>. En este sentido, resulta frecuente que los anuncios publicitarios de

---

<sup>870</sup> El art. 115 ter a) Ley Consumidores preceptúa: “Además de cumplir cualesquiera requisitos subjetivos para la conformidad, los bienes y los contenidos o servicios digitales deberán cumplir todos los siguientes requisitos: a) Ser aptos para los fines a los que normalmente se destinan bienes o contenidos o servicios digitales del mismo tipo, teniendo en cuenta, cuando sea de aplicación, toda norma vigente, toda norma técnica existente o, a falta de dicha norma técnica, todo código de conducta específico de la industria del sector”. En relación con dicho requisito, PINO ABAD, M.: “La regulación de...”, *op. cit.*, p. 12 señala que el referido precepto establece un criterio completamente objetivo de conformidad: el producto debe reunir la funcionalidad objetiva que se le presupone al mismo.

<sup>871</sup> Al hilo de esta cuestión, PINO ABAD, M.: “La regulación de...”, *op. cit.*, p. 14 defiende que el contenido publicitario no podrá integrar el contrato cuando el consumidor desconocía el contenido de la misma o cuando, aun conociéndola, no podía generar ninguna expectativa tutelable por el ordenamiento jurídico. En sentido contrario, CASTILLA BAREA, M.: *La nueva regulación europea ...*, *op. cit.*, pp. 137 – 138 defiende la postura opuesta, afirmando pues que “la integración del contrato es objetiva y se produce tanto si el consumidor la ha tenido en cuenta como si no, lo cual, por otro lado, debe resultar difícilmente demostrable por el vendedor”.

las obras intelectuales incluyan alusiones explícitas a la autoría de las mismas (de hecho, dicha práctica constituye una exigencia derivada del normal ejercicio del derecho moral de paternidad). Por consiguiente, entendemos que la obra que adquiere el consumidor debe reunir necesariamente la cualidad de haber sido creada por la persona que ha sido anunciada en el etiquetado, en la publicidad o en la promoción de la misma<sup>872</sup>.

Bajo nuestro punto de vista, sospechamos que el artículo 115 ter d) no se concibió inicialmente con la finalidad de proteger a los consumidores por las faltas de conformidad concernientes a las características espirituales de los productos ofertados al público mayoritario. Sin embargo, no encontramos obstáculo normativo alguno para que dicha regulación se aplique también a la resolución de la problemática que estamos abordando. En nuestra opinión, no se traiciona el espíritu y la finalidad de la norma, que no es otra que la de otorgar un régimen jurídico de carácter tuitivo para los consumidores en aquellos supuestos en los que se les entrega un bien con características distintas al que habían adquirido (como ocurre en el presente supuesto)<sup>873</sup>.

Con respecto a las opciones con las que cuenta el consumidor ante la falta de conformidad, la legislación en la materia articula un sistema jerarquizado de soluciones que prioriza unos remedios a los que otorga carácter primario (la reparación y la sustitución, además de la suspensión del pago) frente a otros a los que atribuye naturaleza

---

<sup>872</sup> En este sentido, existe abundante jurisprudencia sobre cómo la publicidad integra el contenido de la publicidad, *vid.* SAP Valencia (Sección 6ª) núm. 7/2012 de 12 enero (JUR\2012\172086), relativo a unos folletos publicitarios que indicaban el precio del gas y de la correspondiente instalación; STS (Sala de lo Civil) núm. 910/2004 de 29 septiembre (RJ\2004\5688), que afirma que el contrato de compraventa debe integrarse con el contenido de la oferta realizada en los folletos publicitarios; STS (Sala de lo Civil) núm. 114/2010 de 15 marzo (RJ\2010\2347), que no integró el contrato de compraventa con el contenido de la publicidad y otros documentos técnicos ya que aquél se le había anexo unas memorias de calidad que especificaban las características que iban a reunir las viviendas que se estaban adquiriendo; o STS (Sala de lo Civil) núm. 137/2013 de 28 febrero (RJ\2013\2164), que condena a la entidad demandada al pago de una indemnización por la falta de entrega de una serie de elementos comunes (piscina, piscina infantil, pista de pádel-tenis y club social) que figuraban en el folleto promocional de las viviendas que se estaban publicitando.

<sup>873</sup> En relación con la anterior normativa, AVILÉS GARCÍA, J.: “Compraventa de bienes...”, *op. cit.*, p. 2361 sostiene que la Ley de Consumidores pretende tutelar:

*las fundadas expectativas que el comprador pudiera razonablemente esperar con la adquisición del producto (...) Puede afirmarse que el particular juicio de conformidad que abriga este criterio descansa sobre una mera expectativa, pues se refiere a cualidades del bien o producto que el consumidor puede “fundada” o razonablemente esperar. Parece, en efecto, que el legislador se está refiriendo aquí, de nuevo, al “tipo medio de consumidor”, que, al no ser un profesional, podrá individualizarse a través de dos elementos objetivos y susceptibles de determinación, y que, según la ley, son la naturaleza del propio bien o producto y aquellas declaraciones públicas que pudiera haber realizado el vendedor, el productor o su representante sobre las características concretas del bien puesto a la venta.*

secundaria o subsidiaria (la reducción del precio y la resolución del contrato)<sup>874</sup>. Así pues, una primera conclusión que podemos extraer de esta regulación es que, a diferencia del régimen normativo de los vicios ocultos, la Ley de Consumidores trata de hacer prevalecer la conservación del contrato frente a la extinción del mismo<sup>875</sup>. No obstante, no parece que ello sea una opción viable en el caso de la problemática que estamos analizando. En tanto que la discrepancia que el bien presenta es incorregible –la obra no ha sido creada por la persona que pretendía ser la autora de ésta–, el recurso a la reparación o a la sustitución del producto se vuelven carentes de sentido en el ámbito de la autoría fantasma<sup>876</sup>.

En consecuencia, parece en principio que los únicos remedios factibles para remediar dicha falta de conformidad serían la reducción del precio o la resolución del contrato. Sin embargo, sospechamos también que la devolución de parte del importe pagado resulta en muchos casos una medida insatisfactoria para los consumidores afectados, puesto que el artículo 119 bis dispone que se realizará una rebaja proporcional a la diferencia que existe entre el valor que el bien hubiera tenido si hubiera sido conforme y el valor actual. Intuimos que, salvo ciertos supuestos concretos –por ejemplo, la venta de determinadas obras plásticas en las que el nombre del autor encarece sustancialmente su valor–, dicha diferencia sería nula, ya que el precio de las obras intelectuales en el comercio minorista no varía sustancialmente en función del autor que las haya creado (baste para ello ver que el precio de la mayoría de las obras literarias es bastante similar). Por consiguiente, creemos que en este caso la solución más razonable sería la resolución del contrato<sup>877</sup>, lo

---

<sup>874</sup> MARÍN LÓPEZ, M.J.: “Falta de conformidad...”, *op. cit.*, p. 9. AVILÉS GARCÍA, J.: “Compraventa de bienes...”, *op. cit.*, p. 2393. CASTILLA BAREA, M.: *La nueva regulación europea ...*, *op. cit.*, p. 188. PINO ABAD, M.: “La regulación de...”, *op. cit.*, p. 19. Igualmente, diversas resoluciones judiciales se han pronunciado en esta misma línea, *vid.* SAP Cádiz (Sección 5ª) núm. 407/2010 de 8 septiembre (AC\2011\101), SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 3ª) núm. 229/2012 de 27 abril (AC\2012\2064) o SAP Barcelona (Sección 13ª) núm. 469/2012 de 4 septiembre (AC\2012\1545).

<sup>875</sup> CASTILLA BAREA, M.: *La nueva regulación europea ...*, *op. cit.*, p. 188. PINO ABAD, M.: “La regulación de...”, *op. cit.*, p. 16.

<sup>876</sup> Cabe apuntar a que el art. 119 Ley Consumidores circunscribe la posibilidad de recurrir a la reducción del precio o a la resolución del contrato a aquellos supuestos en los que se cumpla alguna de las circunstancias que el referido precepto lista. Sin embargo, tal y como señala con acierto CASTILLA BAREA, M.: *La nueva regulación europea ...*, *op. cit.*, p. 355, nota 75 el legislador europeo se olvidó de consignar en dicho listado la posibilidad de que la reparación o la sustitución fueran completamente imposibles desde un primer momento, de tal modo que el consumidor no pudiera estar obligado a exigirlos antes de recurrir a los mecanismos de carácter subsidiario del art. 119. En nuestra opinión, la omisión de dicha hipótesis en el referido precepto no impide que el consumidor pueda recurrir a la reducción del precio o a la resolución del contrato, puesto que éste no puede quedar, en ningún caso, desprotegido normativamente por una deficiente regulación de la materia.

<sup>877</sup> El art. 199 ter.2 Ley Consumidores excluye la resolución del contrato en aquellos casos en los que la falta de conformidad revista poca importancia. A este respecto, CASTILLA BAREA, M.: *La nueva regulación europea ...*, *op. cit.*, pp. 227 y ss. defiende que la expresión “escasa importancia” no supone que el defecto

que supondría una restitución de las prestaciones (devolución del precio y del bien adquirido, respectivamente) idéntica en esencia a la que se produciría en el caso de solicitar la anulación del contrato por vicios del consentimiento.

Con todo, la regulación de la falta de conformidad contenida en la Ley de Consumidores presenta innegables ventajas con respecto al régimen general contenido en el Código Civil para los compradores perjudicados por el engaño. Pese a que, como decimos, se conseguirían resultados idénticos con ambas acciones, la acción por falta de conformidad objetiviza la prueba, puesto que el actor debe limitarse a demostrar la discrepancia existente entre el bien adquirido y el bien anunciado. En cambio, si el demandante invoca la concurrencia de un vicio del consentimiento, la alegación de la mera divergencia no será suficiente por sí misma, ya que deberá acreditar que dicha característica fue esencial para que adquiriese el bien, además de otros elementos subjetivos adicionales en función de si el actor basa su argumentación en la existencia de error o de dolo. Así mismo, la regulación de la legislación en materia de consumidores otorga otras ventajas, tales como la delimitación del plazo de tiempo en el que debe producirse el reembolso (de forma general, catorce desde la recepción del producto por parte del empresario en virtud del artículo 119 quater) o la compatibilidad del mismo con la solicitud de una indemnización de daños y perjuicios en el caso de que éstos se hayan producido<sup>878</sup>.

En relación con el ejercicio de la acción, ésta prescribe a los cinco años desde la manifestación de la falta de conformidad (artículo 124 de la Ley de Consumidores). Ello supone otra mejora considerable con respecto al régimen de anulación del contrato por vicios del consentimiento, tanto por tratarse de un plazo de prescripción en lugar de uno de caducidad, como por la prolongación del mismo. Por otro lado, la legitimación activa le corresponde al consumidor perjudicado, si bien el artículo 54 del referido texto legal otorga además legitimación –entre otros sujetos– a las asociaciones de consumidores y

---

deba ser grave o esencial, por lo que cabría resolver el contrato en aquellos supuestos en los que la falta de conformidad revista una importancia media. En cualquier caso, para la determinación del grado de transcendencia de la discrepancia entre el bien adquirido y el bien prometido habrá que estar a los pactos de las partes, los criterios habituales del tráfico y las circunstancias subjetivas (puesto que pueden haber sido determinantes para que el consumidor haya adquirido el producto en cuestión), vid. AVILÉS GARCÍA, J.: “Compraventa de bienes...”, *op. cit.*, p. 2419. PINO ABAD, M.: “La regulación de...”, *op. cit.*, p. 26

<sup>878</sup> El segundo párrafo del art. 116 Ley Consumidores dispone: “En todo caso, el consumidor o usuario tendrá derecho, de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad”. En relación con ello, MUÑOZ RODRIGO, G.: “La indemnización de...”, *op. cit.*, pp. 54 y ss. critica que la actual regulación de la materia conllevaría la distinción entre un régimen de responsabilidad objetiva en lo relativo al cumplimiento de la obligación y otro de responsabilidad subjetiva en lo concerniente a la indemnización de daños y perjuicios.

usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la norma<sup>879</sup>. A nuestro entender, creemos que el ejercicio de acciones colectivas por parte de estas entidades constituye una vía idónea para la defensa de los intereses de los consumidores en este ámbito, puesto que parece poco probable que en la práctica los compradores afectados por el engaño se decidan a interponer acciones individuales para la tutela de sus derechos, dado el (reducido) precio de los bienes adquiridos.

