

DISTRIBUCIÓN DIGITAL EN LOS DERECHOS DE AUTOR

**ESPECIAL REFERENCIA
A LOS SOFTWARES Y NFT'S**

Antonio Francisco Galacho Abolaño



COMARES

DISTRIBUCIÓN DIGITAL EN LOS DERECHOS DE AUTOR

ANTONIO FRANCISCO GALACHO ABOLAFIO

DISTRIBUCIÓN DIGITAL
EN LOS DERECHOS DE AUTOR
ESPECIAL REFERENCIA A LOS SOFTWARES Y NFT'S

GRANADA, 2025

Trabajo realizado en sede del proyecto de investigación «Propiedad intelectual e industrial: modificaciones legales y nuevas categorías jurídicas para una necesaria adaptación al entorno digital», Ref. JA.B3-03, financiado por la Junta de Andalucía y el II Plan Propio de Investigación, Transferencia y Divulgación Científica de la Universidad de Málaga, cuyo Investigador Principal es el Dr. Antonio Francisco Galacho Abolafio.

Maquetación:

José Antonio Ruiz García

© Antonio Francisco Galacho Abolafio

© Editorial Comares, 2025

Polígono Juncaril

C/ Baza, parcela 208

18220 • Albolote (Granada)

Tlf.: 958 465 382

www.comares.com • E-mail: libreriacomares@comares.com

facebook.com/Comares • twitter.com/comareseditor • instagram.com/editorialcomares

ISBN: 978-84-1369-948-6 • Depósito Legal: Gr. 617/2025

Impresión y encuadernación: COMARES

*Para Matteo, siempre él, nuestro tesoro, nuestro ángel.
Y para toda nuestra familia, mía y de Zahira,
que cada día ofrece el mejor entorno que un hijo, nieto
y sobrino puede desear y soñar para una infancia que,
a buen seguro, recordará como entrañable.*

SUMARIO

PRÓLOGO	XI
INTRODUCCIÓN	1

I

ENTORNO DIGITAL Y DERECHOS DE AUTOR. HACIA LA NUEVA CATEGORÍA JURÍDICA DE DISTRIBUCIÓN DIGITAL

1. PRIMERAS APRECIACIONES SOBRE EL ENTORNO DIGITAL Y SU REPERCUSIÓN EN LOS DERECHOS DE AUTOR	7
1.1. Los conceptos de <i>Corpus mysticum</i> y <i>corpus mechanicum</i> en el ámbito digital	7
1.2. El formato digital para explotar las obras y la necesidad de una regulación diferente al respecto	10
1.2.1. <i>Obra como objeto protegible</i> y <i>obra como objeto de explotación</i>	10
1.2.2. <i>El artículo 17 LPI y su relación con las formas de explotación</i>	12
1.2.3. <i>Derechos de explotación vs. formas de explotación</i>	13
2. LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN DE COMUNICACIÓN PÚBLICA Y DISTRIBUCIÓN EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA Y EUROPEA: TANGIBILIDAD COMO ELEMENTO DELIMITADOR	15
2.1. Tangibilidad, soporte material y digitalización	18
2.2. El artículo 10 LPI y el reconocimiento de la intangibilidad del soporte	19
2.3. El artículo 19 LPI y la exclusión de contenidos digitales del derecho de distribución con base en la tangibilidad del soporte.	20
2.4. El añadido de los términos «soporte tangible» para afrontar el ámbito digital: un error de base	24
2.4.1. <i>La Directiva de derechos de autor en la sociedad de la información y su referencia al soporte tangible</i>	24
2.4.2. <i>Los términos «soporte tangible» y su falta de mención en la regulación del derecho de distribución de la DDASI</i>	25
2.4.3. <i>Subsunción en el derecho de distribución, o bien nueva categoría jurídica</i>	25
2.5. El principio de agotamiento en la DDASI: considerando 29 y el artículo 4	27
2.6. La transposición de la DDSAI en nuestra LPI	28
3. LA DISTRIBUCIÓN DIGITAL COMO NUEVA CATEGORÍA: INTERPRETACIÓN Y REINTERPRETACIÓN DE LA NORMATIVA ACTUAL	30
3.1. Nueva categoría partiendo de la actual regulación.	31
3.2. Artículo 19 LPI y expresa exclusión de actos que indiscutiblemente entran en el ámbito de la comunicación pública	33

3.3. El concepto de «uso» y su necesaria delimitación para determinar la existencia de la distribución digital	34
3.3.1. <i>La importancia del «uso» en la exclusión del artículo 19 LPI de la consulta in situ de una obra como caso de derecho de distribución</i>	35
3.3.2. <i>Una sentencia paradigmática en torno al tipo de uso: streaming vs. descarga de archivo</i>	36
3.3.3. <i>La necesidad de distinguir el «uso» del medio de acceso</i>	37
3.3.4. <i>La contradicción regulatoria que no debería perpetuarse y propuesta en torno a la calificación del acto dependiendo del uso del contenido</i>	39
3.3.5. <i>La concreción de nuestra propuesta en torno al uso y la distribución digital</i>	40
3.4. La primera aceptación del principio de agotamiento a contenidos digitales	41
3.5. Algunas conclusiones sobre este primer capítulo	43

