

## **Los contratos de autopublicación de obras escritas: ¿una alternativa en el entorno digital?**

The Autopublication Contracts of Written Works:  
An Alternative in the Digital Environment?

José Rafael FARIÑAS DÍAZ

Es abogado, especialista en propiedad intelectual y doctorando en Derecho de la Universidad Central de Venezuela (ucv). Es profesor de Derecho de Autor en el posgrado sobre Propiedad Intelectual de la Universidad de los Andes (ULA) y vicepresidente por Venezuela del Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA).

### **Resumen**

La conexión a Internet abarca ya más del cincuenta por ciento de la población mundial, y eso ha traído consigo un cambio sustancial de los hábitos de consumo de contenidos protegidos por derecho de autor y derechos conexos, entre ellos, de obras escritas. Ese cambio se ha producido en la cantidad de obras públicas a disposición de los usuarios y en su forma de acceso. En ese sentido y gracias a ello, las plataformas digitales de autopublicación han venido a constituirse en una alternativa paralela y expedita al sistema tradicional de publicación de obras escritas, y han ofrecido a los autores y editores independientes una alternativa de mayor presencia en los mercados de distribución de obras. No obstante, esta alternativa no está exenta de dificultades

asociadas a la autorización de los contenidos objeto de publicación, a la participación en los beneficios derivados de la autopublicación, o a la responsabilidad por la puesta a disposición o almacenamiento de tales contenidos. En este trabajo se describirá el funcionamiento de las plataformas y se harán algunas consideraciones –esencialmente jurídicas– acerca de los aspectos más relevantes asociados a la autopublicación de obras escritas.

**PALABRAS CLAVES:** AUTOPUBLICACIÓN – OBRAS ESCRITAS – EDICIÓN – INTERNET – PLATAFORMAS DIGITALES

## **Abstract**

The Internet connection already covers more than fifty percent of the world's population, and this has brought with it a substantial change in the consumption habits of content protected by copyright and related rights, including written works. This change has occurred in the amount of public works available to users and in the way they access them. In this sense and thanks to this, the irruption of the digital platforms of self-publishing has become a parallel and expeditious alternative to the traditional system of publishing written works, and have offered authors and independent publishers an alternative of greater presence in the distribution markets of works. However, this alternative is not exempt from difficulties associated with the authorization of the contents to be published, the participation in the benefits derived from self-publishing, or the responsibility for the provision or storage of such content. On this article the operation of the platforms will be described and some considerations – essentially legal – will be made about the most relevant aspects associated with the self-publishing of written works.

**KEYWORDS:** SELF-PUBLISHING – WRITTEN WORKS – EDITION – INTERNET – DIGITAL PLATFORMS

**Sumario:** I. Introducción: Del papel a la pantalla. II. La autoedición de obras escritas como respuesta al entorno digital: A. Concepto: ¿au-

toedición o autopublicación?: 1. Tomando en cuenta la naturaleza de la actividad. 2. Desde el punto de vista jurídico. III. Aspectos del contrato de autopublicación en plataformas digitales: A. Obligatoriedad. B. Contenido. C. Consentimiento. IV. Objeto del contrato de autopublicación en plataformas digitales: A. Alcance de la autorización otorgada por la plataforma de autopublicación digital al autor o editor independiente. B. Alcance de la licencia otorgada por el autor o editor independiente a la plataforma de autopublicación digital: 1. Actividades comprendidas en la licencia de puesta a disposición de las obras objeto del contrato. C. Especial referencia al agotamiento del derecho de distribución, ¿procede en el ámbito digital? V. La responsabilidad de las plataformas digitales de autopublicación por el uso ilícito de contenidos protegidos por derecho de autor y derechos conexos: A. Las plataformas digitales de autopublicación como servicios de la sociedad de la información. B. Los supuestos por uso ilícito de contenidos que pudieran dar lugar a la responsabilidad a propósito de la autopublicación. C. La responsabilidad en los términos y condiciones de uso de las PDA. VI. Vigencia y terminación del contrato de autopublicación digital. VII. A manera de conclusión.

## I. INTRODUCCIÓN: DEL PAPEL A LA PANTALLA

Vamos a decirlo desde el comienzo: a pesar de las opiniones en el sentido de que «el cerebro humano mejora en su rendimiento cognitivo cuando el texto está íntimamente ligado al soporte físico que lo contiene; cuando se aúnan varios sentidos (olor, tacto...) en la lectura; [...] leer y comprender un texto es una actividad global de los sentidos. Estos elementos se pierden en una pantalla»,<sup>1</sup> la autoedición y publicación en plataformas digitales –y, en consecuencia, la lectura en dispositivos móviles– es una realidad.

---

<sup>1</sup> RAMIREZ, F. (2009): «Lectura en pantalla y cognición», *Biblumliteraria* [en línea], <<http://biblumliteraria.blogspot.com/2009/04/lectura-en-pantalla-y-cognicion.html>> [Consulta: 10/11/2017].

La autopublicación se ha ido posicionando a gran velocidad como respuesta ante los cambios generados a propósito de las facilidades que ofrecen las herramientas digitales de publicación y distribución de contenidos, y de la demanda cada vez mayor de consumo de esos contenidos por parte de los usuarios. Y eso es así, además de las razones anteriores, por otras que no pueden ser obviadas como variables a la hora de abordar la comprensión de este auge vertiginoso:<sup>2</sup> ya hay más de 4,100 millones de personas en el mundo que están conectadas a Internet, lo cual representa más del 50 % de la población mundial. Concretamente, al 31 de diciembre 2017, las estadísticas<sup>3</sup> son reveladoras: 4,156,932,140 personas conectadas, con un índice de penetración global del 54.4 %. De esa cifra, a América Latina y el Caribe corresponden 437,001,277 personas, que representan el 10.5 % de los usuarios a nivel mundial y una tasa de penetración en la región del 67.0 %.

Parece obvio que en un mundo en el que las personas conectadas a Internet son cada día más, los hábitos de producción y consumo de bienes y servicios culturales –entre ellos los referidos a la publicación y lectura de obras escritas– también migran a plataformas y dispositivos que facilitan su puesta a disposición y acceso, aunque ello no implique necesariamente que se prescindiera de los métodos tradicionales. Lo que ha venido ocurriendo, pues, es una convivencia de modelos, y la preeminencia de uno sobre otro tiene mucho que ver con la proliferación de dispositivos móviles y un cambio generacional de las preferencias de producción y acceso de editores independientes, autores y lectores.

---

<sup>2</sup> Ver el documento del Comité Intergubernamental para la Nueva Agenda por el Libro y la Lectura del CERLALC: «La figura de la autoedición en formato digital está ganando fuerza y mercado rápidamente. Vale la pena notar que, entre los 100 libros digitales más vendidos para el Kindle de Amazon, unos 27 llegaron a Internet mediante el sistema de autoedición, conocido como Kindle Direct Publishing». Cfr. CERLALC (2013): *El derecho de autor y los contratos de los contenidos editoriales en el entorno digital* [en línea], <<http://cpl.org.pe/wp-content/uploads/2011/11/El-derecho-de-autor-y-los-contratos-de-los-contenidos-editoriales-en-el-entorno-digital-2.pdf>> [Consulta: 10/11/2017].

<sup>3</sup> INTERNET WORLD STATS (2018): *World Internet Users and Population Stats 2018* [en línea], <<https://www.internetworldstats.com/stats.htm>> [Consulta: 26/07/2018].

Lo que sigue a continuación son unas consideraciones esencialmente jurídicas para lo cual nos apoyamos en las directivas de la Unión Europea y en la Digital Millennium Copyright Act de los Estados Unidos de América, con las cuales se pretende dejar al descubierto que las plataformas digitales de autopublicación, aunque se han convertido hoy en una alternativa para los autores con menos opciones de publicación a través de los canales regulares de distribución de obras escritas, no están exentas de otras complejidades propias de un sistema normativo en materia de derecho de autor que se enfrenta a las realidades propias de un entorno digital que crea, en ocasiones, grandes desequilibrios, sobre todo en los beneficios económicos que corresponden a los autores de las obras objeto de publicación.