De hecho, parece que éste es el camino en el que el legislador europeo pretende profundizar a través de la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores. En el momento de escribirse estas líneas la mentada Directiva permanece todavía pendiente de trasposición y contamos únicamente con un Anteproyecto de Ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores<sup>880</sup>. El citado Anteproyecto establece que se podrán ejercitar acciones de representación “frente a conductas de empresarios o profesionales que infrinjan los derechos e intereses colectivos de los consumidores y usuarios” (artículo 828.1) y que las mismas consistirán en la acción de cesación (artículo 830) y en la acción resarcitoria (artículo 831), ambas acumulables en un mismo proceso (artículo 833.1). La principal novedad radica en la inclusión de manera general de un sistema de vinculación por defecto (*opt-out*), que supone que todos los consumidores afectados por la conducta ilícita del empresario estarán vinculados por la sentencia resultante de la demanda interpuesta por la asociación de consumidores y usuarios habilitada (salvo que soliciten expresamente desvincularse del proceso a través de una plataforma electrónica creada a tal efecto)<sup>881</sup>.

---

<sup>879</sup> La actual redacción del art. 54.1 Ley de Consumidores incluye la garantía en la venta de productos entre las materias frente a las que pueden accionar las asociaciones de consumidores. En concreto, el precepto dispone lo siguiente: “1. Frente a las conductas contrarias a lo dispuesto en la presente norma en materia de cláusulas abusivas, contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, venta a distancia, garantías en la venta de productos y viajes combinados, estarán legitimados para ejercitar la acción de cesación: b) Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en esta norma o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores y usuarios”.

<sup>880</sup> Disponible para su consulta en <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/Anteproyecto%20de%20Ley%20acciones%20representativas.pdf> [fecha de consulta 9 de enero de 2024].

<sup>881</sup> La Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores afirma: “La estructura procedimental está condicionada por una decisión básica, la mejor manera de articular la tutela de los intereses colectivos de consumidores y usuarios cuando se pretende obtener medidas de reparación o resarcimiento consiste en partir de la premisa de que la acción, el proceso y su resultado vincularán a todos los sujetos titulares de derechos o intereses lesionados por la conducta ilícita que haya motivado su interposición, a no ser que estos soliciten

En cualquier caso, cabe preguntarse en qué consistiría exactamente el *petitum* que estas asociaciones de consumidores podrían realizar con respecto a la problemática de la autoría fantasma. El actual artículo 53 de la Ley de Consumidores establece que la acción de cesación va dirigida a la obtención de una sentencia que obligue al demandado a poner fin a su conducta ilícita y a impedirle reiterarla en el futuro. En el caso de la usurpación consentida de la obra el comportamiento ilícito consiste en la explotación de la obra bajo el nombre de una persona que no ha creado la misma, induciendo al consumidor a una falsa representación de la realidad que le lleva a adquirir la creación usurpada. Entendemos, por tanto, que el ejercicio de la acción ocasionaría que el profesional de la explotación no pudiera comercializar la obra asociada al nombre del autor aparente; sin embargo, dicha acción por sí sola no podría ocasionar que figurara el nombre del autor fantasma en dichos actos de explotación.

Ello se debe a que se produce una colisión entre los intereses de los consumidores o los del público en general y los del autor verdadero. Los derechos morales que éste ostenta le facultan para decidir si desea que su creación se explote “con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente”. Por ello, la única persona legitimada para solicitar la aparición de su nombre en los actos de comercialización de la obra es el propio autor a través del ejercicio de su derecho moral de paternidad. Si la paternidad del autor fantasma hubiera sido revelada por un tercero ajeno al acuerdo de usurpación de autoría y dicha información hubiera desencadenado el ejercicio de una acción de cesación, obligar al empresario a hacer figurar el nombre del autor verdadero podría conculcar los intereses personales de éste, quien, después de todo lo ocurrido, podría estar interesado en que la creación apareciera como anónima con el fin de que no se la vinculara públicamente con su persona.

En consecuencia, el ejercicio de dicha acción de cesación sólo eliminaría la falsa paternidad del autor aparente, pero dejaría de algún modo la autoría vacante a la espera de que el creador verdadero decidiera reclamarla. En última instancia, ello podría servir como un remedio contra la publicidad engañosa. Pese a todo, quizás sería más interesante de cara a la tutela de los intereses de los consumidores afectados la acumulación de la

---

expresamente su desvinculación (mecanismo al que resulta habitual referirse como opt-out)”. Igualmente, el artículo 848.2 establece: “El tribunal establecerá asimismo el plazo dentro del cual los consumidores afectados por la acción de representación resarcitoria habrán de manifestar su voluntad expresa de desvincularse de la acción y, en consecuencia, del resultado del proceso”.



acción de cesación con otras tales como la de anulación del contrato o la resarcitoria, lo que contribuiría no sólo a una publicidad honesta y veraz de las obras intelectuales, sino también a la devolución masiva de las cantidades pecuniarias pagadas por los adquirentes de la creación usurpada (lo que, en nuestra opinión, supone la mayor garantía de amparo por parte del ordenamiento jurídico)<sup>882</sup>.

Por último, cabe recordar que para que el régimen de la falta de conformidad fuera aplicable a estos supuestos tendríamos que encontrarlos dentro del ámbito objetivo y subjetivo de la norma. En otras palabras, aquél sólo sería aplicable a aquellos contratos de compraventa de bienes o de suministro de contenidos o servicios digitales que fueran celebrados entre un empresario y un consumidor (artículo 114 de la Ley de Consumidores). Si bien ello abarcaría una inmensa mayoría de supuestos, no quedarían cubiertos ni aquellos contratos que se hubieran celebrado entre dos particulares o entre dos profesionales, ni aquellos otros consistentes en una prestación de servicios para el público (representación teatral, recital, concierto, etc.). En dichos casos el contratante afectado por el engaño tendría que acudir a los mecanismos genéricos que prevé el ordenamiento jurídico: anulación del contrato por vicios del consentimiento o la acción de resolución del contrato *ex* artículo 1124 del Código Civil<sup>883</sup> por falta de identidad en el cumplimiento de la obligación<sup>884</sup>.

---

<sup>882</sup> De hecho, el art. 833.1 del Anteproyecto de Ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores prevé expresamente la posibilidad de que las asociaciones de consumidores acumulen la acción de cesación y la resarcitoria en el mismo procedimiento: “Las entidades habilitadas podrán ejercer en un mismo proceso y a través de una sola demanda la acción de representación de cesación y la resarcitoria en relación con la misma conducta infractora de los derechos e intereses colectivos de los consumidores y usuarios”. Con todo, CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A.M.: “El marco jurídico de la Directiva 2020/1828 en relación con la tutela judicial de los intereses colectivos de los consumidores”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 14, N.º. 2, 2022, p. 284 destaca cómo doctrina “la doctrina procesal advierte sin paliativos sobre la quiebra de la eficiencia judicial en la que puede derivar la acumulación objetiva de acciones propias de la denominada tutela abstracta con acciones de naturaleza resarcitoria<sup>3</sup>”.

<sup>883</sup> AVILÉS GARCÍA, J.: “Compraventa de bienes...”, *op. cit.*, pp. 2437 – 2438 considera que la regulación general que realiza el Código Civil ante los supuestos de incumplimiento contractual (a excepción de la cuestión de la indemnización de daños y perjuicios) no sería aplicable a los supuestos de falta de conformidad. De este modo y según este autor, no se producirían concomitancias entre ambos regímenes normativos, puesto que cada uno operaría en circunstancias diferentes.

<sup>884</sup> La exigencia del cumplimiento idéntico de la obligación se deriva del art. 1166 CC: “El deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida. Tampoco en las obligaciones de hacer podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor.”. Sobre el principio de identidad, *vid.* CRISTÓBAL MONTES, A.: “Comentario del artículo 1166 del Código Civil”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (dir. por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, y P. SALVADOR CODERCH), *op. cit.*, pp. 192 – 193. DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho...*, Vol. II, *op. cit.*, pp. 572 – 573.

Además de todos los remedios civiles que hemos apuntado a lo largo de este epígrafe, cabría destacar que algún autor dentro de la doctrina ha defendido la posibilidad de tipificar la práctica de la autoría fantasma como un comportamiento delictivo, argumentándose que ello constituiría la mejor manera de evitar la realización de esta clase de comportamientos<sup>885</sup>. Si bien el análisis de la vertiente penal de este fenómeno desborda las pretensiones del presente trabajo, nos parece oportuno plantear si la conducta que hemos expuesto podría ser perseguida penalmente, en su caso, por el delito de estafa, reconocido en el artículo 248 del Código Penal. La consideración de la autoría fantasma como un delito supondría que la causa del negocio jurídico de usurpación es delictiva, lo que desplazaría la aplicación del artículo 1306 del Código Civil en favor de la del artículo 1305. Con todo, se mantendría las líneas maestras del esquema de razonamiento expuesto en este trabajo académico: el contratante no culpable (autor fantasma) ostentaría una acción de restitución a diferencia de la contraparte, que se vería privado de toda acción. En cualquier caso, tal y como acabamos de indicar, hemos optado por no abordar en este trabajo el análisis de esta cuestión desde el prisma del Derecho Penal.

---

<sup>885</sup> Así lo ha sostenido VEGA VEGA, J. A.: “Reflexiones sobre la protección del derecho moral”, en AA.VV.: *En torno a..., op. cit.*, pp. 144 – 145.

## CONCLUSIONES

**I.** La autoría fantasma constituye una relación jurídica en virtud de la cual un sujeto – autor verdadero o autor fantasma– consiente la usurpación por parte de un tercero –autor aparente– de la paternidad intelectual de la obra que ha creado. El elemento clave de este negocio jurídico radica en el consentimiento del titular del derecho moral de paternidad que autoriza la intromisión de dicho tercero en el ámbito de sus intereses personales. Pese a no configurarse como elementos esenciales de los acuerdos de usurpación de autoría, otros rasgos habituales de los mismos son la confidencialidad, la onerosidad y la existencia de una relación fiduciaria y de confianza entre los sujetos implicados. Además de todo ello, existe un fenómeno análogo a éste: el de la interpretación fantasma, que presenta características idénticas y que se desenvuelve en el terreno de los artistas intérpretes.

**II.** El ordenamiento jurídico otorga un tratamiento diferenciado a las meras obras materiales y a las obras intelectuales, que poseen un marco normativo de protección más tuitivo. La usurpación consentida de autoría se produce únicamente sobre dichas obras del espíritu, que constituyen el objeto de protección de la Ley de Propiedad Intelectual. Éstas son creaciones literarias, artísticas o científicas, que son originales y que han sido exteriorizadas de algún modo. En concreto, cabe reseñar que la apreciación de originalidad se erige como el elemento fundamental que justifica la tutela del ordenamiento jurídico en este ámbito.

**III.** En ciertas ocasiones algunos autores fantasmas han declarado que consideran que los creadores aparentes son los auténticos autores de las obras cuya usurpación han aceptado, en la medida en que éstos han sido quienes han aportado las vivencias personales o las ideas a partir de las cuales se ha llevado a cabo la creación intelectual. Esta afirmación no se corresponde con las conclusiones que se derivan de la actual regulación de los derechos de autor:

**A.** En primer lugar, las vivencias personales no son protegibles por el derecho de propiedad intelectual al carecer de originalidad, por lo que únicamente quedan amparadas por el derecho a la intimidad.

**B.** En segundo lugar, si bien es cierto que en general se preconiza que la legislación en esta materia sólo protege las formas creativas, el contenido original de una obra

también puede estar amparado por el ordenamiento jurídico en determinados supuestos. Sin embargo, dado que en estos casos la libertad creativa del sujeto no tiene ninguna clase de límite, el estándar de originalidad debe ser necesariamente más alto. Por ello, la aportación de simples ideas no puede otorgar al autor aparente la condición de autor de la obra final.