II

JURISPRUDENCIA EUROPEA RELEVANTE REFERIDA
A LOS DERECHOS DE COMUNICACIÓN PÚBLICA Y DISTRIBUCIÓN
EN EL ENTORNO DIGITAL

INTRODUCCIÓN	45
1. EL DERECHO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA: EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL Y COMPLICACIONES CON LA LLEGADA DE INTERNET	47
1.1. El concepto de comunicación pública antes de la llegada de internet	48
1.2. Internet y su difícil encaje con el concepto de público nuevo	49
1.2.1. <i>Caso Svensson: difícil coherencia con el caso San Rafael Hoteles</i>	49
1.2.2. <i>El caso Renckhoff</i>	53
1.2.3. <i>Nuevo criterio: no todo el público de internet es el mismo público</i>	55
1.2.4. <i>Necesaria reinterpretación del uso de enlaces</i>	56
1.2.5. <i>El efectivo control del autor sobre su obra se impone incluso como elemento exógeno y las medidas restrictivas para determinar el público «target» de la comunicación</i>	58
2. EL CASO <i>USEDSoft</i>	62
2.1. La distribución digital y el negocio jurídico de compraventa	63
2.2. El programa de ordenador y su explotación a través de descarga: verdadera especialidad que justifica una diferenciada regulación	63
3. EL PRINCIPIO DE «UNA COPIA UN USUARIO»: OTRO CASO DE SUPUESTOS IGUALES CON EFECTOS DIFERENTES CON FUNDAMENTO DE LA REGULACIÓN ACTUAL	66
4. EL DESEQUILIBRIO DE INTERESES EN CONTRA DEL CONSUMIDOR POR EL INACEPTABLE MERCADO DE SEGUNDA MANO DE CONTENIDOS DIGITALES	68
4.1. Los programas de ordenador y libros electrónicos: una vez más la imposible equiparación.	68
4.2. Un único mercado posible para el consumidor	70

III

PROGRAMAS DE ORDENADOR
Y PRIMERA REIVINDICACIÓN DEL DERECHO DE DISTRIBUCIÓN EN EL ÁMBITO DIGITAL

1. EL SOFTWARE, UN TIPO DE OBRA NO TAN ESPECIAL A DÍA DE HOY	73
2. RASGOS DIFERENCIADORES DEL <i>SOFTWARE</i> : LICENCIAS DE USO Y SU COMPLEJA RELACIÓN CON EL RESTO DE DERECHOS DE EXPLOTACIÓN	76
2.1. Licencias de uso como figura contractual	78
2.2. Licencia ¿medio para evitar la aplicación del principio de agotamiento?	79
2.3. Breve mención a la relación entre derecho de reproducción y uso	80

2.4. Regulación del derecho o cesión del uso sobre el programa de ordenador	82
2.5. Licencia de uso sobre copia en soporte físico, pero también descargada	84
2.6. El respeto a los requisitos para estar ante una verdadera licencia	85
2.7. Licencia de uso y su relación con el resto de derechos reconocidos por el artículo 99 LPI	87
3. EL PROGRAMA DE ORDENADOR COMO OBRA LITERARIA	90
3.1. El programa de ordenador como obra literaria y su régimen específico.	90
3.2. Lo divergente en el pasado converge en la actualidad	92
4. COMUNICACIÓN PÚBLICA EN TORNO AL PROGRAMA DE ORDENADOR	94
5. EL PRINCIPIO DE <i>LEX SPECIALIS</i> . INCORRECTA CONEXIÓN CON LA COMUNICACIÓN PÚBLICA	97
5.1. Comprender el principio <i>lex specialis</i> para su correcta aplicación	98
5.2. La aplicación correcta del principio <i>lex specialis</i> y la obtención de alguna conclusión.	100
5.3. La incorrecta aplicación del principio de <i>lex specialis</i> y sus consecuencias.	101
5.3.1. <i>La puesta a disposición al público como acto de derecho de distribución.</i>	102
5.3.2. <i>Ausencia de mención al soporte material en relación con el agotamiento</i>	103
6. DISTRIBUCIÓN DIGITAL DEL PROGRAMA DE ORDENADOR: RECONOCIMIENTO EXPLÍCITO TRAS LA SENTENCIA DEL CASO ORACLE	106
7. EL CASO ORACLE Y LOS RAZONAMIENTOS QUE DEBERÍAN SERVIR PARA UNA FUTURA REGULACIÓN DE LA DISTRIBUCIÓN DIGITAL	108
7.1. La puesta a disposición <i>on line</i> de programas de ordenador: distribución o comunicación pública	110
7.2. La permanencia o provisionalidad de la copia	114
7.3. Sobre el proceso técnico y la copia como elementos definitorios del ámbito del derecho de reproducción.	116
7.4. La decisión del TJUE en el caso Oracle y su relación con el concepto de copia en el ámbito de los programas de ordenador	118
7.4.1. <i>Descarga de copia y licencia como contrato de compraventa: sus consecuencias</i>	122
7.4.2. <i>Transformación de comunicación pública a distribución</i>	123
7.4.3. <i>Copia inservible para el transmitente</i>	124
7.5. Último escollo basándonos en el razonamiento del TJUE: una copia un usuario	127

