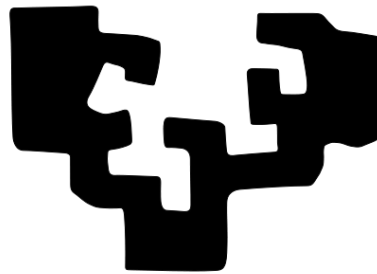


GRADO EN DERECHO

2020-2021

eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

La obra musical como objeto de propiedad
intelectual

TRABAJO REALIZADO POR AKETZA BLANCO CUESTA

DIRIGIO POR SANDRA CASTELLANOS CÁMARA

ÍNDICE

ABREVIATURAS	3
I. INTRODUCCIÓN	4
II. CONTEXTO HISTÓRICO Y SITUACIÓN ACTUAL DE LA INDUSTRIA MUSICAL	5
III. PROPIEDAD INTELECTUAL: CONCEPTO Y REGULACIÓN VIGENTE.....	8
IV. DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS	14
1. Concepto	14
2. Nacimiento	16
3. Facultades	18
3.1. Derechos morales	18
3.2 Derechos patrimoniales o de explotación	24
V. LA OBRA MUSICAL.....	28
1. Concepto	28
2. La obra musical original	31
3. La obra derivada	33
4. El plagio	35
5. Figura intermedia entre la originalidad, el plagio y la obra derivada	39
VI. ÁMBITO DE PROTECCIÓN.....	43
1. Acción de cesación	45
2. Acción indemnizatoria	45
VII. CONSIDERACIONES CRÍTICAS.....	46
VIII. CONCLUSIONES	48
BIBLIOGRAFÍA	50

ABREVIATURAS

AC	Aranzadi Civil
ARP	Aranzadi Penal
CC	Código Civil
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
DD.FF.	Derechos Fundamentales
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LPI	Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RPI	Registro de la Propiedad Intelectual
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo

I. INTRODUCCIÓN

Tal y como precisa el título, el trabajo se centrará en el análisis de la obra musical como objeto de la propiedad intelectual. Dado el enorme desarrollo de la música durante estos últimos años, fundamentalmente gracias a la era digital, el tema objeto de investigación goza de una actualidad e importancia notables, sobre todo si se tiene en cuenta que la obra musical está presente en casi todos los ámbitos de nuestra vida y, sin embargo, apenas entendemos el alcance que tiene la publicación de una obra musical. Además, la propiedad intelectual es un ámbito del Derecho al que, pese a su extensión y enorme aplicación práctica, y su estrecha relación con la propiedad ordinaria, tal vez no se ha prestado la debida atención como materia de estudio. Y es por ello que, tanto la afición a la música como el, a mi juicio, trato secundario que se le da a la propiedad intelectual, motivan la elección del tema del presente trabajo, que se vuelve una reivindicación en el sentido de comprender el alcance de la publicación de una obra musical y sus implicaciones, así como reconocer a la propiedad intelectual la importancia que se merece.

A pesar de la escasa doctrina y jurisprudencia que existe acerca de la obra musical, el estudio toma como referencia, desde el punto de vista metodológico, el análisis que en torno a esta cuestión lleva a cabo la doctrina científica, así como las resoluciones judiciales más relevantes que en materia de propiedad intelectual han dictado algunas Audiencias Provinciales e incluso el TS. Todo lo recogido consta de un largo recorrido, tanto en nuestra cultura jurídica como en la europea, y a pesar de ser un ámbito del todo analizado y legalmente establecido, resulta en ciertos aspectos ambiguo como, por ejemplo, en lo que hace al análisis de la originalidad. Y es esa falta de concreción lo que precisamente tinta el análisis de interés, y me da paso a finalizar con la exposición de mi opinión.

En resumidas cuentas, el objetivo del trabajo es dar a conocer esos ámbitos del Derecho que no son tan conocidos, en este caso, la obra musical como objeto de la propiedad intelectual. Además de ser un tema controvertido, como ya se ha dicho, por la falta de definición en ciertos ámbitos de la propia propiedad intelectual, la exposición realizada permite concluir con la formación de una opinión propia sobre lo existente y hacia dónde deberíamos avanzar, pues lo cierto es que en España, en lo que a los derechos de autor se

refiere y más concretamente los que se derivan de la obra musical, estamos por detrás de nuestros vecinos europeos, sin hablar de la diferencia con los EE.UU.

Para ello, en primer lugar, realizaremos un análisis del origen de la propiedad intelectual para entender los conceptos que posteriormente se utilizarán en el desarrollo del trabajo. De igual manera, se mencionarán los derechos de autor. Una vez dadas las primeras pinceladas de los conceptos, nos adentraremos en el estudio del concepto de la originalidad, aspecto que, como ya veremos, causa cierta disconformidad entre la doctrina. Y a continuación se analizará, por su estrecha relación con la originalidad, la problemática entre la obra derivada y el plagio, analizando así la legislación comunitaria como la nacional y haciendo una breve mención a la doctrina del *fair use* de la cultura estadounidense. Para finalizar con unas breves aportaciones sobre el tema y una crítica a la legislación aplicable.

II. CONTEXTO HISTÓRICO Y SITUACIÓN ACTUAL DE LA INDUSTRIA MUSICAL

Al escuchar los términos “propiedad intelectual” o “derechos de autor”, lo primero que se nos pasa por la cabeza es pensar en música, con independencia de que podamos pensar en libros, poemas, etc.¹ Y la palabra “música” nos lleva inmediatamente a pensar en internet, *Spotify*, *YouTube*... pero estos conceptos son propios de la actualidad, del siglo XXI, de los *millennials*, de la generación Z. Ahora bien, la música ha sufrido una transformación en cuanto a su forma que nada tiene que ver con el concepto de música que tenía la sociedad dos décadas atrás.

La música o el sonido es algo que siempre se interrelaciona con la propia especie humana. Ya en la prehistoria se tiene conocimiento de que se utilizaba junto con ritos haciéndola cumplir una función de finalidad supersticiosa, mágica o mística. Más tarde, en la Antigüedad, sin dejar de lado esa relación con lo sobrenatural, se muestra en relatos mitológicos y muchas veces en escritos de filósofos. También en el Antiguo Testamento

¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Introducción a la propiedad intelectual”, en *Manual de propiedad intelectual*, coord. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Tirant lo Blanch, Valencia, 9ª ed., 2019, p. 19.

al derribar las Murallas de Jericó². Pasando por los cantos gregorianos, hasta las grandes composiciones de Mozart interpretadas en abarrotadas salas de teatro, la música no hace más que avanzar, pero no es hasta mediados del siglo XX con la aparición del vinilo, cuando hablamos de una verdadera industria: la época de las discográficas y los soportes físicos.

Resultaba ser un ámbito novedoso que no dejaba de estar en constante desarrollo, sin embargo, como en tantas otras cuestiones, el Derecho no avanzaba al mismo ritmo en este sector. En el siglo XVIII se perfila el concepto actual de propiedad intelectual, primero en su ámbito económico, pero no adquiere su protección total hasta que el derecho de autor no es considerado un derecho reconocible a toda persona, en primer lugar, con el Estatuto de la Reina Ana de 1710, siendo esta la primera norma legal que reconoció lo que se conoce en el derecho anglosajón como *copyright*. No siendo hasta la publicación de la Ley de Blackstone de 1767 cuando queda reservado el derecho de edición y prohibición de copias. En Francia se regula de igual manera a través de decretos entre los años 1791 y 1810 añadiendo límites temporales a los derechos de autor. En Alemania se consolida el 9 de noviembre de 1837 aunque el CC de 1794 ya reconocía los derechos de editores y autores³.

En España no es hasta el Decreto de 10 de junio de 1823 de las Cortes de Cádiz “sobre las reglas para conservar a los autores la propiedad de sus obras” cuando realmente se le da protección a la propiedad intelectual, ya que si bien en disposiciones anteriores se abole la tasa de publicación (Pragmática de Carlos III de 1778) o se alude a la libertad de imprenta (arts. 145 de la Constitución de Bayona de 1806 y 131 de la Constitución de Cádiz), en ninguna de ellas se hace referencia a la propiedad intelectual ni a los derechos derivados de esta. Los códigos penales, por su parte, comenzaron a tipificar delitos contra la propiedad intelectual en consonancia con la protección que a los autores ofrecía la Ley de Propiedad Intelectual de 1823. Con la Ley de propiedad intelectual de 10 de junio de 1847 se dio aún más protección a esos derechos pero siendo estos más ambientados a la protección de reproducción y no a su ámbito de originalidad y protección del plagio. Es con la Ley de Propiedad Intelectual de 1879 cuando se da protección a los autores ante el

² POLO PUJADAS, M., *Historia de la música*, Editorial de la Universidad de Cantabria, Santander, 5ª ed., pp. 23-24.

³ VEGA VEGA, J.A., *El plagio como infracción de los derechos de autor*, Reus, Madrid, 2018, pp. 21-26.

plagio, aún no considerado como tal, ya que se regulaba como conductas atentatorias o defraudaciones que solo eran consideradas como tal si causaban un detrimento patrimonial al autor (es decir, si el mismo veía reducido o eliminado su beneficio como consecuencia de tales conductas), tal y como lo establecía el CP de 1870. El ámbito de protección alcanza su punto cumbre con la llegada de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) y ya en la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual el derecho de autor adquiere una nueva concepción y, desde el punto de vista penal, se introduce el plagio, aunque bajo el título de la defraudación, como un tipo penal básico⁴ (contenido en el título XIII, “*De los delitos contra la Propiedad*”, capítulo IV, “*De las defraudaciones*”, sección 3ª, “*De las infracciones del Derecho de Autor y la Propiedad Intelectual*”, artículo 534).

Con la llegada de internet, la época dorada de los vinilos y los *cassettes* llegaba a su fin y la industria musical sufrió un gran cambio. Las cantidades multimillonarias que creaban los soportes físicos dejaron de producirla, para dar paso a los soportes digitales, a las plataformas digitales que propiciaron la alarmante caída de las ventas de música por canales legales, lo que ha sido una constante desde los últimos años del siglo XX⁵ a consecuencia de la piratería o plataformas P2P (siglas del inglés *peer-to-peer*), plataformas de intercambio de contenido en las que el usuario se comporta a la vez como cliente y servidor, como lo fue Napster, que llegó con una idea que transformó la forma de la industria musical para conocerla tal y como la conocemos hoy en día.

Napster nació en 1999 de la mano Sean Parker y Shawn Fanning, aprovechando el constante flujo de materiales que se intercambiaban gracias a internet, y funcionaba como un servicio de distribución de archivos de música. En palabras de sus creadores, Napster solo funcionaba como un motor de búsqueda y el intercambio se realizaba a través de la red. Se trataba de un servidor que mantenía a los usuarios conectados entre ellos pero el intercambio se realizaba entre los internautas. En el año 2000, tuvo lugar una reunión entre los máximos accionistas de Napster y un grupo de discográficas liderado por Universal y Sony, acompañado de discográficas menores. En ella se intentó llegar a un acuerdo extrajudicial para el reparto de las ganancias. Estas ganancias iban a nacer de una suscripción mensual, a la cual se llegó tras una encuesta realizada entre los usuarios de la plataforma, en la que la mayoría de ellos

⁴ VEGA VEGA, *El plagio...*, cit., pp. 28-31.

⁵ LETAI, P., *La infracción de derechos de propiedad intelectual sobre la obra musical en internet*, Comares, Granada, 2012, p. 39.

estaban dispuestos a pagar una suscripción mensual para el uso de la plataforma (es la primera forma de negocio de plataformas de *streaming* tal y como las conocemos hoy en día, como puede ser *Spotify*, que a cambio de una suscripción mensual el usuario tiene acceso a una infinidad de música almacenada en la nube.). La propuesta de Napster era repartir las ganancias generadas de estas suscripciones en un porcentaje igual del 50%, mientras que las discográficas no se conformaban con menos del 90% de las ganancias generadas. Como no alcanzaron un acuerdo al respecto, se interpuso una demanda judicial que propició finalmente el cierre de esta plataforma en 2001, y las discográficas perdieron así la oportunidad de cambiar el modelo de negocio de la música y aprovechar el avance tecnológico de la época⁶.

La piratería entre los años 2000 y 2010 hizo descender considerablemente las ventas en todo el mundo; tomando como referencia el mercado español, este descendió hasta un 21%⁷. Junto a esta, que se refleja en la protección más patrimonial de los derechos de autor, un segundo problema viene constituido por el plagio y su necesaria persecución. Para entender lo que es considerado plagio y lo que no, es necesario el estudio del término “*originalidad*”, pero antes de ello resulta indispensable entender lo que es la propiedad intelectual, su ámbito de actuación y su contenido, así como los derechos de autor y la obra musical como objeto de protección.

III. PROPIEDAD INTELECTUAL: CONCEPTO Y REGULACIÓN VIGENTE

El marco normativo aplicable a la propiedad intelectual se puede separar en dos ámbitos: el Derecho interno y el internacional. En cuanto a este último, encontramos varios tratados y directivas que resultan de aplicación, estas, claro está, siempre que hayan sido transpuestas a nuestro ordenamiento jurídico, aunque lo cierto es que de las 14 directivas aprobadas las únicas no transpuestas en el Estado español son las dos últimas (la Directiva (UE) 2019/789 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019, *por la que se establecen normas sobre el ejercicio de los derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea de los organismos de radiodifusión y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, y por la que se modifica la Directiva 93/83/CEE* y la Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo *sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se*

⁶ LETAI, *La infracción...*, cit., pp. 40-60.

⁷ LETAI, *La infracción...*, cit., p. 44.

modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE). Ambas tienen plazo de transposición hasta el 7 de junio de 2021. Las 14 directivas regulan principalmente aspectos de la propiedad intelectual como la protección jurídica de programas de ordenador (Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 *sobre la protección jurídica de programas de ordenador* (versión codificada), el ámbito de radio fusión vía satélite y distribución por cable (Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, *sobre Coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable*), etc. Aunque existen una diversidad de textos legales, el tratado con más recorrido y mayor trascendencia es el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, del 9 de septiembre de 1886, revisado en Berlín el 13 de noviembre de 1908 y en Roma el 2 de junio de 1928. Además cabe mencionar La Convención Universal de Ginebra sobre Derechos de Autor de 1952, con revisión de París en 1971 para los países que no estaban en condiciones de adquirir la protección del Convenio de Berna, como también la Convención de Roma de 1961 para la protección de artistas, intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión (ratificado por España en 1991), como el Convenio de Ginebra de 1971 para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas (ratificado por España en 1974). Y como institución que vela por esta materia encontramos la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), creada por el Convenio de Estocolmo de 14 de julio de 1967⁸.