**IV.** En consecuencia, será necesario que el creador aparente realice una aportación creativa original (bien sea en el plano de la concepción de la obra, bien sea en el plano de materialización de la misma) para poder ser considerado, al menos, coautor de la obra intelectual usurpada. A este respecto, la jurisprudencia relativa a las obras en colaboración respalda dicha conclusión, puesto que únicamente se ha reconocido la condición de autor a aquellos individuos que hubieran ostentado un cierto margen de libertad creativa y que hubieran realizado una suficiente aportación de originalidad al resultado final. En cambio, no han sido considerados autores aquellos sujetos que se hubieran limitado a seguir instrucciones y a realizar labores mecánicas, por más imprescindibles que éstas pudieran llegar a ser. Por consiguiente, tampoco reunirá la condición de autor el colaborador fantasma que se hubiera limitado a realizar estas funciones auxiliares.

**V.** La Ley de Propiedad Intelectual establece un auténtico principio de autoría como piedra angular de su regulación. Dicha normativa adquiere vigencia y sentido en la medida en que existen unos determinados sujetos (los autores) que realizan una importante labor (la creación de obras intelectuales) que pretendemos amparar y promocionar como sociedad. Así mismo, los creadores de obras intelectuales constituyen la parte débil de la relación contractual que mantienen con respecto a los cesionarios de sus derechos, lo que justifica tanto un marco normativo más tuitivo como una interpretación de los preceptos de la norma favorable a los intereses de estos individuos.

**VI.** La condición de autor constituye una *res extracommercium*, que no puede transmitirse válidamente *inter vivos* o *mortis causa* y que no puede ser objeto de prescripción adquisitiva o extintiva. El artículo 5 de la Ley de Propiedad Intelectual reconoce de manera general dicha condición a la persona física que crea la obra intelectual, sin que sea preciso ningún requisito adicional más allá de la capacidad natural para crear. En este sentido, el mencionado precepto cumple una importante función negativa, puesto que impide reconocer como autores a aquellos individuos que no hayan realizado una aportación suficiente de originalidad (empleadores, comitentes, editores, etc.). Así pues,

esta materia se configura, en definitiva, como una cuestión de orden público, con respecto a la cual el legislador es el único sujeto legitimado para determinar quién debe ser reconocido a nivel jurídico como autor de una determinada creación intelectual. Por consiguiente, el acuerdo cuyo objeto principal constituya la transmisión de dicho estatus jurídico será nulo de pleno derecho. Así mismo, entendemos que los razonamientos anteriores son trasladables a la figura del intérprete regulada en el artículo 105 de la Ley de Propiedad Intelectual.

**VII.** En esta línea, debe destacarse que la apariencia de autoría no va a prevalecer, en ningún caso, sobre la verdad material en nuestro ordenamiento jurídico. Ello es así porque, pese a que nuestra legislación establece ciertas presunciones registrales y extrarregistrales de autoría, las mismas revisten carácter *iuris tantum*, de tal modo que pueden ser desvirtuadas si se acredita debidamente que las mismas no se corresponden con la realidad. Es más, es preciso señalar que dichas presunciones ni siquiera servirán como base legal para sostener la adquisición *a non domino* por parte de un tercero de los derechos de explotación cedidos por meros titulares aparentes. Por tanto, el objetivo de las referidas presunciones no es, en modo alguno, el de servir de cobertura legal para el fenómeno de la autoría fantasma, sino el de facilitar la determinación de la titularidad de las distintas prerrogativas que integran la propiedad intelectual en el seno de un marco legal que prescinde del cumplimiento de requisitos formales.

**VIII.** Los derechos morales integran la faceta personal de la propiedad intelectual y amparan el vínculo espiritual indisoluble que se establece entre el autor y la creación que éste ha realizado. No constituyen derechos de la personalidad, en la medida en que no revisten la nota de esencialidad que presentan estas facultades personalísimas; y tampoco son derechos fundamentales, puesto que el artículo 20.1.b) de la Constitución se limita a reconocer un derecho genérico a la libertad de creación y, por ende, no tutela la relación jurídica que se instaura entre el creador y su obra. La figura de los derechos morales puede explicarse adecuadamente dentro de la institución de la propiedad privada (artículo 33 de la Constitución), dado que, en última instancia, representan potestades personales que derivan del dominio sobre bienes inmateriales. Todo ello no obsta para que las potenciales lagunas que puedan producirse en este ámbito deban colmarse recurriendo por analogía a la regulación de los derechos de la personalidad, ni impide tampoco reconocer que tutelan un conjunto de intereses jurídicos que está protegido a nivel constitucional.

**IX.** Los derechos morales se configuran legalmente como facultades irrenunciables (imposibilidad de desprenderse de su titularidad) e inalienables (incapacidad para ser transmitidas válidamente *inter vivos*). Pese a ello, los derechos morales sí son prerrogativas disponibles, en la medida en que el ordenamiento jurídico reconoce al autor la capacidad de autorizar intromisiones en el ámbito de sus intereses personales que, de no contar con dicho consentimiento, serían consideradas ilícitas. A este respecto, se establecen dos importantes garantías a la hora de realizar cualquier acto de disposición de un derecho moral.

**A.** Por un lado, el autor debe poder revocar libremente su consentimiento en cualquier momento, indemnizando a la contraparte por los posibles daños y perjuicios que pudiera ocasionar su desistimiento del contrato. Así pues, el reconocimiento de una potestad revocatoria al titular de un derecho inalienable e irrenunciable constituye un expediente técnico necesario que permite compatibilizar la protección de determinados intereses personalísimos y el reconocimiento de un cierto margen de libertad para el desarrollo de la autonomía de la voluntad de aquél. Además, a través de la concesión de una potestad revocatoria se trunca la posibilidad de que se empleen dichas autorizaciones como forma de eludir fraudulentamente la prohibición legal de las renunciaciones perpetuas o las cesiones definitivas.

**B.** Por otro lado, el negocio jurídico que se celebre en este sentido deberá respetar en todo caso los límites del artículo 1255 y 1275 del Código Civil (en concreto, los límites del orden público cultural; categoría doctrinal que contribuye a precisar los perfiles del genérico concepto del orden público en aquellas problemáticas que merecen recibir un tratamiento específico por contener ciertos elementos concernientes a la cultura, la creación humana o el arte en general).

**X.** La actual regulación de los derechos morales no invita a pensar que el acuerdo de usurpación de autoría tenga cabida en nuestro ordenamiento jurídico. En primer lugar, la posibilidad de que el autor pueda elegir la forma en que su obra va a ser difundida a través del derecho moral de divulgación no constituye un cauce válido para sostener la licitud de este negocio jurídico. El artículo 14.2 de la Ley de Propiedad Intelectual sólo reconoce al creador la posibilidad de divulgar la obra “con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente”, pero no con el nombre de un tercero. En segundo lugar, el derecho de

paternidad integra el núcleo de los derechos morales y constituye una facultad fundamental en la tutela tanto de intereses públicos (interés del público en su conjunto en conocer quién es el autor de una creación intelectual) como privados (preservación del vínculo existente entre el creador y su obra), por lo que cualquier acto de disposición del mismo debe ser analizado con especial cautela. En este sentido, no cabe duda de que el consentimiento del autor verdadero destipifica penalmente el acto de usurpación de la paternidad intelectual realizado por el autor aparente, pero ello no exime en ningún caso del análisis de la posible ilicitud del contrato en cuestión desde el prisma del Derecho Civil.

**XI.** La prestación esencial del acuerdo de usurpación de autoría es el compromiso de confidencialidad del autor fantasma en virtud del cual se compromete a no revelar procesal o extraprocesalmente la auténtica identidad del creador de la obra usurpada. Igualmente, dicho sujeto autoriza la intromisión de la contraparte del contrato en el ámbito de su derecho moral de paternidad. Ello no constituye un acto de mera tolerancia, sino una declaración de voluntad por parte del titular del derecho moral que concede al autorizado un título jurídico para llevar a cabo la intromisión consentida. Así pues, la determinación de la eficacia o no del consentimiento prestado por el autor fantasma a este respecto constituye, en última instancia, el auténtico *quid* de la cuestión. En este sentido, podemos extraer las siguientes conclusiones:

**A.** Los tribunales españoles estarán obligados a reconocer la autoría del creador fantasma en el caso de que éste ejercite su derecho moral de paternidad. Ello se sustenta en la concepción del reconocimiento de la autoría como una cuestión de orden público y en la configuración legal de los derechos morales como facultades irrenunciables e inalienables. La única forma de que se pudiera desestimar dicha pretensión sería que se modificara la regulación de los derechos morales, desproveyéndolos de su característica irrenunciabilidad. Ello supondría aproximar la legislación española a la regulación del *copyright* de los países del *common law*.

**B.** La revelación de la autoría no constituirá en ningún caso un incumplimiento del acuerdo de usurpación, en la medida en que la obligación de confidencialidad será nula de pleno derecho como consecuencia de su carácter perpetuo.

**C.** El consentimiento del autor de una obra intelectual para disponer de sus derechos morales no será, bajo ningún concepto, irrevocable. De hecho, la

concesión de una potestad revocatoria al creador verdadero constituiría el único expediente técnico a través del cual se podría encontrar alguna clase de encaje jurídico al fenómeno de la autoría fantasma en el ordenamiento jurídico español. Precisamente, dicha solución es la que ha sido alcanzada por los tribunales franceses en relación con este tipo de acuerdos. El ejercicio de esta prerrogativa podrá vincularse al pago de la cantidad estipulada en una cláusula penal. Si dicha cuantía resultara a todas luces excesiva, los tribunales podrían proceder a la reducción judicial de la misma conservadora de su validez.

**D.** Con todo, el reconocimiento de una facultad revocatoria no purgará la ilicitud del acuerdo de usurpación de autoría. Dicho negocio jurídico resulta contrario a los principios esenciales que integran nuestro orden público cultural. En especial, el mismo atenta contra el principio de protección de los consumidores, puesto que la finalidad última del referido contrato es el engaño a éstos sobre la auténtica autoría de la obra usurpada. La paternidad intelectual de una creación constituye un elemento esencial que contribuye a singularizarla y que supone además un dato fundamental a la hora de que dichos sujetos decidan adquirir o no una determinada obra creativa.

**E.** De este modo, el otorgamiento al creador de una potestad revocatoria sólo constituirá una vía razonable para mantener la validez de aquellos contratos en los que no se pretenda ocultar la existencia o participación de un autor fantasma, sino en los que únicamente se negocie el lugar o la forma en la que debe constar su identidad. En esta hipótesis se encontrarían las obras comercializadas bajo un pseudónimo inventado impuesto por el profesional de la explotación y las biografías en las que, de un modo u otro, se hagan constar la colaboración del escritor fantasma.

**XII.** La colisión del acuerdo de usurpación de autoría con los límites del orden público conduce a la nulidad absoluta del mismo. La ineficacia de dicho negocio jurídico deriva, fundamentalmente, de la ilicitud de su causa, lo que conlleva, a su vez, la aplicación del artículo 1306 del Código Civil. Dicho precepto veta la posibilidad de restitución recíproca de las prestaciones ya efectuadas entre las partes, lo que genera en muchos casos un resultado criticable. Así pues, estimamos que resulta apropiada la derogación del artículo 1306, en la medida en que tiende a producir situaciones de enriquecimiento injusto. En



cualquier caso, la consideración de que el autor fantasma no está incurso en la torpeza de la causa permite aplicar la regla del segundo apartado del referido artículo, que habilitaría que dicho sujeto sí pudiera ejercitar una acción de restitución. Con todo, la escasa aplicación práctica del artículo 1306 nos lleva a concluir que los tribunales recurrirían a las reglas generales de nulidad para determinar las consecuencias patrimoniales derivadas de la ineficacia del acuerdo de usurpación.