IV

NFT'S, TOKENIZACIÓN DE OBRAS PROTEGIDAS Y POSIBLE REMUNERACIÓN:
SOLUCIONES PARA REEQUILIBRAR EL POSIBLE AGOTAMIENTO
DEL DERECHO DE DISTRIBUCIÓN DIGITAL

INTRODUCCIÓN	129
1. CARACTERÍSTICAS DEL NFT: PRINCIPALMENTE ÚNICO VERIFICABLE Y TRANSMISIBLE	131
1.1. El token como activo digital único	133
1.2. El valor añadido de la singularidad digital	135
2. INFRACCIÓN DE DERECHOS DE AUTOR Y NFT	137
2.1. Responsabilidad por la comercialización de NFT's.	138
2.2. Lo que el titular del NFT puede hacer respecto de la obra recogida en este activo: de nuevo lo clásico como fundamento de lo contemporáneo: <i>corpus mysticum</i> y <i>mechanicum</i>	142
3. LA TRANSMISIBILIDAD DEL NFT	144
3.1. El NFT como objeto transmisible: su oferta	146
3.1.1. <i>La comunicación pública necesaria para la comercialización del NFT</i>	146
3.1.2. <i>Posible amparo en un límite para evitar el consentimiento a la comunicación pública</i>	147
3.2. El NFT como objeto transmisible: la transacción	148
3.2.1. <i>La transferencia no implica comunicación pública.</i>	148
3.2.2. <i>La no existencia de copia y sus consecuencias.</i>	148

4.	DIFICULTADES PARA INCLUIR LA TRANSMISIÓN DEL NFT EN EL DERECHO DE DISTRIBUCIÓN DIGITAL	150
4.1.	La injustificada insistencia en la no inclusión de la transmisión del NFT en el derecho de distribución.	151
4.2.	<i>Traditio ficta</i> , volvamos a lo analógico para entender lo tecnológico	152
5.	TIPO DE COPIA EN LA TRANSACCIÓN DE UN NFT Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS	159
6.	LA COPIA NECESARIA PARA EL USO DE LA OBRA VINCULADA AL NFT	162
6.1.	De nuevo una mirada al <i>software</i>	163
6.2.	Reproducción como límite por copia efímera o copias RAM.	167
7.	POSIBLES REMUNERACIONES, EQUITATIVA O COMPENSATORIA, A LOS AUTORES EN CASO DE EXPLOTACIÓN DE SUS OBRAS A TRAVÉS DE NFT	172
7.1.	Compensación por copia privada.	172
7.2.	NFT y su posible relación con las medidas tecnológicas de protección sobre las obras a él vinculadas.	175
7.3.	NFT y <i>droit de suite</i>	182
7.3.1.	<i>Obra única o ejemplar</i>	184
7.3.2.	<i>El video arte: una ampliación inesperada de supuesto subsumible en el derecho de participación</i>	187
7.4.	NFT y remuneración más allá de las fórmulas previstas por la propia LPI	188
	BIBLIOGRAFÍA	193

PRÓLOGO

JUAN IGNACIO PEINADO GRACIA
Catedrático de Derecho mercantil
Universidad de Málaga

I

Hace más de tres lustros me pidieron una colaboración en una obra colectiva en la que se debía tratar la incidencia de las nuevas tecnologías en las profesiones jurídicas¹. En el mismo se defendía el principio de «indiferencia o neutralidad tecnológica». El mismo podía definirse de forma burda como que la tecnología era un medio nuevo que no afectaba de forma esencial a ninguna de las instituciones jurídicas. Se afirmaba en aquel momento que una institución, la compraventa por ejemplo, no dejaba de ser el intercambio de cosa por dinero, y que las novedades tecnológicas bien podían incidir en la manifestación de voluntad o en la perfección, pero sin que se alterasen los propios conceptos de manifestación o de perfección. No deja de ser reseñable que en una entrevista hace un par de días con el profesor, político, empresario y diplomático David Wilkins² advertía con optimismo de los cambios derivados de la IA, de la digitalización de la moneda y de otros cambios. Hoy se usa un vocabulario que no estaba disponible apenas hace unos lustros. No es sólo que ya no podamos hablar de esa «indiferencia» sino que los nuevos cambios tecnológicos, no sólo han afectado a las instituciones (que se mantienen con cierta reciedumbre), no sólo han creado nuevas formas y canales de ejercicio de derechos sino que han creado nuevos objetos del Derecho, mercaderías intangibles imposibles de imaginar hace apenas unos años. El mensaje no es negativo, sólo advierte del cambio, y el cambio es incertidumbre y los juristas estamos llamados a responder aportando seguridad allí donde hay incertidumbre.