En cuanto al Derecho interno podemos decir que esta cuestión queda regulada bajo dos textos principalmente: el Código Civil y la vigente Ley de Propiedad Intelectual, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. El contenido del CC resulta muy reducido ya que consta de solo 2 artículos (428 y 429 CC), de manera que es la LPI la que adquiere el protagonismo en esta materia. Ahora bien, antes de entrar en el contenido de esta última, debe ponerse de manifiesto la vertiente constitucional de esta materia y el debate doctrinal que ha suscitado.

⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "Introducción...", cit., pp. 37-43.

En efecto, la propiedad intelectual se halla, según cierto sector doctrinal, interrelacionada con la libertad “*a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción*”, comúnmente conocida como libertad de expresión. Así, existe un amplio debate acerca de si la propiedad intelectual deriva del artículo 20.1.b) (relativo a la libertad de expresión) o del artículo 33 de la CE (dedicado a la propiedad ordinaria).

Como apuntábamos, parte de la doctrina sostiene que ha de considerarse bajo el amparo del artículo 20.1.b), a la vista de su literalidad: “*Se reconocen y protegen los derechos: a la producción y creación (...)*”. Además, esta redacción no fue alterada en la discusión parlamentaria que en su día tuvo lugar ya que el pensamiento mayoritario era el de dotar a la propiedad intelectual de una protección mayor que la de la propiedad –nótese que solo si se entiende comprendida en el artículo 20 ostentaría la consideración de derecho fundamental, que son los de la Sección Primera del Capítulo II del Título I CE, además del artículo 14 CE–. A ello se suma el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de marzo de 1996 (RJ 1996\2371), en la que reconoce que la propiedad intelectual ha de estar bajo el amparo del artículo 20.1 de la CE⁹.

En este sentido, el Tribunal Supremo realiza la siguiente afirmación en el Fundamento de Derecho segundo de aquella resolución: “Es cierto que la Constitución reconoce y protege el derecho a la producción y creación artística en el art. 20.1, b) y que, para su desarrollo y adaptación a las tendencias predominantes en los países miembros de la Comunidad Europea, se promulgó la Ley de Propiedad Intelectual de 11 noviembre 1987, correspondiendo tal propiedad al autor de la obra artística por el solo hecho de la creación (art. 1)”. De esta forma, pone en estrecha conexión la libertad de expresión y la propiedad intelectual, quedando ambas bajo la protección del mismo artículo, pues de dicha explicación se deduce que la propiedad intelectual nace del art. 20.1.b).

Pese al pronunciamiento anterior del TS, parte de la doctrina¹⁰ sostiene que, tal y como se deduce de su consideración en el CC como “propiedad especial” (al regularla dentro

⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario al artículo 1”, en *Comentarios a la ley de propiedad intelectual*, coord. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Tecnos, Madrid, 4ª ed., 2019, p. 18.

¹⁰ En este sentido se pronuncia BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Introducción...”, cit., p. 22: “*se trata de un derecho de propiedad, aunque especial... el disfrute de una obra, debido a su inmaterialidad y a su consiguiente ubicuidad, puede producirse al mismo tiempo por un número ilimitado de personas; y además, en lugares más distantes geográficamente del lugar de creación*”. También LETAL, *La infracción...*, cit., p. 16: “*una forma de propiedad –un tipo especial de propiedad*”, así como ROGEL VIDE, C. y SERRANO GÓMEZ, E., *Manual de derecho de autor*, Reus, Madrid, 2008, p. 8, al hablar de los derechos de autor,

del Libro II, “*De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones*”, Título IV, bajo la rúbrica “*De algunas propiedades especiales*”), la propiedad intelectual no es más que un derivado de la propiedad ordinaria. Para ello se apoyan asimismo en la redacción del artículo 20.1.b) CE, al entender que los derechos de producción y creación no incluyen los derechos sobre lo producido y creado, pues, si hubiera querido incluirse esto último, el precepto hubiera hecho referencia expresa a la propiedad intelectual, tal y como se hace en otros apartados la CE (sin ir más lejos en el artículo 149.1, 9ª CE, para declarar que la legislación en materia de propiedad intelectual es competencia exclusiva del Estado). Y aunque exista una relación estrecha entre ambos, no cabe equiparar la protección del ejercicio de los derechos de expresión y difusión de pensamientos, ideas y opiniones con lo producido o creado, ya que lo que queda protegido es el ejercicio prohibiendo cualquier censura previa al mismo, pero no los derechos que se originen de él.

Aunque, sin lugar a dudas, el argumento con mayor peso que inclina la balanza en favor de considerar que la propiedad intelectual queda bajo el amparo del artículo 33 de la CE es su desarrollo por ley ordinaria (en otro caso, hubiera tenido que serlo por ley orgánica, tal y como se desprende del art. 81 CE, puesto que las leyes relativas a los derechos fundamentales han de ser orgánicas), así como su inclusión en las competencias exclusivas del Estado vía artículo 149 CE, argumento que simplemente refuerza lo anteriormente dicho, ya que si quedara incluido bajo el artículo 20.1,b) CE se entendería su inclusión en los derechos fundamentales, sin necesidad de reiterar que es de competencia exclusiva del Estado. Sin embargo, si ha de contenerse en el listado de competencias exclusivas, no puede ser sino porque deriva del artículo 33 CE. De esta manera podemos concluir que el ejercicio del derecho de manifestar las opiniones, ideas o sentimientos queda bajo la protección del artículo 20.1 CE, mientras que el producto de esa manifestación, como los son las obras artísticas o musicales, entre otras, tendrá la protección que hoy día le confiere la Ley de propiedad intelectual, que deriva del derecho a la propiedad privada consagrado en el artículo 33 CE. Esta propiedad intelectual se integra por los derechos morales y patrimoniales, que en resumen resultan los derechos de autor y los conexos a estos, lo cual analizaremos a continuación.

“propiedad, que era el derecho subjetivo por excelencia, *entendida la propiedad intelectual – singularidades propias de la misma al margen, cual su temporalidad... Propiedad intelectual, pues y en cuanto que propiedad especial*”.

Una vez delimitado el marco normativo aplicable, es preciso analizar en relación con este el concepto de propiedad intelectual. Y como bien apunta BERCOVITZ, “hablar de propiedad intelectual es hablar de discos, videos, prensa, radio, televisión...” al igual que lo es “hablar de cultura, de su generación, de su difusión y, como puente de aquella y estas, del mercado de la cultura”¹¹. Y con eso se refiere a la definición que recoge el Código Civil en su artículo 428¹² y en el artículo primero de la LPI¹³, que la propiedad intelectual pertenece al autor de una obra, literaria, científica o artística por el mero hecho de su creación. Es importante destacar esto último ya que la LPI elimina el requisito de la inscripción en el RPI que contenía la Ley de 10 de enero de 1879 de propiedad intelectual¹⁴, aunque la inscripción siempre es recomendable dado su valor probatorio, que sienta fuertes presunciones de titularidad y publicidad¹⁵. A esa creación se le añaden requisitos más bien materiales que formales como son la originalidad de la obra (concepto que analizaremos más adelante) y que la obra creada nazca del esfuerzo y del pensamiento humano, lo que excluiría lo “creado” por la naturaleza y, en segundo lugar (aunque con matices y con cierta dificultad y constante evolución), lo creado por la inteligencia artificial.

Dada la primera pincelada acerca del contenido protegido bajo la propiedad intelectual, y aunque a primera vista parezca fácil delimitarlo, es cuanto menos extenso. Como tal es un derivado o un tipo de la propiedad ordinaria, tal y como la regula, como ya anunciábamos, el CC en su Libro II, Título IV: “*De algunas propiedades especiales*”. Para entender la especialidad de esta o los aspectos que la separan de la propiedad ordinaria basta con acudir a la definición liberal, en virtud de la cual esta última se concibe como el derecho patrimonial por excelencia que concede la facultad de gozar y disponer sin más límites que los establecidos en la ley.

¹¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Introducción...”, cit., p. 19.

¹² Véase en este sentido lo recogido en el artículo 428 CC: “*El autor de una obra literaria, científica o artística, tiene el derecho de explotarla y disponer de ella a su voluntad.*”

¹³ El artículo 1 LPI dispone lo siguiente: “*La propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación.*”

¹⁴ ROGEL VIDE y SERRANO GÓMEZ, *Manual...*, cit., p. 14.

¹⁵ PLAZA PENADÉS, J., “Comentario al Título I, Disposiciones Generales”, en *Comentarios a la ley de propiedad intelectual*, dir. por PALAU RAMIREZ, F. y PALAO MORENO, G., Tirant lo Blanch, Valencia, 2ª ed., 2018, p. 25.

Por el contrario, la propiedad intelectual, tradicionalmente considerada como un mero derecho de propiedad¹⁶, si bien según una definición estricta (o teoría unitaria) se considera una propiedad de mero contenido patrimonial en la que el autor se reserva exclusivamente los derechos de explotación de lo creado, sin embargo, tal y como lo recoge nuestra LPI, goza de una definición más amplia o pluralista, que además del contenido patrimonial protege el contenido personal, moral o espiritual de la obra¹⁷. Ambas definiciones derivan de su naturaleza como propiedad. Al hablar de ambos contenidos bajo una misma figura nos encontramos con que, frente a la irrenunciabilidad de los derechos morales, los derechos de carácter patrimonial, es decir, los pecuniarios, los relacionados con la explotación, permiten la renuncia por parte del autor o creador.

Volviendo al hecho de su consideración como propiedad especial, los aspectos más significativos que la alejan de la propiedad ordinaria son el objeto y la temporalidad. Frente al hecho de que la propiedad grava o se aplica sobre objetos materiales muebles o inmuebles, la propiedad intelectual protege la inmaterialidad de la obra independientemente de su compatibilidad con la protección de objetos. Es por ello que podríamos apreciar una doble protección de los distintos materiales que se poseen y se adquieren.

Y, ¿por qué una doble protección? Porque la propiedad ordinaria recaerá sobre el objeto material adquirido por el dueño, como puede ser la compra de un libro o de un disco. Pero la protección despegará los efectos sobre la existencia física del objeto o *corpus mechanicum*, “por lo que no puede realizar ninguno de los actos que comprende el derecho de autor (p. ej., reproducción, distribución, comunicación pública) salvo autorización legal o del titular de los derechos sobre la obra o *corpus mysticum*”¹⁸. Es decir, la segunda protección a la que nos referimos es la que despliega la propiedad intelectual sobre la obra inmaterial, en otras palabras, sobre la creación original del autor por el mero hecho de su creación.

¹⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Comentario al artículo 1”, cit., p. 21.

¹⁷ Véase en este sentido el artículo 2 de la LPI: “La propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley”

¹⁸ PLAZA PENADÉS, “Comentario...”, cit., p. 27.

Y frente a la perpetuidad de la propiedad ordinaria nos encontramos con la limitación temporal de la propiedad intelectual, ya que, como establece el artículo 26 LPI, “*los derechos de explotación de la obra durarán toda la vida del autor y setenta años después de su muerte o declaración de fallecimiento*”. Podemos apreciar que esa limitación no resulta completa, es decir, que no afecta a la totalidad de los derechos contenidos en esta que se resumen en los derechos morales y los patrimoniales. La limitación temporal solamente afecta a los llamados derechos de explotación, de contenido meramente patrimonial, por lo que a grandes rasgos la limitación solo afecta a los derechos exclusivamente patrimoniales.

IV. DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS

1. Concepto

Antes de abordar lo que consideramos como derechos de autor, es conveniente entender quién es autor o bajo la LPI quien es considerado autor, y por el hecho de serlo qué condiciones, facultades o derechos le otorga aquella norma frente a terceros. En primer lugar podemos acudir al artículo 5.1 LPI que define lo que en el marco de la LPI se considerará autor: la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica. Consideramos persona natural a toda persona por el mero hecho de su nacimiento (arts. 29 y 30 CC), por lo que cualquier autor que realice una acción humana para la creación de una obra, será considerado como tal; lo que excluye, en contrapartida, las creaciones cuyo origen no esté en una persona física, como los sonidos de la naturaleza o los producidos por una máquina, aunque, por otra parte, incluye las creaciones de una máquina que se obtengan bajo las instrucciones de una persona, como la música creada por un programa informático. Y, ¿qué conclusión podemos extraer de ello? Que podrá ser autor cualquier persona física tenga o no plena capacidad de obrar, independientemente de que pueda ejercitar los derechos correspondientes por sí mismo o mediante su representante legal. Esto implica que ante un autor que quiera hacer uso de sus derechos se puede encontrar en cuatro situaciones diferentes:

1. El mayor de edad con plena capacidad de obrar (art. 322 CC), quien podrá ejercitar eficazmente los derechos y deberes inherentes a su derecho de propiedad sobre la obra.

2. El mayor de edad cuya capacidad de obrar haya sido modificada judicialmente (arts. 199 y ss. CC), que será libre de crear obras, pero el ejercicio de sus derechos corresponderá, en función de lo que determine la sentencia, al tutor, a los titulares de la patria potestad (prorrogada o rehabilitada) o a él mismo con la asistencia de su curador.

3. El menor emancipado (arts. 317 y 320 CC) o el menor de vida independiente (art. 319 CC) que, cumpliendo los requisitos que prevé el Código, haya adquirido dicho *status*, tendrá plena capacidad para ceder los derechos de explotación sobre la obra, tal y como se recoge en el artículo 44 LPI¹⁹.

4. El menor de edad no emancipado, quien tendrá la libertad de crear obras, pero serán sus progenitores o su tutor los que suplan su falta de capacidad de obrar para el ejercicio de los derechos²⁰.