**XIII.** La celebración de los acuerdos de usurpación de autoría suponen, por lo general, la participación de tres sujetos: autor fantasma, autor aparente y profesional de la explotación. Las relaciones jurídicas entre dichos individuos pueden articularse a través de contratos independientes o a través de un único contrato de contenido subjetivamente complejo. El responsable de la comercialización de la obra conservará los derechos de explotación cedidos por el autor fantasma únicamente en el caso de que no haya participado directamente en el negocio jurídico de usurpación, debido a que los efectos de la nulidad no se propagarán al contrato de cesión de derechos. Adicionalmente, si desconoce la existencia del autor fantasma y, por tanto, se constituye como un tercero de buena fe, podrá desvincularse del contrato que hubiera suscrito con el autor aparente (bien por concurrencia de vicios del consentimiento, bien por incumplimiento esencial del mismo) y solicitar además a dicho sujeto la reparación de los daños y perjuicios que le hubiera ocasionado la revelación de la auténtica paternidad intelectual de la obra usurpada.

**XIV.** Los consumidores que hayan adquirido la obra usurpada cuentan principalmente con dos vías alternativas para reclamar el reembolso del dinero que hubiesen pagado por la misma: la anulación del contrato por vicios del consentimiento o la falta de conformidad del producto.

**A.** La anulación del acuerdo se basará en la mayoría de casos en la concurrencia de un error vicio que sea, a su vez, esencial, excusable y no imputable al sujeto afectado por el mismo. En cambio, la alegación del empleo de dolo por parte del otro contratante quedará circunscrita a aquellos supuestos excepcionales en los que el vendedor fuera conocedor de la verdadera identidad del autor de la creación intelectual.

**B.** La falta de conformidad del producto se origina como consecuencia de que el mismo no responde a la descripción que se ha proporcionado de éste (artículo 155

bis a) de la Ley de Consumidores) y de que tampoco reviste las características que usualmente se podrían esperar de él, tanto por ser típicas de los bienes de su misma naturaleza como por haber sido anunciadas en cualquier declaración pública (artículo 155 ter c) de la Ley de Consumidores). Ante la falta de idoneidad del resto de remedios articulados en la legislación en esta materia, la resolución del contrato se convierte en la única posibilidad para el consumidor que alegue la falta de conformidad de la obra usurpada. Finalmente, el ejercicio de acciones colectivas por parte de las asociaciones de consumidores puede constituirse en el cauce más idóneo para vehicular las reclamaciones del conjunto de compradores afectados por el engaño derivado de la usurpación de la auténtica autoría de la obra intelectual.

## BIBLIOGRAFÍA Y ANEXO JURISPRUDENCIAL

### BIBLIOGRAFÍA JURÍDICA

AA.VV.: *La protección de las ideas*, Jornadas de estudio ALAI (1992. Sitges), Sociedad General de Autores de España, 1994.

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil, Tomo II: Derecho de obligaciones*, Edisofer, Madrid, 2011.

ALBALADEJO, M. y BERCOVITZ, R.: “Comentarios de los artículos 15 y 16”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, Madrid, 1989, pp. 298 – 319.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. y GARCÍA RUBIO, M.P.: “El nombre de las personas físicas” en AA.VV.: *Tratado de derecho de la persona física* (dir. por M.C. GETE-ALONSO CALERA), tomo I, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 469 – 521.

AMMERMAN YEBRA, J.: *El derecho a la propia voz como derecho de la personalidad*, Colex, A Coruña, 2021.

AMORÓS GUARDIOLA, M.: “Comentario del artículo 1275 del Código Civil”, en AA.VV.: *Comentario del Código Civil* (dir. por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, y P. SALVADOR CODERCH), Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 485 – 490.

APARICIO VAQUERO, J.P.: “Comentario del artículo 97”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, Madrid, 2017, pp. 1418 – 1448.

ANGUITA VILLANUEVA, L.: “Derechos fundamentales y propiedad intelectual: el acceso a la cultura”, en AA.VV.: *Propiedad intelectual, derechos fundamentales y propiedad industrial* (coord. por C. IGLESIAS REBOLLO), Reus, Madrid, 2005, pp. 49 – 87.

AVILÉS GARCÍA, J.: “Compraventa de bienes muebles tangibles de consumo”, en AA.VV.: *Tratado de contratos* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 2322 – 2478

BALLARÍN IRIBARREN, J.: “Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (la *Drittwirkung* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)”, *REDC*, 1988, núm. 24, pp. 282 – 315.

BAYLOS CORROZA, H.: *Tratado de derecho industrial, propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1978, 1ª edición.

- *Tratado de derecho industrial, propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1993, 2ª edición.

BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.: *Construcción jurídica de los derechos de la personalidad*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, 1976.

BERCOVITZ ÁLVAREZ, G.: *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Tecnos, Madrid, 1997.

- “Otros: cesión de derechos de imagen y bienes de la personalidad. Merchandising”, en AA.VV.: *Tratado de Contratos* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tomo IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 4606 – 4633.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Derecho de autor y destrucción de la obra plástica. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1985”, *Anuario de Derecho Civil*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1986, 217 – 260.

- “Comentario del artículo 1”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, Madrid, 1989, pp. 19 – 31.
- “Comentario del artículo 428 del Código Civil”, en AA.VV.: *Comentario del Código Civil* (dir. por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, y P. SALVADOR CODERCH), Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1153 – 1157.
- “Bienes de la personalidad y derecho moral de autor”, en AA.VV.: *En torno a los derechos morales de los creadores* (coord. por C. ROGEL VIDE), Reus, Madrid, 2003, pp. 95 – 110.
- “Las llamadas cover versión fonográficas y la jurisprudencia penal”, en AA.VV.: *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 1877 – 1892.
- “Comentario del artículo 1”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, Madrid, 2017, pp. 21 – 26.
- “Comentario del artículo 10”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, Madrid, 2017, pp. 159 – 197.
- “Introducción a la propiedad intelectual”, en AA.VV.: *Manual de propiedad intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 19 – 50.

BLASCO GASCÓ, F.P.: *Patrimonialidad y personalidad de la imagen. El derecho a la propia imagen*, Bosch, Barcelona, 2008.

BODAS DAGA, M.E.: *La defensa post mortem de los derechos de la personalidad*, Bosch, Barcelona, 2007.

BONDÍA ROMÁN, F.: *Propiedad intelectual. Su significado en la sociedad de la información*, Trivium, Madrid, 1988.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “Comentario del artículo 101”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, Madrid, 1989, pp. 1439 – 1446.

- “Comentario del artículo 1154 del Código Civil”, en AA.VV.: *Comentario al Código Civil* (dir. por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, y P. SALVADOR CODERCH), Tomo II, Ministerio de Justicia, Secretaria General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pp. 160 – 161.

CÁMARA ÁGUILA, MP.: *El derecho moral del autor: con especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor*, Comares, Granada, 1998.

- “La obra colectiva: ¿solución o problema?”, *Pe. i.: Revista de propiedad intelectual*, Nº 35, 2010, pp. 13 – 52.
- “Comentario de los artículos 15 y 16”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, Madrid, 2017, pp. 256 – 275.
- “Comentario del artículo 113”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, Madrid, 2017, pp. 1661 – 1675.
- “Los conceptos autónomos sobre el objeto de protección del Derecho de autor: el concepto de obra y el concepto de originalidad” en AA.VV.: *La Unificación del Derecho de Propiedad Intelectual en la Unión Europea* (coord. por P. CÁMARA ÁGUILA e I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 47 – 93.

CARAMÉS PUENTES, J.: “Comentario del artículo 40”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, Madrid, 2017, pp. 783 – 791.

CARON, C. : “Les nègres et le droit d’auteur”, *La Vie judiciaire*, 4 janvier 1994, p. 7.

CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

CARRASCO PERERA, A. y DEL ESTAL SASTRE, R.: “Comentario del artículo 5”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, Madrid, 2017, pp. 105 – 114.

- “Comentario del artículo 6”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, Madrid, 2017, pp. 114 – 122.
- “Comentario del artículo 7”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, Madrid, 2017, pp. 122 – 148.

CASAS VALLÈS, R.: “Obra arquitectónica y derecho de autor: el caso Calatrava (*Santiago Calatrava c. Ayuntamiento de Bilbao y otros*. Sentencia del Juzgado Mercantil núm. 1 de Bilbao, España, de 23 de noviembre de 2007)”, *Pe. i.: Revista de propiedad intelectual*, Nº 27, 2007, pp. 75 – 83.

- “La condición de autor: los casos Barceló y Boadella”, *Pe. i.: Revista de propiedad intelectual*, Nº 28, 2008, pp. 127-142.
- “El caso Calatrava o “Zubi Zuri”, ¿una victoria pírrica en apelación? (*Santiago Calatrava c. Ayuntamiento de Bilbao y otros*. Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, España, de 10 de marzo de 2009)”, *Pe. i.: Revista de propiedad intelectual*, Nº 32, 2009, pp. 99 – 117.

CASTÁN TOBEÑAS, J.M.: “Los derechos de la personalidad”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio-agosto-septiembre, 1952, pp. 5 – 62.

- *Derecho civil español común y foral*, T. I, Vol. II, Reus, Madrid, 1987.

CASTILLA BAREA, M.: *Las intromisiones legítimas en el derecho a la propia imagen. Estudio de las circunstancias que legitiman la intromisión en la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

- “Derecho de divulgación del artista plástico y derecho de exposición pública del propietario original de la obra: su conciliación y otras cuestiones de interés al hilo del artículo 56 de la ley de propiedad intelectual”, en AA.VV.: *Derechos morales de los creadores. Características, ámbito y límites* (coord. por C. ROGEL VIDE), Reus, Madrid, 2019, pp. 37 – 80.
- *La nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores: Estudio de la Directiva (UE) 2019/771 y su transposición por el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

CAVANILLAS MÚGICA, S.: “Comentario del artículo 48”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, Madrid, 2017, pp. 918 – 931.

- “Comentario del artículo 49”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, Madrid, 2017, pp. 932 – 936.

CERDÁ ALBERO, F.: “Derechos de autor en el marco de transmisión de la empresa, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 211- 212, 1994, pp. 69 – 118.

CHERPILLOD, I.: *L’objet du droit d’auteur*, CEDIDAC, Lausana, 1985.

CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A.M.: “El marco jurídico de la Directiva 2020/1828 en relación con la tutela judicial de los intereses colectivos de los consumidores”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 14, N.º. 2, 2022, pp. 275 – 293.

CLAVERÍA GOZÁLVEZ, L.H.: “Comentario a la STS de 30 de diciembre de 1985”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 10, 1986, pp. 3387 – 3394.

- “Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen”, *Anuario de derecho civil*, Vol. 47, N° 3, 1994, pp. 31 – 69.
- *La causa del contrato*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998.

COLOMBET, C.: *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo. Estudio de derecho comparado*, Ediciones UNESCO/CINDOC, Madrid, 1997.

CORNISH, W. R.: “Moral Rights Under the 1988 Act”, *European Intellectual Property Review*, Vol. 11, núm. 12, 1989, pp. 1 – 6.

CRISTÓBAL MONTES, A.: “Comentario del artículo 1166 del Código Civil”, en AA.VV.: *Comentario al Código Civil* (dir. por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, y P. SALVADOR CODERCH), Tomo II, Ministerio de Justicia, Secretaria General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, pp. 192 – 193.

DABIN, J.: *Teoría de la causa*, Olejnik Ediciones, Santiago de Chile, 2017.

DANVILA COLLADO, M., *La propiedad intelectual: La propiedad intelectual: Legislación española y extranjera comentada, concordada y explicada según la historia, la filosofía, la jurisprudencia y los tratados*, Imprenta de la correspondencia de Madrid, Madrid, 1882.

DAVIES, G. y GARNETT, K.: *Moral rights*, Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2016.

DELGADO ECHEVARRÍA, J.: “Comentario del artículo 1306 del Código Civil”, en AA.VV.: *Comentario del Código Civil* (dir. por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, y P. SALVADOR CODERCH), Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 558 – 560.

DELGADO PORRAS, A.: *Panorámica de la protección Civil y Penal en materia de Propiedad Intelectual*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1988.

DESBOIS, H.: *Le Droit d’auteur en France*, Dalloz, París, 1966.

DE CASTRO, F.: *Temas De Derecho Civil*, Madrid, 1972.