¹ PEINADO GRACIA, J.I. «La edad del derecho, la edad de internet.: La seguridad jurídica e internet», en *E-abogacía* (coord. por María José Hierro Romero), La Ley, 2007, págs. 163-172.

² *Harvard Legal Today*, 28 de marzo, disponible en <https://hls.harvard.edu/today/increasing-uncertainty-a-growing-demand-for-lawyers-and-harnessing-the-power-of-ai/>

Estos cambios, esenciales en la monografía del Dr. Galacho, se han producido en todos los ámbitos del Derecho y también en las diversas ramas que conviven en el Derecho mercantil. El Derecho de la competencia, de los contratos, del transporte, los títulos valores o el Derecho preconcursal, sin intentar agotar las materias.

Tampoco es el Derecho de sociedades una excepción. Y los cambios tecnológicos han permitido nuevas formas de documentar la condición de socio, la descomposición de esa misma condición o, de particular relevancia, las formas de constitución y celebración de sus órganos; afectando a su gobierno corporativo³. La sociedad, como fenómeno humano de alteridad se vio además afectada por las restricciones derivadas del COVID-19, lo que exacerbó estos cambios⁴. Es más, cuando se plantea el futuro de las sociedades de capital, se solía apuntar a los principios ESG y a la digitalización como los dos vectores de cambio⁵, ahora que la ESG inicia su declinar, al menos como conjunto de políticas de similar naturaleza, ha de ser la digitalización la que ofrezca mayores novedades.

En el particular ámbito de la propiedad intelectual, en el que se sitúa la obra del Dr. Galacho, los cambios son relevantes. No vamos a entrar ahora en señalar sus aspectos señeros pero sí permítasenos ilustrarlo con una referencia casi anecdótica. En el año dos mil doce, ante la desaparición de mi maestro el Prof. Antonio Pérez de la Cruz, tuve ocasión de compartir su firma en diversos capítulos con función docente. Entre ellos la propiedad intelectual, entonces agrupada con la propiedad industrial⁶. Desde entonces he continuado reelaborando ese capítulo. Incluyendo no sólo referencias más o menos actuales (C. Tangana, Bad Gyal), procurando insertar las instituciones jurídicas en marcos conceptuales más amplios como la industria cultural (Theodor Adorno y Max Horkheimer), filosóficos (Byung-Chul Han) o incluso, humanistas (San Juan Pablo II). Todos son elementos que ayudan a comprender la creatividad, la originalidad, la producción y la comercialización de las obras de propiedad intelectual. Pero junto a eso, y a la evidencia que la puesta a disposición por medios digitales en muchas ocasiones obtenía mejor protección por la vía de la responsabilidad que por la de la propiedad,

³ Son muchos los trabajos citables. Por nuestra parte, PEINADO GRACIA, J.I. «Las Juntas Generales en “blockchain”: un apunte de gobierno corporativo». *Digitalización de sociedades* (coord. por Carmen Alonso Ledesma, Ana Felicitas Muñoz Pérez, Ed. La Ley, 2021, págs. 69-87. PEINADO GRACIA, J.I./BEDNARZ, Z. «Cuestionando las bondades de la “blockchain” en las Juntas Generales», *Revista de Derecho de sociedades*, núm. 61, 2021.

⁴ Entre otros trabajos de mi autoría, véase «Derecho de Sociedades no analógico: reflexiones sobre las medidas de excepción en materia de sociedades mercantiles», *La Ley mercantil*, núm. 69 (mayo), 2020.

⁵ A modo de ejemplo, MOLINA HERNÁNDEZ, C. «La sostenibilidad y la digitalización, las dos grandes palancas de cambio del tejido empresarial actual en España», *Revista de Derecho de sociedades*, núm. 70, 2024.

⁶ PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A./PEINADO GRACIA, J.I., «La propiedad industrial en sentido amplio (I): introducción. Propiedad intelectual e industrial. La propiedad intelectual y los nombres de dominio», *Lecciones de derecho mercantil: volumen I / Aurelio Menéndez Menéndez/Angel J. Rojo Fernández Río (dirs.)*, Vol. 1, 2012, págs. 195-222.

cada año, la edición⁷ ha tenido que ir recogiendo nuevas referencias tecnológicas⁸ sobre derechos, puesta a disposición, cargas sobre derechos, registro, e, incluso, criptoarte, etc.