Los derechos de autor constituyen el contenido primordial de lo anteriormente expuesto como propiedad intelectual. Así lo reconoce expresamente el artículo 2 LPI, en virtud del cual *“la propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley”*; derechos de autor que recaen sobre las obras literarias, artísticas o científicas. Los derechos de autor son uno más de los que se encuentran bajo la LPI, como los de los artistas, los de los productores, etc. Aunque se contengan varios derechos en favor de distintas personas que toman parte en el proceso de interpretación o grabación de la obra para que esta sea plasmada sobre un almacenamiento físico o virtual, el autor es el titular originario de la propiedad intelectual y, por ello, adquirirá la propiedad intelectual en su plenitud.

Por ejemplo, las sinfonías de Beethoven realmente son las partituras, de manera que el autor será exclusivamente Ludwig Van Beethoven. Pero para que estas partituras se conviertan en sonidos necesitan de unos músicos, que consideraremos artistas intérpretes o ejecutantes²¹. Se puede dar

¹⁹ Véase en este sentido el artículo 44 LPI: *“Los autores menores de dieciocho años y mayores de dieciséis, que vivan de forma independiente con consentimiento de sus padres o tutores o con autorización de la persona o institución que los tengan a su cargo, tienen plena capacidad para ceder derechos de explotación.”*

²⁰ BARBERAN MOLINA, P., *Manual Práctico de propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 2ª ed., 2018, pp. 62-64.

²¹ Sin mayor trascendencia jurídica, a grandes rasgos, se consideran intérpretes los directores y los solistas y ejecutantes los integrantes de una orquesta o músicos; no obstante, legalmente se agrupan todos ellos bajo una misma figura, sin diferenciación a efectos jurídicos: el artista intérprete o ejecutante, tal y como se

la situación de que en la versión original tanto el autor como el artista sea la misma persona, de manera que no nacería ningún tipo de derecho a favor de terceros pero también podría darse el caso de que un director de orquesta la interprete en la forma que él mejor considere. Además, si se realiza la grabación de la interpretación de estos artistas y se recoge en un formato digital, que puede ser en una pista mp3, tomará parte en ella un productor que ostentará igualmente unos derechos sobre la obra.

Partiendo de esa idea de que el derecho de autor es el derecho originario del cual se crean o derivan los demás derechos, el autor, por el hecho de ser la persona natural que crea una obra original, goza de unos derechos exclusivos inherentes a él. Como se ha mencionado anteriormente, los derechos de autor se dividen en dos ámbitos, los derechos personales o morales y los patrimoniales, siendo los primeros exclusivos e inalienables. Ante este haz de facultades, mientras que los derechos morales resultan irrenunciables e ilimitados en el tiempo, los patrimoniales gozan de carácter traslativo, por lo que pueden ser transmitidos a un tercero, además de ser limitados en el tiempo, ya que con la extinción de los derechos de explotación la obra será considerada como dominio público²².

2. Nacimiento

Como todo derecho subjetivo, también el derecho de autor goza de un proceso de creación o que la doctrina conoce como nacimiento (que puede ser por ley o por convenio de las partes) y en última instancia se extingue. Sin embargo, a diferencia de otros derechos que tienen una fecha clara de inicio y de fin (como pueden ser los derechos asociados a la personalidad como la vida, la integridad física, el honor, etc., que se adquieren con el nacimiento y se extinguen con la muerte de la persona, o la propiedad, que se puede adquirir con la formalización de un contrato de compraventa y puede finalizar por la venta o por la destrucción del objeto), la propiedad intelectual, además del carácter temporal antes enunciado, suscita cierta controversia por lo que hace a la determinación del momento en el que nace. Pues, en efecto, debería tomarse como punto de partida la fecha de nacimiento de la obra pero, al tratarse de un derecho sobre un bien inmaterial, y como sucede en un gran número de ámbitos del Derecho, no existe unanimidad acerca del

aprecia en el artículo 3 de la Convención de Roma de 1961 sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión y en el artículo 105 LPI.

²² Véase en este sentido, respectivamente, los artículos 26, sobre la protección de los derechos de explotación, y 41 LPI, sobre dominio público: “*Los derechos de explotación de la obra durarán toda la vida del autor y setenta años después de su muerte o declaración de fallecimiento.*” y “*La extinción de los derechos de explotación de las obras determinará su paso al dominio público*”.

momento en el que se considera que la obra ha sido creada, máxime teniendo en cuenta que el artículo 1 LPI provoca desconcierto cuando alude al “*solo hecho de su creación*”.

Partiendo de la idea de que la vigente LPI no contiene un requisito formal acerca de la inscripción de la obra en el RPI, una primera corriente doctrinal entiende una obra creada cuando esta ha sido terminada y ya disponemos de la versión definitiva, consecuentemente, ese sería el momento del nacimiento de los derechos de autor sobre dicha obra. En palabras de RODRÍGUEZ TAPIA: “crear una obra consiste en plasmar en una forma exterior una obra original, en parte o en todo, perceptible por los sentidos”²³. Una segunda corriente, en cambio, considera que el nacimiento de los derechos de autor tiene lugar antes de que la obra sea terminada. Esta teoría encuentra refuerzo en el artículo 10 LPI cuando recoge los ensayos y los bocetos (que son obras inacabadas) en su apartado e) entre las obras originales, de tal manera que gozan de la protección propia de la propiedad intelectual. Además, el artículo 92.1 LPI, en referencia a la obra audiovisual (pero única y exclusivamente a ella) señala que se considerará terminada cuando haya sido establecida la versión definitiva. De esta manera, podemos considerar que los derechos de autor nacen con la obra que consideramos empezada, teniendo en cuenta que tenga cierto desarrollo, a fin de que el autor pueda protegerla y, si fuera preciso, inscribirla en el RPI, aunque sin perjuicio de que una vez terminada, la obra definitiva sustituya a la que se encontraba en proceso de creación²⁴.

Aprovechamos para recordar de manera breve que a la mera creación se le añade el requisito de la originalidad, requisito sin el cual la obra no será considerada como tal a efectos de protección bajo la LPI. Junto con ello cabe mencionar que la obra ha de estar plasmada de un modo externo (como puede ser un lienzo en caso de obras artísticas o en un disco en el caso de obras musicales), ya que la LPI protege las obras una vez plasmadas y no protege las ideas. De hecho, al considerar las obras que están empezadas como originales y, por tanto, susceptibles de protección, entendemos que no protege las ideas, sino que estas hayan sido plasmadas, momento en el que nacen los derechos de autor.

²³ RODRÍGUEZ TAPIA, J.M, “Comentario al artículo 1”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, dir. por RODRÍGUEZ TAPIA, J.M., Aranzadi, Cizur Menor, 2ª. ed., 2009, p. 42.

²⁴ BARBERAN MOLINA, *Manual Práctico...*, cit., pp. 33-36.

3. Facultades

Aunque consideremos el derecho de autor como el derecho originario del que derivan los demás derechos mencionados (ya que sin la creación de una obra resulta imposible que haya más derechos aparte del derecho de autor), la realidad es que el derecho originario es la propiedad intelectual como tal, y de esta nacen unas facultades que corresponden a cada sujeto por su grado de participación en la obra creada amparada bajo la LPI. Dichas facultades son consideradas erróneamente “derechos” tras la lectura de la LPI, que curiosamente habla de un derecho, la propiedad intelectual, compuesto por varias facultades llamadas *derechos*, ya que gozan de independencia entre sí y adquieren un carácter sustancial de forma que actúan por sí solos: los derechos morales (arts. 14 a 16), los derechos de explotación (arts. 17 a 23) y otros derechos (arts. 23 a 24). Resulta de fácil solución el realizar un análisis de la propiedad ordinaria para entender el concepto: propiedad, como derecho subjetivo paradigmático, un poder jurídico, compuesto por un haz de facultades, cuyo ejercicio y defensa le corresponde al titular. Lo mismo sucede con la propiedad intelectual que poco o nada se aleja de la anterior definición, ya que en resumen es una propiedad especial²⁵. Se diferencian entre sí en la protección otorgada: mientras que la propiedad protege el patrimonio (ante una inundación quedará cubierto y será indemnizado el valor de los daños, sin añadir que entre ellos se encuentre la pérdida de unos pantalones te gusten mucho), en la propiedad intelectual quedan protegidos tanto el ámbito patrimonial como el moral (derecho de paternidad e integridad) y la vulneración de estos últimos conllevará una indemnización sin perjuicio de la responsabilidad por vulneración de los derechos patrimoniales²⁶.

3.1. Derechos morales

En primer lugar, nos encontramos con los llamados derechos morales del autor. Es con la LPI de 1987 cuando aparecen expresamente recogidos, aunque anteriormente ya se encontraran aceptados como era el caso en la Ley de 1879, la Ley del Libro de 1975 y la de Propiedad Intelectual de obras cinematográficas de 1966²⁷. Se trata de un derecho personalísimo, consiguiendo así proteger a la persona del autor a través de su obra, siendo

²⁵ AA.VV., *Colección de propiedad intelectual: Manual de derecho de autor*, dir. por ROGEL VIDE, C., Reus, Madrid, 2008, pp. 35-36.

²⁶ BARBERAN MOLINA, *Manual Práctico...*, cit., p. 81.

²⁷ PLAZA PENADÉS, “Comentario...”, cit., pp. 275-277.

estos los derechos más unidos al autor respecto a la obra que ha creado (como la filiación de unos padres respecto de sus hijos), siendo estos irrenunciables e inalienables. El carácter irrenunciable lo entendemos como la imposibilidad del autor de renunciar a sus prerrogativas morales con carácter general y previo, así, todo pacto en sentido contrario será considerado nulo de pleno derecho y podrá ser apreciado de oficio, aunque sea posible la renuncia del derecho a la integridad de la obra o al ejercicio de uno o varios derechos de esta, siendo nulas las cláusulas de renuncia, bien sean generales o bien relativas al ejercicio futuro de los derechos morales. Además de irrenunciables, los derechos morales resultan inalienables, esto se debe a su poca trascendencia económica, es decir, no es posible su determinación en una cantidad dineraria, y es por lo que se encuentran fuera del comercio²⁸; además debe mencionarse que en el ámbito del Derecho internacional no existe una armonización de los derechos morales, apuntando esto a que no es una materia que afecte al mercado interior²⁹.

En torno a los derechos morales existe la discusión doctrinal acerca de su consideración como derechos de la personalidad y tal y como afirma BERCOVITZ, pues no existe derecho moral sin obra, de manera que el derecho moral no protege a toda persona sino solo a la que ostenta la condición de autora, que lo adquiere a través del producto de su creación. Aunque resulta evidente su similitud con ciertos caracteres que se atribuyen a los derechos de personalidad, como pueden ser el honor o la integridad, y es precisamente de esa similitud que surge un régimen normativo parecido en cuanto a su ejercicio y disposición contractual³⁰, tienen una distinta protección ya que los derechos como el honor o la integridad gozan de su consideración como derechos fundamentales, mientras que los derechos morales no, tal y como sucede con los derivados de la propiedad intelectual.

En cuanto al contenido de estos tal y como se deduce del artículo 14 LPI, los derechos morales del autor constan de siete facultades³¹. Se trata de una lista *numerus clausus* y,

²⁸ MARTINEZ ESPÍN, P., “Comentario al artículo 14”, en *Comentarios a la ley de propiedad intelectual*, coord. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Tecnos, Madrid, 4ª ed., 2019, pp. 210-211.

²⁹ VENDRELL CERVANTES, C., “Sujeto, objeto y contenido”, en *Comentarios a la ley de propiedad intelectual*, dir. por PALAU RAMIREZ, F. y PALAO MORENO, G., Tirant lo Blanch, Valencia, 2ª edición, 2018, pp. 277.

³⁰ VENDRELL CERVANTES, “Sujeto...”, cit., pp. 279-280.

³¹ Véase el artículo 14 LPI, para el desglose de las facultades: “Corresponden al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables: 1.º Decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma. 2.º

en resumen, son agrupadas doctrinal y jurisprudencialmente en seis derechos o facultades: el derecho de divulgación, de paternidad, de integridad de la obra, de modificación, de retirada y de acceso al ejemplar único o raro. Cabe mencionar que aunque se engloben bajo la denominación de derechos morales, existe una gran diferencia en el ejercicio de cada uno, que es de diversa índole: mientras que hay facultades que se agotan con el ejercicio (como es en el caso del derecho de divulgación, de ejercicio único), hay otras que se ven reforzadas con él (el derecho a exigir la integridad de la obra, cuyo ejercicio consiste en reclamar el respeto de la obra ante modificaciones o deformaciones que supongan un menoscabo en los intereses y en la reputación del autor). Además, hay otras derechos que se pueden accionar *post mortem auctoris* (así, por ejemplo, el derecho de paternidad), mientras que otros tienen límites temporales a su ejercicio (véase el derecho a la divulgación), y, a su vez, otros no son susceptibles de ejercicio en las mismas circunstancias (modificaciones). Por último, existen algunas facultades cuyo ejercicio es absoluto e ilimitado (paternidad), mientras que otras solo son posibles una vez realizada la acción (arrepentimiento), o se ven limitadas por derechos de terceros (modificaciones)³². Téngase en cuenta, sin embargo, que aunque sean tratados como independientes, resulta imposible obviar su estrecha relación con los derechos patrimoniales, ya que a veces uno nace a consecuencia del otro y otras veces el sentido de uno se consigue gracias a otro. Para mayor entendimiento, serán brevemente explicados a continuación:

- El derecho de divulgación: su definición se extrae del artículo 4 LPI, cuando dice que se entiende por divulgación de una obra toda expresión de la misma que, con el consentimiento del autor, la haga accesible por primera vez al público en cualquier forma, aunque quede reconocido por medio del artículo 14.1 LPI. Se trata de una facultad potestativa ya que le corresponde al autor la decisión plena de hacer la obra pública además de lo que ello conlleva, como el modo de su

Determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente.3.º Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra.4.º Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación.5.º Modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural.6.º Retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación. Si, posteriormente, el autor decide reemprender la explotación de su obra deberá ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular de los mismos y en condiciones razonablemente similares a las originarias.7.º Acceder al ejemplar único o raro de la obra, cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda.”