DE COSSÍO, A.: *El Dolo en el Derecho Civil*, Comares, Granada, 2005.

DE LA DURANTAYE, K.: “Origins of the Protection of Literary Authorship in Ancient Rome”, *Boston University International Law Journal*, Spring 2007, Columbia Public Law Research Paper No. 07-139, pp. 1 – 75.

DE LOS MOZOS, J. L.: “La causa del negocio jurídico. Notas para una reconstrucción dogmática de su concepto”, *Revista de Derecho Notarial*, N.º 33 - 34, 1961, pp. 283 – 425.

DENOIX DE SAINT MARC, S. : *Le contrat de commande en droit d’auteur français*, Litec, París, 1999.

DE ROMÁN PÉREZ, R.: *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, Reus, Madrid, 2003.

– “Naturaleza jurídica del derecho de autor” en AA.VV.: *Propiedad intelectual, derechos fundamentales y propiedad industrial* (coord. por C. IGLESIAS REBOLLO), Reus, Madrid, 2005, pp. 13 – 48.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: *Error y responsabilidad en el contrato*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

– “El derecho a la propia imagen”, en AA.VV.: *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen* (coord. por J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 145 – 179.

– “El consentimiento como causa de exclusión de la ilegitimidad de la intromisión”, en AA.VV.: *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen* (coord. por J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 239 – 253.

– “Los derechos fundamentales de la personalidad (al honor, a la intimidad y a la propia imagen) como categoría unitaria”, *Revista Boliviana de Derecho*, N.º. 23, 2017, pp. 54 – 111.

DIETZ, A.: *El derecho de autor en España y Portugal* (traducida por R.E. LÓPEZ SÁEZ), Ministerio de Cultura, Madrid, 1992.

– “The Moral Right of the Author: Moral Rights and the Civil Law Countries”, *19 Colum-VLA JL & Arts* 199, 1994, pp. 199 – 227.

– “Germany”, en DAVIES, G. y GARNETT, K.: *Moral rights*, Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2016, pp. 403 – 434.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: “Comentario del artículo 1255 del Código Civil”, en AA.VV.: *Comentario al Código Civil* (dir. por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, y P. SALVADOR CODERCH), Tomo II,



Ministerio de Justicia, Secretaria General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pp. 430 – 432.

- *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Thomson Civitas, Madrid, 2003.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vol. I: Introducción. Teoría del contrato*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vol. II: Las relaciones obligatorias*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistemas de Derecho civil, Vol. III: Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, Tecnos, Madrid, 2003.

- *Sistemas de Derecho Civil, Vol. I: Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, Tecnos, Madrid, 2012.
- *Sistemas de Derecho Civil, Vol. I: Parte general del Derecho Civil y personas jurídicas*, Tecnos, Madrid, 2016.

DURRANDE, S.: “Droit d'auteur. Exploitation des droits. – Dispositions particulières à certains contrats. Contrat de commande (CPI, art. L. 131-1 à L. 131-9)”, *J.C., Ann. Propriété littéraire et artistique*, 2002, fasc. 1342, pp. 1 – 29.

EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A.: *Cuestiones Conflictivas en el Régimen de la Nulidad y Anulabilidad del Contrato*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

ERDOZAÍN LÓPEZ, J.C.: “El concepto de originalidad en el derecho de autor”, *Pe. i.: Revista de propiedad intelectual*, Nº 3, 1999, pp. 55 – 94.

ESPÍN ALBA, I.: *Contrato de edición literaria*, Comares, Granada, 1994.

ESTEVE PARDO, M.A.: “Culpa e incumplimiento contractual: del Código Civil al moderno derecho de contratos: especial referencia a los contratos de prestación de servicios”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 777, 2020, pp. 91 – 126.

EVANGELIO LLORCA, R.: *El encargo de obra intelectual*, Dykinson, Madrid, 2006.

FABIANI, M.: *Il diritto d'autore nella giurisprudenza*, CEDAM, Padua, 1972.

FOSKO, T. J.: “Buying a Lie: The Harms and Deceptions of Ghostwriting”, *U. Ark. Little Rock L. Rev.* 165, Vol. 35, 2012, pp. 165 – 187.

FRABBONI, M.M.: “France” en DAVIES, G. y GARNETT, K.: *Moral rights*, Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2016, pp. 365 – 402.

GARCÍA GARNICA, M.C.: “Consideraciones generales acerca de la distinción de las vertientes moral y patrimonial de los derechos a la intimidad y la propia imagen y su trascendencia jurídica”, en AA.VV.: *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo* (coord. por J.M. GONZÁLEZ PORRAS y F.P. MÉNDEZ GONZÁLEZ), I, Colegio de

Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Madrid, 2004, pp. 1867 – 1884.

GARCÍA RUBIO, M. P.: “Los derechos de la personalidad”, en AA.VV.: *Tratado de derecho de la persona física* (dir. por M.C. GETE-ALONSO Y CALERA), Vol. 2, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 595 – 631.

- “Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad”, *Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, Nº. 136, 2021, pp. 45 – 62.
- “La capacidad para contratar de las personas con discapacidad”, en AA.VV.: *Estudios de derecho de contratos* (dir. por A. M. MORALES MORENO), Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022.

GARCÍA TORRES, J. y JIMÉNEZ BLANCO, A.: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1986.

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet: los tratados OMPI de 1996 y la incorporación al derecho español de la Directiva 2001/29/CE*, Comares, Granada, 2003.

- “El Art. 1.563 del Código Civil y los límites temporales del contrato discográfico”, *Pe. i.: Revista de propiedad intelectual*, Nº 33, 2009, pp. 39 – 81.
- “La expresión de la obra y su carácter original como requisitos de su protección por el derecho de autor. Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de noviembre de 2018, asunto C-310/17: Levola Hengelo”, *La Ley Unión Europea*, número 68, 2019, pp. 1 – 26.

GAUTIER, P.Y.: “L’œuvre écrite par autrui”, *R.I.D.A.*, nº 139, enero – marzo 1989, pp. 62 – 101.

GETE-ALONSO CALERA, M.C.: “Comentario del artículo 1273 del Código Civil”, en AA.VV.: *Comentario al Código Civil* (dir. por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, y P. SALVADOR CODERCH), Tomo II, Ministerio de Justicia, Secretaria General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pp. 476 – 478.

- “Comentario del artículo 43”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, Madrid, 1989, pp. 861 – 889.
- “Comentario del artículo 43”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, Madrid, 2017, pp. 861 – 889.

GINSBURG, J.C.: “The Concept of Authorship in Comparative Copyright Law”, *52 DePaul L. Rev.* 1063, 2003, pp. 1063 – 1092.

- “The Right to Claim Authorship in U.S. Copyright and Trademarks Law”, *Houston Law Review*, vol. 41, no. 2, Summer 2004, pp. 263 – 308.
- “The author’s name as a trademark: a perverse perspective on the moral right of paternity”, *Columbia Law School, Public Law & Legal Theory Working Paper Group*, Paper Number 05-91, 2005, pp. 1 – 9.

GITRAMA GONZÁLEZ, M.: “Imagen (Derecho a la propia)” en AA.VV.: *Nueva Enciclopedia Jurídica* (dir. por C.E. MASCAREÑAS), tomo XI, Seix, Barcelona, 1979, pp. 301 – 376.

GÓMEZ LAPLAZA, M.C.: “Comentario del artículo 58”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, Madrid, 1997, pp. 915 – 953.

GONZÁLEZ LÓPEZ, M.: *El derecho moral de autor en la Ley española de Propiedad Intelectual*, Marcial Pons, Madrid, 1993.

GRIMALT SERVERA, P.: *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Iustel, Madrid, 2007.

HANSMANN, H. y SANTILLI, M.: “Authors' and Artists' Moral Rights: A Comparative Legal and Economic Analysis”, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 26, No. 1, January 1997, pp. 95 – 143.

HEBB, M.D.: “Ghostwriting”, *The Writer’s Union of Canada*, disponible en <https://www.writersunion.ca/get-published/ghostwriting>, pp. 1 – 13.

HUALDE SÁNCHEZ, J.J.: “El derecho moral del artista plástico”, en AA.VV.: *Derechos del Artista Plástico* (coord. por A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 19 – 65.

IGARTUA ARREGI, F.: “El derecho a la imagen en la jurisprudencia española”, en AA.VV.: *El mercado de las ideas* (dir. por P. SALVADOR CODERCH), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990 pp. 319 – 339.

IONASCO, A.: “Le droit de repentir de l’auteur”, *R.I.D.A.*, n. 83, enero-marzo 1975, pp. 20 – 55.

JANKOWSKA, M.: “Ghostwriting revisited”, *ZN UJ, Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej (Jagiellonian University Scholarly Notebooks. Papers on Intellectual Property Law)*, n. 125, 2014, pp. 99 – 128.

LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de derecho civil. Tomo III: Derechos reales. Volumen primero: Posesión y propiedad*, Dykinson, Madrid, 2003.

- *Elementos de Derecho civil, Tomo II: Derecho de Obligaciones. Volumen primero: Parte General. Teoría general del contrato*, Dykinson, Madrid, 2011.

- *Elementos de Derecho civil, Tomo II: Derecho de Obligaciones. Volumen segundo: Contratos y cuasicontratos, delito y cuasidelito*, Dykinson, Madrid, 2013.
- *Elementos de Derecho civil, Tomo I: Parte General, Volumen segundo: Personas*, Dykinson, Madrid, 2017.

LACRUZ BERDEJO, JL. y LACRUZ MANTECÓN ML.: “Comentario del artículo 2”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, Madrid, 2017, pp. 26 – 37.

LINACERO DE LA FUENTE, M.: *El nombre y los apellidos*, Tecnos, Madrid, 1992.

LINGREN, K: “United States of America” en DAVIES, G. y GARNETT, K.: *Moral rights*, Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2016, pp. 798 – 904.

LIPTON, J.D., *Law and Authors: A Legal Handbook for Writers*, University of California Press, 2020.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: *La nulidad de los contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

LÓPEZ MESA, M. J. y ROGEL VIDE, C.: *La doctrina de los actos propios: Doctrina y jurisprudencia*, Reus, Madrid, 2005.

LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A.: “Comentario del artículo 5”, en AA.VV.: *Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, Madrid, 2013, pp. 393 – 453.

LUCAS FERNÁNDEZ, F.: “Comentario del artículo 1588”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales: Artículos 1583 a 1603* (dir. por M. ALBALADEJO), tomo XX, vol. 2, Edersa, Madrid, 1986, pp. 170 – 263.

- “Comentario del artículo 1595”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales: Artículos 1583 a 1603* (dir. por M. ALBALADEJO), tomo XX, vol. 2, Edersa, Madrid, 1986, pp. 423 – 439.

LUCAS-SCHLOETTER, A.: *Droit moral et droits de la personnalité*, Tome II, Presse Universitaires d’Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2002.

MADRIÑÁN VÁZQUEZ, M.: “Derecho a la herencia y Derecho de autor”, en AA.VV.: *Constitución y propiedad intelectual* (coord. por L.A. ANGUILLA VILLANUEVA), Reus, Madrid, 2014, pp. 99 – 117.

MARCO MOLINA, J.: “Bases históricas y filosóficas y precedentes legislativos del Derecho de autor”, *Anuario de derecho civil*, Vol. 47, Nº 1, 1994, pp. 121 – 208.

- “Comentario del artículo 145” en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, Madrid, 2017, pp. 1902 – 1924.

MARCO TULIO CICERÓN (texto, traducción, ordenación directa y versión interlínea por J. VELÁZQUEZ ARENAS): *Discurso en defensa del poeta Aulo Licinio Arquias*, Bosch, Barcelona, 1974.

MARCOS VALERIO MARCIAL (texto, introducción y notas por GUILLÉN, J.; revisado por ARGUDO, F.): *Epigramas de Marco Valerio Marcial*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 2003.

MARÍN LÓPEZ, J.J.: *El Conflicto entre el Derecho Moral del Autor Plástico y el Derecho de Propiedad sobre la Obra*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2006.