Otro factor creo que es ilustrativo y nos ayuda a centrar este trabajo. En el año 2013 tuve el honor de dirigir la tesis del Dr. Galacho. Su temática, propiedad intelectual, fue la obra derivada musical⁹. Hoy, sin entrar en detalles, dirijo una tesis ya a punto de culminar sobre la propiedad de la obra artística creada por Inteligencia Artificial y otra, en ciernes, especialmente dedicada a las composiciones musicales.

No se nos oculta en todo lo anterior que no estamos hablando de una u otra novedad, y que estamos dando un tratamiento unitario a aspectos tan variados como internet, *blockchain*, tokens fungibles o no, o inteligencia artificial. Pero sí adviértase que, con excepción de internet que suma treinta años, todas las demás novedades mencionadas han eclosionado en los últimos cinco años.

II

El tiempo y la evolución apuntados son también el tiempo y la evolución del profesor Antonio F. Galacho Abolafio desde que se inició la segunda década de este siglo. Creo que en alguna otra ocasión lo he contado. El Dr. Galacho fue un muy buen alumno de una destacada Profesora de nuestro grupo, la Dr.^a Belén González Fernández quien me

⁷ Ya como tema exento, «La propiedad intelectual: derechos de autor y derechos afines», vol. I, 2024, pp. 239-277.

⁸ De hecho, este periodo y aún antes, han ido generando supuestos problemáticos que ya hoy carecen en gran medida de actualidad. Piénsese en este sentido en el gran debate que generó, a uno y otro lado del Atlántico la protección de los programas de ordenador. La cuestión de cómo debían protegerse generó mucha controversia y, aunque en la actualidad la cuestión está solventada, también incide en los aspectos abordados en la obra que hoy prologamos (puede verse en el capítulo III las atinadas observaciones del autor). Y es que el TJUE ha admitido en referencia a los programas de ordenador la categoría de distribución digital así como la aplicación del principio de agotamiento aun estando ante una distribución de ejemplares a través de su descarga y por tanto mediando soporte no tangible. Así en los programas de ordenador, como en el llamado libro digital. La distribución digital en la modalidad de compraventa y su consiguiente aplicación del principio de agotamiento. Véase Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de diciembre de 2019, asunto C-263/18 (Tom Kabinet) que dio respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Primera Instancia de la Haya, concluyendo que el hecho de posibilitar en un sitio web la descarga de libros electrónicos para su uso permanente constituye un acto de comunicación pública en el sentido de la Directiva 2001/29 sobre los derechos de autor, que fue comentada por GALÁN LÓPEZ, J., en *Derecho Digital e Innovación. Digital Law and Innovation Review*, N.º 8 (enero-marzo), 2021. Esta interpretación marca una importante línea jurisprudencial que, sin embargo, resulta contraria a la postura mantenida por el propio TJUE en el asunto C-128/11 (caso UsedSoft GmbH vs Oracle International Corp.) en relación con los programas de ordenador; asunto en el que lleva a cabo una aplicación extensiva del derecho de distribución de acuerdo con el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2001/29 entendiéndose que dicho concepto abarca asimismo la distribución online de ejemplares no analógicos.

⁹ Publicada un año después, GALACHO ABOLAFIO, A.F. *La obra derivada musical: entre el plagio y los derechos de autor*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014.

lo presentó y quien en su favor intercedió. Se trataba de firmarle una beca y dirigirle una tesis. Nada original hasta ahí, salvo que Galacho había estudiado la carrera de mayor después de un importante desempeño como profesor de conservatorio de la carrera de piano, a la que le había dedicado años, ilusiones y esfuerzos. Además, había sido un alumno con inquietud, inteligencia y curiosidad, capaz desde el primer momento de apreciar las características sistémicas de nuestro ordenamiento, así como sus antinomias. Un alumno calladamente brillante. Hizo la tesis que sólo él podía hacer, en la que apreciar la base fáctica del problema requería una sólida formación musical. En otra ocasión ya he hecho las laudes de aquella tesis¹⁰, baste ahora recordar que el propio tribunal, en el que se integró el profesor Ghidini, máxima autoridad europea en la materia, era especial porque varios de sus integrantes contaban también con esa formación adicional¹¹.

