

EL CONCEPTO DE ARTISTA INTÉRPRETE O EJECUTANTE DEL ARTÍCULO 105 TRLPI

THE CONCEPT OF ARTIST- PERFORMER OF ARTICLE 105 TRLPI

CONCEPCIÓN SAIZ GARCÍA*

*A mi (nuestro) querido Ramón Casas,
a quien, hasta las viñas y almendros
de su recorrido habitual,
echan de menos.*

RESUMEN

El presente artículo trata de concretar el concepto de artista intérprete o ejecutante del artículo 105 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual cuya redacción, pese a no haber sufrido modificación desde la incorporación de este derecho exclusivo a nuestro ordenamiento jurídico, está actualmente siendo el punto central del debate ante nuestros tribunales. En él se tratan los dos elementos básicos de su definición, por un lado, los requisitos legales que debe reunir el sujeto y, por otro, los de su objeto de protección. A diferencia de lo que sucede en relación con el derecho de autor, no existe en nuestro país jurisprudencia consolidada sobre estas cuestiones. Tres acontecimientos, la promulgación de la Directiva 790/2019 sobre Derechos de autor en el Mercado Único Digital Europeo que, de nuevo, vuelve a incidir en el régimen de los artistas intérpretes o ejecutantes, equiparándolos a los autores en relación con las medidas contractuales que pretenden garantizar en cada Estado la percepción de una remuneración adecuada y proporcionada por la explotación de sus interpretaciones y ejecuciones; la entrada en vigor, el 28 de abril de 2020, del Tratado de Beijing, sobre interpretaciones y ejecuciones audiovisuales, y, finalmente, la resolución de la sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 de noviembre de 2020, justifican que retomemos el análisis de estos dos aspectos.

Palabras clave: propiedad intelectual, derechos conexos, derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes.

ABSTRACT

This article attempts to specify the concept of performer in article 105 of the Consolidated Text of the Law on Intellectual Property, the wording of which, despite not having been modified

* Prof. Titular de la Universitat de València. LL.M. München. Coord. Grupo de I+D de Propiedad Intelectual e Industrial de la Universitat de València (GI+dPI). Este trabajo se inició en el marco del Proyecto de Investigación DER2015-70285-R (MINECO/FEDER) «Contratos y Licencias de Derechos de autor», del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación Orientada a los Retos de la Sociedad, del ministerio de Economía y Competitividad. Dirección de correo electrónico: *Concepcion.Saiz@uv.es*.

since the incorporation of this exclusive right into our legal system, is currently at the heart of the debate before our courts. It deals with the two basic elements of its definition, on the one hand, the legal requirements to be met by the subject and, on the other hand, those of its object of protection. The following three events, the enactment of Directive (EU) 2019/790 on copyright and related rights in the Digital single market which, once again, has an impact on the regime of performers, putting them on a par with authors in relation to the contractual measures that aim to guarantee in each State the perception of an adequate and proportionate remuneration for the exploitation of their performances; the entry into force on 28 April 2020 of the Beijing Treaty on audiovisual performances, and, finally, the decision of the 28th Section of the Madrid Provincial Court of 6 November 2020, justify that we return to the analysis of these two aspects.

Keywords: intellectual property, neighbouring rights, related right of performers.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL ARTISTA, INTÉRPRETE O EJECUTANTE.—III. ÁMBITO SUBJETIVO DE PROTECCIÓN: EL TITULAR DEL DERECHO.—1. Distinto alcance subjetivo entre los Tratados Internacionales y el artículo 105 TRLPI.—2. Requisitos para ser titular del derecho.—2.1. Que la interpretación o ejecución venga referida a una obra.—2.2. Ejecución de actividades no basadas en obras.—2.2.1. Espectáculos deportivos y asimilables.—2.2.2. Interpretación y ejecución de resultados generados por sistemas autónomos de inteligencia artificial y de obras no originales.—2.3. Que la interpretación o ejecución sea realizada por una persona física.—IV. OBJETO: LA ACTUACIÓN.—1. Delimitación.—2. No estamos ante una obra de ingenio del Libro Primero.—3. ¿Cada interpretación de una misma obra por el mismo autor, un nuevo objeto de protección?—4. Requisitos.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

CONTENTS: I. INTRODUCTION.—II. BASIS FOR THE LEGAL PROTECTION OF ARTISTS AND PERFORMERS.—III. SUBJECTIVE SCOPE OF PROTECTION: THE RIGHT OWNER.—1. Different subjective scope between the international Treaties and article 105.—2. Eligibility requirements.—2.1. *Performance must be related to a work.*—2.2. *Performances not based on works.*—2.2.1. Sporting events and similar.—2.2.2. Interpretation or performance of results generated by AI systems.—2.3. *Performers as a natural person.*—IV. SUBJECT MATTER: THE PERFORMANCE.—1. Delimitation.—2. We are not dealing with a copyright work.—3. Each performance of the same work by the same author, a new object of protection?—4. Eligibility requirements.—V. CONCLUSIONS.—VI BIBLIOGRAPHY.

I. INTRODUCCIÓN

Los artistas intérpretes o ejecutantes son titulares de un derecho de propiedad intelectual que les permite, entre otras cosas, percibir de los usuarios una remuneración equitativa por la puesta a disposición del público y comunicación pública del fonograma o grabación audiovisual que contenga su actuación. Estos derechos (arts. 108, 3, 4 y 5 TRLPI) se hacen efectivos a través de las pertinentes entidades de gestión colectiva, las cuales efectúan su reparto a partir del concepto legal de artista intérprete o ejecutante contenido en el artículo 105 TRLPI. Se trata este de un precepto que no ha sufrido modificación alguna desde que se incorporara a nuestro ordenamiento jurídico en 1987¹ y, sin embargo, son varios los instrumentos internacionales que obligan a extender su interpretación. Pese a tratarse de un concepto autónomo del Derecho de la Unión², ni las Directivas que lo mencionan contienen una

¹ Más allá de su nueva numeración y la inclusión de una rúbrica.

² Así lo ha puesto de manifiesto Ramón Casas en el *Blog* (su *Blog*) de ALADDA (http://aladda.es/quien-es-artista-actor-el-caso-cifras-y-letras-sap-de-madrid-sec-28a-de-6-11-2020/#_ftn16), apdo. 11, remitiéndose a las palabras del propio TJUE (caso RAAP, STJUE de 8 de septiembre de 2020, asunto C-265/19; ECLI:EU:C:2020:677), quien declara que la falta de remisión de la Directiva 2006/115 a las legislaciones nacionales para determinar el alcance de los términos «artistas intérpretes o ejecutantes “estos se deben interpretar de manera uniforme en toda la Unión”» (46-48).

definición del mismo, ni el TJUE ha tenido, por ahora, ocasión de pronunciarse al respecto. En el ámbito nacional, la falta jurisprudencia consolidada en este sentido justifica el análisis de la cuestión. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (secc. 28.^a) de 6 de noviembre de 2020³, cuya cuestión principal se centra en la interpretación de estos términos, si bien circunscrito a los actores y, en concreto, dentro del ámbito televisivo, pone de manifiesto la actual necesidad de analizar este tema.

Partiendo del fundamento último de su protección mediante este derecho exclusivo, se realizará una comparación del ajuste de su definición al contenido en los Tratados Internacionales en vigor sobre la materia. Esto nos llevará a valorar hasta qué punto nuestro ordenamiento jurídico exige que la actuación del artista venga referida a una obra protegida para, a continuación, analizar si la actividad que determina el nacimiento de este derecho debe, además, cumplir con ulteriores requisitos.

II. FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL ARTISTA, INTÉRPRETE O EJECUTANTE

La ubicación del derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes, junto con otros, en el Libro Segundo del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), deja clara su naturaleza como un derecho afín, conexo o vecino al derecho de autor. Todos estos derechos tienen en común necesitar la existencia de una obra para la suya propia, de ahí su calificación con elementos de cercanía o dependencia implícita. Todos son decisivos para la existencia misma de las obras, unos por asumir los costes en términos de esfuerzo, no solo patrimonial, de su «fabricación» —productores de fonogramas, audiovisuales, entidades de radiodifusión, bases de datos, etc.—⁴; otros, los artistas intérpretes o ejecutantes, por la prestación de carácter artístico e intelectual que despliegan para darle forma. El componente creativo que caracteriza la prestación protegida de estos últimos, en la que implican los principales aspectos de su personalidad: su imagen y/o su voz, puestas al servicio de una obra de ingenio preexistente⁵, justifica, entre otras razones⁶, y sin que pueda establecerse una absoluta asimilación⁷, que el contenido de su derecho esté más cerca del estatuto jurídico del autor e incluya facultades de índole moral⁸.

³ A fecha de 19 de abril de 2022 el TS aún no se ha pronunciado sobre la admisión del recurso de casación que la parte apelada interpuso contra la misma.

⁴ En la misma *Guía de la Convención de Roma y el Convenio de Fonogramas*, OMPI (1982), se explica que ni el talento de un ingeniero de sonido, ni de los realizadores de radio y televisión, «pueden impedir que la confección de un disco, o la realización de una emisión, sea en resumidas cuentas una actividad esencialmente industrial, mientras que las prestaciones de los artistas intérpretes o ejecutantes son de naturaleza artística, e incluso llevan consigo una parte de creatividad intelectual». También se reconoce dicho carácter en los considerandos 5 y 6 de la Directiva 2006/115/CE sobre derechos de alquiler y préstamo (*DOUE* L 2006-82664).

⁵ SAIZ GARCÍA (2002), pág. 98.