## II. LA AUTOEDICIÓN DE OBRAS ESCRITAS COMO RESPUESTA AL ENTORNO DIGITAL

### A. *El concepto: ¿autoedición o autopublicación?*

A menudo se hace alusión a la autoedición como sinónimo de autopublicación, pero entre ambas actividades hay diferencias. Las diferencias pueden destacarse desde dos puntos de vista: 1. tomando en cuenta la actividad que se lleva a cabo y, 2. desde el punto de vista jurídico.

#### 1. Tomando en cuenta la naturaleza de la actividad

Mariana Eguaras afirma que la autoedición no existe, que lo que sí se puede hacer es autopublicarse. No obstante, sostiene que hay un solapamiento inadecuado entre ambas acepciones, que carecen de precisión. La edición implica mucho más que publicar, comporta un proceso que demanda conocimientos técnicos y, sobre todo, prácticos que conllevan a una publicación exitosa de una obra escrita. «En la práctica es imposible ser objetivo sobre lo que uno ha escrito y más todavía ser el asesor/corrector/editor de su propia obra. Y todo esto sin considerar que al tratamiento del manuscrito además deben sumarse las tareas

de diseño del libro y la maquetación del mismo, la preparación de los archivos para la imprenta o para la distribución digital (para lo que hay que tener determinados conocimientos técnicos) y todas las laboriosas y extensas acciones de promoción y marketing».<sup>4</sup>

En otras palabras, y como también afirman Sharpe Leslie y Gunther Irene, «por “editar” entendemos el arte y el oficio de dar forma a un manuscrito y mejorarlo para convertirlo en un libro publicable, por lo cual el de edición es un concepto amplio, e implica tanto un arte como un oficio».<sup>5</sup>

El oficio –continúan diciendo estas autoras– puede ser aprendido con bastante facilidad mediante la atención diligente a las reglas de la gramática y a las convenciones de uso y estilo. Para el dominio del arte, en cambio, las reglas no bastan: se requiere una sensibilidad especial, un ojo bien afinado y un instinto que solo se logra con años de experiencia.<sup>6</sup>

En cambio, la publicación es la actividad de poner a disposición los ejemplares de la obra a través de cualquier medio o procedimiento. En este sentido, entonces, la publicación es una consecuencia y el producto final de la edición. Y debe cumplir, además, conforme a la definición de *obras publicadas*, del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Convenio de Berna), con el requisito de que la cantidad de ejemplares puestos a disposición a través de la distribución satisfaga razonablemente las necesidades del público, estimadas de acuerdo con la índole de la obra.<sup>7</sup>

Con palabras de Mariana Eguaras, podemos resumirlo así: «autopublicar es la acción por la que el autor, por el medio que sea, gestiona

---

<sup>4</sup> EGUARAS, M. (2013): «La autoedición no existe», 4 de marzo de 2013 [en línea], <<https://marianaeguaras.com/la-autoedicion-no-existe/>> [Consulta: 10/11/2017].

<sup>5</sup> SHARPE, L & GUNTHER, I. (2005): *Manual de edición literaria y no literaria*. México: Fondo de Cultura Económica.

<sup>6</sup> SHARPE, L & GUNTHER, I. *Ibidem*.

<sup>7</sup> ART. 3.3 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, sobre cuyo contenido puede leerse también un comentario en: FICSOR, M. (2003): *Guía sobre los tratados de derecho de autor y derechos conexos administrados por la OMPI*. Ginebra: OMPI, p. 317.

por sí mismo la publicación de su libro, sea la impresión o la creación de un archivo para su posterior distribución y comercialización. Autoeditarse es cuando el autor realiza todas las tareas propias de un editor».<sup>8</sup>

## 2. Desde el punto de vista jurídico

Otra forma de ahondar en las diferencias de ambos conceptos es abordar su naturaleza desde la perspectiva jurídica, analizando, por ejemplo, los elementos del contrato de edición desde la visión de la doctrina<sup>9</sup> y comparándolos con el concepto jurídico de publicación. Veamos.

El contrato de edición:

Es aquel por el cual el autor de una obra del ingenio o sus derechohabientes ceden, en condiciones determinadas, el derecho de producir o hacer producir un número de ejemplares de la obra, a una persona llamada editor, quien se obliga a asegurar la publicación y difusión de la obra por su propia cuenta.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> EGUARAS, M. (2014): «La autopublicación a debate en el ciclo breakfast club», 8 de julio de 2014 [en línea], <<https://marianaeguaras.com/la-autopublicacion-a-debate-en-el-ciclo-breakfast-club/>> [Consulta: 11/11/2017].

<sup>9</sup> Delia Lipszyc sostiene que el contrato de edición en forma amplia es aquel por el cual el autor de una obra literaria, musical o artística –o su derechohabiente– autoriza a una persona física o jurídica (el editor) y esta se obliga a reproducir o hacer reproducir en forma gráfica, de una manera uniforme y directa, un número determinado de ejemplares –copias–, a publicarlos, distribuirlos y venderlos al público por su cuenta y riesgo, sin subordinación jurídica, así como a pagar a la otra parte una remuneración proporcional a los producidos por la venta de los ejemplares, o bien a tanto alzado. Cfr. LIPSZYC, D. (1993): *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALIA, p. 288. En este mismo sentido, Lacruz Mantecón señala que el contrato de edición es un contrato dirigido a la reproducción y distribución de la obra que produce como resultado una transmisión, que la ley llama cesión, pero en la que el derecho que adquiere el cesionario resulta ser bien distinto al del cedente. Cfr. LACRUZ MANTECÓN, M. (S/F): *Las obligaciones del editor en el contrato de edición literaria*. Madrid: AISGE/REUS, p. 119.

<sup>10</sup> Ley sobre el Derecho de Autor venezolana, Gaceta Oficial No. 4.638, extraordinario del 1 de octubre de 1993.

De la anterior definición, se observa claramente que el objeto del contrato de edición es la publicación de la obra por cuenta de terceros, por lo cual el autor se vale de los recursos técnicos y económicos de terceros para que produzcan o hagan producir un determinado número de ejemplares de la obra a cambio de una participación en los beneficios que se obtengan por la explotación económica de tales ejemplares en el mercado.

He allí entonces por qué el editor es titular derivado de derecho de autor, sin ser autor o coautor de la obra. Lo es en tanto ha pactado con el autor de la obra, en el respectivo contrato de edición, una determinada participación económica, deducible de los ingresos que se generen por la explotación de la obra u obras objeto del contrato. El porcentaje de dicha participación dependerá, entre otras variables, de la circunstancia de que la gestión de publicación y difusión a cargo del editor se lleve a cabo dentro o fuera del país de origen de la obra, lo cual podría requerir en este último caso la suscripción de contratos de subedición que hagan factible la publicación y difusión en otros territorios.

En cambio, en la autoedición digital no hay cesión de derechos a terceros, ni hay tampoco una labor de publicación por cuenta ajena. Al contrario, tanto los procesos y actividades de la edición tradicional –entre ellos elegir título, decidir y coordinar la traducción en caso de que se trate de una obra preexistente, tramitar las autorizaciones y licencias de derecho de autor en supuestos de textos y otros contenidos ajenos, diseñar portada, corregir textos, maquetar el libro y hacer una sinopsis– como la publicación en sí misma son efectuados directamente por el autor o editor independiente y en él recae la decisión –con todos los aciertos y errores– de llevarlos a cabo. Eso no excluye que algunas veces el autor se valga de servicios contratados para realizar la edición y publicación de su obra, pero en ese caso no hay cesión de derechos a esos prestadores de servicios eventuales, sino más bien el pago de honorarios profesionales por trabajos encomendados, cuyos montos corren por cuenta del propio autor como un costo más en la labor de editar y publicar la obra.



La publicación es pues la producción de ejemplares puestos al alcance del público con el consentimiento del titular, siempre que la disponibilidad de tales ejemplares permita satisfacer las necesidades razonables del público, teniendo en cuenta la naturaleza de la obra;<sup>11</sup> en cambio, la edición es el proceso –técnico, profesional y personal– que conlleva a la publicación. Entre ambas hay una relación de género a especie, en tanto aquella es el fin último de esta.