III

Quien fue discípulo y hoy compañero ha escrito con esta obra su cuarta monografía¹². He tenido el honor de prologarlas todas. Y en este punto podemos reverdecer las virtudes del estudiante Galacho. Y es que esta obra es un ejemplo más de su forma de aproximarse al conocimiento. En efecto, el Dr. Galacho testa la enjundia de sus trabajos. Si en el caso de su monografía sobre la nulidad de la marca, previamente nos entregó un artículo recio sobre la materia¹³; la obra que ahora prologamos viene precedida de un trabajo enjundioso¹⁴. Lo anterior requiere un matiz, el trabajo de Galacho no es una reiteración parcial de cuanto ya hizo, sino que, en la buena línea investigadora, cuando toca un tema ello no sacia su «apetito» al contrario, lo estimula vislumbrando nuevas aristas, problemas, desarrollos y contradicciones.

¹⁰ Prólogo a la obra antes mencionada.

¹¹ En mi cabeza estuvo desde el principio que en aquel Tribunal debía estar el maestro Juan Luis Iglesias Prada, con su carrera de piano, armonía y composición, y sus estudios de Dirección de orquesta; pero, desgraciadamente, falleció mientras se elaboraba esta tesis. En estos tiempos sin memoria bien está recordar las palabras de su maestro, el prof. Menéndez Menéndez, maestro de tantos, («Recuerdo del Profesor Juan Luis Iglesias Prada», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2011, núm. extraordinario, pp. 9 a 16). Sin desdoro de D. Aurelio, aquellas generaciones acreditaron que la lealtad de los discípulos no era reciprocidad ni trato venal sino la virtud a ellos dada.

¹² Además de la ya citada, son de su autoría *Transmisión y ejercicio separado de derechos del socio*, Marcial Pons, 2020 y *La nulidad de la marca inscrita: su titular ante la mala fe del solicitante* Tirant lo Blanch, 2023.

¹³ GALACHO ABOLAFIO, A.F., «El fin de la inmunidad registral marcaría: resolviendo problemas concretos y generando problemas sistémicos», *Revista de Derecho mercantil*, núm. 322, 2021.

¹⁴ GALACHO ABOLAFIO, A.F., «El reconocimiento de la distribución digital para determinados actos de comunicación pública», *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 43, 2023, págs. 81-107. Véase además, GALACHO ABOLAFIO, A.F., «Contenidos digitales y su puesta a disposición a través de Internet a la luz de las últimas sentencias del TJUE: el papel fundamental del concepto de agotamiento del Derecho», en *Contratación mercantil: digitalización y protección del cliente-consumidor* (Luis María Miranda Serrano/Javier Pagador López (dirs.), 2023, págs. 75-92

Así, el lector tiene en sus manos una obra madura nacida de la mano de un jurista maduro, capaz de vislumbrar los problemas y aportar una respuesta satisfactoria.

IV

Y vamos a la labor. Este trabajo está dedicado, como ya apuntamos, a la distribución digital de contenidos protegidos por la propiedad intelectual. Parte el Dr. Galacho de la idiosincrasia de la regulación que ampara a los creadores ante la utilización por parte de terceros de sus creaciones artísticas, científicas o literarias. En concreto, se centra en dos de los cuatro derechos de explotación reconocidos y tipificados por la nuestra Ley de propiedad intelectual (LPI en lo sucesivo). Nos referimos a los derechos de comunicación pública y de distribución. Desde ahí, se abunda en el principio de agotamiento, de gran predicamento en el ámbito de la propiedad industrial¹⁵ y cuyo reconocimiento en la esfera de la propiedad intelectual, una vez nos adentramos en el mundo digital, deviene fundamental para tratar de mantener el difícil equilibrio entre los derechos de los autores y el *ius prohibendi* sobre sus obras por un lado y por otro, el libre comercio¹⁶ y el malsano interés de los usuarios de usar y disfrutar gratuitamente de los contenidos protegidos por dichos derechos.

En este contexto, este trabajo ensaya la conveniencia de aplicar el principio de agotamiento al derecho de distribución cuando la explotación de este derecho se produce a través de la puesta a disposición de contenidos digitales, bajo determinadas circunstancias, no quedando restringido este agotamiento a los casos de la distribución de soportes físicos.

Lo anterior, necesaria adaptación al marco de distribución actual, no deja de contradecir la vigente regulación sobre el derecho de distribución, ya que solo se reconoce la aplicación de dicho principio para los casos en que las obras se distribuyen, no solo en su modalidad de venta, sino —y esto es lo más importante— cuando esta distribución se lleva a cabo a través de soportes tangibles. Se pone de manifiesto así, que comoquiera que este tipo de distribución está llamada a desaparecer frente al exponencial incremento de la distribución digital de contenidos, se termina por producir un desequilibrio entre los intereses autores y usuarios. Desequilibrio provocado por la imposibilidad de aplicar el principio de agotamiento al ejercicio del derecho de distribución en tanto que la normativa de derechos de autor estima, y esa es la base de todo el problema, que la distribución digital no es un modo de explotación subsumible en el derecho de distribución sino en el derecho de comunicación pública y que este no se agota tras el primer ejercicio llevado a cabo con la debida autorización.