⁶ Afirma SÁNCHEZ ARISTI (2017A), pág. 1534, que «ocupan el segundo nivel en la cadena de valor de los productos y servicios aparejados con derechos de propiedad intelectual, siendo su papel imprescindible para que puedan generarse a su vez nuevos objetos protegidos por otros derechos de propiedad intelectual».

⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2009), pág. 212; PÉREZ DE CASTRO (2015), pág. 245, en contra, ROGEL VIDE (2003) pág. 422; MARTÍN VILLAREJO (2017), pág. 454, quienes sí defienden dicha asimilación; y SÁNCHEZ ARISTI (2017A), quien se opone rotundamente, incluso negando carácter creativo a su labor, pág. 1536.

⁸ MARTÍN SALAMANCA (2000), pág. 123; MARTÍN VILLAREJO (2017), pág. 478 y sigs., y CASAS VALLÉS (2021), nr. 15.

Sin perjuicio de que luego sea abordada con mayor profundidad la cuestión de la necesaria originalidad de la interpretación o ejecución artística para su protección, igual que para el derecho de autor (art. 10 TRLPI), ahora solo es preciso afirmar que el derecho exclusivo nace a favor del artista que, efectivamente, ha realizado una interpretación o ejecución considerada por la ley idónea para ser objeto del mismo. En consecuencia, dado que el derecho de paternidad y de integridad que integran el haz de facultades que componen este derecho se han configurado con carácter irrenunciable e imprescriptible y que ello hace de este derecho, en su conjunto, un derecho «intransmisible»⁹, nos atrevemos a decir que, al igual que en el derecho de autor, en este también puede aplicarse el principio de autoría según el cual el titular originario del derecho es quien realiza la interpretación o ejecución. Parafraseando el artículo 1 TRLPI, el derecho conexo del artista nace por el solo hecho de la interpretación o ejecución, sin que sea necesario el cumplimiento de ningún otro requisito —*v. gr.*, fijación, inscripción—. Estamos, pues, en presencia de otro binomio inescindible: hay interpretación o ejecución protegida porque hay artista que la ha realizado y, a la inversa, hay artista protegido porque hay interpretación o ejecución. Se trata, pues, de dos elementos de un derecho cuya existencia depende recíprocamente la una de la otra, aunque su objeto sea diferente al del Libro Primero.

Por último, una precisión terminológica, cual es que el concepto de artista del artículo 105 TRLPI es mucho más estrecho que el empleado en el artículo 2.1 del Texto Refundido de la Ley Estatuto de los Trabajadores¹⁰ cuyas relaciones laborales se consideran de carácter especial y se sujetan a una normativa específica¹¹.

III. ÁMBITO SUBJETIVO DE PROTECCIÓN: EL TITULAR DEL DERECHO

1. Distinto alcance subjetivo entre los Tratados Internacionales y el artículo 105 TRLPI

El artículo 105 TRLPI, siguiendo la definición del Convenio de Roma, considera artista intérprete o ejecutante a toda aquella persona «que represente,

⁹ La interpretación literal que realiza la doctrina mayoritaria de la remisión expresa y parcial que hace el artículo 132 TRLPI al Libro Primero, excluye la aplicación de las reglas contractuales del mismo a los derechos del libro segundo, *vid.* SÁNCHEZ ARISTI (2017A), pág. 1535. En sentido contrario, DE ROMÁN PÉREZ (2010), pág. 203 y sigs. argumenta la existencia técnica de una laguna legal que permitiría la aplicación supletoria de las normas de este Libro pese a la incompleta remisión del artículo 132 TRLPI.

¹⁰ RD Leg. 2/2015, de 23 octubre.

¹¹ En concreto, al Real Decreto-ley 5/2022, de 22 de marzo, por el que se adapta el régimen de la relación laboral de carácter especial de las personas dedicadas a las actividades artísticas, así como a las actividades técnicas y auxiliares necesarias para su desarrollo, y se mejoran las condiciones laborales del sector (BOE de 23 de marzo). En los párrafos II y III de su artículo 1 advierten claramente las diferencias. Literalmente, el último dispone «Se entenderán incluidas en el ámbito de aplicación de esta norma, entre otras, las personas que desarrollan actividades artísticas, sean dramáticas, de doblaje, coreográfica, de variedades, musicales, canto, baile, de figuración, de especialistas; de dirección artística, de cine, de orquesta, de adaptación musical, de escena, de realización, de coreografía, de obra audiovisual; artista de circo, artista de marionetas, magia, guionistas, y, en todo caso, cualquier otra persona cuya actividad sea reconocida como la de un artista, intérprete o ejecutante por los convenios colectivos que sean de aplicación en las artes escénicas, la actividad audiovisual y la musical».

cante, lea, recite, interprete o ejecute¹² en cualquier forma una obra»¹³. Además, en dicho precepto quedan equiparados a ellos el director de escena y el de orquesta¹⁴. Algunos autores, a los que me sumo, consideran errónea dicha equiparación, correspondiéndoles, más conforme a su actividad, la protección que brinda el derecho regulado en el Libro Primero¹⁵. Sin perjuicio de esta última apreciación, lo cierto es que, de la definición de artista de nuestro artículo 105 TRLPI, nos interesa destacar en este apartado su distinto alcance subjetivo en relación al contemplado por los distintos Convenios Internacionales vigentes en la materia.

Antes de que entrara en vigor en España el Tratado OMPI *sobre Interpretación y Ejecución de Fonogramas* (TOIEF)¹⁶, el concepto de artista intérprete o ejecutante contenido en nuestro artículo 105 TRLPI abarcaba no solo a los artistas intérpretes o ejecutantes de interpretaciones o ejecuciones exclusivamente sonoras, quedaran estas fijadas en un fonograma o no, sino también audiovisuales. La protección internacional de estas últimas ha llegado con la entrada en vigor del Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales de 2012 (en adelante TBIEA)¹⁷, el 28 de abril de 2020¹⁸. Esto significa que, al menos en este aspecto, no es necesaria en nuestro ordenamiento una ampliación del ámbito subjetivo de este derecho, toda vez que aquel ya protegía a los artistas de interpretaciones o ejecuciones tanto sonoras como visuales, hubieran quedado fijadas¹⁹ o no en algún tipo de soporte²⁰.

¹² En el informe del Relator General de la Convención de Roma (CR) se aclara que el término «ejecutar» se emplea en sentido genérico y comprende, también, la recitación y representación, *Actas de la Conferencia diplomática sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, Roma 10-26 octubre 1961*, en adelante: *Actas de la Conferencia de Roma*, pág. 43 y *Guía de la Convención de Roma y del Convenio Fonogramas*, OMPI (1982) 27. Entre nuestros autores, parece que hay consenso en considerar que se trata de una misma categoría jurídica con dos especialidades: los intérpretes para las obras literarias y los ejecutantes, para las musicales, *vid.* OSSORIO SERRANO (1995), pág. 343; RIVERO HERNÁNDEZ (2004), pág. 87.

¹³ La definición es muy similar a la utilizada por la Convención de Roma, cuyo artículo 3 dispone que se entenderá por «artista intérprete o ejecutante», todo actor, cantante, músico, bailarín u otra persona que represente o ejecute en cualquier forma una obra literaria o artística.

¹⁴ Según el Informe del Relator General de la Conferencia Diplomática de Roma de 1961, se incluye en el concepto aquel artista «cuya única contribución a la interpretación o ejecución es la interpretación de la obra ejecutada por otros y conforme a la dirección de aquel, esto es, el director de orquesta, *Actas de la Conferencia de Roma*, pág. 42.

¹⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2007), pág. 170; RAGEL SÁNCHEZ (2003), págs. 97 y sigs.; RIVERO HERNÁNDEZ (2004), pág. 110; SOLER BENITO (2016), pág. 67; BONDÍA ROMÁN (2007), pág. 1996.

¹⁶ *Tratado OMPI sobre Interpretación y Ejecución de Fonogramas*, de 20 de diciembre de 1996.

¹⁷ Adoptado el 24 de junio de 2012, disponible en <https://wipo.int/treaties/textdetails/12213>.

¹⁸ El artículo 5 TBIEA se refiere a este extremo en su primer inciso: «1. Con independencia de los derechos patrimoniales del artista intérprete o ejecutante, e incluso después de la cesión de esos derechos, el artista intérprete o ejecutante conservará, en lo que atañe a sus interpretaciones o ejecuciones en directo o sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales, el derecho a...».

¹⁹ Recordemos que, a diferencia de lo que pasa en el sistema de *Civil Law*, en algunos países de *Common Law*, como Estados Unidos, la consideración de una obra como tal se hace depender de su fijación en un soporte tangible: «Original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device», § 102 Copyright Act (la cursiva es mía).

²⁰ Señala SÁNCHEZ ARISTI (2017), págs. 1551 y 1552 que, en estos casos, el objeto del derecho exclusivo es distinto, pues, en caso de que la actuación no quede fijada, el objeto será la actuación, mientras que, si hay fijación, junto a la actuación surge un segundo bien inmaterial: la fijación de la actuación.

2. Requisitos para ser titular del derecho

2.1. *Que la interpretación o ejecución venga referida a una obra*

El artículo 105 TRLPI no señala ningún requisito para ser titular de este derecho, si bien su propia definición señala que *la interpretación o ejecución del artista debe venir referida a una obra de ingenio*, independientemente de que esté protegida todavía o se halle en dominio público²¹. A ello se han de añadir las expresiones del folclore, pues, los respectivos artículos 2.a) del TOIEF y el TBIEA, partiendo de la definición del artículo 3 CR, las suman a los posibles objetos de la interpretación o ejecución. No obstante, no todas las expresiones del folclore reúnen la condición de obra de ingenio²². Por ello conviene concretar que, también en el caso del folclore, es necesario que lo ejecutado o interpretado por el artista sea susceptible en el concepto de obra como se describe más adelante.