### III. ASPECTOS DEL CONTRATO DE AUTOPUBLICACIÓN EN PLATAFORMAS DIGITALES

Partiendo de las consideraciones anteriores, y habiendo quedado establecido que a los efectos de este trabajo el proceso relevante y al cual nos referimos es el de la autopublicación a través de plataformas de distribución de obras en línea, nos corresponde ahora adentrarnos en la naturaleza del contrato que suscriben los usuarios de tales plataformas para llevar a cabo la publicación de sus obras. A tal efecto, analizaremos a continuación tres aspectos de los términos y condiciones de uso de la plataforma Kindle Direct Publishing (KDP), de Amazon. Son ellos: A) obligatoriedad, B) contenido, C) consentimiento.

#### A. *Obligatoriedad*

Los términos y condiciones de uso de Kindle Direct Publishing (KDP) son un contrato de adhesión, entendido como: «aquel acuerdo de voluntades por medio del cual uno de los contratantes, denominado predisponente, impone al otro, llamado adherente, el contenido del contrato sin ninguna posibilidad de discutirlo ni de modificarlo, contando únicamente con la facultad de decidir libremente si contrata

---

<sup>11</sup> Artículo 3 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, que contiene el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Lima, Perú, de fecha 17 de diciembre de 1993.

o no bajo el clausulado ofrecido, dentro de un esquema de “lo toma o lo deja”». <sup>12</sup>

En este caso, el predisponente y quien impone el contrato es Amazon. En los términos y condiciones del programa KDP queda claramente establecido de la siguiente manera:

El presente acuerdo (en lo sucesivo, el «Acuerdo») es un contrato vinculante entre la persona física o jurídica identificada en su cuenta de Kindle Direct Publishing («KDP») («Usted» o «Editor») y cada una de las partes de Amazon (cursivas nuestras). <sup>13</sup>

Es decir, este acuerdo vincula, ata, compromete y hace responsable –por lo menos durante el tiempo de su vigencia– al usuario del programa KDP que pretende publicar una obra escrita y cada una de las partes de Amazon. Por partes de Amazon ha de entenderse, a los efectos del acuerdo, a: Amazon Digital Services LLC, Amazon Media EU S.à.r.l., Amazon Services International, Inc., Amazon Serviços de Varejo do Brasil Ltda., Amazon Mexico Services, Inc., Amazon Australia Services, Inc., Amazon Asia-Pacific Holdings Private Limited, y cualquier otra filial de Amazon que se incorpore como parte del acuerdo. Así mismo, «una filial de Amazon es toda entidad que, directa o indirectamente, controle, sea controlada por o se encuentre bajo el control común de una parte de Amazon».

## **B. Contenido**

El acuerdo estipula los términos y condiciones de la participación en el programa de autopublicación digital KDP, así como de su distri-

---

<sup>12</sup> POSADA TORRES, C. (2015): «Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano (Unfair Contractual Terms in Standard Form Contracts Under Colombian Law)», *Revista de Derecho Privado*, No. 29 [en línea], <<https://ssrn.com/abstract=2718990>> [Consulta: 11/11/2017].

<sup>13</sup> AMAZON (2016): Términos y Condiciones de Uso del Programa Kindle Direct Publishing (KDP), No. 29 [en línea], <<http://amzn.to/2aAWIxs>> [Consulta: 11/11/2017].

bución de contenido digital a través del programa, y el cual se compone de: 1) los términos de uso; 2) la página de precios; 3) todas las normas y directrices para participar en el KDP que se proporcionan en el sitio web de KDP en las direcciones <<http://kdp.amazon.com/>> y <<http://kdp.amazon.co.jp/>>, conocidas como Directrices del Programa; 4) las condiciones de uso del sitio web amazon.com; y 5) la advertencia sobre confidencialidad de amazon.com.

### **C. Consentimiento**

Mención especial merece la prestación del consentimiento de las partes, pues constituye uno de los tres elementos fundamentales para la validez de los contratos, junto con el objeto y la causa lícita.<sup>14</sup>

Los términos y condiciones del programa KDP de Amazon establecen que el usuario acepta el acuerdo y se compromete a someterse a los términos del mismo eligiendo entre: a) hacer clic en «acepto» cuando se le ofrezca esta opción, y b) utilizar el programa o cualquier parte del mismo. Si no acepta los términos, no estará autorizado a utilizar el programa. Si el Editor es una persona jurídica, la persona que acepte el acuerdo en nombre del Editor aseverará y garantizará que está capacitado para formalizarlo en calidad de representante autorizado del Editor y a vincular a este conforme a los términos del acuerdo.

En la forma en que queda expresado en este programa KDP y, en general, en todas las plataformas de puesta a disposición de contenidos en línea, el consentimiento es uno de los elementos constitutivos y fundamentales del contrato, de modo que ese consentimiento ha de ser dado libre y expresamente por quien está llamado a hacerlo, por lo que cualquier circunstancia que incida para que esa expresión no sea voluntaria, lo viciaría de nulidad en el origen.

Las preguntas que surgen inmediatamente son: ¿constituye un verdadero consentimiento aceptar las condiciones de uso de una

---

<sup>14</sup> CALVO BACA, E. (2003): *Código Civil Venezolano: Comentado y concordado*, Caracas: Ediciones Libra, artículo 1141, p. 624.

plataforma de contenidos *online*?, ¿qué efecto tiene el hecho de que tal aceptación se haga apenas con un clic al momento en que nos damos de alta en ellas?, ¿realmente esta nueva forma de prestar consentimiento es la muerte del concepto?

Las respuestas son: sí a la primera; el mismo efecto que tendría si tal consentimiento se prestare de cualquier otra forma, a la segunda; y no lo creemos así, a la tercera. En apoyo a la primera respuesta afirmativa, hay que tener presente que la legislación suele indicar expresamente que serán válidos y producirán obligación y acción en juicio los contratos mercantiles, *cualquiera que sea la forma* y el idioma en que se celebren, por lo tanto, como afirman Alamillo y otros: «el *click-wrap agreement*<sup>15</sup> es totalmente válido, en el momento en que el usuario [autor o editor independiente en este caso], procede a la aceptación de las condiciones de compra o a las cláusulas generales de contratación a las que haya que adherirse».<sup>16</sup> En este mismo sentido, De Miguel Asensio sostiene que, en forma general, es posible manifestar la aceptación no solo mediante el envío de un mensaje de correo electrónico sino también pulsando sobre un icono o tecleando en la pantalla del ordenador, en cuyo caso, sostiene: «debe garantizarse en todo caso que los términos del contrato han sido puestos a disposición de la contraparte de manera clara y sencilla a través de la red, sin excluir la incorporación por referencia de condiciones generales».<sup>17</sup>

Respecto a la naturaleza de la aceptación del contrato por medios electrónicos, Mark A. Lemley, en *Terms of Use*, señala por su parte con

---

<sup>15</sup> Son aquellos contratos que se perfeccionan con solo hacer un clic en cualquier vínculo o casilla, sus términos y condiciones no son negociables y se los ubica dentro de los contratos de adhesión. Cfr. LANDAÉZ OTAZO, L. A. (2009): *El comercio electrónico, nueva tecnología e Internet*, Caracas: Vadell Hermanos Editores, p. 156.

<sup>16</sup> ALAMILLO, I., MALDONADO, S., RAMOS, F. y PUENTE, N. (2002): «La contratación telemática, el comercio electrónico empresa a empresa y el comercio electrónico empresa a consumidor» en ALONSO OLEA, M. (editor) (2002): *Internet: claves legales para la empresa*, primera edición, Madrid: Editorial Civitas, p. 601.

<sup>17</sup> DE MIGUEL ASENSIO, P. (2001): *Derecho privado de Internet*, segunda edición actualizada, Madrid: Civitas, p. 331.

reserva que la contratación electrónica ha experimentado un mar de cambios en la última década. Diez años antes, los tribunales requerían una evidencia afirmativa de acuerdo para formar un contrato. Hoy, por el contrario, sostiene Lemley: «más y más tribunales y comentaristas parecen estar dispuestos a aceptar la idea de que si un determinado negocio escribe un documento y lo llama contrato, los tribunales lo harán valer como un contrato, aun si nadie lo acepta».<sup>18</sup> Cree que el concepto de consentimiento, tal como lo conocemos hasta ahora, se está desintegrando o desapareciendo, y agrega como causa de esa desintegración la confluencia de tres elementos del ámbito digital, el primero de los cuales es la facilidad con la que las contrataciones electrónicas permiten la imposición de formatos *standard* a una larga y anónima masa de usuarios.