¹⁵ Convenio de París sobre la Protección a la Propiedad Industrial en 1883 puede considerar como el punto de partida del Derecho de la propiedad intelectual y del derecho de agotamiento.

¹⁶ Quizás no sea baladí recordar la advertencia del artículo 6 del ADPIC.

Por ello, defiende Galacho que la negación sistemática del principio de agotamiento a la distribución digital¹⁷ en cualquier caso, supone un indudable perjuicio para los usuarios así como una desnaturalización su derecho de propiedad tras la adquisición de una obra en contenido digital.

V

Puede verse, y en la obra comentada es expreso, que en definitiva se trata de valorar si la puesta a disposición digital puede considerarse un acto de comunicación pública¹⁸ o propiamente un acto de distribución. El autor se inclina por esta segunda opción. Y es que la propiedad intelectual, en un entorno digital, las formas de explotación posibles sobre las obras parecen no encontrar límites¹⁹. Reclama Galacho cambios normativos²⁰ que permitan mantener el difícil equilibrio entre los titulares de dichos derechos y el resto de operadores en el mercado: consumidores y eslabones intermedios de la cadena que hacen posible la explotación de los contenidos digitales protegidos por los derechos de autor²¹.

La normativa no es del todo ajena a la cuestión si bien, en nuestra opinión, el legislador europeo ha desaprovechado la oportunidad que estas normas le brindaban. Así, los Reglamentos de Mercados Digitales y de Servicios Digitales así como la Directiva sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE, no dejan de hacer alusión al respeto absoluto que ha de mantenerse por la regulación específica de derechos de autor y sin embargo, ningún cambio han operado en lo referente a la regulación de los derechos económicos de los autores de manera acorde con las nuevas formas de crear, explotar y distribuir las creaciones artísticas, científicas y literarias.

¹⁷ No puede obviarse el entorno digital a la hora de llevar a cabo la explotación de las obras es el único que puede garantizar la obtención de una adecuada remuneración tanto para los autores como para quienes actúan como intermediarios y hacen posible la explotación de las obras, siendo muchos de ellos figuras protegidas por la propia LPI.

¹⁸ Que es abordado con profusión en el capítulo I de la obra.

¹⁹ En efecto, la propiedad intelectual tiene su origen histórico en medios analógicos de producción y reproducción de ejemplares a través de la imprenta, así como de comunicación pública y distribución como fórmulas clásicas de explotación: obras creadas directamente sobre soportes tangibles y comunicados públicamente a través de interpretaciones en vivo en salas de concierto, salas de teatro, etc. Pero el desafío para la propiedad intelectual es acompañar los modos, tanto de creación como de explotación, a las formas imperantes del medio digital, esto es, soportes intangibles a los ojos de nuestra decimonónica norma de derechos de autor.

²⁰ Véase el Capítulo 2.

²¹ Entre los que se encuentran no sólo los derechos propiamente del autor material sino los «otros derechos de propiedad intelectual», comúnmente conocidos como derechos conexos: editores literarios, editores musicales, productores de fonogramas, productores de obras audiovisuales, artistas ejecutantes o intérpretes, etc.

VI

Analiza Galacho tanto la normativa nacional como europea, así como Convenios y Tratado internacionales como el de Berna o el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derechos de autor (TODA) y la profusa jurisprudencia esencialmente europea en torno a los derechos de comunicación pública y distribución. Es ésta una obra muy bien documentada.

VII

Hemos ido señalando el contenido de los diversos capítulos de la obra. Considero de especial relevancia el tratamiento que se da a los llamados NFT's en el último capítulo. Su importancia descansa en su propia razón de ser, pues la tecnología que los respalda y que permite situarnos ante copias digitales únicas que bien podrían sustentar la posibilidad de admitir la aplicación del principio de agotamiento, impidiendo que el titular de los derechos sobre el contenido presente en estos activos digitales pueda mantener el control sobre dichos ejemplares digitales tras la primera comercialización con su autorización. En efecto, la tecnología de *blockchain*²² que subyace en la creación y transmisión de los NFT's, permite la descarga de una copia única, lo que no solo permitiría su encuadre en la categoría de distribución digital, sino que, permitiría admitir la aplicación del agotamiento digital, pues en definitiva ningún perjuicio se estaría irrogando a los titulares de derechos. Como puede verse los NFTs se convierten así en paradigmáticos en el discurso de la obra de Galacho. Los NFTs son activos digitales no fungibles, como su mismo nombre indica. Su titular cuenta con un certificado digital de autenticidad y propiedad, transferible y tras la transmisión, el transmitente carecerá de posibilidad alguna de hacer uso de la obra digitalizada en ese concreto archivo encriptado en el NFT²³.