MARÍN LÓPEZ, M.J.: “Falta de conformidad del bien vendido y derechos del consumidor en la Directiva 2019/771/UE”, *Diario La Ley*, N.º 9461, 2019, pp. 1 – 14.

MARTÍN VILLAREJO, A.: “Interpretación y Propiedad Intelectual en el Derecho Internacional” en AA.VV.: *Interpretación y autoría* (coord. por C. ROGEL VIDE), Reus, Madrid, 2004, pp. 147 – 172.

– “Comentario al artículo 105”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. por J.M. RODRÍGUEZ TAPIA), Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2009, pp. 631 – 643.

MARTÍNEZ ESPÍN, P.: “Comentario al artículo 14”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, Madrid, 2017, pp. 227 – 256.

MASOUYÉ, C.: *Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras (Acta de París, 1971)*, WIPO, Ginebra, 1978.

MCCARTNEY, S. J.: “Moral Rights Under the United Kingdom's Copyright, Designs and Patents Act of 1908”, *Columbia-VLA Journal of Law and the Arts*, vol. 15, núm. 2, 1990 – 1991, pp. 205 – 245.

MELICH ORSINI, J.: “La causa en la teoría del contrato y sus diversas funciones”, *Anuario Derecho Civil*, Vol. 37, N.º 1, 1984, pp. 3 – 62.

MONTÉS PENADÉS, V.L.: “El significado institucional y técnico de la idea de persona” en AA.VV.: *Derecho Civil. Parte General. Derecho de la persona* (coord. por F. BLASCO GASCÓ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 151 – 171.

MORALEJO IMBERNÓN, N.: “El Registro de la Propiedad Intelectual” en AA.VV.: *Manual de propiedad intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 378 – 383.

MORALES MORENO, A. M.: *El error en los contratos*, Ceura, Madrid, 1988.

– “Causa”, en AA.VV.: *Enciclopedia Jurídica* (dir. por A. MONTOLYA MELGAR), Vol. I, Civitas, Madrid, 1995, pp. 958 – 963.

MUNAR BERNAT, P.A.: “Propia imagen (derecho a la)”, en AA.VV.: *Enciclopedia Jurídica Básica* (dir. por A. MONTOYA MELGAR), III, Civitas, Madrid, 1995, pp. 5279 – 5281.

MUÑOZ RODRIGO, G.: “La indemnización de daños y perjuicios por falta de conformidad en la compraventa de bienes de consumo”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, Nº. 18, 2023, pp. 52 – 83.

NIETO CRUZ, A.: “La eficacia del contrato de cesión del derecho de paternidad sobre una obra”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, Nº. 16, 2022, pp. 152 – 175.

- “El autor fantasma: determinación de la autoría y derechos morales”, *Actualidad civil*, Nº 1, 2022, pp. 1 – 18.
- “El empleo del pseudónimo y la posibilidad de limitar contractualmente el ejercicio del derecho de paternidad”, en AA.VV.: *Debates en torno a la contractualización del derecho de familia y la persona* (dir. por M. P. GARCÍA RUBIO y M. OTERO CRESPO), COLEX: Constitución y Leyes, 2023, pp. 613 – 633.

O’ CALLAGHAN, X.: *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1991.

OROZCO PARDO, G.: “Acerca de la protección de las ideas por el derecho de autor. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1992”, *Actualidad Civil*, 1993-1, pp. 205 – 215.

ORTEGA DOMÉNECH, J.: *Obra plástica y derechos de autor*, Reus, Madrid, 2000.

- “La inteligencia artificial como creadora de obras: ¿una nueva clase de autoría post-humana en la propiedad intelectual?”, en AA.VV.: *Tratado de inteligencia artificial y Derecho en el nuevo milenio* (coord. por A. VIGLIANISI FERRARO, L. DE ABOIM MACHADO, B. GNELA, G. IKIK y F. SANTOS DO MORAIS), Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2022, pp. 487 – 508.

ORTEGO RUIZ, M.: *Los Derechos de Autor de los humanoides en un mundo global e interconectado*, Reus, Madrid, 2022.

OSSORIO SERRANO, J.M.: “Comentario del artículo 101”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales: Artículos 428 y 429 del Código Civil y Ley de Propiedad Intelectual* (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART), Tomo V, Vol. 4-B, Edersa, Madrid, 1995, pp. 339 – 350.

OTERO LASTRES, J.M.: “La protección constitucional del derecho de autor: análisis del artículo 20.1.b) de la Constitución española de 1978”, *Revista Jurídica La Ley*, 1986- 2, pp. 370 – 379.

PALACIOS GONZÁLEZ, M.D.: “La cesión de los derechos de imagen”, *Actualidad Civil*, Nº 1, 2004 pp. 469 – 482.

PARRA LUCÁN, M. A.: “10 de julio de 1997. Capacidad del quebrado; seguro. acción directa; actos propios en contratos nulos; nulidad contractual. necesidad de reconvencción”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, N.º 46, 1998, pp. 17 – 36.

PASQUAL LIAÑO, M.: *Nulidad y anulabilidad*, Civitas, Madrid, 1997.

PASCUAL MEDRANO, A.: *El derecho fundamental a la propia imagen: fundamentos, contenido, titularidad y límites*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003.

PINO ABAD, M.: “La regulación de la falta de conformidad en las compraventas de consumo tras la incorporación de la Directiva 2019/771”, *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, N.º 32, 2023, pp. 1 – 47.

PLAZA PENADÉS, J.: *El derecho moral de autor y su protección en el artículo 20, 1, B) de la Constitución*, Universidad de Valencia, 1995, disponible en <https://roderic.uv.es/handle/10550/38578>.

– “Comentario del artículo 14”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. por J.M. RODRÍGUEZ TAPIA), Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2009, pp. 149 – 169.

PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M.: “Comentario de los artículos 428 y 429” en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA), t. V, vol. 2, Madrid, 1985, pp. 709 – 849.

PÉREZ DE CASTRO, N.: “El derecho de propiedad sobre obras de arte y el derecho del autor al respeto de la obra”, *Actualidad Civil*, 1987-1, pp. 217 – 233.

– “Comentario del artículo 87”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, Madrid, 2017, pp. 1289 – 1304.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: *Derecho de autor: la facultad de decidir la divulgación*, Civitas, Madrid, 1993.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: *La nulidad contractual: especial referencia a los contratos de préstamo e inversión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

POUILLET, E.: *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation (3e édition, refondue et mise au courant de la législation, de la doctrine et de la jurisprudence)*, Marchal et Billard, París, 1908.

PUIG BRUTAU, J.: *Compendio de derecho civil*, vol. III, Bosh, Barcelona, 1989.

QUICIOS MOLINA, S.: “La ineficacia contractual”, en AA.VV.: *Tratado de contratos* (dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1523 – 1787.

RABANETE MARTÍNEZ, I. J.: “La gratuidad como elemento esencial del contrato de comodato. El comodato en interés del comodante”, *Revista Boliviana de Derecho*, n.º. 30, 2020, pp. 276 – 327.

RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: *El contrato de representación teatral*, Reus, Madrid, 2003.

RAIZON, H.: *La contractualisation du droit moral de l’auteur*, Droit. Université d’Avignon, 2014, disponible en <https://theses.hal.science/tel-01205616>

RAMS ALBESA, J.: “Comentario del artículo 43”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales: Artículos 428 y 429 del Código Civil y Ley de Propiedad Intelectual* (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART), Tomo V, Vol. 4-A, Edersa, Madrid, 1994, pp. 684 - 707.

- “Comentario de los artículos 48 y 49”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales: Artículos 428 y 429 del Código Civil y Ley de Propiedad Intelectual* (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART), Tomo V, Vol. 4-A, Edersa, Madrid, 1994, pp. 747 – 778.
- “Comentario del artículo 50” en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales: Artículos 428 y 429 del Código Civil y Ley de Propiedad Intelectual* (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART), Tomo V, Vol. 4-A, Edersa, Madrid, 1994, pp. 778 – 790.
- “Comentario del artículo 55”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales: Artículos 428 y 429 del Código Civil y Ley de Propiedad Intelectual* (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART), Tomo V, Vol. 4-A, Edersa, Madrid, 1994, pp. 831 – 841.
- “La génesis de los derechos morales de los creadores”, en AA.VV.: *En torno a los derechos morales de los creadores* (coord. por C. ROGEL VIDE), Reus, Madrid, 2003, pp. 17 – 42.

RIGAMONTI, C.P.: “The Conceptual Transformation of Moral Rights”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 55, No. 1, Winter 2007, pp. 67 – 122.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “28 de noviembre de 1992. Filiación extramatrimonial. Acción de reclamación e impugnación de paternidad. Legitimación activa y caducidad de la acción. Aplicación de la doctrina de los propios actos”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, N.º 30, 1992, pp. 1065 – 1074.

- “Interpretación y obra derivada”, en AA.VV.: *Interpretación y autoría* (coord. por C. ROGEL VIDE), Reus, Madrid, 2004, pp. 83 – 126.

ROCA SASTRE, R.M. y PUIG BRUTAU, J.: *Estudios de Derecho Privado*, volumen I, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

RODRÍGUEZ TAPIA, J.: *La cesión en exclusiva de derechos de autor*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992.



- “Las imágenes del deporte”, *Pe. i.: Revista de propiedad intelectual*, N.º 11, 2002, pp. 9 – 41.
- “Autorización y cesión: el consentimiento para la intromisión en derechos inalienables”, en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (coord. por A. CABANILLAS SÁNCHEZ), tomo I, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 861 – 888.
- “Comentario del artículo 1”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. por J.M. RODRÍGUEZ TAPIA), Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2009, pp. 59 – 64.
- “Comentario del artículo 2”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. por J.M. RODRÍGUEZ TAPIA), Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2009, pp. 64 – 73.
- “Comentario del artículo 5” en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. por J.M. RODRÍGUEZ TAPIA), Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2009, pp. 97 – 99.
- “Comentario del artículo 6” en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. por J.M. RODRÍGUEZ TAPIA), Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2009, pp. 100 – 104.
- “Comentario del artículo 7” en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. por J.M. RODRÍGUEZ TAPIA), Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2009, pp. 104 – 108.
- “Comentario del artículo 8”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. por J.M. RODRÍGUEZ TAPIA), Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2009, pp. 108 – 113.
- “Comentario del artículo 10”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. por J.M. RODRÍGUEZ TAPIA), Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2009, pp. 119 – 130.
- “Comentario del artículo 51” en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, Madrid, 2017, pp. 939 – 947.
- “Comentario del artículo 87”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. por J.M. RODRÍGUEZ TAPIA), Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2009, pp. 542 – 548.
- “Comentario del artículo 97”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (dir. por J.M. RODRÍGUEZ TAPIA), Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2009, pp. 590 – 593.
- “Comentario del artículo 8”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO) Tecnos, Madrid, 2017, pp. 149 – 154.

RODRÍGUEZ TAPIA, J.M y BONDÍA ROMÁN, F.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997.

RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J.: “Derecho de propiedad y derecho de autor”, en AA.VV.: *Constitución y propiedad intelectual* (coord. por L.A. ANGUILLA VILLANUEVA), Reus, Madrid, 2014, pp. 77 – 98.

ROGEL VIDE, C.: *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1985.

- “Bienes gananciales, bienes privativos y propiedad intelectual”, en AA.VV.: *Centenario del Código Civil*, Tomo II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1819 – 1872.
- “Comentario del artículo 1º”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales: Artículos 428 y 429 del Código Civil y Ley de Propiedad Intelectual* (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART), Tomo V, Vol. 4-A, Edersa, Madrid, 1994, pp. 64 – 79.
- “Comentario del artículo 58”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales: Artículos 428 y 429 del Código Civil y Ley de Propiedad Intelectual* (dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART), Tomo V, Vol. 4-A, Edersa, Madrid, 1994, pp. 861 – 888.
- “Cuestiones y problemas en torno a la propiedad intelectual”, en AA. VV: *Estudios completos de propiedad intelectual. Volumen III* (coord. por R. ROGEL VIDEL). Reus, Madrid, 2009, pp. 127 – 140.
- “Libertad de creación y derecho de autor”, en AA.VV.: *Constitución y propiedad intelectual* (coord. por L.A. ANGUILLA VILLANUEVA), Reus, Madrid, 2014, pp. 25 – 42.