Lógicamente, no todas las obras son susceptibles de ser interpretadas o ejecutadas²³. Dentro de las primeras, en todo caso, se encuentran las coreografías, las pantomimas así como los *sketches* o escenas breves²⁴ originales. El hecho de que la definición de artista venga referida a una obra supone, en segundo lugar, dejar fuera de la misma a aquellos sujetos que «no interpretan o ejecutan una obra de ingenio, por ejemplo, los artistas de variedades que actúan en los circos o en los *music halls* (equilibristas, trapeceistas, acróbatas, payasos, etc.)²⁵ y de los deportistas»²⁶. No obstante, en este caso, el Convenio de Roma deja en manos de los Estados determinar cuáles son los casos concretos de la extensión de tal protección a quienes no interpretan una obra (art. 9 CR)²⁷, sin perjuicio de la protección que puedan recibir por el Libro Primero aquellos que son, al mismo tiempo, autores o compositores de la música que interpretan o ejecutan, es decir, las improvisaciones²⁸.

En nuestra doctrina, parece haber consenso en incluir en este concepto a los artistas de variedades, de circo, marionetas²⁹, con tal de que su actividad inter-

²¹ Así se señala expresamente en la *Guía de la Convención de Roma y del Convenio Fonogramas*, OMPI (1982), pág. 16.

²² Como se puede comprobar contrastando la Ley 18/2013, de 12 de noviembre para la regulación de la tauromaquia como patrimonio cultural y la DA 9.^a de la Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial y lo fallado por la Sala 1.^a del TS en la Sentencia de 16 de febrero de 2021, ECLI:ES:TS:2021:497. Además, sobre este extremo, ESPÍN ALBA (2010), pág. 48; PÉREZ DE CASTRO (2015), pág. 246. También, nos recordaba nuestro querido Ramón CASAS, en el *Blog* (su Blog) de ALADDA (http://aladda.es/quien-es-artista-actor-el-caso-cifras-y-letras-sap-de-madrid-sec-28a-de-6-11-2020/#_ftn16), que, en los trabajos previos a la incorporación de la Directiva 2001/29/CE (DSI) «hubo propuestas para añadir al artículo 105 TRLPI las expresiones del folclore» para aprovechar la reforma y adaptarlo al artículo 2 del TOIEF-F). En uno de los documentos no oficiales que por entonces circulaban, transcribe Casas, se añade, respecto a las expresiones del folclore que «podría discutirse si son o no obras, aunque de autores ignorados y en el dominio público. Pero, para evitar dudas, se considera conveniente incluir una referencia expresa al folclore. Al propio tiempo, se aprovecha para dividir el artículo en dos apartados, a fin de subrayar la particular situación de los directores de escena y de orquesta».

²³ Piénsese en una obra plástica, por ejemplo. Más desarrollada esta cuestión puede verse en RIVERO HERNÁNDEZ (2004), págs. 88 y sigs.

²⁴ *Guía de la Convención de Roma y del Convenio Fonogramas*, OMPI (1982), pág. 26.

²⁵ Artículo 9 Convención de Roma (en adelante CR), deja libertad a los Estados para extender la protección del Tratado a los artistas que no ejecuten obras literarias o artísticas.

²⁶ MASOUYÉ (1982), pág. 27.

²⁷ *Ibid.*, pág. 26.

²⁸ Declaración concertada al artículo 2 TBIEA.

²⁹ Artículo 139 de las normas de reparto de AISGE incluye la «manipulación de muñecos» como un supuesto de actuación artística no convencional.

pretativa se refiera a una obra preexistente y a los autores de reparto, aunque su importancia sea menor; y excluir aquellos otros en cuya interpretación, pese a referirse a una obra, se limitan a «leer» sin actividad interpretativa o creativa³⁰ como, por ejemplo, extras y figurantes. Pero esta última cuestión forma parte del segundo de los elementos integrantes de esta definición legal. Lo importante es que el objeto interpretado sea una obra de ingenio o una expresión del folclore, pues no podemos olvidar la relación de dependencia entre uno y otros derechos. La cuestión es si el concepto de artista intérprete o ejecutante engloba, además, actuaciones conectadas a algo que no sea una obra original, aunque esté en dominio público o se trate de una manifestación del folclore.

2.2. Ejecución de actividades no basadas en obras

2.2.1. Espectáculos deportivos y asimilables

La definición del artículo 105 TRLPI no acoge la ejecución de actuaciones no basadas en obras. Esto sucede en una demostración deportiva o «artística» dentro de un espectáculo que *per se* no se protege como obra de ingenio como, por ejemplo, los partidos de fútbol³¹ o las corridas de toros.

En relación con estas últimas, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 16 de febrero de 2021³² desestimó la pretensión de un torero sobre la consideración de obra objeto de propiedad intelectual a una faena taurina. El argumento utilizado coincide, en parte, con el que el TJUE utilizó para negársela a los partidos de fútbol en el asunto *Football Dataco & others*³³, por considerar que «las reglas del juego no dejan espacio a la libertad creativa». El proceso se inicia contra la resolución del registrador del Registro de la Propiedad Intelectual de Extremadura denegando la inscripción como obra protegida por derecho de autor a una faena taurina, titulada: «faena de dos orejas con petición de rabo de toro “curioso” núm. 94, de peso 539 kg, nacido en febrero de 2010 ganadería de Garcigrande feria de San Juan de Badajoz, día 22 de junio de 2014» y que, en la memoria de solicitud, se había descrito como «mano izquierda al natural cambiándose de mano por la espalda sin moverse. Luego liga pase cambiando por la espalda y da pase por la derecha. El toro sale suelto y el torero va hacia él dando pase por alto por la derecha». Aunque la cuestión principal de este caso no versa sobre el concepto de artista, sino de autor y el concepto de obra, la relevancia del mismo a estos efectos es innegable.

El Juzgado de lo Mercantil de Badajoz³⁴ consideró que no se trataba de una obra «pues habla de ejecución del torero»; que carecía de originalidad «pues parte de cánones previos y un repertorio de lances y suertes en los que el torero

³⁰ RAGEL SÁNCHEZ (2004), pág. 62; RIVERO HERNÁNDEZ (2004), pág. 89. Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de 26 septiembre 2018 (AC/2019/64)

³¹ El TJUE fundamenta su falta de originalidad en que las reglas del juego determinan la falta de espacio a la libertad creativa (98), aunque reconoce que, por su carácter único, podrían ser protegidos en las legislaciones nacionales por otro tipo de protección (100), STJUE (Gran Sala), de 4 octubre 2011, en los Asuntos acumulados C-403 y 429, «Football Association Premier League Ltd.», ECLI:EU:C:2011:631. En España, STS de 25 de junio de 2013, *KutxaBank, S.A. vs. Grupo Santa Mónica Sports, S.L.* (ROJ: STS 3872/2013, ECLI:ES:TS:2013:3872).

³² ECLI: ES:TS:2021:497

³³ C-604/10, EU:C:2012:115, nrs. 96 y sigs.

³⁴ SJM núm. 1 de Badajoz, de 10 abril de 2017.

imprime su personalidad, pero sobre algo ya establecido» y, porque, por lo visto, no puede ser calificada de creación humana, «al menos exclusivamente, pues interviene en gran medida el animal, dependiendo el resultado de las características y condiciones de este». Además, «tampoco procede exclusivamente del ingenio humano, sino sobre todo y fundamentalmente, de la habilidad del torero». La Audiencia Provincial de Badajoz³⁵ desestimó el recurso interpuesto por el torero contra esta, incidiendo, además, en las consecuencias que el reconocimiento de la protección de una actividad física, «aun buscando una determinada estética», acarrearía, pues coartaría la labor de un torero para hacer la faena que tenga por conveniente en momentos tan dramáticos como lo es el lance taurino, durante el cual es imposible andar «pensando si lo que va hacer está amparado por la propiedad intelectual». El TS, siendo ponente el excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo, desestima el recurso de casación interpuesto contra la anterior sentencia, apoyándose, además de en el argumento ya indicado, en la falta de suficiente identificación con precisión y objetividad que debe acompañar a toda obra de ingenio³⁶.

Aunque los requisitos de protección de las obras de ingenio no constituyen el tema central de este trabajo, lo cierto es que, como vemos, determinan indirectamente el concepto de artista intérprete o ejecutante, pues, el artículo 105 TRLPI exige que su interpretación o ejecución tenga como objeto una obra³⁷. Cómo deba interpretarse este último término corresponde al TJUE, pues es un concepto autónomo del Derecho de la UE, debiendo los Estados miembros sujetarse a la misma. Y así lo ha hecho nuestro TS en relación con la faena taurina, negándole el carácter de obra, no tanto por falta de originalidad cuanto por falta del requisito de la determinación precisa y objetiva del resultado que se quiere proteger. Tal vez sirva esta sentencia para avalar la tesis de que la mención de las expresiones del folclore que deben entenderse incluidas en el artículo 105 TRLPI debe limitarse a aquellas que reúnan este último requisito.

Además, en relación con los acontecimientos deportivos el TJUE recuerda que, pese a que el Derecho de la UE no los protege por ningún otro concepto en el ámbito de la propiedad intelectual³⁸, su carácter único y original puede convertirlos en objetos de protección comparables al de las obras de ingenio si así lo consideran los Estados miembros mediante la correspondiente norma interna³⁹. No es este el caso del Derecho español.