³² ROGEL VIDE y SERRANO GÓMEZ, *Manual...*, cit., pp. 36-39.

puesta a disposición (bien sea solamente en internet, a través de un disco, etc.), o si la obra será divulgada con su nombre real o artístico³³, que se hace efectivo si se ejercita el derecho a la paternidad de la obra. Resulta un acto único e irrepetible, es decir, este derecho se extingue una vez la obra ha sido publicada. Aunque este derecho sea de carácter personal o moral, si se realiza a través del ejercicio del derecho a la explotación, una vez que este es puesto en práctica, sucede una patrimonialización de la obra (aunque existan excepciones³⁴) o dicho en otras palabras, la obra se publica en el mercado y a través de las ventas el autor consigue un rendimiento económico de la misma.

- Derecho de paternidad: nos encontramos ante un derecho que presenta dos vertientes, una positiva, que consiste en el derecho a exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra y una negativa, que según el artículo 14.2 LPI otorga al autor la posibilidad de ocultar la paternidad de la obra a través de su publicación anónima o bajo seudónimo o signo (entendido como tal cuando un autor firma con un nombre comercial). Esta última situación no resulta irreversible ya que el autor se guarda para sí el derecho de revelación, es decir, el uso de su nombre auténtico cuando utilizó un seudónimo o publicó de manera anónima. Con ello se consigue la gestión de los derechos de propiedad intelectual además de una modificación en el cómputo del plazo para la protección de los derechos de explotación, pues en aplicación de los artículos 26 y 27.1 LPI, la protección del derecho se alargaría de los setenta años desde la divulgación lícita de la obra a los setenta años desde el fallecimiento del autor³⁵.

Aunque la norma general es el carácter irrenunciable de los derechos morales, cabe mencionar que existen excepciones, con un fin lucrativo a modo de parecer más atractivo al público. La renuncia puede ser expresa; y esta sucede por el

³³ VENDRELL CERVANTES, “Sujeto...”, cit., pp. 289-290.

³⁴ Sirva a modo de matización y excepción el artículo 56.2 LPI: “*el propietario del original de una obra de artes plásticas o de una obra fotográfica tendrá el derecho de exposición pública de la obra, aunque ésta no haya sido divulgada, salvo que el autor hubiera excluido expresamente este derecho en el acto de enajenación del original.*”

³⁵ En este sentido, el artículo 27.1 LPI señala expresamente que “*Los derechos de explotación de las obras anónimas o seudónimas a las que se refiere el artículo 6 durarán setenta años desde su divulgación lícita. Cuando antes de cumplirse este plazo fuera conocido el autor, bien porque el seudónimo que ha adoptado no deje dudas sobre su identidad, bien porque el mismo autor la revele, será de aplicación lo dispuesto en el artículo precedente.*”

modo de explotación, o su naturaleza, como es el ejemplo de las obras colectivas que se publican bajo el nombre de la persona natural o jurídica que las edita. La renuncia puede ser abdicativa, cuando el autor consiente en no manifestar su paternidad intelectual o traslativa, cuando la paternidad se realiza a favor de un tercero en virtud de los contratos de arrendamiento o de trabajo, aunque se cuestiona la posible nulidad de las cláusulas contractuales en las que se renuncia a la paternidad, ya que como se ha mencionado anteriormente, los derechos morales son irrenunciables además de *res extracomercium* y, por lo tanto, el objeto del contrato podría reputarse ilícito³⁶, pues nos recuerda el artículo 1271 del CC en su primer y tercer párrafo, que: *“Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras... Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres”*. Ahora bien, de acuerdo con las palabras de BERCOVITZ, el objeto del contrato podría ser lícito siempre y cuando esta renuncia no sea general o global y sea una renuncia concreta y temporal que permita ser revocada, de manera que no se permite la renuncia del derecho sino de un aspecto concreto del mismo.

Esta facultad se encuentra, en fin, intrínsecamente relacionada con el tema objeto de análisis en este trabajo, ya que su vulneración más común resulta el plagio, como también el uso incorrecto del derecho de cita³⁷.

- Derecho a la integridad de la obra: mientras que el derecho de divulgación se materializa en la elección del autor de la forma en la que publica su obra, el derecho a la integridad de la obra entra en juego a la hora de proteger precisamente la forma en la que fue publicada dicha obra. A grandes rasgos, el derecho a la integridad de la obra pretende evitar la deformación, mutilación o alteración de la misma a fin de que no se hallen menoscabados los intereses y la reputación del autor. A tales efectos, los intereses del autor se conciben como el conjunto de los elementos estéticos e ideológicos que determinan la posición y el valor del autor en un determinado momento histórico, según el tipo de sociedad a la que pertenezca, mientras que la reputación artística y profesional

³⁶ MARTINEZ ESPÍN, “Comentario al artículo 14”, cit., pp. 219-220.

³⁷ BARBERAN MOLINA, *Manual Práctico...*, cit., pp. 84-85.

puede definirse como el sentimiento personal del autor sobre la propia capacidad creativa en relación a la obra determinada³⁸. Dichas modificaciones pueden ser pactadas, a través de diferentes tipos de contratos, mientras que en el contrato de cesión para la adaptación de una obra, el cesionario goza de mayor libertad de tratamiento de la obra pero no puede mediante la adaptación desfigurar la trama argumental, es decir, podría llevar a cabo las modificaciones exigidas por la obra derivada siempre que respete el espíritu y el estilo de la obra preexistente en el contrato de representación teatral, con lo que poco margen queda a su libre interpretación³⁹, ya que el deber de respeto es absoluto.

- Derecho de modificación: se recoge en el artículo 14.5 LPI, cuando prevé que el autor tiene derecho a modificar la obra respetando únicamente dos límites: los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de Bienes de Interés Cultural. Este derecho, aunque sea reconocido de forma autónoma, es en una doble vertiente expresión del derecho fundamental a la libre creación artística configurado en el artículo 20.1.b CE, además de la vertiente positiva del derecho moral a la integridad, lo que habilita a realizar al autor, como es lógico, las modificaciones que crea oportunas sobre su obra. Los límites recogidos de respetar los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de Bienes de Interés Cultural, resultan límites legales, cuyo contenido es, por lo demás, obvio: primero, porque modificar una obra en la cual un tercero adquirió los derechos, implicaría la modificación de obra de propiedad ajena, cuando es claro que los principios básicos del Derecho privado impiden que un tercero altere la cosa ajena sin autorización de su propietario⁴⁰; y, segundo, porque según lo que dispone el artículo 9 de la Ley 16/1985 de 24 de junio, de Patrimonio Histórico Artístico⁴¹, no se podrá declarar Bien de Interés Cultural la obra de un autor vivo (*ergo* el autor fallecido pierde los derechos de modificación sobre la obra), pero el vivo nunca podrá perderlos por esta causa, además de que el bien declarado de Interés Cultural pasa a ser propiedad de la Administración, con lo

³⁸ MARTINEZ ESPÍN, “Comentario al artículo 14”, cit., p. 223.

³⁹ CAMARA ÁGUILA, M. P, “El derecho moral del autor”, en *Manual de propiedad intelectual*, coord. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Tirant lo Blanch, Valencia, 9ª ed., 2019 pp. 137-139.

⁴⁰ VENDRELL CERVANTES, “Sujeto...”, cit., p. 299.

⁴¹ Véase el contenido del artículo: “no podrá ser declarada Bien de Interés Cultural la obra de un autor vivo, salvo si existe autorización expresa de su propietario o media su adquisición por la Administración”.

que estaríamos en el primer supuesto, que prohíbe la modificación de la obra de propiedad ajena.

- El derecho de retirada o de arrepentimiento: el autor tiene el derecho a retirar la obra del comercio por cambio en sus convicciones morales, previa indemnización de los daños y perjuicios a los titulares de los derechos de explotación. El ejercicio de este derecho se ejerce contra el que ostenta los derechos de explotación y no la mera propiedad, por lo que es un derecho destinado a extinguir o paralizar la comercialización de la obra en cuestión. En cuanto al interés práctico no es de mucho peso, ya que es algo que no sucede de forma común y su supresión no tendría graves consecuencias para los intereses del autor⁴².
- El derecho de acceso al ejemplar único o raro: el ejercicio de este derecho supone el acceso a la obra cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda. De forma general, se ejercita por autores de obras plásticas y su ejercicio no permite exigir el desplazamiento de la obra, que se llevará a cabo en el lugar y forma que menos perjuicios cause al poseedor.

Esto sucede, siguiendo el ejemplo de BARBERAN MOLINA, en el caso de un pintor o escultor al que se le encarga una obra para ser exhibida en un hotel permanentemente. Al cabo de los años se hace una remodelación del hotel y cambia su decoración, y el autor se pregunta: ¿dónde estará mi obra?, ¿la abran tirado?, ¿habrá sufrido algún deterioro? Y entonces ejercita este derecho, para, al menos, comprobar que no ha desaparecido. También puede darse el caso del fotógrafo que quiere acceder a los originales o negativos que queden en depósito en un periódico o una editorial⁴³.

3.2 Derechos patrimoniales o de explotación

Como se deduce del artículo 2 LPI⁴⁴, junto con los derechos morales (anteriormente explicados) los derechos patrimoniales conforman el conjunto de derechos de autor.

⁴² VENDRELL CERVANTES, “Sujeto...”, cit., p. 300.

⁴³ BARBERAN MOLINA, *Manual Práctico...*, cit., p. 88.

⁴⁴ Véase en este sentido el artículo 2 LPI: “*La propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley*”.

Aunque se entiendan de manera independiente, existe una relación muy estrecha entre ambos ya que en muchos casos se interrelacionan. Los derechos patrimoniales (contenidos en los artículos 18 a 23 LPI) le corresponden al autor en exclusiva, por lo que podríamos entender que goza del monopolio para la explotación de su obra, entendido como el derecho a obtener un rendimiento económico de ella. Ese monopolio implica que no se puede realizar ninguna actividad económica sobre la obra en cuestión sin el permiso o consentimiento expreso del autor. Cabe mencionar que en el artículo 17 LPI se mencionan unas condiciones o formas en la que el rendimiento económico sobre la obra puede ser obtenido (mediante su “reproducción, distribución, comunicación pública y transformación”), pero nos encontramos ante la gran pregunta: ¿estamos ante una lista *numerus clausus*? Pues lo cierto es que jurisprudencial y doctrinalmente se entiende que no; al contrario, se interpreta que el artículo 17 tiene carácter enunciativo y recoge las formas típicas y más frecuentes de explotación de la obra, cuya enumeración no es, por tanto, exhaustiva, y más teniendo en cuenta que antes de la enumeración se recoge la expresión, “en especial”⁴⁵, con lo que se hace hincapié en que existen esas formas pero se deja la puerta abierta a otras distintas.

Y sin más dilación y entrando a analizar el contenido de cada uno de ellos, esta “lista” está formada por los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación. Haremos especial hincapié en este último ya que es el más relevante en cuanto a la materia estudiada en el presente trabajo, además de ser el puente a lo que es objeto de análisis después: el plagio.

En primer lugar, el derecho de reproducción, según el artículo 18 LPI, se entiende como la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias. Lo que básicamente quiere recoger este artículo es el derecho a la mera producción de ejemplares de la obra, de producción de copias de las mismas⁴⁶. Históricamente se ha relacionado en un inicio con la imprenta, que facilitó la producción

⁴⁵ Véase en este sentido el artículo 17 LPI: “Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley”

⁴⁶ BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., “Los derechos de explotación”, en *Manual de propiedad intelectual*, coord. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Tirant lo Blanch, Valencia, 9ª ed., 2019, p. 84.

de copias de los manuscritos. Musicalmente hablando el derecho de reproducción siempre se ha asociado a los *cassettes*, a los vinilos, a los discos, pero como en todos los ámbitos esto ha ido cambiando. Mientras que el concepto básico siempre ha sido entendido como la producción de copias físicas, con la llegada de las nuevas tecnologías como el internet, el concepto se ha adaptado a las nuevas realidades, como, por lo demás, ya previno la LPI con la introducción de la expresión “por cualquier medio y en cualquier forma”. El concepto en origen se mantiene intacto desde 1987, exceptuando por la transposición de la Directiva 2001/29 a través de la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, que añade las expresiones “fijación directa o indirecta, provisional o permanente” a lo redactado en el artículo 18 de la propia LPI, sin realmente alterar el significado global⁴⁷. Por lo que además de la realización de copias físicas, existe la posibilidad de realizar una copia digital. El derecho de reproducción, como los demás derechos patrimoniales, goza de una independencia frente a los demás, pero normalmente se configura como el paso previo de la posterior distribución, aunque al ser independiente pueden gozar de la titularidad personas diferentes.

En segundo lugar, encontramos el derecho de distribución, que bajo lo recogido en el artículo 19 LPI, se entiende como la puesta a disposición del público del original o de las copias de las obras, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier forma. Junto con el anterior, el derecho de distribución ha sido la facultad predominante en la explotación de la obra, especialmente en los sectores discográfico y editorial. La facultad corresponde en exclusiva al autor o a quien este se la haya traspasado o cedido, pero este derecho de distribución solo actúa frente a la primera transmisión, lo que conocemos como “agotamiento” del derecho de distribución, es decir, se incurriría en vulneración del derecho por la copia ilegal del contenido, pero no cuando una persona compra un disco, por ejemplo, y al cabo del tiempo esta misma persona lo vende a un tercero. ¿Y esto por qué? Porque entramos en una confrontación entre *corpus mysticum* – *corpus mechanicum* y de propiedad intelectual y ordinaria. Ya que la adquisición de una copia de la obra no le transfiere al adquiriente ningún derecho sobre la obra sino simplemente sobre el disco, un bien mueble que está dentro del tráfico de

⁴⁷ CASTELLÓ PASTOR, J. J., “Comentario al artículo 18” en *Comentarios a la ley de propiedad intelectual*, dir. por PALAU RAMIREZ, F. y PALAO MORENO, G., Tirant lo Blanch, Valencia, 2ª ed., 2018., p. 324.

comercio, por lo que una vez hecha la primera venta el autor o los autorizados pierden del derecho a controlar los actos posteriores de distribución⁴⁸. Cabe destacar, por último, que ante un mismo hecho de distribución de la obra podemos situarnos bajo el amparo de dos artículos distintos, ya que este derecho engloba, por un lado, la distribución de la obra tangible, y, por otro, cuando la obra se distribuye de manera digital, estaremos ante una comunicación pública, prevista en el artículo 20 LPI, y que a continuación exponemos.