Nuestra visión, opuesta a la postura anterior, es que esta manifestación de voluntad afirmativa a través de un clic constituye un consentimiento legítimo en los términos establecidos en el Código Civil. Y ello es así, a nuestro modo de ver, por tres razones: 1) porque contiene los tres elementos fundamentales como acto volitivo, es decir, es libre, deliberado y consciente; 2) porque expresa la voluntad afirmativa de una de las partes (en este caso, el autor o editor) de llevar a cabo el negocio jurídico en los términos y condiciones propuestos unilateralmente por la otra parte, y 3) porque el Código Civil no impone que la manifestación de voluntad deba ser de una manera y no de otra, por lo que consideramos que esta para que sea válida debe ser idónea y no haber sido viciada por error, violencia o dolo. En los contratos electrónicos, esa idoneidad está asociada al hecho de que las partes hayan previsto y aceptado el medio –en este caso electrónico– de comunicarse sus respectivas voluntades para que el contrato se perfeccione y tenga efectos jurídicos.

---

<sup>18</sup> LEMLEY, M. (2006): «Terms of Use» [en línea], *Minnesota Law Review* <[http://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2011/11/Lemley\\_Final.pdf](http://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2011/11/Lemley_Final.pdf)> [Consulta: 11/11/2017].

#### IV. OBJETO DEL CONTRATO DE AUTOPUBLICACIÓN EN PLATAFORMAS DIGITALES

El objeto del contrato entre el autor o editor independiente de la obra que se pretende publicar y la plataforma de autopublicación es precisamente esa actividad de poner a disposición, reproducir, difundir y, en general, comercializar la obra objeto del contrato. En consecuencia, en esa tarea suelen llevarse a cabo una serie de actividades relacionadas con tales modalidades de explotación que demandan, por un lado, una oferta de servicio por parte de la plataforma de autopublicación y, en segundo lugar, otra licencia de la propia plataforma al usuario para que lleve a cabo por sí mismo el proceso de publicación.

##### ***A. Alcance de la autorización otorgada por la plataforma de autopublicación digital al autor o editor independiente***

De las condiciones de servicio<sup>19</sup> de la plataforma de autopublicación KDP se deduce que el usuario, autor o editor independiente en este caso, una vez que se da de alta en el programa, queda autorizado a: 1) usar la plataforma de autopublicación en los términos expresados en sus condiciones de uso; 2) publicar sus libros electrónicos conforme a las especificaciones expresamente establecidas en el programa, y 3) recibir de la plataforma de autopublicación el pago de las cantidades que se derivan de la venta de los libros electrónicos, en el porcentaje seleccionado de acuerdo a la página de precios. Por supuesto, tales prerrogativas solo operan durante el tiempo de vigencia del acuerdo, salvo la extensión de algunas aun después de la terminación del contrato, respecto de libros adquiridos por los usuarios antes de la terminación de la relación.

---

<sup>19</sup> AMAZON (2016): *Términos y Condiciones de Uso del Programa Kindle Direct Publishing (KDP)* [en línea], <<http://amzn.to/2aAWIxs>> [Consulta: 12/11/2017]. En este caso se ha tenido en cuenta la versión en español, del 1 de septiembre de 2016.

## ***B. Alcance de la licencia otorgada por el autor o editor independiente a la plataforma de autopublicación digital***

En el contrato de adhesión, constituido por los términos y condiciones de uso del programa KDP, que acepta el autor o editor independiente, este otorga a cada una de las partes de Amazon antes señaladas, el derecho y la autorización irrevocable y no exclusiva para poner a disposición y reproducir los libros electrónicos, directamente o a través de terceros, en todos los formatos digitales y por todos los medios de distribución digital disponibles.

En dichos términos y condiciones de uso se establece que el autor o editor independiente cede el derecho no exclusivo de distribución digital, y que lo hace de forma irrevocable. A nuestro modo de ver, dichas disposiciones son confusas y contradictorias y no se corresponden con la naturaleza del negocio jurídico celebrado entre el autor o editor independiente y la plataforma digital de autopublicación. Y ello es así porque lo que media entre las partes es una autorización –y no una cesión, que implica transferencia de derechos y sustitución de titularidad– para llevar a cabo la puesta a disposición digital a través de la propia plataforma o de terceros, la cual tiene carácter no exclusivo, salvo los casos de servicios opcionales que sí pueden serlo. Esta misma circunstancia de la no exclusividad denota la voluntad de las partes de celebrar el negocio al amparo de una licencia de puesta a disposición, y no una cesión de derechos sobre esta modalidad de explotación en el ámbito digital.

La otra razón que nos permite hacer la anterior aseveración respecto de la confusión y contradicción de las disposiciones del citado contrato de adhesión es el hecho de que en él se señala que es irrevocable. Sin embargo, tal afirmación tiene sus matices. En efecto, en la cláusula 5.1.4 del acuerdo se establece que el autor o editor independiente podrá retirar sus libros electrónicos de la venta a través del programa *en cualquier momento* previa notificación con cinco días de antelación siguiendo los procedimientos del programa vigentes en ese momento para la retirada o anulación de la publicación de libros electrónicos.

No obstante, queda a salvo en el anterior supuesto el derecho de Amazon o cualquiera de sus partes de satisfacer los pedidos de clientes que se hayan formalizado hasta la fecha en que los libros electrónicos estén disponibles para la venta, pues la retirada se aplicará únicamente de manera prospectiva y no con respecto a los clientes que hayan comprado los libros electrónicos antes de la fecha de su retirada.

### **1. Actividades comprendidas en la licencia de puesta a disposición de las obras objeto del contrato**

Aunque en el contrato las actividades están clasificadas en seis numerales, podríamos agruparlas dada su naturaleza jurídica: 1) actividades de reproducción, 2) actividades de distribución, 3) actividades de intervención del contenido con fines de comercialización.

En el primer caso, están comprendidos la reproducción y el almacenamiento de los libros electrónicos con el propósito de llevar a cabo el objeto del contrato. Cabe destacar que el almacenamiento digital en un soporte electrónico de una obra protegida –en los términos expresados en el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (wct)– constituye una reproducción en el sentido del artículo 9 del Convenio de Berna,<sup>20</sup> pero además de eso lo es en la medida en que dicho almacenamiento «permite realizar una comunicación indirecta al público o una reproducción (creación de una fijación) a partir de la obra en cuestión [...] por lo tanto sería contrario al Convenio de Berna y por ello al Acuerdo sobre los ADPIC, no considerar dicho almacenamiento como una reproducción».<sup>21</sup> Dentro de estas actividades de reproducción previstas en el acuerdo, están comprendidos la descarga y el almacenamiento por parte del usuario final de los libros electrónicos adquiridos en Amazon o cualquiera de sus partes.

---

<sup>20</sup> Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (wct) (1996). Declaración Concertada respecto del artículo 1.4.

<sup>21</sup> FICSOR, M. (2003): *Guía sobre los tratados de derecho de autor y derechos conexos administrados por la OMPI*. OMPI: Ginebra, p. 199.



En el segundo caso se comprenden actividades de distribución, entendida como la puesta a disposición del público del original o ejemplares de una obra u objeto de derechos conexos mediante la venta u otra transferencia de la titularidad, y las cuales pueden deducirse de forma implícita como corolario inseparable del derecho de reproducción previsto en el artículo 9 del Convenio de Berna.<sup>22</sup> En el acuerdo, más que al derecho de distribución (que hace alusión a la venta u otra transferencia de la propiedad sobre soportes tangibles), se refiere a la puesta a disposición así: «vender y poner digitalmente por cualquier otro medio a disposición de los clientes la totalidad o parte de los libros electrónicos a través de las propiedades de Amazon para que dichos clientes y posibles clientes los descarguen, tengan acceso a ellos, los copien y peguen, los impriman, les añadan notas y/o los vean en línea o fuera de línea» (cláusula 5.5). Cabe destacar que en los supuestos de venta u otra transferencia de la propiedad de ejemplares físicos, generados a propósito de un servicio de impresión por demanda (POD) a través de la PDA, estaríamos en presencia de un acto de distribución, a tenor de lo establecido en el Tratado de la OMPÍ sobre Derecho de Autor, en su artículo 6.1 y en la Declaración Concertada respecto de los artículos 6 y 7.