En consecuencia, al no ser la faena taurina una obra, pues lo que se ejecuta es «una serie de suertes y lances predeterminados», ni gozar de una protección similar en nuestro ordenamiento, no puede considerarse, según el artículo 105 TRLPI, que haya interpretación protegible. En el ámbito de los deportes y espectáculos deportivos, en los que predomina la demostración de habilidades eminentemente físicas y técnicas, y al igual que en la lidia, de un lado, tampoco hay

³⁵ SAP de 22 enero de 2018, ECLI:ES:APBA:2018:50.

³⁶ STJUE de 13 enero 2018, Levola Hengelo, C-310/17, ECLI:TJUE:C:218:899.

³⁷ *V. gr.* el criterio de originalidad objetiva, sinónimo de novedad o «irrepetibilidad», sobre el que construye el concepto de obra; la imposible calificación de obra de un espectáculo en el que intervenga algún animal o, en definitiva, cualquier componente de espontaneidad; etcétera.

³⁸ *Vid.* el Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre los desafíos para los organizadores de acontecimientos deportivos en el entorno digital [2020/2073(INL)] de 23 de abril de 2021, nrs. 23 y 24.

³⁹ C-604/10, EU:C:2012:115, nrs. 100-103.

obra⁴⁰, sino solo reglas de espectáculo y/o competición y, de otro, no existe margen de libertad expresiva suficiente para considerar que en su ejecución el agente pueda dejar huella de su personalidad⁴¹. Con todo, ciertos espectáculos deportivos sí participan generalmente de componentes artísticos suficientes como para considerarlos coreografías, como puede suceder con la natación sincronizada o en los ejercicios de gimnasia rítmica⁴². Además, todos estos casos tienen en común, a diferencia de lo que sucede en la lidia (o en cualquier evento deportivo o de cualquier otra índole⁴³, en el que intervienen factores impredecibles que haya que sortear y resolver con técnica y habilidad), la ausencia de elementos de incertidumbre que puedan impedir su repetición⁴⁴, su dominio y su control. Son precisamente estos elementos y circunstancias los que impiden definir con precisión y objetividad el resultado protegible y, por tanto, hablar de «obra».

Aunque la Convención de Roma permite la protección de interpretaciones no referidas a obras, los Estados deben precisar qué requisitos exigirán para ello. Ni la ley española⁴⁵ ni la normativa de reparto de las pertinentes entidades de gestión hacen uso de tal facultad. El concepto de artista intérprete o ejecutante empleado por las normas de reparto de la Entidad Artistas Intérpretes Entidad de Gestión (en adelante AISGE)⁴⁶, así como todo su sistema de reparto, están referidos a la interpretación o ejecución de una «obra». Si leemos la definición de los «tipos de producción» a los que presta atención, veremos cómo se refiere a ellos como «formatos artísticos». El artículo 77 NRAISGE menciona, entre ellos, el cine, las series de TV, el teatro, los documentales, los dibujos animados y, por último, una categoría residual denominada «misceláneas» en la que se consideran la danza, magazines, etc. Ciertamente, se trata de una enumeración no exhaustiva. Sin embargo, lo cierto es que recoge obras audiovisuales típicamente creativas⁴⁷, pues, por ejemplo, no se refiere a todas las obras televisivas (no habla de informativos, programas de entrevistas, etc.), lo que, sumado a la fundamentación general del sistema de reparto en el concepto de obra, parece inclinar la balanza a favor de restringirlo a la interpretación y ejecución de una obra, esté esta acabada o no.

⁴⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2017), pág. 179, incluye entre ellas los toros.

⁴¹ Aunque los expertos son capaces de conseguir ejecutar ejercicios cada vez más difíciles para obtener mejor puntuación. Por ejemplo, en el deporte olímpico de salto de trampolín, se combina la condición física y la agilidad con potencia, elegancia y precisión. Cualquiera diría que en 10 m de longitud y aproximadamente 1,43 segundos de duración, apenas queda margen para innovar, sin embargo, en diez años, se ha aumentado el grado de dificultad en un punto y de un salto con un grado de dificultad de 3,8 consistente en dos mortales y medio hacia atrás, con dos tirabuzones y medio, se ha llegado a un grado de dificultad de 4,8 consistente en cuatro mortales y medio hacia atrás en posición carpada, *vid.* <https://www.technologyreview.es/s/6677/el-salto-de-trampolin-mas-dificil-que-se-podria-hacer-sin-romper-las-leyes-de-la-fisica>.

⁴² DREIER y SCHULZE (2018), pág. 1374, cita los concursos de baile y de patinaje artístico; BERCOVITZ, citando a GRECO y VERCELLONE, los espectáculos de doma.

⁴³ Concursos de TV, tertulias, etcétera.

⁴⁴ Aunque somos conscientes de que la «repetibilidad» no es un requisito general de protección de las obras de ingenio, *vid.* MARTÍN VILLAREJO (2009), pág. 632, refiriéndose a las improvisaciones como el jazz, humorísticas, etc.

⁴⁵ Sí lo reconoce expresamente la definición de artista intérprete o ejecutante del artículo L 212-1 CPI francés: A l'exclusion de l'artiste de complément, considéré comme tel par les usages professionnels, l'artiste-interprète ou exécutant est la personne qui représente, chante, récite, déclame, joue ou exécute de toute autre manière une oeuvre littéraire ou artistique, *un numéro de variétés, de cirque ou de marionnettes* (la cursiva es mía).

⁴⁶ Disponibles en <http://www.aisge.es/medial/multimedia/ficheros/647.pdf>. En concreto, el artículo 5 NRAISGE.

⁴⁷ *Vid.*, sobre este aspecto SAIZ GARCÍA (2002).

Esto ni significa que todas las interpretaciones que pertenezcan a cualquiera de los «tipos de producción» enunciados sean originales y, por tanto, protegibles por un derecho del Libro Segundo ni que alguno de los formatos que no vengan en ella expresados no puedan recibir dicha consideración. De hecho, el propio artículo 5 NRAISGE, en su apartado segundo establece, por un lado, que «si la protección de la actuación resulta dudosa, la Comisión de Reparto será competente para examinar y resolver si concurren los requisitos» y, en su apartado tercero que, cuando dicha decisión afecte «a una modalidad genérica de explotación de actuaciones artísticas que sea susceptible de convertirse en criterio general», la decisión tendrá que aprobarse o ratificarse por el Consejo de Administración. Por tanto, a efectos prácticos, cuando el interesado discrepe con dicha decisión, no tendrá más remedio que iniciar el procedimiento correspondiente. No obstante, como esta cuestión pivota sobre el carácter o requisitos de la actuación, se tratará en el epígrafe relativo a los requisitos del objeto de este derecho exclusivo⁴⁸.

2.2.2. Interpretación y ejecución de resultados generados por sistemas autónomos de inteligencia artificial y de obras no originales

En este apartado convendría hacer mención de una situación que puede cambiar el panorama subjetivo de este derecho. Nos referimos a la, en nuestra opinión, indubitable consideración de artista intérprete o ejecutante del artículo 105 TRLPI de quien interpreta o ejecuta un resultado obtenido por un sistema de inteligencia artificial absolutamente autónomo, cuya protección por derecho de autor no resulta posible, al menos según nuestra actual normativa de propiedad intelectual⁴⁹.

Para empezar, el artículo 105 TRLPI no dice que la protección de una interpretación solo sea posible si viene referida a una obra original⁵⁰. De hecho, como hemos visto, los Tratados Internacionales vigentes obligan a incluir la interpretación o ejecución de obras ya en dominio público y expresiones del folclore. Defender lo contrario, supondría dejar fuera de la protección de este derecho conexo a aquellos artistas intérpretes o ejecutantes que actúan sobre resultados generados por sistemas de inteligencia artificial autónomos⁵¹ o interpretaciones de obras que sean plagio total o parcial de otras anteriores, cuando el problema aquí no sería de existencia o no de ejecución o interpretación, sino de ilicitud de la explotación de la obra⁵².

Por otro lado, prescindir de este requisito absolutamente y dejar todo el peso en el concreto carácter de la interpretación, además de desatender la propia naturaleza de este derecho como derecho «conexo» al derecho de autor, abre la puerta a la casuística y, con ello, a la inseguridad jurídica capaz de poner en peligro la eficacia de todo el sistema de gestión de sus derechos.

⁴⁸ Epígrafe 3.4.

⁴⁹ Sobre esta cuestión, entre otros, *vid.* SAIZ GARCÍA (2019); NAVAS NAVARRO (2019), pág. 62.

⁵⁰ Así lo hace la SAP de Madrid de 6 de noviembre 2020 objeto de comentario en otro epígrafe

⁵¹ Por ejemplo, al margen de la discusión sobre si estas canciones podrían atribuirse a un autor por tener participación humana relevante, Google ha sacado un disco, «Lost Tapes of the 27 Group», gracias a su algoritmo Magenta que ha estado (dirigido) año y medio aprendiendo de la música de Kurt Cobain, Jimmi Hendrix, Amy Winehouse y Jim Morrison, https://www.elconfidencial.com/tecnologia/novaceno/2021-04-08/ia-google-crea-canciones-nirvana-jimi-hendrix_3026236/.

⁵² Téngase en cuenta que cualquier acuerdo o solución al que llegaran las partes, legitimaría automáticamente la interpretación, encajando esta, antes y después, en el concepto del artículo 105 TRLPI.