En tercer lugar, encontramos, así, el derecho de comunicación pública, entendido como todo acto por el cual una pluralidad de personas puede tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. Es, sin duda, la facultad más extensa en cuanto a su redacción en el texto de la ley, ya que recoge los medios a través de los cuales puede darse. Se considera imprescindible que el acto se realice para un público, quedando excluido el carácter doméstico del acto. La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2010 (RJ 2010/502) establece que hay “comunicación” porque basta que la obra se ponga a disposición del público para que pueda acceder a ella y comunicación “pública” porque hay una pluralidad de personas -un número indeterminado de telespectadores potenciales- que pueden acceder, sin que sea relevante la determinación numérica de los destinatarios. Además, la referencia a que la entidad receptora es un consumidor carece de interés pues lo trascendente es que, cualquiera que sea su naturaleza, constituya entidad distinta de la de origen de la señal. Finalmente, resultan indiferentes el modo de interconexión en la red, ya se alámbrica o inalámbrica, o si la entidad que hace accesible el contenido obtiene o no un lucro económico.

En cuarto y último lugar, pero no por ello menos importante, encontramos el derecho de transformación, cuyo análisis nos servirá para el posterior desarrollo del plagio, en referencia a la obra derivada. Dicho derecho queda bajo la regulación del artículo 21 LPI, que lo expone de la siguiente forma: “1. La transformación de una obra comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente... 2. Los derechos de propiedad intelectual de la obra resultado de la transformación corresponderán al autor de esta última, sin perjuicio del derecho del autor de la obra preexistente de autorizar, durante todo el plazo de protección de sus

⁴⁸ LOPEZ-TARRUELA MARTÍNEZ, A., “Comentario al artículo 19” en *Comentarios a la ley de propiedad intelectual*, dir. por PALAU RAMIREZ, F. y PALAO MORENO, G., Tirant lo Blanch, Valencia, 2ª ed., 2018., pp. 343-344.

derechos sobre ésta, la explotación de esos resultados en cualquier forma y en especial mediante su reproducción, distribución, comunicación pública o nueva transformación.”

En resumen y siguiendo las palabras de ERDOZAIN LÓPEZ, J.C, es el derecho exclusivo a modificar o transformar una obra, adquiriendo así la titularidad de la obra derivada o compuesta resultante de dicha transformación⁴⁹. El derecho de transformación se sustancia en el hecho de modificar una obra, de la cual derivan unos derechos de los que es titular su autor, quien ha de permitir esas modificaciones; debe tratarse, no obstante, de una modificación sustancial, de tal manera que el resultado sea una obra nueva o diferente, de la cual derivan unos nuevos derechos cuyo titular será el creador de la nueva obra (en el caso de que el artífice de las modificaciones no sea, claro está, la misma persona).

V. LA OBRA MUSICAL

1. Concepto

Hablar de obra musical, nos lleva a pensar en cantantes, compositores, productores, discográficas, canciones, etc.; básicamente, todo lo que englobamos bajo el concepto música y una obra musical es la plasmación de notas musicales en sonidos. Esta actividad se realiza desde que tenemos conocimiento sobre nuestros antepasados, y junto con la evolución de la elaboración de obras musicales su concepto tanto como su protección ha ido variando tal y como hemos mencionado anteriormente, de meros sonidos destinados a las divinidades hasta las canciones más pegadizas actuales en géneros como el *reggaetón* o el *Hip-Hop*.

La música es un ámbito bicéfalo ya que se estudia como arte y como ciencia: arte, como lenguaje universal, como la plasmación de la creatividad humana en la transformación de unos sonidos en un orden lógico para la creación de una melodía armónica; ciencia, como estudio del fundamento teórico que se sustenta en las matemáticas. La música como concepto general y único dispone de unos elementos asociados en su caso a la obra musical: el ritmo (la sucesión ordenada de los sonidos, a través del orden se consigue una

⁴⁹ ERDOZAIN LÓPEZ, J.C, “Los derechos de explotación”, en *Manual de propiedad intelectual*, coord. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Tirant lo Blanch, Valencia, 9ª ed., 2019, p. 99.

sucesión lógica), la melodía (la ejecución sucesiva de los sonidos a distinta o igual altura) y la armonía (la ejecución simultánea de uno o más sonidos, interpretados como acordes). Además, estos elementos cuentan con unas cualidades: la altura (entendida como entonación, de aguda a grave), la intensidad (la fuerza con la que se hace sonar el instrumento) y el timbre (el mismo sonido a diferente altura, que nos habilita a diferenciar si ha sido una vocal, un piano o una guitarra).

Visto lo anterior, en un primer lugar, para la existencia de una obra musical, necesitamos de una composición instrumental (un ritmo de guitarra, de piano o de cualquier instrumento). La obra musical puede estar compuesta por esta sola y así pasar al siguiente paso, el considerarla obra de protección bajo la LPI. En otros casos esa composición instrumental puede ir acompañada de una vocal, o puede darse la situación en la que la obra sea una *acapella*, un solo de voz. Posteriormente, la obra, cuando sea publicada o dada a conocer al público, llevará una señal de identidad, el nombre de la obra. Este como está compuesta la obra, va a ser por elementos relacionados entre sí pero independientes entre ellos en su protección (en el caso de la composición instrumental más vocal, estará protegida la instrumental como elemento musical, la partitura en términos generales, y la vocal como texto que acompaña la instrumental).

Una vez analizado el esqueleto de una obra musical, en segundo lugar, debemos analizar la obra musical como objeto del Derecho. La obra es el objeto sobre el que recae el derecho de autor, y más específicamente en el caso que nos concierne, la obra musical. Es el elemento más importante dado que su existencia conlleva el nacimiento de los derechos de autor además de determinar qué tipo de alcance tendrá el derecho creado. Esta queda regulada bajo el artículo 10.2 de la LPI. Aunque el artículo 10 contenga una lista mediante la cual se recojan los tipos de obras que quedarán bajo protección, entre la doctrina se discute sobre la exhaustividad de esta lista, decantándonos por que esta sea “*numerus apertus*” siguiendo a autores como BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO⁵⁰,

⁵⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Comentario al artículo 1”, cit., p. 21. Al criticar lo contenido en el artículo 10 señala que “*se protegen las obras del espíritu, cualquiera que sea el género al que pertenezca... Cuando la creación no corresponda a ninguno de esos campos resulta dudoso admitir la existencia de propiedad intelectual en nuestro ordenamiento... esa duda debe desaparecer cuando la Ley contemple expresamente como obra un objeto que no corresponda a ninguno de esos campos. Así ocurre con los programas de ordenador*”.

ANGUITA VILLANUEVA, AYLLON SANTIAGO⁵¹ y BARBERAN MOLINA⁵². Y esto se debe a que la lista mencionada es de carácter ejemplificativo e, independientemente del carácter literario, artístico o científico, lo que se protege de la obra es su originalidad y la expresión formal de esta⁵³. Además de parte de la doctrina, la jurisprudencia del TS ha optado también por la consideración de la lista contenida en el artículo 10 como de “*numerus apertus*”, ya que, en principio, ciertas creaciones podrían quedar fuera de lo artístico, literario o científico pero amparadas por el hecho de su originalidad, creatividad humana e innovación, en sentido de originalidad objetiva.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 enero de 1996 (RJ 1996\540) la obra en conflicto consta de un mecanismo de apertura y cierre para la mampara de la ducha, que además de ello da protección a la creación del folleto de instrucción, por gozar de originalidad independientemente de su carácter literario, al afirmar “*que cualquiera que sea el valor literario del folleto, entendido como calidad noble del arte de la expresión por medio de la palabra, lo que la Ley protege es la creación original de una composición del lenguaje escrito de modo que en el caso tal característica se da*”.

De igual manera ocurre en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 mayo de 2002 (RJ 2002\6744) en la que la obra en conflicto se trata de un anuncio de ofertas de empleo en un periódico, al considerar que aunque no se encasille dentro de un estilo, hay que entender como amplia la definición de este artículo: “*Pues no se puede aceptar que con un enfoque hermenéutico de la normativa de la propiedad intelectual, dichos anuncios de ofertas laborales recogidos de una publicación por otra, ya sea "per se" o como integrantes de un "totum", deban quedar sin el amparo lógico de toda propiedad intelectual, por no tener tal naturaleza. Y ello no es asumible, desde el instante mismo que dichos anuncios conocidos con la denominación de "ofertas de empleo o trabajo", suponen lisa y llanamente una actividad creativa con cargas de originalidad, que no puede encasillarse en cláusulas de estilo o usos tipográficos. No hay que olvidar en ese aspecto, que un ofrecimiento de un puesto de trabajo, con la carga socio-económica que supone, precisa una actividad intelectual de cierto calado para hacer atractiva la oferta y con el fin de obtener un éxito que redundaría a favor, tanto del oferente como del futuro solicitante, así como*

⁵¹ De igual manera ANGUITA VILLANUEVA, L., y AYLLÓN SANTIAGO, H., “Nuevas fronteras del objeto de la propiedad intelectual”, en *Colección de Propiedad Intelectual*, Reus, Madrid 2008, p. 21, recogen que “*no parece lógico establecer una enumeración de supuestos y pretender que la misma permanezca inalterable e inmutable a la evolución social y tecnológica, ello supone dar la espalda a la realidad*”.

⁵² En este sentido se pronuncia también BARBERAN MOLINA, *Manual Práctico...*, cit., p. 48: “*cuando la LPI, al numerar las obras señala “comprendiéndose entre ellas” significa que no solo las relacionadas en el artículo 10 pueden llegar a ser obras protegidas, dejándose la puerta abierta a otro tipo de obras*”.

⁵³ GARCÍA SEDANO, T., “Análisis del criterio de originalidad para la tutela de la obra en el contexto de la ley de propiedad intelectual”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, nº 49, 2016, pp. 251-274.

del medio en el que se plasma la misma, que tiene, por ello, el derecho a ser protegido en su afán creador.”

2. La obra musical original

Visto lo anterior, no basta con la creación para ser considerada automáticamente como obra musical, es decir como obra protegible bajo la LPI. Nos encontramos aquí ante el hecho más importante que caracteriza los derechos de autor y la propiedad intelectual en su totalidad, el hecho de la creación intelectual original de un ser humano (no son obras las realizadas por un animal o la naturaleza)⁵⁴, elemento sin el cual no nacerá ninguna de las dos⁵⁵. Aunque sí es cierto que en el artículo 1 de la LPI se recoge la protección por “el mero hecho de su creación”, no hay que olvidar el artículo 10, cuando aclara que “son objeto de protección todas las obras originales”. Dicho término fue introducido por primera vez en la ya derogada Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, en su artículo 10, mantenido en su totalidad por la vigente LPI. Y aquí es donde encontramos el problema, puesto que la ley no define ni especifica el término *original*. De este modo, han sido los tribunales a través de su jurisprudencia los que han ido delimitándolo.

La originalidad puede ser apreciada en un doble prisma, en su vertiente subjetiva y en su vertiente objetiva. Según la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1992 (RJ 1992\8286), por la primera se entiende que la obra es original cuando refleja la personalidad del autor, mientras que la segunda entiende originalidad como novedad objetiva. Así, la originalidad es el requisito legal exigido por la legislación de la propiedad intelectual, en su caso los derechos de autor, entendiendo así que tiene un sentido subjetivo, como manifestación de los rasgos personales de su autor, mientras que la novedad (requisito indispensable para la protección por el derecho de patentes⁵⁶), tiene un significado objetivo, como realidad no existente con anterioridad a su creación, o como

⁵⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “La obra...”, cit., p. 54.

⁵⁵ BARBERAN MOLINA, *Manual Práctico...*, cit., p. 35.

⁵⁶ Véanse los artículos 4.1 y 6.1 y 2 de la Ley 24/2015, de Patentes, respectivamente:

“Artículo 4. Invenciones patentables. 1. Son patentables, en todos los campos de la tecnología, las invenciones que sean nuevas, impliquen actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial.

Artículo 6. Novedad. 1. Se considera que una invención es nueva cuando no está comprendida en el estado de la técnica. 2. El estado de la técnica está constituido por todo lo que antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente se ha hecho accesible al público en España o en el extranjero por una descripción escrita u oral, por una utilización o por cualquier otro medio.”

creación no comprendida hasta ese momento en el estado de la técnica. Aun así, no hay que confundir el término “novedad” empleado en la Ley de Patentes con la originalidad objetiva, ya que el primero se caracteriza por su naturaleza específica y restrictiva. Por lo que las obras intelectuales son novedosas cuando no se haya creado ninguna obra similar con anterioridad⁵⁷. En palabras de PLAZA PENADÉS, una obra novedosa es necesariamente original, pero una obra original no tiene por qué ser novedosa, puesto que en el sentido del término original del artículo 10 LPI, no debe identificarse originalidad objetiva con novedosa, ya que se produciría una injustificada reducción del concepto legal original utilizado en la normativa de derechos de autor.

Sin embargo, el término de “originalidad objetiva” que ha acuñado nuestro Tribunal Supremo lo es como novedad, el haber creado algo nuevo que no existía anteriormente.