El tercer grupo abarca las actividades que, conforme a la licencia del autor o editor independiente, Amazon o cualquiera de sus partes puede llevar a cabo para hacer la intervención o modificación de la información cargada al programa KDP. En el acuerdo están consagradas de manera general en los siguientes términos:

(e) utilizar, reproducir, adaptar, modificar y distribuir, como consideremos apropiado y a nuestra entera discreción, cualesquiera metadatos que nos proporcione en relación con los Libros Electrónicos; y (f) transmitir, reproducir y utilizar de cualquier otro modo (o provocar el formateo, transmisión, reproducción y/u otro uso) de los Libros Electrónicos como meros procesos técnicos para el fin limitado de hacer técnicamente posible todo lo que antecede (por ejemplo, el almacenamiento en caché para permitir la visualización).

---

<sup>22</sup> FICSOR, M. *Ibidem*, p. 290.

Lo relevante en este sentido es saber si tales actividades desplegadas en el marco del programa KDP son *meros procesos técnicos* o, por el contrario, son verdaderas intervenciones que podrían dar lugar a violaciones al derecho moral de integridad o que eviten que Amazon pueda sustraerse de la responsabilidad por el uso de contenidos ilícitos, amparándose en una exención o límite a la responsabilidad en razón de la naturaleza de su actividad.

### ***C. Especial referencia al agotamiento del derecho de distribución, ¿procede en el ámbito digital?***

El agotamiento es un límite al derecho exclusivo de distribución que corresponde a los autores respecto de sus obras, y a los artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas en relación con sus prestaciones y producciones. A las modalidades de limitaciones y excepciones tradicionales previstas en el Convenio de Berna, el Acuerdo Sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, ADPIC, la Convención de Roma, los Tratados Internet de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, WCT y WPPT, y la Directiva de la Sociedad de la Información, se suma la figura del agotamiento, que tiene una connotación económica, pues va asociado a la facultad exclusiva de los titulares de derechos de poner sus obras o prestaciones a disposición del mercado, a cambio de una remuneración pactada por venta u otra forma de transferencia de la propiedad del soporte que las contiene.

El agotamiento, como límite al derecho de autor y derechos conexos, se distingue de otros límites –temporales o materiales– como el dominio público o las limitaciones y excepciones<sup>23</sup> ordinarias en el sistema jurídico del derecho de autor y derechos conexos. El agotamiento,

---

<sup>23</sup> Ríos, Y. (s.f.). «El agotamiento del derecho de autor y los derechos conexos (contenido, alcance y aplicación a las transmisiones en línea)», *Centro Colombiano del Derecho de Autor (CECOLDA)* [en línea], <[http://www.cecolda.org.co/images/columnista/El\\_agotamiento\\_del\\_Derecho\\_de\\_Autor\\_y\\_los\\_Derechos\\_Conexos.pdf](http://www.cecolda.org.co/images/columnista/El_agotamiento_del_Derecho_de_Autor_y_los_Derechos_Conexos.pdf)> [Consulta: 14/11/2017].

porque tiene que ver más bien con un tiempo a partir del cual –la vida del autor más un plazo *post mortem*– las obras pueden ser usadas por terceros sin licencia ni pago previos, pero sí respetando los derechos morales de sus autores. Y las limitaciones y excepciones ordinarias, porque deben estar expresamente consagradas por la ley.

En cambio, el agotamiento es una circunstancia económica que surge y acaba con el acto de disposición del ejemplar a través de la primera venta, es decir, abarca solo el derecho de distribución, no como el caso del dominio público, por ejemplo, que comprende todos los derechos patrimoniales. Al materializarse la primera venta, se entiende que el titular del derecho ha recuperado dentro de su mercado natural los beneficios derivados de la comercialización del soporte que contiene su obra, dejando entonces en manos del adquirente legítimo del soporte los ulteriores negocios de transferencia de la propiedad a partir de la primera venta. De esa forma, se agota la capacidad de ejercicio del derecho económico por parte del titular, pero al mismo tiempo renace en cabeza del adquirente legítimo, quien puede poner en circulación la obra en una cadena sucesiva de transferencias de la propiedad en el mercado de segunda mano.

Ahora bien, el debate sobre este asunto en el ámbito digital es que el agotamiento del derecho de distribución respecto a las obras literarias y artísticas está expresado en el wct de la siguiente manera:

Art. 6 (2): Nada en el presente Tratado afectará la facultad de las partes contratantes de determinar las condiciones, si las hubiera, en las que se aplicará el agotamiento del derecho del párrafo 1) después de la primera venta u otra transferencia de la propiedad *del original o de un ejemplar de la obra* con autorización del autor (cursivas nuestras).

Es decir, opera el agotamiento del derecho de distribución al producirse la primera venta u otra transferencia de la propiedad del original o de un ejemplar de la obra, pero en relación a copias que se ponen en circulación como objetos tangibles. Esto está clara y expresamente establecido en la Declaración Concertada respecto de los artículos 6 y 7 del mismo tratado, que reza:

Tal como se utilizan en estos artículos, las expresiones copias y originales y copias sujetas al derecho de distribución y al derecho de alquiler en virtud de dichos artículos, *se refieren exclusivamente a las copias fijadas que se pueden poner en circulación como objetos tangibles* (cursivas nuestras).

Entonces, si el agotamiento del derecho de distribución se aplica en el caso de copias tangibles, la pregunta es: ¿quiere decir entonces que en la distribución digital a través de plataformas digitales, al no existir copias tangibles cuya propiedad se transfiere, sino más bien contenidos puestos a disposición previa transformación a un sistema de dígitos para su tratamiento informático, no procede el agotamiento del derecho de distribución?

Sin perjuicio de algunos criterios contrarios a la jurisprudencia,<sup>24</sup> la respuesta es: no procede. Y ello es así si tomamos en consideración las siguientes disposiciones:

- el artículo 6 del ADPIC;
- los artículos 6(1) y 6(2) del WCT y su Declaración Concertada respecto de los artículos 6 y 7;
- los artículos 8.2) y 12.2) del WPPT y su Declaración Concertada de los artículos 2.e), 8, 9, 12 y 13;
- el artículo 4 apartado 2 de la Directiva 2001/29/UE relativa al derecho de autor y derechos afines al derecho de autor en la sociedad de la información;
- el artículo 4 apartado 2 de la Directiva 2009/24/CE relativa a la protección de programas de ordenador; y
- los artículos 106(3) y 109(a) de la Copyright Act de los Estados Unidos, de 1976.

---

<sup>24</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de fecha 3 de julio de 2012, *UsedSoft v. Oracle*, C128/11, EU:C:2012:407 [en línea], <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=124564&doclang=ES>> [Consulta: 12/11/2017]. Esta sentencia es un gran precedente de agotamiento en el ámbito digital en la Unión Europea, a propósito de un caso que hace referencia al licenciamiento de software.

En todas estas disposiciones se hace alusión a objetos tangibles o copias físicas, no digitales. Con lo cual, la transferencia de la propiedad sobre contenidos digitales tipo libro electrónico no confiere al comprador o usuario final respecto de tales copias digitales adquiridas lícitamente en plataformas de publicación digital el derecho de revenderlas en un mercado de segunda mano, pues al no agotarse este derecho de distribución, permanece en cabeza del autor o cualquier titular derivado que detente los derechos bien por disposición contractual entre vivos, por causa de muerte o por disposición de la ley.