Con todo, es posible encontrar una solución útil si referimos la actuación al concepto de obra, no tanto desde el requisito de originalidad como elemento central de su protección —pues, como se ha visto, tampoco es esencial en la medida que permite considerar artistas en el sentido del artículo 105 a quienes interpretan obras en dominio público y manifestaciones del folclore— como desde el mismo concepto de «obra» según lo interpreta el TJUE en el caso *Levola Hengelo*⁵³. Recordemos que el TJUE inadmitió la posibilidad de considerar el sabor de un queso como obra literaria, artística o científica del artículo 2.1 del Convenio de Berna y contemplado en la Directiva 2001/29. Según el tribunal, «el concepto obra implica, necesariamente, una expresión del objeto de protección (del derecho de autor) que la identifique con suficiente precisión y objetividad, aun cuando esta expresión no sea necesariamente permanente». Inclinando el peso de la balanza hacia este segundo elemento, se consigue, por un lado, explicar que la actuación pueda referirse a obras protegidas o de dominio público y, por otro, a cualquier otro resultado que pudiera objetivamente encajar en el concepto de obra, independientemente de su carácter original.

En consecuencia, el término «obra» utilizado en el artículo 105 TRLPI no coincide íntegramente con el concepto de obra del artículo 10 TRLPI, sino con el de obra literaria, artística o científica perfecta y objetivamente identificada, aunque esa cualidad no sea necesariamente permanente, independientemente de su carácter original, actual, pretérito o, en el caso, de las obras creadas por sistemas de inteligencia artificial generativa, incierto.

2.3. *Que la interpretación o ejecución sea realizada por una persona física*

Como se desprende de los artículos 105 y sigs. TRLPI, solo pueden ser artistas las personas físicas⁵⁴. Ni es necesario haber alcanzado la mayoría de edad, ni tener pleno ejercicio de la capacidad jurídica. Sin embargo, el carácter intelectual exigido al objeto de su interpretación solo puede tener procedencia humana en un sistema como el nuestro, en el que la atribución de facultades morales a los artistas se dirige a proteger al creador de la actuación en tanto que manifestación de su personalidad. Por ello, actuaciones realizadas exclusivamente por animales, agentes naturales, máquinas, etc., no generan el nacimiento de este derecho conexo, sin perjuicio de que, sirviéndose de ellos, pueda algún autor representar alguna obra susceptible de protección por el Libro Primero, como, por ejemplo, una obra coreográfica representada por animales.

Al igual que sucede en relación a las obras creadas por sistemas de inteligencia artificial completamente autónomos, quedan fuera de la posible protección de derecho conexo las actuaciones generadas por aquellos. En todo caso, la posibilidad de que una máquina, robot, holograma, etc., interprete o ejecute una obra gracias a la programación de sistemas de inteligencia artificial (como, por ejemplo, la técnica del *deepfake*⁵⁵), desvía el debate, en este ámbito, hacia la distinción entre obras generadas con ayuda de sistemas de IA y obras generadas

⁵³ SJUE (Gran Sala) de 13 noviembre de 2018, asunto C-310/17, ECLI:EU:C:2018/899, nr. 40.

⁵⁴ SAIZ GARCÍA (2000); SÁNCHEZ ARISTI (2017B), pág. 1558; ROGEL VIDE (2008), pág. 128; SOLER BENITO (2016), pág. 190; MORÁN RUIZ (2018); RAMALHO (2017).

⁵⁵ Tecnología basada en la inteligencia artificial que permite colocar el rostro de una persona en el cuerpo de otra y generar imágenes en movimiento.

por estos de manera completamente autónoma, siendo en estos últimos casos predicable las mismas conclusiones a las que se llega en relación a las obras del Libro Primero y a la valoración de la conveniencia o no de protegerlos mediante la creación de un nuevo derecho exclusivo⁵⁶. La ventaja en estos casos es que si son «robots» (hologramas, Lola Flores⁵⁷, etc.) el vehículo de comunicación elegido por el autor de la obra representada⁵⁸, no tendrá este que obtener los pertinentes derechos de explotación⁵⁹, aunque, en el caso de ejecuciones IA completamente autónomas, no será titular de un derecho conexo de los artículos 105 y sigs. TRLPI sobre las mismas⁶⁰.

Tampoco será posible aplicar *mutatis mutandis* al derecho conexo del artista intérprete o ejecutante las reglas de atribución de la obra en colaboración y la obra colectiva (arts. 7 y 8 TRLPI). En primer lugar, porque la protección que se otorga al artista sobre su interpretación es, por naturaleza, individual e indivisible⁶¹, como lo es la voz y la imagen, y no puede compartirse su titularidad. En segundo lugar, porque la actividad que justifica la regla de atribución de la titularidad sobre la obra colectiva a favor de quien la dirige y coordina, salvo pacto en contrario, en el caso de las interpretaciones o ejecuciones de obras dramáticas, dramático-musicales, coreográficas o cualesquiera otras de naturaleza escénica, es la que desempeña el director de orquesta o el director de escena. Como veremos con algo más de detalle, el legislador ha preferido protegerles a través de este mismo derecho conexo y, en consecuencia, queda vetada la posibilidad de saltar al Libro Primero por aquella vía.

IV. OBJETO: LA ACTUACIÓN

1. Delimitación

Como también sucede en el caso del derecho de autor, el titular originario de la protección se define a partir de su objeto y este último, por la actividad que determina el nacimiento del derecho exclusivo. En el caso de los artistas, el objeto de este derecho exclusivo lo constituye su actuación o, en caso de haber sido esta fijada en algún soporte, la actuación y la fijación de la actuación, ambos (arts. 106 y 107 TRLPI)⁶².

2. No estamos ante una obra de ingenio del Libro Primero

Pese al carácter intelectual de las interpretaciones o ejecuciones protegidas, no estamos ante una obra de ingenio del Libro Primero. Ya tuvimos ocasión

⁵⁶ SAIZ GARCÍA (2019); NAVAS NAVARRO (2019), pág. 62.

⁵⁷ <https://www.youtube.com/watch?v=Yewm6TfLZ3Q>, Para conseguir la voz, el rostro y los gestos de la artista han sido necesarias horas y horas de material audiovisual, más de 5.000 imágenes y un minucioso proceso de composición y postproducción, en el que Cruzcampo ha contado con las hijas de la artista. Lolita y Rosario Flores han asesorado y participado para darle forma hasta llegar al resultado hiperrealista del spot «Con Mucho Acento».

⁵⁸ <https://youtu.be/pAjzZ1-PSHg>.

⁵⁹ Sin perjuicio de los eventuales derechos de la personalidad que sean necesarios.

⁶⁰ <https://www.elpoblenoudebenitatxell.com/es/noticia/1396-los-escolares-convertiran-a-robots-en-actores->; <https://youtu.be/pAjzZ1-PSHg>.

⁶¹ Salvo en la peregrina situación en que varios actores se repartan distintos elementos de una sola interpretación, por ejemplo, que uno toque con una mano los acordes de la guitarra y otro el ritmo.

⁶² SÁNCHEZ ARISTI (2017B), pág. 1546.

de escribir extensamente sobre el objeto de protección del derecho de autor y distinguir, dentro de las actividades que pueden conducir a una obra de ingenio protegible⁶³, las típicamente creativas de las que no lo son⁶⁴. Las primeras tienen la virtud potencial de atribuir a su agente un derecho de autor, pese a no alcanzar *per se* una unidad ontológica individual suficiente para ser protegidas independientemente, por ejemplo, en el marco de una obra en colaboración. Las segundas, no. Estas necesitan sumar algo más para poder atribuir a su agente un derecho sobre el resultado obtenido, una interferencia externa que les de forma (arts. 10 y 11 TRLPI)⁶⁵ o que las combine con otros elementos según el criterio personal del autor (art. 12 TRLP), sin que la disposición de los elementos venga técnica, funcional o lógicamente impuesta⁶⁶. Tanto en uno como en otro caso, el carácter intelectual de una obra presupone al autor margen de libertad creativa suficiente para expresar una idea y una elección formal entre todas las posibilidades expresivas teórica e inicialmente existentes. Esto no significa que las actividades del primer tipo —las típicas o naturalmente creativas— conduzcan inexorablemente a una obra protegida por el Libro Primero, pero, tampoco, que las segundas —las no típicamente creativas— no puedan conducir a ella. Simplemente, estas últimas no otorgan *per se* a su agente ninguna posibilidad de ser titular de un derecho exclusivo, ni siquiera fundiéndose con la aportación de otros agentes que intervengan con aportaciones de carácter creativo (obras en colaboración)⁶⁷. No obstante, su vertebración con otras actividades o elementos protegibles *per se* o no, puede dar lugar a una obra de ingenio susceptible de protección⁶⁸. En este último caso, el titular del derecho de autor sobre el resultado final será quien se ocupe de esta vertebración de los elementos individuales, tengan estos o no carácter creativo⁶⁹ y, en todo caso, según un criterio personal. Estamos hablando de la persona que tiene la iniciativa y coordina la realización, selección y/o combinación del resto de elementos, creativos o no, para su consecución. Cuestión distinta es que nuestra ley, en estos casos, atribuya, «a falta de pacto»⁷⁰ en este sentido, a la persona, natural o jurídica que la edite y divulgue bajo su nombre la titularidad de los derechos sobre la obra resultante a través de la presunción del artículo 8 II TRLPI.

Extrapolando estas ideas a la labor del artista, fácilmente se advierte que su actividad se encuadra dentro de las primeras, las que son natural o típicamente

⁶³ En relación con el concepto de obra, véase la reciente Sentencia del TJUE de 13 de noviembre de 2018, Asunto C-310/17, *Levola Hengelo BV vs. Smilde Foods BV* (ECLI:EU:C:2018:899), en la que se dice, aparte de que el concepto de obra debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión y que la originalidad debe entenderse en sentido subjetivo, es decir, que la obra debe ser una creación propia de su autor, que *el sabor de un alimento* no cumple con el requisito de identificabilidad suficiente que debe regir la protección de las obras de ingenio toda vez que su precisión depende de también de factores subjetivos. La protección solo puede otorgarse a expresiones del objeto de protección que las identifiquen con suficiente precisión y objetividad, aun cuando esta expresión no sea necesariamente permanente (núm. 36-40)

⁶⁴ SAIZ GARCÍA (2000).