La STS de 24 junio de 2004 (RJ 2004\4318) resuelve el conflicto entre AXEL SPRINGER PUBLICACIONES, S.L. (parte demandada) y MEETING IBERICA, S.L (parte demandante), por reclamación de cantidades por vulneración de los derechos de autor. Todo nace por un “juego de la rifa” registrado en el RPI por la parte demandante. La parte demandada realiza una rifa en una de sus publicaciones que la parte demandante alega ser idéntica a la registrada y es por ello que exige una indemnización. Debido a la falta de novedad, dado que es una idea tradicional tan simple como un sorteo, el Tribunal Supremo declara la nulidad de la inscripción y en cuanto a la originalidad establece que: *“el presupuesto primordial, para que la creación humana merezca la consideración de obra, es que sea original, cuyo requisito, en su perspectiva objetiva, consiste en haber creado algo nuevo, que no existía anteriormente... En cualquier caso, es exigible que esa originalidad tenga una relevancia mínima, lo que no aparece en el supuesto debatido, que constituye una muestra más del "juego de la rifa", concebida mediante la numeración de cada una de las publicaciones y un sorteo para la determinación del ganador del premio o premios, sin que la idea de su finalidad para promocionar periódicos o revistas ofrezca suficiente nivel para dotarla de los caracteres de singularidad, individualidad y distinguibilidad, debido a que la misma es aprovechada con frecuencia en la sociedad”*.

De manera que nos encontramos ante un debate en la doctrina, puesto que *“tradicionalmente imperó la concepción de la originalidad subjetiva por parecer criterio aceptable para las obras clásicas (literatura, música, pintura, escultura...), ya que la creación implica cierta altura creativa, hoy día, sin embargo, debido a que los avances técnicos permiten una aportación mínima del autor (hay obras en las que no se advierte un mínimo rastro de la personalidad de su autor) y unido al reconocimiento al autor de*

⁵⁷ PLAZA PENADÉS, “Comentario...”, cit., pp. 38-39.

derechos de exclusiva, la tendencia es hacia la idea objetiva de originalidad, que precisa una novedad en la forma de expresión de la idea”, tal y como explica la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 septiembre de 2005 (AC 2006\121).

Además, cabe matizar que dentro de la perspectiva objetiva de la originalidad, entendida como novedad, no siempre se entenderá como la creación de algo nuevo que no exista, ya que dependiendo del ámbito sobre el que despliegue efectos, la novedad tendrá mayor o menor grado de incidencia, es decir, en un ámbito de poca novedad técnica, la similitud no implica que la obra no sea novedosa, por ejemplo, el uso de guitarras y cajones en el flamenco, las castañuelas en las jotas o la expresión “duérmete niño” en las nanas.

Aplicando el término general de originalidad sobre la obra musical, podremos apreciar que el ámbito objetivo queda muy por encima del subjetivo a la hora de delimitar la obra en cuestión y de considerarla protegible por la propiedad intelectual. Como ya se ha mencionado anteriormente, la música está compuesta por elementos como el ritmo, melodía, armonía, altura, intensidad y timbre, y es precisamente en la comparación entre estos elementos en un peritaje lo que determina la originalidad de cada obra, tal y como ha sentenciado el Tribunal Supremo en varias de sus resoluciones que analizaremos a continuación, al abordar la figura del plagio y de otra figura intermedia original respecto de la obra originaria y su consideración o no como obra derivada.

3. La obra derivada

A grandes rasgos, podemos decir que la protección natural de la obra derivada nace automática y directamente del artículo 11 al mencionar, de forma ejemplificativa, como objeto de propiedad intelectual, “las traducciones y adaptaciones, las revisiones, actualizaciones y anotaciones, los compendios, resúmenes y extractos, los arreglos musicales y cualesquiera transformaciones de una obra literaria, artística o científica”. Además, se relaciona y en parte tiene origen en el derecho exclusivo patrimonial de transformación del que goza el propio autor consagrado en el artículo 21 LPI anteriormente ya mencionado. En ninguno de los dos artículos a los que hemos aludido encontramos una definición de lo que es una obra derivada, con lo que para ello nos tendremos que valer de los ejemplos mencionados en el artículo 11, aunque como cláusula

de cierre general comprenda “cualesquiera transformaciones”, pues la doctrina acepta que los ejemplos mencionados son en todo caso transformaciones “*per se*”.⁵⁸

Como su propio nombre indica, al hablar de obra derivada, se presupone la existencia de una obra precedente o anterior de la que procede, es decir, en palabras de GALACHO ABOLAFIO, la obra derivada depende de la originaria y ha de mantener sus características esenciales⁵⁹.

El hecho de que derive, provenga o adquiera los elementos sustanciales de una obra precedente no le impide ser una obra protegida por la propiedad intelectual. Nada le separa de la obra original, es decir, que ha de reunir las mismas características que la obra anterior para obtener protección y, en concreto, los requisitos del artículo 10 LPI: tratarse de una obra literaria artística o científica (aunque, como ya se ha dicho anteriormente, sin tomar el concepto ejemplificativo literal, ya que se dirige a definir toda manifestación del intelecto humano), la originalidad (aunque al devenir de una obra anterior los requisitos exigidos de originalidad serán menores, al mantener las características esenciales de la obra originaria) y, por último, la expresión por cualquier medio o soporte⁶⁰.

En términos generales, aunque al hablar de obra derivada se habla de transformación o modificación, cabe la posibilidad de crear una obra derivada sin actividad transformativa, de manera que podemos afirmar que la transformación no es característica de la obra derivada, ya que la característica principal y fundamental es el hecho de derivar o proceder de otra obra existente.

En relación con el derecho exclusivo patrimonial de transformación existe un curioso tratamiento, ya que este no queda protegido por el hecho de creación de la propia obra sino que queda protegido en condición de futuro, ya que protege la obra ante eventuales alteraciones, adiciones o utilizaciones. Al tratarse de un derecho exclusivo, para realizar cualquiera de las actividades mencionadas es necesario recabar el permiso expreso de explotación de la obra por parte del autor originario, que podrá decidir con absoluta

⁵⁸ GALACHO ABOLAFIO, A.F, *La obra derivada musical: entre el plagio y los derechos de autor*, Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 46-50.

⁵⁹ GALACHO ABOLAFIO, *La obra derivada musical...*, cit., p. 52.

⁶⁰ GALACHO ABOLAFIO, *La obra derivada musical...*, cit., pp. 50-59.

libertad los términos de la cesión del derecho de transformación. La protección aplicable despliega los efectos sobre la efectiva expresión de las ideas, es decir, sobre la materialización de la obra. Esto tiene su fundamento en la protección de la propia LPI, ya que protege la propiedad intelectual de las obras (no de las meras ideas), por lo que si se adquiriese la idea de una obra preexistente y se materializase de forma diferente, esta última no habría de ser catalogada como obra derivada sino como obra independiente, aunque pudiese mostrar cierta similitud, incluso evocación, a la obra preexistente.

Siguiendo lo que apunta RIVERO FERNANDEZ, hay límites de la propia obra que no pueden ser superados sin hacer obra derivada⁶¹, o al sobrepasarlo sin cumplir los requisitos y hacerlo de manera ilícita estaría hablando en otro sentido de apropiación indebida de la obra ajena, conocida comúnmente como plagio, ya que puede existir cierta similitud en la composición sin que ello conduzca a ninguna ilicitud, pero la expresión similar es lo que podría denotar cierto grado de utilización o transformación de obra ajena. Y a este respecto debe tenerse en cuenta que apreciar la igualdad entre las obras es bastante confuso, y aunque se haya venido hablando de la originalidad subjetiva, esta queda supeditada a la objetiva, ya que la aportación individual de la acción humana donde sea reconocible la personalidad del autor sí denota una parte de la originalidad, pero si esta es tomada de una obra cuyo proceso sea culminado en otra, esta será derivada, y aunque exija cierto grado de originalidad, quedará limitada a la originalidad objetiva, analizando cada composición, pues solo al realizar una comparación de cada parte coincidente (análisis o comparación que es realizado por expertos) se puede extraer efectivamente de qué obra se trata, puesto que existe una delgada línea entre la obra derivada, la obra independiente y el plagio.

4. El plagio

Como hemos visto en otros tantos conceptos, la propia Ley se abstiene de definir lo que debemos entender como plagio, bien por tratarse de una actividad ilícita o bien por su complejidad a la hora de tratarlo y analizarlo, pero no podemos extraer una definición del concepto. Además, es por ello que tampoco existe unanimidad de lo que es realmente plagio. El concepto ha sido esculpido por la propia jurisprudencia de los tribunales, y

⁶¹ RIVERO FERNANDEZ, “Comentario al artículo 21”, *Comentarios a la ley de propiedad intelectual*, coord. por BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., Tecnos, Madrid, 3ª ed. p. 384.

aunque no exista unanimidad, lo que sí comparten en cuanto a la terminología del lenguaje es que el origen del término proviene del latín “*plagium*”, relacionado con el griego “*πλαγιος*”, entendido en un doble sentido, aunque convergente, en primer lugar, como engañoso, pero también como robo o apropiación indebida o falsificación⁶².

Básicamente en él podemos deducir los elementos básicos como son la utilización no autorizada de la obra ajena y la falsa atribución de la autoría, de lo que nace el consenso en su “definición” de que implica la apropiación indebida de la creación de otro, aunque más allá de esta idea no se coincide en opiniones. Actualmente, lo entendemos como la copia sustancial, como la actividad material mecanizada y poco intelectual y menos creativa, carente de toda originalidad⁶³. A pesar de su común utilización se trata de un concepto extralegal, tal y como sucede en países vecinos como Italia, en el cual se considera un “*termino estraneo alla legge*”, aunque a veces también se utilice como concepto jurídico definido se tratare.

Como actividad en los ojos de la sociedad existe una repulsa general, en palabras de TEMIÑO CENICEROS, la definición del plagio no es una cuestión sencilla ni pacífica, ya que este no se trata de un concepto de origen jurídico sino ético o moral, o al menos en su génesis. En este sentido, parafrasea al jurista francés C.A. RENOARD, que ya en el año 1839 introducía las diferencias entre “*plagiat*” (plagio, afirmando que era una ofensa moral por un acto de imitación) y “*contrefaçon*” (falsificación, que lo definía como vulneración de un derecho civil)⁶⁴.

Y es que la dificultad a la hora de delimitar o definir el concepto del plagio nace de dos vías diferentes: por un lado, de las jurídicas y extrajurídicas y, por otro, de los distintos tipos de plagio que existen. En el primero de los casos, la dificultad radica en plasmar, desde el punto de vista científico, la noción de plagio, debido a la variedad de modalidades, contenidos y alcances, por lo que es difícil, por no decir que no es posible encontrar una definición legal. Las dificultades extrajurídicas, en su caso, se circunscriben a la complejidad de valorar los hechos fácticos a la hora de la comparación, por eso que

⁶² TEMIÑO CENICEROS, I., *El plagio en el derecho de autor*, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 31-33.

⁶³ Véase en este sentido la STS de 18 diciembre de 2008 (RJ 2009\534), que actualiza la concepción de la STS de 7 junio de 1995 (RJ 1995\4628), que definía el plagio como “copia servi”.

⁶⁴ TEMIÑO CENICEROS, *El plagio...*, cit., p. 45.

en la mayoría de los casos se acuda a peritos especializados para conformar la decisión final del juez. En segundo lugar, la variedad en el plagio, o los distintos tipos que existen, acudiendo así al estilo de cada uno de ellos, como pueden ser el literario el musical, el artístico, etc., son una dificultad añadida para delimitar el concepto: mientras que el literario se centra en la relación de las palabras de manera concatenada, el musical se basa en la fuerza del sonido y de los silencios y, a su vez, el artístico en la plasmación visual de la estética. Por lo que un mismo concepto abarca tantos campos que lo más sencillo es acudir a un perfil general⁶⁵.

Con intención de aclarar lo que al entorno, alcance y campo de aplicación del plagio se refiere, vamos a analizar dos concepciones generales del término, pero suficientes para su comprensión. Por una parte, la concepción amplia, que incluye varias conductas ilícitas. Y por otro lado, una más restringida, que limita su campo de aplicación a la conducta de apropiarse o usurpar la condición de autor o intérprete. En primer lugar, una concepción amplia del plagio comprendería desde la imitación fraudulenta y servil de la obra hasta las modificaciones realizadas sin mención al autor o artista intérprete. En estos términos, podríamos sostener que abarca tres conductas posibles:

1. La imitación o copia fraudulenta o servil de las ideas de una obra ajena sobre otra que se hace pasar por original y propia.
2. La reproducción total o parcial de la obra, con la apropiación de la autoría de la obra (o de la condición de intérprete).
Retomando la idea anteriormente mencionada, sobre la moralidad del concepto, esta resulta la conducta más reprochable moralmente, ya que consiste en la modificación del nombre del autor o del intérprete, en lo que se conoce como “clonación de la obra”.
3. La mera transformación o modificación de la obra, silenciando el nombre del autor y haciéndola pasar como propia, sin aportar criterios originales o propios.

En segundo lugar, encontramos la concepción restringida, lo que limita al plagio a la imitación fraudulenta o mera copia servil de las ideas o estructura de otra obra ajena, y

⁶⁵ VEGA VEGA, *El plagio...*, cit., pp. 33-35.

de esta manera lo diferenciaría de la apropiación de la condición de autor, siendo así esta conducta considerada más grave al tratarse de una forma autónoma de violación al igual que más reprochable socialmente. Lo que se entiende en este caso por plagio, no es la reproducción ni la adaptación, sino la usurpación de las ideas o de la estructura con adición de ciertos elementos personales, con la diferencia de que esta obra no alcanzaría los elementos básicos para su consideración como nueva y original⁶⁶.

Una vez esbozadas ambas ideas, cabe mencionar que esta última concepción restringe en su mayor parte esa vulneración de los derechos de autor, y que ha sido la doctrina, y los mismos tribunales los que se decantan por la primera concepción, la amplia. Y es al hilo de esto por lo que varios autores contemplan que no toda copia es plagio, ni que efectivamente el plagio implique que se haya copiado, en cambio, todo plagio exige de una apropiación indebida de la condición de autor, bien sea por la utilización de ideas ajenas como propias o por la utilización de fragmentos de otras obras de igual manera, como propias⁶⁷.