## **V. LA RESPONSABILIDAD DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES DE AUTOPUBLICACIÓN POR EL USO ILÍCITO DE CONTENIDOS PROTEGIDOS POR DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS**

Autopublicar en las plataformas digitales puede dar origen a una serie de situaciones en las que estas pueden ser declaradas responsables a propósito de los contenidos generados por sus usuarios. En el contexto de este trabajo, solo nos referiremos a los contenidos protegidos por derecho de autor y derechos conexos y, en particular, a las obras literarias.

### ***A. Las plataformas digitales de autopublicación como servicios de la sociedad de la información***

Jurídicamente, las plataformas digitales de autopublicación (PDA) constituyen un servicio de la sociedad de la información, en los términos establecidos en la Directiva 98/48/CE (D-98/48) del 20 de julio de 1998 que modifica la Directiva 98/34/CE (D-98/34) por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y en la Directiva 2000/31/CE (D-2000/31) del 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico.

En efecto, la D-98/48/CE define en el artículo 1 apartado 2 los servicios de la sociedad de la información en los siguientes términos:

2) «servicio»: todo servicio de la sociedad de la información, es decir, todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios.

Entendiéndose que «a distancia» significa un servicio prestado sin que las partes estén presentes simultáneamente; «por vía electrónica», enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético; y «a petición individual de un destinatario de servicios», que es prestado mediante transmisión de datos a petición individual.

En cuanto a los servicios que pudieran estar comprendidos en la definición, la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico establece en el considerando 18 lo siguiente:

Los servicios de la sociedad de la información cubren una amplia variedad de actividades económicas que se desarrollan en línea; [...] Los servicios de la sociedad de la información no se limitan únicamente a servicios que dan lugar a la contratación en línea, sino que también, en la medida en que representan una actividad económica, son extensivos a servicios no remunerados por sus destinatarios, como aquéllos que consisten en ofrecer información en línea o comunicaciones comerciales, o los que ofrecen instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos. Los servicios de la sociedad de la información cubren también servicios consistentes en facilitar un acceso a una red de comunicación.

Este criterio quedó establecido, además, entre otras, en la sentencia *Tobias Mc Fadden v Sony Music Entertainment*<sup>25</sup> del Tribunal de Justicia

---

<sup>25</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera), de fecha 15 de septiembre de 2016, *Tobias Mc Fadden v. Sony Music Entertainment*, C484/14, EU:C:2016:689 [en línea], <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?dir=>

de la Unión Europea, (Sala Tercera), de fecha 15 de septiembre de 2016, en los siguientes términos:

A este respecto, resulta, por una parte, de los considerandos 2 y 19 de la Directiva 98/48, que debe entenderse que el concepto de «servicio» utilizado en la Directiva 98/34 tiene el mismo sentido que el que figura en el artículo 57 del TFUE. Pues bien, en virtud de dicho artículo 57, se consideran «servicios», en particular, las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración.

De manera que las PDA, al cumplir los cuatro criterios anteriores de prestar el servicio: a distancia, a solicitud individual de un destinatario del servicio, por vía electrónica y a cambio de una remuneración, es un servicio de la sociedad de la información, con las implicaciones jurídicas que ello conlleva. En este sentido, abordaremos el asunto de la responsabilidad –y, por ende, los supuestos de exención de la responsabilidad– en la prestación del servicio de autopublicación.

### ***B. Los supuestos por uso ilícito de contenidos que pudieran dar lugar a la responsabilidad a propósito de la autopublicación***

En este apartado destacaremos las conductas desplegadas a lo largo del proceso de producción editorial y en virtud de las cuales pudiera acarrear algún tipo de responsabilidad para el autor o editor independiente y para la PDA, según los casos, a propósito de los contenidos del libro electrónico.

En el ámbito tradicional, el proceso de producción editorial abarca, por lo menos, las siguientes fases o procesos: edición, corrección de estilo, diseño editorial, diagramación y montaje, publicación, distribución, y promoción. En cambio, en la producción editorial alternativa los procesos responden al ciclo: escritura, publicación, promoción, edición,

---

&docid=183363&doclang=ES&mode=req&occ=first&pageIndex=0&part=1&text=> [Consulta: 15/11/2017].

corrección, diseño, (re)publicación, distribución y promoción.<sup>26</sup> En este último caso, los procesos de producción se repiten, pero algunos se solapan y pueden ser considerados de una forma distinta a la habitual. En la autopublicación, salvo los procesos de publicación y distribución, que asume la plataforma digital, todos los demás quedan a cargo del autor o editor independiente que se suscribe a estos programas.

Ahora bien, puede ocurrir, y de hecho ocurre, que en cualquiera de estos eslabones de la cadena de producción editorial, incluso en el entorno digital, se incurra por acción u omisión en violaciones al derecho de autor o derechos conexos a propósito del uso de obras y prestaciones. Ello podría ocurrir principalmente, pero no exclusivamente, en los siguientes casos:

- a) *Uso de textos, imágenes u otro contenido ajeno protegido como parte del contenido del libro electrónico.* Este uso puede ser total o parcial, y dependiendo de la naturaleza del uso, podría constituir una puesta a disposición, reproducción o distribución ilícitas si no cuenta con la autorización correspondiente. Ello se evita solicitando las licencias de uso correspondientes, bien directamente al autor de las obras, bien a cualquier otro titular de los derechos económicos sobre ellas. A menos, por supuesto, que tal utilización se haga en el marco de un límite<sup>27</sup> al derecho de autor o derechos conexos.
- b) *Traducción total o parcial de una obra preexistente objeto de la autopublicación.* La traducción es un acto de transformación de una

---

<sup>26</sup> CAMACHO, M. (2017): «Plataformas digitales y tendencias editoriales», charla dictada el 17 de noviembre de 2017 en la Biblioteca Eugenio Montejó, Los Palos Grandes, Caracas (Venezuela).

<sup>27</sup> Supuestos especiales, establecidos por la ley, en que el monopolio de explotación económico discrecional sobre las obras, respecto de algunas operaciones, queda fuera del alcance del autor. Cfr. DELGADO PORRAS, A. (1998): *Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual*. Madrid: Civitas, p. 40. Tales supuestos deben responder a la prueba del criterio triple o *prueba de los tres pasos*, según la cual, una excepción o límite solo se circunscribirá: a) a ciertos casos especiales, b) no deberá atentar contra la explotación normal de la obra u objeto de los derechos conexos, y c) no deberá causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de los titulares de los derechos.



obra preexistente, y en el supuesto de que se lleve a cabo con la autorización del autor o titular de los derechos de explotación sobre la obra original, será entonces una obra nueva derivada. Caso contrario, será ilícita y en el supuesto de autopublicación dará lugar a responsabilidad civil o penal por hecho propio o ajeno, según los casos.

- c) *Publicación y puesta a disposición del público de obras.* De acuerdo al artículo 8 del WCT, se amplía el concepto de comunicación pública del Convenio de Berna a todas las categorías de obras y engloba también las transmisiones mediante sistemas interactivos, comprendida la puesta a disposición de obras, de tal manera que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.<sup>28</sup> Los actos cubiertos por el concepto publicación están relacionados con la copia, mientras que la puesta a disposición abarca a estos y a los que no están relacionados con la copia. Este artículo 8 del WCT (y 10 y 14 del WPPT en el caso de los titulares de derechos conexos) otorga al autor el derecho exclusivo de permitir a los miembros del público acceder a obras literarias y artísticas desde el lugar y el tiempo que cada quien elija. En este sentido, «el texto podría ser leído para referirse al lugar en red, por ejemplo, un web site que el usuario contacte para obtener acceso a la obra».<sup>29</sup> De modo que sería ilícito llevar a cabo un acto de puesta a disposición sin la autorización de los titulares de derechos correspondientes.
- d) *Almacenamiento de obras en plataformas de publicación digital.* Como sostiene Ficsor, la reproducción consiste en una fijación de una obra u objeto de derechos conexos suficientemente establecida como para que pueda ser percibida, reproducida y comunicada. «El almacenamiento de obras en una memoria electrónica (de

---

<sup>28</sup> FICSOR, M. *Ibidem*, p. 214. Puede ahondarse también acerca del alcance del concepto *puesta a disposición del público*, al Cfr. RICKETSON, S & GINSBURG, J. (2005): *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*. New York: Oxford University Press, volumen I, pp. 746 y 747.