⁶⁵ Por ejemplo, un simple corte de pelo, la poda de un jardín, son actividades puramente técnicas. O se utilizan con la finalidad de realizar una obra de ingenio como puede ser un dibujo (el rostro de un hijo, una escultura, etc.) o por sí mismas no son idóneas para desembocar en un resultado protegible por el derecho de autor.

⁶⁶ STJUE de 1 de marzo de 2012, *Football Dataco and Others*, C-604/10, EU:C:2012:115, nr. 39, entre otras.

⁶⁷ CASAS VALLÉS (1997), págs. 127 y 142.

⁶⁸ SAIZ GARCÍA (2000), epígrafe «Colección».

⁶⁹ Sin perjuicio de la protección individual de las aportaciones que por sí mismas sean protegibles individualmente, SAIZ GARCÍA (2000), epígrafe «Obra colectiva».

⁷⁰ Y no «de prueba» como establece su homónimo francés, del que se ha importado a nuestro ordenamiento jurídico el régimen jurídico de la obra colectiva.

creativas⁷¹. Sin embargo, su resultado no se protege individualmente por falta de entidad suficiente para ser *per se* protegido como obra (art. 10 TRLPI), antes bien, depende ontológicamente de ella⁷². Como la actividad del director de una obra cinematográfica, tampoco la interpretación de un actor conduce generalmente *per se* —salvo que sea una improvisación con resultado unitario como, por ejemplo, un monólogo— a una unidad de protección que pueda existir y ser protegida individualmente (obra)⁷³.

La actividad del artista es, además, una actividad naturalmente subordinada, lo que limita el margen de libertad creativa que requiere la condición de autor. En primer lugar, su actividad se ve constreñida por la propia obra que representa y las posibles indicaciones que su autor haya establecido para su representación⁷⁴. En segundo lugar, y a falta de indicaciones escénicas precisas del autor⁷⁵, por la manera que, generalmente, ha tenido de interpretarla un director, ya sea de escena ya sea de orquesta, bajo cuyas órdenes e instrucciones aquel interpreta o ejecuta⁷⁶. Por esta razón, el objeto del derecho del artista no es la representación de la obra en su conjunto, sino su actividad interpretativa en sí misma, haya sido fijada en algún tipo de soporte o no. Su actividad se podría identificar con la de las aportaciones individuales de la obra colectiva que poseen carácter creativo —las que lo posean— sin alcanzar *per se* protección independiente, cuya titularidad originaria se atribuye a la persona responsable de su integración en el conjunto de la obra resultante. También la titularidad del artista intérprete y ejecutante sobre su aportación queda jurídicamente absorbida por la del director, quien la utiliza como un ingrediente más para dar forma al conjunto final⁷⁷. Directores de escena y directores de orquesta despliegan, en mi opinión, una actividad propia del Libro Primero, si bien, el resultado es una obra derivada (art. 11 TRLPI), pues la suya no es sino «interpretación» de una obra, existiera previamente o se cree en el mismo instante.

Es cierto que tal esquema ha sido reconocido exclusivamente para alguna de estas categorías creativas, *v. gr.*, el director de la obra audiovisual, por el artículo 87 TRLPI, toda vez que la obra audiovisual se considera un género creativo diferente al soporte literario y musical que habitualmente la acompaña. Sin embargo, no lo ha sido el director de escena ni el director de orquesta, cuya protección se ha preferido en el Libro Segundo⁷⁸, supone-

⁷¹ En palabras de BERCOVITZ (2007), se trata de actividades cuya originalidad radica en la ejecución, pág. 171.

⁷² Epígrafe II.2.2.

⁷³ Discutible, en todo caso, es que, por ejemplo, tratándose de una obra dramática y actuando el actor/es sin director de escena, este no realice un fiel seguimiento de las *didascalias* o indicaciones escénicas que puede realizar el autor en la propia obra o, simplemente, que no las haga, *vid.* SOLER BENITO (2016), págs. 162 y sigs. Sin perjuicio del derecho de integridad del autor, tales actuaciones podrían ser concebidas como obras derivadas de la primera y, por tanto, considerarse obras del artículo 11 TRLPI.

⁷⁴ Por esto siempre se ha dicho que, en todo caso, su condición de autor sería como la del autor de una obra derivada, *vid.* nota 63.

⁷⁵ Las *didascalias* pueden ser extremadamente precisas, hasta el punto de no dejar apenas margen creativo a la escenificación. SOLER BENITO (2016), pág. 163, cita como paradigma de autor especialmente meticuloso a Samuel Becket, quien daba instrucciones tan precisas que exigían un respeto absoluto por parte de los directores que quisieran escenificar sus obras. En estos casos, el director de escena (o quien haga del mismo) no merecerá la protección ni del libro Primero ni del Libro Segundo, RAGEL SÁNCHEZ (2003), pág. 97.

⁷⁶ Que su margen de libertad creativa se vea limitado no significa que carezca del mismo.

⁷⁷ SAP Barcelona (Secc. 15ª), de 28 abril 2008, «La Torna».

⁷⁸ El debate a este respecto no es nuevo, *vid.* CABANILLAS SÁNCHEZ (1997), pág. 1546; RIVERO HERNÁNDEZ (2004), pág. 90; *vid.* SOLER BENITO (2016), págs. 208-210.

mos que como consecuencia de la falta de reconocimiento legal⁷⁹ de la obra escénica como un género creativo diferente de las obras literarias a las que dan vida.

En todo caso, la ubicación de los artistas intérpretes o ejecutantes en el Libro Segundo se debe a su consideración, desde el primer momento, de intermediarios necesarios de los autores para comunicar sus obras a la sociedad⁸⁰. Su aportación se concibe como derivada de la que corresponde al autor propiamente, pues, sin la creación de este último jamás existiría su interpretación⁸¹. Las obras que interpretan o ejecutan existían antes, existen durante y existirán después de la misma⁸². Y, aunque su aportación sea esencial, no crean la obra que interpretan. Ellos no hacen más que ayudar a su comunicación, y la posible transformación que con su actuación se imprime a la obra no es suficiente, como ya se ha explicado, para hacer nacer un derecho de autor sobre una obra derivada⁸³. No obstante, algunos autores que defienden una noción subjetiva del requisito de originalidad, no vetan la posibilidad de considerar algunas interpretaciones o ejecuciones obras derivadas⁸⁴, opinión que solo podemos compartir cuando existe improvisación y obra⁸⁵, como, por ejemplo, pasa habitualmente en el mimo⁸⁶, pero también puede pasar con los arreglos musicales y todas las posibilidades que brinda el artículo 11 TRLPI. Se trata de una línea, en ocasiones, muy fina, pero que, en definitiva, separa la condición de artista de la de autor.

3. ¿Cada interpretación de una misma obra por el mismo actor, un nuevo objeto de protección?

Una vez esclarecido que el objeto de protección es la actuación en sí misma considerada y no la obra, conviene recordar que existen posiciones enfrentadas sobre la existencia unitaria o plural de objetos protegidos cuando un mismo actor realiza repetidas representaciones o ejecuciones de una misma obra. Algu-

⁷⁹ No así por la doctrina, RIVERO HERNÁNDEZ (2004), págs. 124-126; BONDÍA ROMÁN (2007), págs. 2014 y 2015; SOLER BENITO (2016), págs. 147 y sigs; BERCOVITZ (2017), pág. 179.

⁸⁰ *Guía de la Convención de Roma y del Convenio Fonogramas*, OMPI (1982), pág. 14.

⁸¹ Habrá ocasiones en que el margen de libertad existente entre el personaje plasmado en la obra literaria preexistente y la interpretación del artista sea tan amplio que el actor, bajo órdenes (o no) del director, pueda plasmar su impronta, *vid.* MARTÍN VILLAREJO (2017), pág. 133. Sin embargo, su protección siempre tendrá lugar por el régimen jurídico específico del Libro Segundo (tanto del artista cuanto del director de escena). Se lamenta de ello RAMS ALBESA (2004), pág. 144, quien, al respecto, señala que es una cuestión que deberían revisarse «a la luz de las posibilidades técnicas actuales de creación, de los soportes de comunicación pública y, cómo no, y casi principalmente, de las distintas posibilidades de comercialización de los distintos bienes inmateriales resultantes de las acciones creativas individuales y de las concurrentes».

⁸² SAIZ GARCÍA (2002), pág. 99.

⁸³ En completa coherencia con su entendimiento de la originalidad en sentido objetivo, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (1997), pág. 163; CABANILLAS SÁNCHEZ (2007), pág. 1525.

⁸⁴ RIVERO HERNÁNDEZ (2004), pág. 111.

⁸⁵ Por ejemplo, la puesta en escena de un monólogo. Por el contrario, cuando se trata de improvisación de alguna escena en una obra audiovisual, salvo que tenga tal relevancia como para poder considerar al artista coautor del guion, no habrá resultado protegible. Parece que la improvisación ha sido una de las técnicas usadas por los hermanos Russo en *Endgame* o *en Infinity War*, con el fin de adaptarse mejor al metraje y conseguir interpretaciones más creíbles. Tom Holland comentaba en una entrevista que la última escena de Tony Stark (Iron Man) en *Avengers: Endgame*, no tenía guion predeterminado y fue en gran medida improvisada. Tenemos aquí caso de estudio, pues la solución dependerá, como es habitual, de las circunstancias del caso concreto, <https://hipertextual.com/2019/06/esa-escena-final-iron-man-avengers-endgame-fue-totalmente-improvisada>.