ROGEL VIDE, C., SERRANO GÓMEZ, E. y LACRUZ MANTECÓN, M.L.: *Manual de derecho de autor*, Reus, Madrid, 2021.

ROLDÁN BARBERO, H.: “Personalismo y patrimonialidad en la reciente modificación de los delitos contra los derechos intelectuales”, *Revista Jurídica La Ley*, 1988-2, pp. 908 – 924.

ROSELLÓ MANZANO, R.: *Derechos de la personalidad y derechos morales de los autores*, Reus, Madrid, 2011.

ROVIRA SUEIRO, M. E.: *El derecho a la propia imagen: Especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito*, Comares, Granada, 2000.

ROYO JARA, J.: *La protección del derecho a la propia imagen. Actores y personas de notoriedad pública según Ley de 5 de mayo de 1982*, Colex, Madrid, 1987.

RUIZ DE ELVIRA PRIETO, A.: “Sic vos non vobis”, *Cuadernos de filología clásica*, Nº. 22, 1989, pp. 33 – 38.

SABORIDO SÁNCHEZ, P.: *La causa ilícita: delimitación y efectos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

SÁNCHEZ ARISTI, R.: “Las ideas como objeto protegible por la propiedad intelectual”, *Pe. i.: Revista de propiedad intelectual*, Nº 4, 2000, pp. 25 – 67.

- “Comentario del Libro Segundo - Título Primero”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, Madrid, 2017, pp. 1533 – 1545.
- “Comentario del artículo 17”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, Madrid, 2017, pp. 293 – 309.
- “Comentario del artículo 61”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, Madrid, 2017, pp. 1064 – 1069.
- “Comentario del artículo 105”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, Madrid, 2017, pp. 1545 – 1575.

SERRANO FERNÁNDEZ, M.: “Régimen jurídico de transmisión de los derechos de autor en el ordenamiento español y alemán”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº. 4, 2012, pp. 1 – 35.

- “Acceso a la cultura y propiedad intelectual. El derecho de acceso a la cultura: su significado constitucional. La función social de la propiedad intelectual: la tutela del derecho de acceso a la cultura del art. 40 TRLPI”, en AA.VV.: *Constitución y propiedad intelectual* (coord. por L.A. ANGUILLA VILLANUEVA), Reus, Madrid, 2014, pp. 119 – 140.

STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, J.G.: “Derecho a la producción y creación intelectual, derecho de autor y derecho de la propiedad sobre la obra concreta”, *Revista Jurídica La Ley*, 1986 – 2, pp. 1177 – 1181.

TORRES LANA, J.A.: “Comentario del artículo 45”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, Madrid, 2017, pp. 894 – 901.

- “Comentario del artículo 46”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, Madrid, 2017, pp. 901 – 910.
- “Comentario del artículo 47”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tecnos, Madrid, 2017, pp. 910 – 917.

ULMER, E.: *Urheber und Verlagsrecht*, 2ª ed., Springer - Verlag Berlin, 1960.

URÍAS MARTÍNEZ, J.: “Comentario del artículo 20.1.b)”, en AA.VV.: *Comentarios a la Constitución española* (dir. por M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER y M.E. CASAS

BAAMONDE), Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional (España), Wolters Kluwer, Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, pp. 617 – 625.

VALDÉS DÍAZ, C.: “Características del contenido moral del derecho de autor. Facultades morales del autor y derechos de la personalidad”, en AA.VV.: *Derechos morales de los creadores. Características, ámbito y límites* (coord. por C. ROGEL VIDE), Reus, 2019, Madrid, pp. 9 – 36.

VATTIER FUENZALIDA, C.: “La propiedad intelectual (estudio sistemático de la Ley 22/1987)”, *Anuario de derecho civil*, Vol. 46, N° 3, 1993, pp. 1041 – 1108.

– “El interés de la clasificación de las obligaciones de medios y resultado”, en AA.VV.: *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini* (dir. por A. JOSÉ BUERES y A. KEMELMAJER DE CARLUCCI), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 960 – 965.

VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud contractual. Supuestos y efectos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

VEGA VEGA J. A.: *Protección de la Propiedad Intelectual*, Aisge-Reus, Madrid, 2002.

– “Reflexiones sobre la protección del derecho moral”, en AA.VV.: *En torno a los derechos morales de los creadores* (coord. por C. ROGEL VIDE), Reus, Madrid, 2003, pp. 111 – 146.

VENDRELL CERVANTES, C.: *El mercado de los derechos de imagen. El consentimiento o autorización para la intromisión en los derechos de la personalidad y la transmisión de derechos de imagen*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

VIDAL MARÍN, T.: *El derecho al honor y su protección desde la Constitución Española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

VILARIM BARBOSA ARAÚJO, A.P.: “Os contratos de Ghostwriting no direito de autor: comentário ao Acórdão Bruna Surfistinha do Superior Tribunal de Justiça do Brasil (Processo nº 2012/0162477-2)”, *Revista de Direito Intelectual*, n.2, 2017, pp. 207 – 226.

YZQUIERDO TOLSADA, M.: “¿Existe protección del derecho moral de autor en el sistema norteamericano?”, en AA.VV.: *En torno a los derechos morales de los creadores* (coord. por C. ROGEL VIDE), Reus, Madrid, 2003, pp. 231 – 247.

## ARTÍCULOS PERIODÍSTICOS

ANONIMO, “Le nègre littéraire: une exception française”, *Une autre histoire*, disponible en <http://une-autre-histoire.org/le-negre-litteraire-une-exception-francaise/>

ANÓNIMO, “Ana Rosa Quintana culpa de los plagios en 'Sabor a hiel' a un ayudante de toda confianza”, *El País*, 23 de octubre de 2000, disponible en [https://elpais.com/diario/2000/10/23/cultura/972252001\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2000/10/23/cultura/972252001_850215.html)

ANÓNIMO, “La misteriosa historia detrás del Réquiem más famoso de Mozart”, *Semana*, 11 de enero de 2018, disponible en <https://www.semana.com/cultura/articulo/la-misteriosa-historia-detras-del-requiem-mas-famoso-de-mozart/553231/>

ANÓNIMO, “Irene Lozano aclara que Sánchez es el autor de su libro: "Yo sólo le he dado forma literaria"”, *Público*, 19 de febrero de 2019, disponible en <https://www.publico.es/politica/libro-pedro-sanchez-irene-lozano-aclara-sanchez-autor-libro-le-he-dado-forma-literaria.html>

ANDRIANI, L.: “Ghost Stories”, *Publishers Weekly*, 26 de mayo de 2006, disponible en <http://www.publishersweekly.com/pw/print/20060529/17394-ghost-stories.html>

BERMEJO, A.G.: “Entrevista a Carmen Maura”, *Cinemanía*, n.º 325, octubre 2022, pp. 86 – 89.

BRITT, R.: “Here's What Princess Leia Looked Like in 'Rogue One' Before CGI”, *Inverse*, 24 de marzo de 2017, disponible en <https://www.inverse.com/article/29486-rogue-one-princess-leia-cgi-rogue-one-star-wars#:~:text=Actress%20Ingild%20Deila%20played%20Leia,young%20Carrie%20Fisher%2C%20circa%201977>

CORROTO, P.: “Francia ya no acepta “negros literarios”; España, sí”, *El País*, 16 de enero de 2018, disponible en [https://elpais.com/cultura/2018/01/15/actualidad/1516032449\\_502773.html](https://elpais.com/cultura/2018/01/15/actualidad/1516032449_502773.html)

DÍAZ PÉREZ, E.: “La gran escritora que borró su nombre”, *El País*, 17 de septiembre de 2018, disponible en [https://elpais.com/cultura/2018/09/16/actualidad/1537121678\\_040945.html](https://elpais.com/cultura/2018/09/16/actualidad/1537121678_040945.html)

ESCOBEDO, A.: “El Réquiem de Mozart, una composición rodeada de misterio”, *Historia Hoy*, 6 de diciembre de 2021, disponible en <https://historiahoy.com.ar/el-requiem-mozart-una-composicion-rodeada-misterio-n4547>

GARCÍA, F.: “¿Quién escribió realmente Los tres mosqueteros?”, *La Vanguardia*, 13 de junio de 2020, disponible en <https://www.lavanguardia.com/edicion-impresa/20200613/481732698946/quien-escribio-realmente-los-tres-mosqueteros.html>

MIGUEL TRULA, E.: “La entrevista borrada al 'negro' de Ibáñez que nos recuerda los problemas de autoría en el cómic en España”, *Xataka*, 25 septiembre 2018, disponible en <https://www.xataka.com/magnet/entrevista-borrada-al-negro-ibanez-que-nos-recuerda-problemas-autoria-comic-espana>

RÍOS, P.: “Francisco Ibáñez: blanco sobre negros”, *CTXT*, núm. 270, marzo 2021, disponible en <https://ctxt.es/es/20210301/Culturas/35462/comics-mortadelo-y-filemon-premio-princesa-asturias-francisco-ibanez-pablo-rios.htm>

RODRÍGUEZ, C., “Damien Hirst: “No importa quién pinte mis cuadros; yo decido si están bien hechos o no”, *El Mundo*, Cultura, 10 de abril de 2018, disponible en <https://www.elmundo.es/papel/cultura/2018/04/10/5ac3537de2704edc298b45f5.html>

SANGUINO, J.: “Éxito, vergüenza y muerte: lo que queda de Milli Vanilli 30 años después del escándalo en los Grammy”, *El País*, 21 de febrero de 2020, disponible en [https://elpais.com/elpais/2020/02/19/icon/1582113185\\_020495.html](https://elpais.com/elpais/2020/02/19/icon/1582113185_020495.html)

SERRANO, B.: “J. R. Moehringer, el escritor fantasma de Enrique de Inglaterra, experto en explorar las tensas relaciones entre padres e hijos”, *El País*, 10 de enero de 2023, disponible en <https://elpais.com/gente/2023-01-10/j-r-moehringer-el-escriptor-fantasma-de-enrique-de-inglaterra-experto-en-explorar-las-tensas-relaciones-entre-padres-e-hijos.html>

STRICK, K.: “JR Moehringer: the celebrity ghostwriter and ‘daddy issues’ specialist behind Prince Harry’s memoir Spare”, *Evening Standard*, 5 de enero de 2023, disponible en <https://www.standard.co.uk/insider/jr-moehringer-who-is-prince-harry-celebrity-memoirist-spare-b1050916.html>

SUZANNE, C.: “The Good Life of Ghostwriting”, *Writers Weekly*, 3 de octubre de 2001, disponible en [http://writersweekly.com/this\\_weeks\\_article/000607\\_10032001.html](http://writersweekly.com/this_weeks_article/000607_10032001.html)

## **RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA**

### **Sentencias del Juzgado de lo Mercantil**

- SJMer núm. 2 de Madrid de 25 septiembre 2006 (JUR\2007\39011).
- SJMer de Bilbao núm. 543/2007 de 23 de noviembre (AC\2007\2062).

### **Sentencias de las Audiencias Provinciales**

- SAP Badajoz (Sección 2ª) núm. 22/2018 de 22 enero (AC 2018\114).
- SAP Barcelona (Sección 15ª) de 29 de junio de 2001 (AC\2001\1418).
- SAP Barcelona (Sección 15ª) de 28 mayo 2003 (AC\2003\960).
- SAP Barcelona (Sección 15ª) de 10 septiembre 2003(AC\2004\289).
- SAP Barcelona (Sección 15ª) núm. 411/2005 de 29 septiembre (AC 2006\121).
- SAP Barcelona (Sección 15ª) núm. 147/2006 de 28 marzo (AC\2006\1723).
- SAP Barcelona (Sección 15ª) núm. 148/2008 de 28 abril (JUR\2008\206072).
- SAP Barcelona (Sección 13ª) núm. 469/2012 de 4 septiembre (AC\2012\1545).
- SAP Cádiz (Sección 5ª) núm. 407/2010 de 8 septiembre (AC\2011\101).
- SAP Islas Baleares (Sección 5ª) núm. 24/2008 de 22 enero (AC\2008\826).
- SAP León (Sección 1ª) núm. 141/2010 de 22 abril (AC\2010\418).
- SAP Madrid (Sección 20ª) núm. 96/2005 de 17 de febrero (AC\2005\426).
- SAP Madrid (Sección 11ª) núm. 206/2005 de 13 mayo (AC\2005\1067).
- SAP Madrid (Sección 28ª) núm. 6/2008 de 14 enero (AC\2008\785).
- SAP Madrid (Sección 28ª) núm. 217/2016 de 6 junio (AC\2016\1209).