<sup>29</sup> RICKETSON, S & GINSBURG, J. (2005). *Ob. Cit.*, p. 748.

computadoras) también constituye reproducción, ya que responde plenamente a este concepto».<sup>30</sup> Tal disposición quedó expresamente establecida en la Declaración Concertada respecto del artículo 1.4) del wct, en los siguientes términos: «[...] Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del artículo 9 del Convenio de Berna», y, por lo tanto, un derecho exclusivo del autor de la obra objeto del almacenamiento.

- e) *La distribución del original o copias de la obra.* Como nos enseña Lipszyc, el derecho de reproducción «lleva implícita facultad exclusiva de decidir si los ejemplares a los cuales se ha incorporado la obra (o su original) serán puestos a disposición del público [...] a qué título –si por venta o por alquiler o por cualquier otro– qué áreas geográficas y durante qué plazo».<sup>31</sup> El derecho de distribución está consagrado en el artículo 6.1 del wct<sup>32</sup> limitado a los actos de circulación de la sola propiedad del soporte y coexiste con un derecho autónomo de alquiler, previsto en el artículo 7 *ejusdem*. Establece el referido artículo 6.1 lo siguiente:

Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de sus obras mediante venta u otra transferencia de la propiedad.

<sup>30</sup> FICSOR, M. *Ibidem*, p. 320.

<sup>31</sup> LIPSYC, D. (2004): *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: UNESCO/CERLALC/ ZAVALIA, pp. 127 y 128.

<sup>32</sup> Y en los art. 8.1) y 12.1) del WPPT. En el ámbito tradicional, el derecho de distribución aparece consagrado en los artículos 14.1 y 14bis.2.b) del Convenio de Berna, en relación con las obras cinematográficas. Si embargo, como nos enseña Lipszyc, el derecho de distribución, como colorario inseparable del derecho de reproducción expresamente reconocido en el artículo 9.1 del Convenio de Berna, se considera que está implícito en éste. Cfr. LIPSYC, D. (2004): *Nuevos Temas [...] Ob.Cit.*, p. 130.

De la anterior disposición se infiere que cuando hablamos de la distribución como facultad exclusiva del autor, nos referimos a la puesta a disposición del público del original o ejemplares de la obra, pero solo en relación con la venta, pues es el negocio jurídico en que opera la transferencia de la propiedad, por oposición a otras donde solo ocurre la posesión, como son los casos del alquiler o préstamo.

Los otros dos aspectos a considerar son el de la naturaleza del soporte objeto de la distribución y el agotamiento del derecho. En este sentido, señala la Declaración Concertada respecto de los artículos 6 y 7 que tal como se utiliza en ambos artículos las expresiones copias y originales y copias, sujetas al derecho de distribución y al derecho de alquiler en virtud de dichos artículos, se refieren exclusivamente a las copias fijadas que se pueden poner en circulación como objetos tangibles. Es decir, la Declaración Concertada limita el objeto del derecho de distribución a copias físicas, «con lo cual se excluye la transmisión digital del ámbito del derecho de distribución, pero eso no significa que los Estados miembros del wct no puedan clasificar la transmisión digital como una forma de distribución, sino solamente que el wct no requiere que lo hagan».<sup>33</sup>

Finalmente, las consideraciones respecto del agotamiento referido en el artículo 6, 2 ya fueron formuladas anteriormente y, por lo tanto, se dan acá por reproducidas.

### ***C. La responsabilidad en los términos y condiciones de uso de las plataformas digitales de autopublicación***

Como se indicó anteriormente, las plataformas digitales de autopublicación (PDA) de obras escritas son un servicio de la sociedad de la información. Por lo tanto, dependiendo de las actividades que desplieguen en el ejercicio del objeto de su modelo de negocio en línea (en este caso publicación y comercialización a través de la puesta a

---

<sup>33</sup> RICKETSON, S & GINSBURG, J. (2005): *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*. New York: Oxford University Press, volumen I, p. 697.

disposición de los contenidos cargados por sus usuarios), y de que ellas se lleven a cabo con la autorización expresa de los titulares de derechos sobre tales obras u objeto de derechos conexos, podrían beneficiarse o no de las exenciones de responsabilidad previstas en determinados supuestos para tales servicios.

Algunas de las actividades que se llevan a cabo en la red son más relevantes que otras en el contexto de esta investigación. Por ejemplo, como sostiene Lipszyc, y en el marco del artículo 512 de la Digital Millennium Copyright Act, cuatro son las actividades que habitualmente se prestan en la red y en virtud de las cuales los proveedores de servicios en línea quedan exentos de la obligación de reparar los daños ocasionados como consecuencia de las infracciones al *copyright*. Son ellas:

(a) la mera transmisión de contenidos, (b) el almacenamiento temporal en *caching*, (c) el alojamiento de datos o *hosting* de sitios o páginas web de terceros, (d) el uso de herramientas para localizar información (motores de búsqueda) incluyendo directorios, referencias, *pointers* y enlaces de hipertexto por medio de los cuales se dirige a los usuarios a contenidos en infracción. En relación con cada una de estas actividades, las respectivas disposiciones establecen las condiciones que deben cumplir los prestadores de servicios en línea para poder sustraerse a la obligación de reparar los daños ocasionados como consecuencia de las infracciones al *copyright* realizadas por sus usuarios.<sup>34</sup>

La Directiva 2000/31/CE relativa a los aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre Comercio

---

<sup>34</sup> LIPSZYC, D. (2005): «Responsabilidad de los proveedores de servicios en línea por infracciones del derecho de autor y derechos conexos en el entorno digital: análisis de la jurisprudencia internacional», Documento preparado para el XI curso académico regional OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina: «El derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital», Asunción. Paraguay, OMPI [en línea], <[http://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi\\_sgae\\_da\\_asu\\_05/ompi\\_sgae\\_da\\_asu\\_05\\_7.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi_sgae_da_asu_05/ompi_sgae_da_asu_05_7.pdf)> [Consulta: 18/11/2017].

Electrónico), también tiene tres supuestos relativos a: a) mera transmisión (art. 12), b) memoria tampón (art. 13), y c) alojamiento de datos (art. 14).

En el caso del *alojamiento de datos*, que es uno de los supuestos que guardan mayor relación con las plataformas digitales de autopublicación, estas se beneficiarán de la limitación de responsabilidad si actúan con prontitud para retirar los datos de que se trate o impedir el acceso a ellos en cuanto tenga conocimiento efectivo de actividades ilícitas (considerando 46 y artículo 14).

Por su parte, los términos y condiciones de las PDA, en este caso del programa Kindle Direct Publishing (KDP, que hemos tomado como material para desarrollar este trabajo), traen una cláusula de la exención de la responsabilidad de la plataforma, en los siguientes términos:

[...] El editor reconoce que está de acuerdo en que Amazon no puede garantizar que los libros electrónicos enviados por, o en nombre de, el editor estén protegidos frente al robo o el uso fraudulento, o que los clientes cumplan las normas de uso de contenidos que Amazon pueda hacer aplicables en relación con el uso de libros electrónicos, y que Amazon no tendrá ninguna responsabilidad derivada del fallo de alguno de los procedimientos o sistemas de seguridad o del incumplimiento por parte de un cliente de cualquiera de las normas de uso.

## VI. VIGENCIA Y TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE AUTOPUBLICACIÓN DIGITAL

El acuerdo para usar el programa KDP entra en vigor en el momento en que el usuario lo acepta al darse de alta en la plataforma y permanecerá vigente hasta que las partes (el usuario o Amazon) lo den por terminado.

Amazon se reserva el derecho de dar por terminado el acuerdo y a dar de baja la cuenta del usuario del programa KDP en cualquier momento. En ese caso, se lee en los términos y condiciones de uso: «le avisaremos en un plazo de 5 días laborables tras su resolución».

El usuario también tiene derecho a dar por terminado unilateralmente el acuerdo en cualquier momento, en cuyo caso ha de enviar la correspondiente notificación y en ese supuesto la plataforma dejará de vender sus libros electrónicos en un plazo de 5 días contados desde la fecha en que se haya hecho la notificación.