⁸⁶ RAMS ALBESA (2004), pág. 138, quien recuerda que la omnipresencia del autor-intérprete del mimo ha llevado a la homonimia entre el sujeto y el objeto en el género.

nos autores⁸⁷ las consideran un único objeto de protección; otros⁸⁸, sin embargo, consideran cada una de las interpretaciones un objeto de protección diferente. Sin que la indagación de esta cuestión sea un objetivo necesario de este trabajo, destacamos que uno de los principales problemas que plantea la primera de las posiciones, sería que la primera interpretación del artista determinaría el plazo de protección del mismo, aunque interpretara la obra durante toda su vida⁸⁹. De la segunda, la posible cesión de sus derechos sin vulnerar el del productor del fonograma o de la grabación audiovisual, siempre y cuando la fijación sonora y/o visual se realice de diversas interpretaciones de la misma obra, pues, solo en este caso, se podría hablar de «primera fijación»⁹⁰. Mientras que este último problema puede resolverse recurriendo a una buena reglamentación contractual entre productor y artista e, incluso, acudiendo al principio general de buena fe⁹¹, el del plazo de protección encuentra difícil solución. Estamos de acuerdo en que, por ejemplo, en teatro, no hay una función idéntica. Lo mismo sucederá en cada ejecución musical de una misma obra con el mismo director de orquesta. Sin embargo, el género artístico y el cambio de factores como la dirección de la actuación, puede facilitar esa similitud entre unas actuaciones y otras y así, tal vez, poder hablar de una misma representación o varias.

4. Requisitos

La protección específica que la ley otorga a las interpretaciones y ejecuciones no se hace depender expresamente de ningún requisito. La ley solo dice

⁸⁷ SÁNCHEZ ARISTI (2007B), págs. 1426 y sigs.

⁸⁸ BERCOVITZ (2007), «Comentario al artículo 115 TLRPI», pág. 1538 «no son copias, sino fonogramas distintos las primeras fijaciones de los mismos sonidos y, concretamente, de las mismas interpretaciones o ejecuciones, incluso realizadas por los mismos artistas. La grabación en directo de la interpretación o ejecución de un artista, previamente grabada lícitamente por un productor de fonogramas, sin la autorización necesaria, constituye una violación del derecho de reproducción propio del artista, del que puede ser titular el propio artista o el productor de fonogramas (normalmente sobre la base de un contrato de exclusiva con el artista), pero no una violación del derecho de reproducción propio del productor de fonogramas; por la sencilla razón de que no se trata de una copia de fonogramas»; DE ROMÁN PÉREZ (2010), pág. 193 y sigs. Desde la perspectiva del derecho a la propia imagen, la lesión del derecho del artista se produciría solo en el caso de que la grabación se utilizara con fines distintos de informar, valor protegido prioritariamente y que legitima la excepción a este derecho fundamental. El artículo 7.6 LOPJHIPI, dispone que: «Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo 2 de esta ley [...]: núm. 6, la utilización del nombre, la voz o de la imagen de una persona con fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga». La excepción del artículo 8.1a de la misma ley se justifica en el interés general a la libertad de información y no legitima la utilización no consentida de la imagen de personajes públicos, para fines publicitarios, ni comerciales en los que se reproduzca su figura, voz, etc., siendo esta la que dé a aquellos valor comercial, DE VERDA BEAMONTE (2007), pág. 264.

⁸⁹ El mejor ejemplo en el flamenco lo pone DE ROMÁN PÉREZ (2010), pág. 198, es el de Bernarda de Utrera, ochenta y dos años cantando. Una actuación que esta señora hubiera interpretado de niña o joven (suponiendo que la obra interpretada está en dominio público) podría ser grabada y explotada por quien quisiera sin pedir autorización y sin remunerar al artista o sus causahabientes. En el ámbito musical, me lo mostraba Santiago Orós, amigo y registrador de la Propiedad Intelectual de Cataluña, enviándome este vídeo con la comparación de las grabaciones de Glen Gould de 1985 y 1991 de las «Goldberg Variations Aria», <https://www.youtube.com/watch?v=lmrr3BMyqq0>.

⁹⁰ Interesante es, a estos efectos, la justificación de la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes contenida en la Guía WIPO de la Convención de Roma, pág. 12, XV. En ella se explica como «el artista, por el mero hecho de presentarse ante el micrófono, autoriza la grabación de su interpretación o ejecución. Se trata de una prestación de servicios, cuyas condiciones se hallan, por lo general, estipuladas en un contrato de trabajo [...]. En los primeros tiempos de la fonografía, esa autorización tenía por objeto la fijación en un cilindro; y como el intérprete o ejecutante tenía que repetir su interpretación o ejecución para cada cilindro, era remunerado por cada ejemplar. Seguidamente, el progreso permitió hacer la reproducción en pluralidad de ejemplares, lo que obligaba al artista a autorizar no solo la fijación, sino también la reproducción».

⁹¹ DE ROMÁN PÉREZ (2010), pág. 194.

que son artistas a estos efectos quienes interpreten o ejecuten «una obra»⁹², aunque ya haya transcurrido el plazo de protección o, hemos añadido aquí, no sea original. También se ha dicho que el artículo 9 CR permite ampliar la protección nacional a los artistas que no interpreten o ejecuten una obra, como sucede con los artistas de variedades y de circo si así lo prevén sus leyes. Por el contrario, el precepto no exige expresamente que la interpretación o ejecución deba ser original⁹³. Ahora bien, remitiéndonos al fundamento de su protección y a los comentaristas de la Convención de Roma⁹⁴, parece que así debiera ser, no pudiendo considerar como tal «al simple comparsa (en teatro o en cinematógrafo), o a quien desempeña una función de orden esencialmente técnico (por ejemplo, los tramoyistas), dado que su intervención en el espectáculo está desprovista de carácter personal y es, por su naturaleza, completamente marginal o secundaria»⁹⁵.

Lo esencial es que su actividad sea artística. Tal carácter serviría tanto para excluir artistas que, pese a recaer su actividad sobre una obra, no aportan actividad artística alguna⁹⁶, pero también para incluir en la definición aquellos que sí la realizan, pese a no recaer su actuación sobre una obra. Precisamente por esto último, encontramos tan interesante como peligrosa la distinción que realiza Martín Villarejo⁹⁷ en relación a los «actores», como colectivo integrante de los artistas intérpretes del artículo 105 TRLPI. Al lado de los actores que interpretan una obra preexistente, dice el autor, «existen otros que imaginan cómo van a manifestar al exterior su papel, lo componen en su mente, y luego lo representan, aunque este papel (o personaje) *no forme parte de una obra de ingenio preexistente*»⁹⁸. Aunque la distinción no es exactamente extrapolable a las ejecuciones musicales por venir siempre referidas a obras de tal naturaleza, según los expertos en dicho ámbito sí que puede aplicarse a estos artistas la necesidad de imprimir su huella personal en la ejecución de la obra a efectos de discriminar la mera ejecución de la actuación que da lugar al nacimiento de este derecho. Nos cuentan que la partitura musical no es exhaustiva, siendo más precisa, por cuanto respecta a la ejecución, en las «partituras de orquesta» que en las de música ligera, en las que la actividad interpretativa goza de un margen de libertad creativa mayor⁹⁹. El tipo de instrumento también puede limitar la

⁹² La CR en su artículo 3a se define el sujeto de este derecho de manera similar y también referido a quien represente o ejecute una «obra literaria o artística». En el Informe del Relator General de la Convención se remite expresamente este concepto a la definición de obra de la Convención de Berna, pág. 42.

⁹³ De hecho, el artículo 105 incluye en el concepto a la persona que, entre otras actividades, «lea» una obra.

⁹⁴ *Guía de la Convención de Roma y del Convenio Fonogramas*, OMPI (1982). Se trata de una guía a ambas convenciones encargada por la OMPI a petición de los Estados miembros del Comité Intergubernamental de la Convención de Roma que, pese a no tener valor de interpretación auténtica, su autoridad queda fuera de toda duda. Su elaboración tiene por finalidad explicar el origen, objetivo, naturaleza y alcance de las disposiciones de esta Convención, de modo que las administraciones y legislaciones de los diferentes países comprendan mejor los derechos conexos y facilitarles así la adaptación de sus legislaciones a lo pactado en el mismo.

⁹⁵ *Guía de la Convención de Roma y del Convenio Fonogramas*, OMPI (1982), pág. 27, y MARTÍN VILLAREJO (2017), pág. 67, aunque, como se indicó al inicio del estudio, sí entran dentro del ámbito de aplicación del Estatuto del artista en la legislación laboral.

⁹⁶ V. gr., un mero locutor de radio que se limita a leer un guion, el presentador de un informativo que reproduce textualmente con su voz el *teleprompter*; el profesor que graba una píldora audiovisual para un curso de especialización; el cocinero que ejecuta su receta en el programa de televisión, etcétera.

⁹⁷ MARTÍN VILLAREJO (2017), pág. 150.

⁹⁸ La cursiva es nuestra.

⁹⁹ FERRÁNDIZ AVENDAÑO (2010), pág. 15.

ejecución, sin embargo, este tipo de obras, generalmente, deja al artista un amplio margen de libertad creativa¹⁰⁰.

Volviendo a los intérpretes no musicales, el artículo 5 NRAISGE¹⁰¹ establece que la actuación artística protegida es aquella «consistente en representar, declamar, recitar o interpretar en cualquier forma una obra, siempre que esta actividad haya sido fijada en un soporte o explotada y mediante la cual el artista, a través de su expresión personal, con sus gestos, voz, tonos, silencios, realice una aportación personalísima que dote a la actuación artística de una impronta personal, haciéndola distinta de cualquier otra». Esta definición exige implícitamente que la actuación sea original¹⁰².