- SAP Madrid (Sección 28ª) núm. 501/2018 de 28 septiembre (AC\2018\1786).
- SAP Madrid (Sección 28ª) núm. 204/2021 de 21 de mayo (JUR\2021\209687).
- SAP Málaga (Sección 5ª) de 15 marzo de 2001 (AC\2001\1543).
- SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 3ª) núm. 229/2012 de 27 abril (AC\2012\2064).
- SAP Tarragona de 18 enero 1995 (AC\1995\14).
- SAP Valencia (Sección 6ª) núm. 7/2012 de 12 enero (JUR\2012\172086).
- SAP Vizcaya (Sección 4ª) núm. 187/2009 de 10 marzo (AC\2009\225).

### **Sentencias del Tribunal Superior de Justicia**

- STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) núm. 1146/2013 de 25 octubre de 25 de octubre de 2013 (JUR\2014\58843).

### **Sentencias del Tribunal Supremo**

- STS (Sala de lo Civil) de 18 de noviembre de 1903.
- STS (Sala de lo Civil) de 29 marzo 1932 (RJ 1932\976).
- STS (Sala de lo Civil) de 27 febrero 1964 (RJ 1964\1152).
- STS (Sala de lo Civil) de 21 de junio de 1965 (RJ 1965, 6370).
- STS (Sala de lo Civil) de 31 diciembre 1979 (RJ 1979\4499).
- STS (Sala de lo Civil) de 9 de octubre de 1981 (RJ\1981\3595).
- STS (Sala de lo Civil) de 31 marzo 1981 (RJ 1981\1144).
- STS (Sala de lo Civil) de 21 mayo 1982 (RJ 1982\2588).
- STS (Sala de lo Civil) de 14 octubre de 1983 (RJ\1983\5326).
- STS (Sala de lo Civil) de 9 de diciembre de 1985 (RJ\1985\6320).
- STS (Sala de lo Civil) de 19 julio de 1989 (RJ\1989\5725).
- STS (Sala de lo Civil) de 18 enero 1990 (RJ\1990\34).
- STS (Sala de lo Civil) de 16 junio 1990 (RJ\1990\4762).
- STS (Sala de lo Civil) de 13 mayo 1991 (RJ 1991\3664).
- STS (Sala de lo Civil) de 3 junio de 1991 (RJ\1991\4407).
- STS (Sala de lo Civil) de 26 octubre 1992 (RJ\1992\8286).
- STS (Sala de lo Civil) de 2 de marzo de 1992 (RJ\1992\1834).
- STS (Sala de lo Civil) de 27 enero 1993 (RJ 1993\507).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 433/1993 de 11 mayo (RJ 1993\3539).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 1126/1993 de 24 noviembre (RJ\1993\9210).
- STS (Sala de lo Civil) de 15 diciembre 1993 (RJ 1993\9989).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 1286/1993 de 30 diciembre (RJ 1993\9912).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 74/1994 de 14 febrero (RJ 1994\1469).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 113/1994 de 18 febrero (RJ\1994\1096).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 295/1994 de 29 marzo (RJ 1994\230).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 608/1994 de 23 junio (RJ 1994\6497).
- STS (Sala de lo Civil) de 28 enero de 1995 (RJ\1995\387).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 563/1995 de 7 junio (RJ\1995\4628).

- STS (Sala de lo Civil) núm. 675/1995 de 29 junio (RJ\1995\5268).
- STS (Sala de lo Civil) de 19 diciembre 1985 (RJ\1985\6600).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 234/1996 de 29 de marzo (RJ\1996\2371).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 34/1996 de 30 enero (RJ\1996\540).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 527/1996 de 27 junio (RJ 1996\4792).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 232/1997 de 13 marzo (RJ\1997\2103).
- STS (Sala de lo Civil) de 13 de diciembre de 1997 (RJ\1997\8816).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 138/1998 de 20 febrero (RJ 1998\971).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 306/1998 de 1 abril (RJ\1998\1912).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 963/1998 de 26 octubre (RJ\1998\8237).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 1165/1998 de 15 diciembre (RJ\1998\10149).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 237/1999 de 23 de marzo (RJ\1999\2005).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 1100/2000 de 30 noviembre (RJ\2000\9319).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 738/2000 de 11 julio (RJ\2000\4669).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 331/2001 de 29 marzo (RJ\2002\10216).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 963/2001 de 23 octubre (RJ\2001\8660).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 1076/2001 de 20 noviembre (RJ 2002\1026).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 313/2002 de 2 abril (RJ 2002\2485).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 429/2002 de 13 mayo (RJ\2002\6744).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 745/2002 de 12 julio (RJ\2002\7145).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 994/2002 de 22 octubre (RJ 2002\8970).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 43/2003 de 24 enero (RJ 2003\1995).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 519/2003 de 28 mayo (RJ\2003\7157).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 569/2003 de 11 junio (RJ 2003\5347).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 542/2004 de 24 junio (RJ\2004\4318).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 910/2004 de 29 septiembre (RJ\2004\5688).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 1090/2004 de 12 noviembre (RJ\2004\6900).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 443/2005 de 31 mayo (RJ\2005\4252).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 1279/2006 de 11 diciembre (RJ\2006\9893).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 1/2007 de 18 enero (RJ 2007\529).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 747/2007 de 3 julio (RJ 2007\4676).
- STS (Sala de lo Civil) de 8 mayo de 2008 (RJ\2008\2834).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 770/2008 de 26 julio (RJ\2008\5510).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 1204/2008 de 18 diciembre (RJ\2009\534).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 124/2009 de 25 febrero (RJ 2009\1624).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 173/2009 de 18 marzo (RJ\2009\1652).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 114/2010 de 15 marzo (RJ\2010\2347).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 352/2010 de 7 junio (RJ 2010\5376).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 200/2011 de 17 marzo (RJ\2011\2883).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 214/2011 de 5 abril (RJ 2011\3146).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 321/2011 de 22 junio (RJ\2012\6860).



- STS (Sala de lo Civil) núm. 619/2011 de 14 de septiembre (RJ\2011\7353).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 630/2012 de 30 octubre (RJ 2013\2273).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 137/2013 de 28 febrero (RJ\2013\2164).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 532/2013 de 19 septiembre (RJ\2013\7604).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 769/2014 de 12 enero (RJ 2015\608).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 89/2014 de 21 febrero (RJ 2014\926).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 155/2014 de 19 marzo (RJ\2014\2525).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 125/2015 de 17 marzo (RJ\2015\1476).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 266/2016 de 21 abril (RJ\2016\2094).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 494/2016 de 15 julio (RJ\2016\3196).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 530/2016 de 13 septiembre (RJ\2016\4107).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 64/2017 de 2 febrero (RJ 2017\454).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 253/2017 de 26 abril (RJ\2017\1736).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 82/2021 de 16 febrero (RJ\2021\456).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 116/2021 de 3 marzo (RJ 2021\1189).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 485/2021 de 5 julio (RJ\2021\3266).
- STS (Sala de lo Civil) núm. 281/2022 de 4 abril (RJ\2022\1976).
- STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 6 mayo de 1996 (RJ\1996\4440).
- STS (Sala de lo Social) de 12 febrero 1985 (RJ 1985\636)

### **Sentencias del Tribunal Constitucional**

- ATC 134/1995 (RTC 1995\134 AUTO).
- STC (Pleno) núm. 5/1981 de 13 febrero (RTC\1981\5).
- STC (Pleno) núm. 52/1983 de 17 junio (RTC 1983\52).
- STC (Pleno) núm. 76/1983 de 5 agosto (RTC\1983\76).
- STC (Pleno) núm. 153/1985 de 7 noviembre (RTC 1985\153).
- STC núm. 231/1988 de 2 diciembre (RTC 1988\231).
- STC núm. 117/1994 de 25 de abril (RTC\1994\117).
- STC (Sala Primera) núm. 139/1995 de 26 septiembre (RTC\1995\139).
- STC núm. 51/2008 de 14 abril (RTC\2008\51).
- STC núm. 34/2010 de 19 julio (RTC 2010\34).

### **Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

- STJUE (Sala Cuarta) de 16 de julio de 2009, asunto C-5/08, Caso Infopaq International A/S contra Danske Dagblades Forening.
- STJUE (Sala Tercera), de 22 de diciembre de 2010, asunto C-393/09, Bezpečnostní Softwarová Asociace – Svaz Softwarové Ochrany contra Ministerstvo Kultury.
- STJUE (Gran Sala), de 4 octubre 2011, asuntos acumulados C-403/08 y C-429/08, Caso Football Association Premier League Ltd y otros contra QC Leisure y otros (TJCE 2011\294).

- STJUE (Sala Tercera), de 1 de diciembre de 2011, asunto C-145/10, Caso Eva Maria Painer contra Standard Verlags GmbH y otros (TJCE 2011\388).
- STJUE (Sala Tercera), de 1 de marzo de 2012, asunto C-604/10, Caso Football Dataco Ltd y otros contra Yahoo! UK Ltd y otros (TJCE 2012\42).
- STJUE (Gran Sala), de 2 de mayo de 2012, asunto C-406/10, Caso SAS Institute Inc contra World Programming Ltd (TJCE 2012\103).
- STJUE (Gran Sala) de 13 de noviembre de 2018, asunto C-310/17, Caso Levola Hengelo BV. contra Smilde Foods BV. (TJCE 2018\255).
- STJUE (Sala Tercera) de 12 de septiembre de 2019, asunto C-683/17, Caso Cofemel – Sociedade de Vestuário, S.A. contra G-Star Raw CV. (TJCE 2019\186).

### **Jurisprudencia extranjera**

#### *Reino Unido:*

- Sentencia *John Sadler v George Reynolds*, England and Wales High Court (Queen's Bench Division): March 7, 2005 [2005] EWHC 309 (QB).
- Sentencia *Sawkins V Hyperion Records Ltd*, Court Of Appeal (Mummery, Mance and Jacob L.JJ.): May 19, 2005 [2005] EWCA Civ 565; [2005] R.P.C. 32.

#### *Estados Unidos:*

- Sentencia *Dastar Corp. v. Twentieth Century Fox Film Corp.*, 539 U.S. 23 (2003).
- Sentencia *Kelley v. Chicago Park Dist.*, 635 F.3d 290, 304 (7th Cir. 2011)
- Sentencia *Naruto v. Slater*, No. 16-15469 (9th Cir. 2018).
- Sentencia *Thaler v. Perlmutter*, 1:22-cv-01564, (D.D.C. 2023).

#### *Francia:*

- Sentencia del Tribunal de grande instance de Paris, du 7 janvier 1969.
- Sentencia de la Cour d'appel de Paris, du 5 de avril 1979.
- Sentencia de la Cour d'appel de Paris, 1<sup>ère</sup> Chambre, du 10 juin 1986.
- Sentencia de la Cour d'appel de Paris, du 1 février 1989.
- Sentencia de la Cour d'appel de Paris, 1<sup>ère</sup> Chambre, du 18 décembre 1990.
- Sentencia de la Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 13 novembre 1973.

#### *Alemania:*

- Sentencia caso Pumuckl, OLG München, Urteil vom 22. 5. 2003 - 29 U 5051/02 - "Pumuckl-Illustrationen".
- Sentencia caso Pumuckl, OLG München, 04.09.2003 - 29 U 4743/02.
- Sentencia caso Staatsgeschenk, BGH, 24.05.2007.

#### *Brasil:*

- Acórdão Bruna Surfistinha do Superior Tribunal de Justiça do Brasil (processo nº 2012/0162477-2).