A modo de resumen, se considera plagio tanto la reproducción, como la copia, como la apropiación de la condición de autor (diferenciándose así de la figura de la estafa, es decir, de la realización de obras bajo la autoría de otra persona, figuras que aunque fueron confundidas en la STS de 14 de febrero de 1984 (RJ 1984\1129) y en la SAP de Burgos 72/1997 de 15 de julio de 1997 (ARP 1997/1098), esta imprecisión fue posteriormente corregida por la STS de 20 diciembre de 2006 (RJ 2007\387) al no relacionar dicha conducta con el tipo del artículo 270 CP, de reproducción y plagio). Tomando en cuenta dichas conductas, se define de una manera muy general, pero como ya se ha dicho anteriormente que se dé una de las cualidades o caracteres típicos no implica la realización de la conducta ilícita del plagio. Como hemos visto en el último párrafo del epígrafe anterior, existe una fina línea entre la obra original independiente y el plagio y habrá que atender a la casuística, para decidir caso por caso y tras el pertinente análisis de los expertos. Al igual que los elementos que serán analizados en la obra musical, que constan del ritmo, melodía, armonía, altura, intensidad y timbre, tal y como recogen las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona 274/2011, de 21 junio (AC 2011\1998) y de Madrid 415/2005, de 30 junio (AC 2005\1789), los elementos a considerar en la

⁶⁶ VEGA VEGA, *El plagio...*, cit., pp. 36-40.

⁶⁷ TEMIÑO CENICEROS, *El plagio...*, cit., p. 49.

comparación entre la obra que se considera plagiada y la plagiaria han de coincidir, siendo aquellos sustanciales en la originaria, es decir, que la copia ha de sustanciarse en el contenido o elementos estructurales básicos y no en los elementos accesorios de la misma. De esta forma damos paso al último apartado, a fin de diferenciar la consideración de la obra dependiendo del contenido utilizado.

5. Figura intermedia entre la originalidad, el plagio y la obra derivada

Junto con la extensión, límites y excepciones y la comparación de las tres figuras destacadas se entra en una contradicción doctrinal y jurisprudencial que aún sigue sin ser resuelta. No por ello se convierte en terreno pantanoso difícil de cruzar ya que existen ciertas soluciones a la problemática.

El artículo 40.1 bis LPI da paso al cierre de los límites y excepciones a los derechos de autor aclarando que *“los artículos del presente capítulo no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran”*, una transposición aún más restrictiva que la contenida en el acuerdo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (artículo 13) y el de la Organización Mundial del Comercio (artículo 10) que añade que *“se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales”*.

Esto fue promulgado por primera vez en la revisión del Convenio de Berna en 1967 y se conoce como la regla de los tres pasos, una fórmula desarrollada a nivel internacional que desarrolla los tres criterios mencionados anteriormente y que no pueden ser sobrepasados: a) los límites no podrán adoptarse con carácter general, sino únicamente respecto de determinados supuestos especiales; b) no podrán afectar a la normal explotación de la obra; ni c) atentar contra los intereses legítimos del autor. Este precepto ha sido interpretado de manera estricta, por lo que casi la utilización de toda obra se considera conducta ilícita vulneradora de los derechos de autor tal y como argumentó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 16 julio de 2009 (TJCE 2009\228) al considerar vulnerado el derecho de reproducción por la utilización de un fragmento de 11 palabras.

La Directiva comunitaria 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001, que recoge lo anteriormente mencionado, prevé además ciertos supuestos especiales en los que el uso estaría permitido como la parodia, utilizaciones incidentales de una obra o prestación en otro material ajeno, pero no recoge ninguna definición acerca de ellos. Sin embargo, el artículo 32.1 LPI señala: “*Es lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico. Tal utilización sólo podrá realizarse con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada*”. El tratamiento en este sentido está siendo muy estricto aunque haya comenzado a cambiar, dichos límites legales se presentan como un lastre a la creatividad y la posible aparición obras nuevas y potencialmente valiosas⁶⁸.

De esta manera, habría que dar paso a la doctrina del *fair use* de la cultura jurídica estadounidense. Aunque esta doctrina sea la aplicable a estos casos en los EE.UU, de gran avance y utilización es una doctrina no utilizada en los países europeos, a pesar de los avances que conllevaría. Esta consiste en la protección no solo de las obras anteriormente mencionadas como la parodia, sino además en aquella utilización no autorizada de materiales o fragmentos de obras protegidas con el fin de crear obras nuevas, es decir, en la creación de trabajos creativos que incorporan elementos protegidos con el fin de dotarlos en un significado nuevo, bien por el contexto en el que se insertan, bien por sufrir una modificación de tal calado que resulten difícilmente identificables en el conjunto de la obra resultante. Esto no quiere decir que cualquier obra transformada o modificada quede amparada bajo la doctrina del *fair use*, ya que ha de cumplir varios requisitos: a) el propósito y el carácter de la utilización, mediante el cual se analizará si la obra es suficientemente innovadora en su transformación, si se realiza de mala fe o si, por lo contrario, es una obra derivada como una parodia, entre otros casos; b) la naturaleza de la obra utilizada, diferenciando entre la obra originaria que se inédita o la que ya haya sido divulgada, ya que en el primero de los casos perjudicaría el uso derivativo; c) la cantidad e importancia del fragmento reproducido y exhibido; d) los efectos sobre el

⁶⁸ MUÑOZ VICO, A., “Una defensa convencida de la libertad de creación”, en *El copyright en cuestión*, coord. por TORRES RIPA, J. y GÓMEZ HERNÁNDEZ, J.A., Editorial Deusto, Bilbao, 2011, p. 65.

mercado potencial de la obra original, donde se analizará si la reutilización de la obra originaria afectaría al mercado de esta, ya que la transformación no autorizada en este caso podría perjudicar los intereses económicos del autor⁶⁹.

Como se viene explicando a lo largo del análisis de los derechos de autor, se torna difícil encontrar las figuras jurídicas en las obras, puesto que se carece de definiciones en la propia ley, definiciones que han sido talladas por nuestro Alto Tribunal sin llegar a una doctrina clara y precisa. Y es por eso que uno se plantea la pregunta: ¿cuándo una obra es original, plagiada o derivada? Pues, en primer lugar, toda obra nacida del esfuerzo e intelecto humano será considerada original y, por ende, protegida. Esa composición grabada con una flauta en el cuarto de casa y publicada, será una obra original, salvo que se demuestre lo contrario. Y, ¿qué queremos decir con la expresión “salvo que se demuestre lo contrario”? Que la obra es ideada y creada por el autor que la exhibe y, por lo tanto, original “*iuris tantum*”, por lo que cumple con el único requisito de la LPI. Y aquí es donde entra el supuesto autor originario de la obra que considera que ha sido plagiada y demanda ante los tribunales en reclamación bien de los daños morales sufridos bien del cese de la actividad, etc. (las diferentes acciones civiles que cabe interponer serán analizadas en el epígrafe siguiente). Y una vez llevado a los tribunales, serán estos quienes decidirán si la obra es plagaria o copia, derivada o, por el contrario, no habiendo quedado acreditado la anterior, se presume que es original y, en consecuencia, independiente. Su consideración como una u otra, a efectos del despliegue de los derechos de autor, conlleva una gran diferencia: mientras que en el último de los casos tales derechos serán exclusivos del autor de la obra cuestionada, en caso de que se repunte obra plagaria estos serán inexistentes por atentar contra la paternidad de la obra originaria (además de la responsabilidad en que incurra el autor del plagio) y, en el supuesto de que se trate de obra derivada, los derechos patrimoniales nacerán en caso de autorización a la utilización por parte del autor de la obra originaria, siendo así que, no habiéndose obtenido tal permiso, la obra podrá ser exhibida y reproducida y la paternidad corresponderá al autor de la obra derivada, pero no podrá optar a su comercialización o patrimonialización.

Como ya se sabe, la obra original se caracteriza por su independencia de todas las demás y por tratarse de una obra novedosa, aunque haya ciertos aspectos que evoquen un

⁶⁹ MUÑOZ VICO, “Una defensa...”, cit., pp. 66-67.

recuerdo a cierta obra, pues las meras similitudes no podrán considerarse más que eso, ya que de una misma idea pueden nacer una gran cantidad de composiciones, y, por otra parte, el adquirir ideas ajenas no implica un ilícito. En segundo lugar, la obra derivada será aquella que, adquiriendo los elementos sustanciales de una obra anterior, crea una nueva, recabando la autorización del derecho correspondiente (de transformación y, en menor medida, reproducción), por lo que la nueva obra creada tendrá que nacer de una obra preexistente.

En el ámbito musical, entre las conductas más comunes que descansan bajo el nombre de obra derivada se encuentran el arreglo musical (que trata de la modificación de una obra para su adaptación tímbrica y para poder ser recitada por otros instrumentos), los *remixes* (una recopilación de canciones que unidas y remezcladas componen una nueva canción) y los *covers* (la interpretación de una canción normalmente por un artista o intérprete no conocido o menos conocido que el autor, aunque este elemento sea residual). Estas últimas han de considerarse con cierto cuidado ya que la simple interpretación de la canción, al carecer de originalidad, no es en consecuencia protegible, aunque nada impida la aportación de originalidad a la interpretación⁷⁰, por lo que para que los *covers* puedan considerarse obras derivadas, la interpretación ha de gozar de cierta originalidad aportada por el autor.

En tercer y último lugar, la obra plagaria es aquella que copia o adquiere los elementos estructurales de otra obra suplantando la condición de autor. En este último elemento podemos obviar que la obra derivada y la plagaria se solapan en un mismo elemento o conducta, ya que ambos adquieren los elementos sustanciales de otra obra, la diferencia es que la obra derivada mantiene la esencia de la obra originaria manteniendo la entidad como para obtener una protección independiente, mientras que el plagio despoja totalmente la condición del autor primigenio, para considerar la obra en su totalidad como idea y composición propia. Una obra derivada no implica conducta ilícita, aunque esta pueda darse de manera oculta a fin de evitar recabar la autorización del autor originario, pero si este el caso y se demuestra, ya se ha mencionado su imposibilidad de explotación. En cambio, el plagio, bien sea encubierto bien sea aparente, tras el análisis de la obra

⁷⁰ MARISCAL GARRIDO-FALLA, P., *Derecho de transformación y obra derivada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 171.

realizado por profesionales llegando a la conclusión de que se da la conducta ilícita, produce la pérdida de toda protección para la obra.

VI. ÁMBITO DE PROTECCIÓN

Los derechos de autor quedan protegidos de las conductas que atenten contra ellos por varias ramas del Derecho. El CP tipifica en su artículo 270 la explotación ilícita, considera delito la infracción de cualquiera de las formas de explotación de los derechos derivados de la propiedad intelectual, siempre y cuando concurra el ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y el perjuicio de tercero. Cuenta con un tipo agravado en el artículo 271 CP y un tipo atenuado en el artículo 270.4 CP. Además, el procedimiento administrativo también salvaguarda los derechos de la propiedad intelectual en los casos en que exista vulneración a través de la prestación de servicios de la sociedad de la información, básicamente en internet⁷¹. Sin desmerecer la protección que ambas ramas del ordenamiento dispensan, procedemos a analizar aquí la protección que otorga el Derecho civil.

Los derechos reconocidos por la propia LPI quedan protegidos por los artículos 138 a 143, bajo el Título I (“*Acciones y Procedimientos*”) del Libro Tercero (“*De la protección de los derechos reconocidos en esta Ley*”) de la LPI. El artículo 138 da inicio a las principales acciones que les corresponden a los titulares de los derechos, así, el titular de los derechos reconocidos, sin perjuicio de otras acciones que le correspondan, podrá instar el cese de la actividad ilícita del infractor (art. 139) y exigir la indemnización de los daños materiales y morales causados (art. 140) así como medidas cautelares específicas (art. 140) como también podrá instar la publicación o difusión, total o parcial, de la resolución judicial o arbitral en medios de comunicación a costa del infractor, del propio artículo 138⁷². En torno a las dos acciones que el perjudicado puede ejercer, el presupuesto varía en torno al *animus* del infractor: mientras que para el ejercicio de la acción de cesación no es preciso que concurra negligencia o culpa, para el ejercicio de la acción indemnizatoria siempre se exige que concurra culpa del infractor.

⁷¹ MORILLO GONZALEZ, F., “Protección...” cit., pp. 365-368.

⁷² MORILLO GONZALEZ, F., *Las acciones civiles y el procedimiento de tutela administrativa de la propiedad intelectual*, Aranzadi, Pamplona, 2020, p. 29.

En cuanto a la competencia para conocer de las acciones relativas a los artículos 138-140 LPI, recae como regla general sobre la jurisdicción civil, tal y como recoge el artículo 9.2 LOPJ. Pero desde la entrada en vigor de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, que reforma la LOPJ, cuando la infracción tenga origen en un acto de la Administración Pública, el orden jurisdiccional competente será el contencioso-administrativo, lo que ha sido criticado por BERCOVITZ debido al escaso conocimiento de los tribunales de dicha jurisdicción en materia de propiedad intelectual, por la duplicidad de procedimientos que provoca (ya que la acción de cesación se interpone ante la jurisdicción civil mientras que la de indemnización ante el contencioso-administrativo), y por el cambio en el plazo de prescripción de 5 a 1 año⁷³. Esto último se debe a la confrontación entre el plazo descrito en el artículo 140.3 de la LPI y el artículo 67 de LPAC, al pasar de un procedimiento civil al administrativo, los plazos de prescripción también se adaptan a este y es lo que sucede, frente a los 5 años de prescripción de la LPI, la LPAC lo limita en un año. Aunque la mayoría de Audiencias Provinciales se decante por la competencia civil, existen casos en los que el procedimiento deriva en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo⁷⁴. En cuanto a la competencia objetiva y territorial, en relación con el artículo 86 ter, apartado 2º, letra a), LOPJ, son competentes para conocer de las demandas en relación con las acciones relativas a propiedad intelectual los Juzgados de lo Mercantil, que por norma general tienen sede en las capitales de provincias, aunque por motivos técnico-poblacionales estas pueden estarlo en poblaciones distintas a las capitales⁷⁵.

En cuanto al procedimiento a seguir, según el artículo 249.1.4 LEC, para cualquier acción que se ejercite en defensa de los derechos de propiedad intelectual se seguirá el procedimiento ordinario, sin embargo, cuando la acción ejercitada se centre única y exclusivamente en la reclamación de cantidades, el procedimiento se decidirá en función de la cantidad: si excede de los 6000 euros el ordinario, en caso contrario, el juicio verbal (arts. 249.2 y 250.2 LEC)⁷⁶.