Lo anterior permite la afirmación de que es precisamente la tecnología de registro contable distribuido (como puede ser *blockchain*) que hay tras los NFT, la que los dota de unas características que lo convierten en el equivalente económico que justificaría acudir a la doctrina de la primera venta que subyace en el reconocimiento del principio de agotamiento en la esfera de la distribución de copias físicas de la obra protegida. Así, siendo muchas las cuestiones técnicas y consecuencias derivadas de la utilización de este tipo de activos digitales, se analizan en la obra aquellas características que mayores repercusiones ofrecen en el ámbito de la propiedad intelectual: unicidad, indestructi-

²² En PEINADO/BEDNARZ hicimos una completa descripción de esta tecnología.

²³ De nuevo, el principio de «una copia un usuario», como ya fuera exigido por el TJUE en el caso Oracle para hacer posible la aplicación del principio de agotamiento. Véase <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=DD490BB2BFDE899CA381502158F470AF?text=&docid=124564&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3692290>

bilidad, verificabilidad, indivisibilidad y transmisibilidad. Y sin duda dos son las que más interés suscitan en relación con el objeto de este trabajo de investigación: el hecho de tratarse de activos únicos y transmisibles.

Es así como se viene a afirmar en el libro, que la aparición de este nuevo soporte digital con las especiales características presentes en un NFT, puede llevar contradecir que la explotación a través de algo diferente a lo que tradicionalmente se ha considerado como soporte tangible a los efectos de derechos de autor y en concreto en relación con el derecho de distribución en la modalidad de venta, sea un caso no subsumible en este derecho. En efecto el NFT permite el acceso a una copia de la obra protegida con la certeza de que no se están infringiendo los derechos de autor, o al menos no con responsabilidad directa. Y, por otro lado, el valor que posee una copia o ejemplar recogido en un NFT por el hecho de quedar certificada su originalidad y que su puesta en circulación fue autorizada por el titular de derechos, la hace acreedora de un valor en el mercado digital que dista mucho de cualquier tipo de copia o réplica de dudosa procedencia. El avance es definitivo, pues si conforme a la vigente normativa la comercialización de contenidos digitales suponía más que por sus características, por sus consecuencias, un caso de comunicación pública sin aplicación del principio de agotamiento posible, las características descritas y analizadas en este último capítulo del libro convierten a los NFTs en verdaderos activos subsumibles, a la hora de ser comercializados, en el derecho de distribución y dentro de este por razones obvias, de distribución digital.

VIII

Finalizamos ya. Es obvio que estamos ante una obra muy interesante. Se establece un recorrido conceptual y jurisprudencial sobre las cuestiones esenciales básicas en distribución y agotamiento, un recorrido que llega hasta los NFTs. Es un trabajo en la línea que se está afirmando en otros ordenamientos²⁴. La conclusión es que la digitalización impidió aplicar unas normas basadas en la tangibilidad y la distribución física, y ha sido también la tecnología la que ha permitido la individualización y la trazabilidad haciendo de cada activo algo único.

En Málaga a 13 de marzo de 2025, iniciamos este prólogo y ponemos a autor y obra encomendados a San Nicéforo, Obispo y Patriarca de Constantinopla. Los tiempos convulsos que vivió San Nicéforo son el trasunto de esta misma obra. Una sola existencia pero reproducida hasta la saciedad o permitir que todos se apropien de esa reproducción haciéndola suya. Este galimatías se refiere a la gran labor de San Nicé-

²⁴ Vid. OKONKWO, I.E., «NFT, copyright and intellectual property commercialization», *International Journal of Law and Information Technology*, volume 29, Issue 4, 2021, pp. 296-304; o, LIM, E.C. *Finding nemo: Digital art, tokenised assets, virtualproperty and the right of communication incopyright law J World Intellect Prop.* núm. 2024, pp. 69-87

foro contra los iconoclastas, que en defensa de la sola existencia, renegaban de cuantas reproducciones se tenían. Nicéforo era un estudioso, un hombre de paz, que alcanzó la gracia de Dios y simpatía a sus ojos, todo lo contrario que a los ojos de Leon V, el Armenio, que lo hostigó y provocó su destierro. Ya antes su padre había sido desterrado y muerto por esta misma causa. Nicéforo repartió su vida entre el estudio, la piedad y la gestión pública, al servicio de la cual aportó su fortuna familiar²⁵. Nicéforo fue además un teólogo brillante²⁶.

²⁵ Todo podemos apreciar como esta conducta (aportar la propia fortuna familiar para el mejor servicio público) es el antecedente de las actuales prácticas de servicio público.

²⁶ Nicéforo fue además un teólogo prolífico. El Fondo antiguo de las Universidades de Granada y Salamanca guardan alguna de sus obras. La principal referencia al santo está en *La vida de los santos, de Butler*, México, 1965, pp. 550 a 553.