Otro asunto que guarda relación con la suspensión de la cuenta o terminación del contrato es la posibilidad de que la plataforma pueda seguir atendiendo pedidos o demandas de libros electrónicos por parte de los usuarios, aun después de terminado el contrato. Ello será posible solo si se trata de nuevos requerimientos de usuarios que hayan adquirido el libro electrónico con antelación a la terminación del contrato, o que requieran algún tipo de soporte en relación con ellos.

Finalmente, y no obstante la terminación del contrato, los términos y condiciones de uso señalan expresamente que seguirán vigentes, entre otras, las estipulaciones del acuerdo relativas a regalías y pagos, y concesión de licencias a la plataforma respecto de los libros que hayan sido autopublicados antes de la terminación del contrato y cualesquiera otras disposiciones que, por su naturaleza, estén pensadas para mantener su vigencia más allá de la terminación.

## VII. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Es un hecho que el acceso y los hábitos de lectura de obras escritas han evolucionado hacia modelos que hoy son posibles gracias al desarrollo de Internet como herramienta de comunicación. Se ha evolucionado desde un sistema tradicional en que las obras escritas se ponen a disposición a través de un flujo habitual de distribución, compuesto por procesos de edición, corrección, diseño editorial, diagramación y montaje, publicación, distribución y promoción, a un modelo alternativo y más dinámico en el que la escritura y la publicación anteceden en el flujo al resto de los procesos.

De esta forma, los autores y editores, sobre todo los de menores facilidades para acceder al circuito tradicional, han conseguido en las plataformas de autopublicación una respuesta útil y necesaria a su pre-

tensión de poner a disposición las obras. Los usuarios, que son a su vez productores y consumidores –prosumidores–, también se han integrado cada vez más en esta dinámica de autopublicación. Solo falta preguntarse si esas facilidades brindadas por la tecnología han traído consigo –más allá de la puesta a disposición y acceso a las obras escritas– mayores beneficios económicos a todos los sectores (autores, editores independientes, plataformas digitales y usuarios) cuyos intereses guardan relación con la autopublicación. Ello viene a colación a propósito de que lo ideal en un sistema que se ha convertido en una real alternativa en el mercado de la publicación de obras escritas es que cree un verdadero equilibrio en los beneficios que brinda.

## TEXTOS LEGALES

Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del 24 de junio de 1971.

Tratado de la OMPÍ sobre Derecho de Autor (wct) del 20 de diciembre de 1996.

Tratado de la OMPÍ sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) del 20 de diciembre de 1996.

Ley sobre el Derecho de Autor venezolana, Gaceta Oficial No. 4.638, extraordinario del 1 de octubre de 1993.

Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, que contiene el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Lima, Perú, de fecha 17 de diciembre de 1993.

## JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de fecha 3 de julio de 2012, *UsedSoft v. Oracle*, C128/11, EU:C:2012:407 [en línea], <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=124564&doclang=ES>> [Consulta: 12/11/2017].

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera), de fecha 15 de septiembre de 2016, *Tobias Mc Fadden v. Sony Music Entertainment*, C484/14, EU:C:2016:689 [en línea], <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?dir=&docid=183363&doclang=ES&mode=req&occ=first&pageIndex=0&part=1&text=>>> [Consulta: 15/11/2017].

## BIBLIOGRAFÍA

- ALAMILLO, I., MALDONADO, S., RAMOS, F. y PUENTE, N. (2002): «La contratación telemática, el comercio electrónico empresa a empresa y el comercio electrónico empresa a consumidor» en ALONSO OLEA, M. (editor) (2002): *Internet: Claves legales para la empresa*, primera edición, Madrid: Editorial Civitas.
- AMAZON (2016): Términos y Condiciones de Uso del Programa Kindle Direct Publishing (KDP) [en línea], <<http://amzn.to/2aAWIxs>> [Consulta: 11/11/2017].
- CALVO BACA, E. (2003): *Código Civil Venezolano: Comentado y concordado*, Caracas: Ediciones Libra.
- CAMACHO, M. (2017): «Plataformas digitales y tendencias editoriales», charla dictada el 17 de noviembre de 2017 en la Biblioteca Eugenio Montejó, Los Palos Grandes, Caracas, Venezuela.
- CERLALC (2013): *El Derecho de Autor y los contratos de los contenidos editoriales en el entorno digital* [en línea], <<http://cpl.org.pe/wp-content/uploads/2011/11/El-derecho-de-autor-y-los-contratos-de-los-contenidos-editoriales-en-el-entorno-digital-2.pdf>> [Consulta: 10/11/2017].
- DE MIGUEL ASENSIO, P. (2001): *Derecho privado de Internet*, segunda edición actualizada, Madrid: Civitas.
- DELGADO PORRAS, A. (1998): *Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual*. Madrid: Civitas.
- EGUARAS, M. (2013): *La autoedición no existe* [en línea], <<https://marianaeguaras.com/la-autoedicion-no-existe/>> [Consulta: 10/11/2017].
- (2014): *La autopublicación a debate en el ciclo breakfast club* [en línea], <<https://marianaeguaras.com/la-autopublicacion-a-debate-en-el-ciclo-breakfast-club/>> [Consulta: 11/11/2017].
- FICSOR, M. (2003): *Guía sobre los Tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos administrados por la OMPI*. Ginebra: OMPI.
- (2003): *Guía sobre los Tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos administrados por la OMPI*. OMPI: Ginebra.
- INTERNET WORLD STATS (2018): *World Internet Users and Population Stats 2018* [en línea], <<https://www.internetworldstats.com/stats.htm>> [Consulta: 26/07/2018].
- LACRUZ MANTECÓN, M. (s/f): *Las obligaciones del editor en el contrato de edición literaria*. Madrid: AISGE/REUS.
- LANDAÉZ OTAZO, L. A. (2009): *El comercio electrónico, nueva tecnología e Internet*, Caracas: Vadell Hermanos Editores.



- LEMLEY, M. (2006): «Terms of Use» [en línea], *Minnesota Law Review*, <[http://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2011/11/Lemley\\_Final.pdf](http://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2011/11/Lemley_Final.pdf)> [Consulta: 11/11/2017].
- LIPSZYC, D. (1993): *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALIA.
- (2004): *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: UNESCO/CERLALC/ ZAVALIA.
- (2005): «Responsabilidad de los proveedores de servicios en línea por infracciones del derecho de autor y derechos conexos en el entorno digital: análisis de la jurisprudencia internacional», en el documento preparado para el XI curso académico regional OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina: «El derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital», Asunción. Paraguay, OMPI [en línea], <[http://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi\\_sgae\\_da\\_asu\\_05/ompi\\_sgae\\_da\\_asu\\_05\\_7.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi_sgae_da_asu_05/ompi_sgae_da_asu_05_7.pdf)> [Consulta: 18/11/2017].
- POSADA TORRES, C. (2015): «Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano (Unfair Contractual Terms in Standard Form Contracts Under Colombian Law)», *Revista de Derecho Privado*, No. 29 [en línea], <<https://ssrn.com/abstract=2718990>> [Consulta: 11/11/2017].
- RAMÍREZ, F. (2009): «Lectura en pantalla y cognición», *Biblumliteraria* [en línea], <<http://biblumliteraria.blogspot.com/2009/04/lectura-en-pantalla-y-cognicion.html>> [Consulta: 10/11/2017].
- RICKETSON, S & GINSBURG, J. (2005): *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*. New York: Oxford University Press, volumen I.
- RÍOS, Y. (s.f.). «El agotamiento del derecho de autor y los derechos conexos (contenido, alcance y aplicación a las transmisiones en línea)», *Centro Colombiano del Derecho de Autor (CECOLDA)* [en línea], <[http://www.cecolda.org.co/images/columnista/El\\_agotamiento\\_del\\_Derecho\\_de\\_Autor\\_y\\_los\\_Derechos\\_Conexos.pdf](http://www.cecolda.org.co/images/columnista/El_agotamiento_del_Derecho_de_Autor_y_los_Derechos_Conexos.pdf)> [Consulta: 14/11/2017].
- SHARPE, L & GUNTHER, I. (2005): *Manual de edición literaria y no literaria*. México: Fondo de Cultura Económica.