⁷³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario a la Sentencia de 26 de junio de 2019”, *CCJC*, nº 48, marginal 1319, p. 1303.

⁷⁴ MORILLO GONZALEZ, *Las acciones...*, cit., pp. 30-34.

⁷⁵ MORILLO GONZALEZ, “Protección ...” cit., pp. 347-349.

⁷⁶ MORILLO GONZALEZ, “Protección...”, cit., p. 349.

1. Acción de cesación

Esta puede ser ejercitada por el titular de los derechos infringidos y queda regulada bajo el artículo 139 LPI. Su objetivo es exigir al infractor el cese en la actividad ilícita llevada a cabo sobre el derecho implicado. La existencia de variedad en los derechos (encontramos el de explotación, transformación, etc. como anteriormente se ha mencionado) que quedan protegidos bajo la acción de cesación, al ser derechos independientes se puede exigir la cesación en la infracción de cualquiera de ellos, cuando este sea vulnerado.

A la hora de analizar la conducta infractora, la acción, dada su naturaleza real, la conducta no implica dolo o culpa por parte del infractor. Además, la conducta no ha de producir daños efectivos, el mero hecho de la vulneración le da derecho al titular a exigir la cesación.

Como elemento temporal, la propia naturaleza de la acción exige que esta se prolongue en el tiempo, ya que si no esta no tendrá ningún fundamento, pues su principal objetivo es hacer cesar la conducta del infractor.

Como medidas para hacer efectiva la cesación de la conducta el artículo 139 recoge dos vías alternativas: la suspensión de la actividad y la prohibición de reanudarla y las medidas de remoción, que consiste en la privación legal de los medios que habilitan el ilícito.

La suspensión de la actividad y la prohibición de reanudarla, es como tal la verdadera acción de cesación, ya que impone al demandado la obligación de realizar los actos pertinentes en el plazo establecido en el título ejecutivo. Las medidas de remoción, en cambio, pretenden evitar que no se reanude, ya que su principal objetivo es la retirada de los medios necesarios para la realización de la conducta⁷⁷.

2. Acción indemnizatoria

Según el artículo 140.1 LPI: “*La indemnización por daños y perjuicios debida al titular del derecho infringido comprenderá no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino*

⁷⁷ MORILLO GONZALEZ, *Las acciones...*, cit., pp. 140-150.

también el de la ganancia que haya dejado de obtener a causa de la violación de su derecho.” La cuantificación de la indemnización es elegida por el afectado en torno a los criterios que considere convenientes, considerando: “Las consecuencias económicas negativas, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita. En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. La cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión”. Además, se podrá incluir los gastos de investigación empleados para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción. La elección en la cuantificación no quiere decir que se trate de dos acciones distintas, por lo contrario, se trata de dos modos de cálculo de la cuantía indemnizatoria. Respecto al daño moral, este será indemnizable aunque no se haya comprobado el lucro cesante⁷⁸.

VII. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

A pesar de que se trata de un ámbito el cual recoge doctrina y jurisprudencia variada, tanto nacional como internacional, es un campo con muy poco recorrido, ya que son muy pocas las reclamaciones llevadas a cabo, muchas veces por el desconocimiento de la protección y otras muchas veces por la falta de medios o conocimientos por parte de los tribunales. Esto último se debe a la falta de definición de varios conceptos, como el de originalidad que dada su importancia para el nacimiento de la Propiedad Intelectual carece de total sentido. Es por ello que avanzar en el estudio de este campo es totalmente necesario en favor tanto de los artistas como del oyente, con la finalidad de obtener obras de calidad.

Pese a que me centrare en la crítica a la consideración de obras derivadas y en su mayoría al plagio, no puedo obviar el objeto central de este trabajo, tal y como es la originalidad. Por un lado, entiendo que es cuando menos criticable el hecho de que ni por parte de la doctrina ni por parte de la jurisprudencia se haya alcanzado unanimidad a la hora de delimitar cuándo una obra es original y cuando no. Bien es cierto que, aunque siempre es fácil criticar a los responsables de estas lagunas o deficiencias (tanto jueces como expertos

⁷⁸ MORILLO GONZALEZ, “Protección...”, cit., pp. 355-358.

en la materia como al mismo legislador), no es sencillo definir un elemento tan relativo y abstracto como es la originalidad. Y es por ello que es un concepto que despliega sus efectos dependiendo de la obra de la que se trate (p. ej., no trataremos de igual manera el *Buleria* de David Bisbal, que un *cover* realizado por un artista desconocido, que interpreta una canción ya original), por lo que es lógico que la exigencia de originalidad varíe en torno al tipo de obra que se pretenda proteger. Y es ahí donde creo que ha fallado precisamente la doctrina, en intentar proteger la obra como elemento y no como lo que es, una creación del esfuerzo humano. En mi opinión, debería primar el concepto de originalidad subjetiva, mediante el cual es apreciable la personalidad del autor, frente a su objetividad, que se basa en la novedad de la obra. Con ello no quiero decir que por el hecho de adquirir una composición melódica existente y simplemente agregar o modificar algún elemento, es decir, por el mero hecho de imprimir actividad humana sobre ella, deba ser protegida, pero sí creo que esa misma composición melódica trabajada de tal manera que se desprenda de su esencia y modifique su expresión, aunque las notas de la melodía se mantengan intactas, debería bastar, pues existe un esfuerzo suficiente que adquiriendo una idea ajena se componga algo totalmente diferente e independiente aunque esa similitud melódica evoque precisamente a la idea utilizada.

Por otra parte, creo que la problemática de la falta de definición o de concreción en el concepto de originalidad nace del conocimiento meramente jurídico de los jueces. Puesto que en la mayoría de los casos la formación es exclusivamente jurídica, aunque en muchos de los procedimientos se acuda a peritajes de profesionales, no es una práctica realizada en cada uno de los casos a la hora de resolver sobre la originalidad. Ello no implica dejar el enjuiciamiento en manos de profesionales no juristas, sino que el juez, utilizando los medios que la legislación pone en su poder, reciba la ayuda de profesionales para la formación final de su criterio.

Dejando un poco de lado el concepto, debemos valorar la actual normativa europea y nacional en cuanto a los límites recogidos en la Directiva comunitaria 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001, y la propia LPI. En efecto, aunque es cierto que la Directiva deja cierto margen y abre la vía de la flexibilidad de los límites, lo que nos encontramos es todo lo contrario, esto es, un sistema de límites rígido y arcaico para la sociedad en la que vivimos. Los oyentes lo que quieren es música de calidad, al igual que el propósito del legislador debería de ser proteger esas nuevas creaciones y de gran valor y calidad. Y

precisamente es la doctrina del *fair use* lo que fomenta eso, la autorización de obras protegidas sin recabar la autorización del autor originario, siempre y cuando sea en una medida justa. Y es precisamente analizable en cada caso, y al contar con unos requisitos más flexibles, como valorar la efectiva modificación y que no sea una simple copia y la importancia que precisamente tiene ese elemento utilizado. De este modo, se favorecería la utilización de materiales ya creados que, expuestos a una dosis de tratamiento personal, se conviertan en una obra alejada de esos materiales utilizados.

Por último, cabe mencionar la necesidad de renovación tanto de legislación como de su interpretación doctrinal y jurisprudencial al objeto de comenzar a atraer los elementos utilizados en países vecinos o pioneros en propiedad intelectual, como Francia, Inglaterra o Estados Unidos. Aunque sí es cierto que la sociedad siempre avanza más rápido que el Derecho, la diferencia existente entre ambos es mayor a la evolución, como se puede ver con la tardía transposición de las Directivas 2019/789 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019, *por la que se establecen normas sobre el ejercicio de los derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea de los organismos de radiodifusión y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, y por la que se modifica la Directiva 93/83/CEE y la Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo 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.*

Concluimos así el estudio de esta cuestión en un campo del Derecho que sin duda resulta de vital importancia, no solo en el ámbito musical si no en torno a la propiedad intelectual en su totalidad, dada la gran creación de obras que ha facilitado la era del internet; ámbito de gran peso en la sociedad cuya protección ha de crecer conjuntamente con ella, y que seguro lo hará a fin de mejorar. Ya se verá lo que nos depara el futuro.

VIII. CONCLUSIONES

En primer lugar, a modo de resumen, la propiedad intelectual guarda estrecha relación con la propiedad ordinaria, sencillamente se trata de una propiedad especial, y es por eso que es el autor de la obra el que goza del uso y disfrute de la obra. Ese carácter especial nace tanto de la inmaterialidad que protege, como de la adición de los derechos morales

al contenido estrictamente patrimonial de la propiedad ordinaria. El nacimiento de esta se encuentra condicionado tanto a la originalidad de la obra como a su expresión por medios tangibles o intangibles. De la propiedad intelectual nace un haz de facultades que conocemos como derechos de autor y que abarcan tanto la patrimonialización de la obra como los derechos morales de esta.

En segundo lugar, sobre elemento de originalidad se puede concluir que aún no se ha llegado a unanimidad para su definición. Entendida objetivamente como la novedad y subjetivamente como la aportación del autor de manera que sea apreciable la personalidad de aquel, se trata de un concepto indefinido que es analizado caso por caso, como ocurre, por ejemplo, para delimitar si nos encontramos ante una obra derivada o, por el contrario, ante plagio.

En relación con lo anterior, cabe mencionar que, frente al plagio, que implica una conducta y creación ilícita, se encuentra la obra derivada, creación totalmente lícita aun cuando no se recabe la autorización necesaria del autor de la obra originaria. Una fina línea las separa: mientras que la primera es considerada como la apropiación de los elementos sustanciales de una obra haciéndolos pasar por propios o, tal y como lo ha entendido la jurisprudencia, como copia u obra clonada, la segunda consiste en la utilización de los elementos sustanciales de una obra previa para la creación de una nueva pero independiente. Además, la obra plagiada se considerará no creada y se removerán todos los derechos sobre ella, por lo contrario, si es considerada obra derivada, adquirirá su propia identidad y desplegará sus propios efectos, a no ser que no se haya adquirido la autorización previa, en cuyo caso lo que no estará permitido será la explotación de esta.

Por último, es importante hacer una pequeña reflexión con el objetivo de cerrar el trabajo. Y es que, a pesar de que nos encontremos ante un campo estudiado y legalmente establecido, debemos apoyar el avance en esta materia a fin de conseguir un desarrollo y una mayor protección, que apueste por la calidad y el valor de lo creado, para lo cual sería de gran ayuda la introducción de la doctrina conocida como el *fair use* abogando en favor de los derechos de autor. Esto implicaría que sus derechos como creadores quedarían amparados ante los excesos y además su propia condición como autores quedaría reforzada al habilitar esos usos permitidos o justos a fin de conseguir ese valor en las composiciones.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Colección de propiedad intelectual: Manual de derecho de autor*, dir. por ROGEL VIDE, C., Reus, Madrid, 2008.

AA.VV., *Comentarios a la ley de propiedad intelectual*, coord. por BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., Tecnos, Madrid, 3ª ed., 2017.

AA.VV., *Comentarios a la ley de propiedad intelectual*, dir. por PALAU RAMIREZ, F. y PALAO MORENO, G., Tirant lo Blanch, Valencia, 2ª edición, 2018.

AA.VV., *Manual de propiedad intelectual*, coord. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Tirant lo Blanch, Valencia, 9ª ed., 2019.

ANGUITA VILLANUEVA, L., y AYLLÓN SANTIAGO, H., *Nuevas fronteras del objeto de la propiedad intelectual*, Colección de Propiedad Intelectual, Reus, Madrid, 2008.

BARBERAN MOLINA, P., *Manual Práctico de propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 2ª ed., 2018.

GALACHO ABOLAFIO, A.F, *La obra derivada musical: entre el plagio y los derechos de autor*, Aranzadi, Pamplona, 2014.

GARCÍA SEDANO, T., “Análisis del criterio de originalidad para la tutela de la obra en el contexto de la ley de propiedad intelectual”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, nº 49, 2016, pp. 251-274.

LETAI, P., *La infracción de derechos de propiedad intelectual sobre la obra musical en internet*, Comares, Granada, 2012.

MARISCAL GARRIDO-FALLA, P., *Derecho de transformación y obra derivada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MORILLO GONZALEZ, F., *Las acciones civiles y el procedimiento de tutela administrativa de la propiedad intelectual*, Aranzadi, Pamplona, 2020.

MUÑOZ VICO, A., “Una defensa convencida de la libertad de creación”, en *El copyright en cuestión*, coord. por TORRES RIPA, J. y GÓMEZ HERNÁNDEZ, J.A, Editorial Deusto, Bilbao, 2011.

POLO PUJADAS, M., *Historia de la música*, Editorial de la Universidad de Cantabria, Santander, 5ª ed., 2020.

AA.VV., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, dir. por RODRÍGUEZ TAPIA, J.M., Aranzadi, Cizur Menor, 2ª ed., 2009.

ROGEL VIDE, C. y SERRANO GÓMEZ, E., *Manual de derecho de autor*, Reus, Madrid, 2008.

TEMIÑO CENICEROS, I., *El plagio en el derecho de autor*, Aranzadi, Pamplona, 2015.

VEGA VEGA, J.A., *El plagio como infracción de los derechos de autor*, Reus, Madrid, 2018.

JURISPRUDENCIA

STJUE de 16 julio de 2009 (TJCE 2009\228)

STS de 20 de julio de 2010 (RJ 2010\502)

STS de 13 mayo de 2002 (RJ 2002\6744)

STS de 29 de marzo de 1996 (RJ 1996\2371)

STS de 30 enero de 1996 (RJ 1996\540)

STS de 26 de octubre de 1992 (RJ 1992\8286)

SAP Barcelona 274/2011, de 21 de junio (AC 2011\1998)

SAP Barcelona de 29 septiembre de 2005 (AC 2006\121)

SAP Madrid 415/2005, de 30 de junio (AC 2005\1789)