La cuestión no es baladí, toda vez que, de la existencia de una actuación protegible, nace el derecho exclusivo y, entre sus facultades, el derecho a percibir una remuneración equitativa de gestión colectiva obligatoria¹⁰³. En consecuencia, saber si se protegen todas las actuaciones o solo aquellas que sean originales se convierte en el punto central del funcionamiento del sistema de protección de estos derechos. La doctrina no es unívoca en este sentido. Quienes defienden la protección de todas las actuaciones con independencia de su originalidad, encuentran su principal argumento en el propio entendimiento del requisito de la originalidad del artículo 10 TRLPI en un sentido objetivo (novedad). Esto, lógicamente, dificulta su aplicación a las actuaciones y lleva a concluir que su protección no está supeditada a cumplir dicho requisito¹⁰⁴. Quienes, por el contrario, se inclinan por exigir a la actuación originalidad, entienden esta en sentido subjetivo¹⁰⁵. Eugen Ulmer ya hablaba de que la interpretación, para ser objeto de protección, debía tener una nota personal sin que pudiera exigirse al artista ninguna madurez artística¹⁰⁶. En todo caso, y como el mismo concepto

¹⁰⁰ «[El] artista tiene una amplia elección, dependiendo de su talento, y esto hace que su interpretación sea tanto una “composición” original como un “arreglo” o “adaptación” de la partitura en sí misma», citando al juez Hand en el caso *Capitol Records vs. Mercury Records Corporation*, 221 F.2d 657 y sigs. (2d Cir. 1955) FERRÁNDIZ AVENDAÑO (2010), pág. 15. Ferrándiz, además, teniendo en cuenta los argumentos de BAYLOS CORROZA (1978) pág. 509, en relación con las obras musicales «la partitura solo ofrece una clara precisión semántica en parte de uno de los tres elementos a que antes nos referíamos [...] la tonalidad, la designación escrita de la calidad del sonido y, sobre todo, la del ritmo es únicamente orientadora y no es capaz de agotar las posibilidades de actualización», concluye que el artista musical disfruta de un vasto escenario de elementos interpretativos que dependen exclusivamente de su decisión personal. Según se combinen, su interpretación podrá ser inconfundible (pág. 16).

¹⁰¹ Disponibles en <http://www.aisge.es/media/multimedia/ficheros/647.pdf>.

¹⁰² De hecho, el párrafo siguiente del artículo 5 establece que: «En aquellos casos en que la protección de la actuación artística resulte dudosa, la Comisión de Reparto será competente para examinar y resolver si concurren los requisitos descritos en el apartado anterior».

¹⁰³ Artículo 7.2 de los Estatutos de AISGE establece, a título enunciativo, la compensación por copia privada, el derecho de comunicación pública de las actuaciones artísticas fijadas, incluida la puesta a disposición y el derecho de remuneración por alquiler de fonogramas y originales y copias de obras audiovisuales.

¹⁰⁴ Por todos, SÁNCHEZ ARISTI (2017B), págs. 1546 y sigs.; FERRÁNDIZ AVENDAÑO (2010), pág. 14. También, parece ser esta la opinión de RAGEL SÁNCHEZ (2004), págs. 67 y 68, si bien a la conclusión que llega es la contraria, solo proteger aquellas que superen ese umbral de originalidad, *vid.* pág. 73, «hay que llegar a la conclusión de que la aportación no creativa del intérprete carece de protección tanto del Libro Primero como del Libro Segundo del TRLPI».

¹⁰⁵ MARTÍN SALAMANCA (2000), pág. 119; MARTÍN VILLAREJO (2017), pág. 75, dice que la originalidad está presente en la mayoría de casos, puesto que el artista lleva a cabo una actividad creativa «que aporta elementos intransferibles de su propia personalidad, dotando a su personaje o a su ejecución musical matices y caracteres propios —su impronta personal— que hace a su interpretación distinta de cualquier otro».

¹⁰⁶ ULMER (1957), pág. 524, aunque su posición no ha sido unánime en la doctrina alemana. Comentaristas como v. FROMM-NORDEMANN, «UrhR §73», marg. 2 discrepan respecto de este requisito. Sentencias como la del BGH de 14 de diciembre de 1980 ECLI:AT:AUSL000:1980 (*GRUR* 1981, pág. 419), o la del FG Rheinland-Pfalz, de 2 de abril de 2008 (Az. 3K 2240/04), en la que se discierne la condición de artista de

de obra, el de la interpretación protegible debe ser un concepto que no puede depender de apreciaciones subjetivas o estéticas, toda vez que cualquier interpretación original, independientemente de su calidad artística, debe poder ser objeto de protección¹⁰⁷.

En todo caso, y dado que el umbral de originalidad exigido por el TJUE no es demasiado exigente¹⁰⁸, tanto unos como otros autores llegan prácticamente a la misma conclusión, tal vez, con algún pequeño matiz: todos los artistas que «interpretan» o «ejecutan» una obra producen un resultado que es objeto de protección por el Libro Segundo. Pero el derecho no nace porque la ley no exija expresamente originalidad, antes bien, porque es la actividad concretamente desplegada en la actuación en cuestión la que debe revestir carácter creativo (original). Como hemos señalado, la actividad del artista intérprete o ejecutante no desemboca en un resultado del Libro Primero. Es cierto que se puede «ensayar», fijándola en algún tipo de soporte, constituyendo así un nuevo objeto de protección, pero en sí misma no llega a ser un resultado, sino que es simplemente cauce para el mismo. La actividad reconocida en el artículo 105 TRLPI se presume creativa, considerando que todos los artistas intérpretes o ejecutantes actúan con una «intención artística»: buscando el tono de la escena, la intención del personaje; qué piensa en su interior; conectando el papel física y emocionalmente con un espacio y tiempo anteriores, etc.¹⁰⁹. Podemos llamarlo originalidad, podemos llamarlo «interpretar o ejecutar» en el sentido del artículo 105 TRLPI, pero, en todo caso, es el ingrediente que nos ayudará a identificar las actuaciones jurídicamente relevantes y las que no, a efectos de determinar el objeto de este derecho exclusivo¹¹⁰. Por esta razón, quedan fuera del derecho

un locutor de noticias y de uno publicitario en la radio respectivamente, parecen dar la razón al primero. En el primer caso, por falta de carácter artístico en la interpretación, se niega la protección a la simple narración del texto por parte del presentador de noticias. En el segundo, la mera lectura de textos publicitarios solo es original si la actuación del locutor le imprime un toque teatral o artístico, por mínimo que este sea. En España, y teniendo en cuenta que el concepto de artista a efectos de determinar el ámbito subjetivo de aplicación de la relación laboral del artista en espectáculos públicos es diferente a la del artículo 105 TRLPI, se ha negado dicha condición, entre otros: a la redactora-presentadora de un programa informativo, STSJ de Madrid (secc. 6.^a), de 3 de diciembre de 2012, ECLI:ES:TSJM:2002:9063, en el FJ 2.º de la sentencia se dice que «la circunstancia de que el locutor o presentador deba reunir ciertas dotes relativas a voz, expresión, buena imagen o similares, es algo que queda comprendido en su quehacer profesional de comunicador y no le convierte en artista»; a la redactora de noticias que luego las presenta en un programa de radio, STSJ de Galicia (secc. 1.^a), de 28 de marzo de 2014, ECLI:ES:TSJGAL:2014:2116; a un meteorólogo presentador dentro de los servicios informativos de un programa de TV, y por analogía, a «cualquier conferenciante que ofrece el resultado de sus estudios en un auditorio público» (FJ 2.º) STSJ CAT (secc. 1.^a) 5736/2000, ECLI:ES:TSJCAT:2000:573; a una monitorea de gimnasia de un programa de TV «por no ser la gimnasia una actividad artística», STSJ Madrid (secc. 3.^a) de 15 de diciembre de 2016, ECLI:ES:TSJM:2016:13591; al presentador-director de un programa religioso, STS de Madrid de 3 diciembre de 2012 (secc. 6.^a), ECLI:ES:TSJM:2012:15513; al locutor y presentador de los espacios de publicidad de un programa TV por no interpretar ninguna obra artística, STSJ de la Coruña (secc. 1.^a), de 24 mayo de 2016, ECLI:ES:TSJGAL:2016:4449.

¹⁰⁷ FERNÁNDEZ ALBOR BALTAR (1996), pág. 17. Por este motivo, no puedo compartir la opinión de DE ROMÁN PÉREZ (2010) pág. 191, quien hace depender la condición de «interpretación» relevante de la valoración de la misma por la sociedad como arte, pues, también las malas interpretaciones o ejecuciones, pero, en definitiva, interpretaciones, deben dar lugar al nacimiento de este derecho.

¹⁰⁸ Especialmente a partir de la Sentencia de 16 de julio de 2009, «Infopaq», asunto C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465, en el que se señala que podría apreciarse este requisito en tan solo 11 palabras.

¹⁰⁹ PREMIER ACTORS (2018), «Los cinco pasos para preparar cualquier escena», 26 de septiembre, <http://www.premiereactors.com/5-pasos-preparar-cualquier-esenal>.

¹¹⁰ Cfr. SÁNCHEZ ARISTI (2017), pág. 1555. DE ROMÁN PÉREZ (2010) pág. 192 no la exige en el sentido del artículo 10 TRLPI, pues como el primer autor, defienden un criterio objetivo (habla de novedad) pero la da por supuesta en sentido subjetivo, pues reconoce que cualquier interpretación (relevante) consigue ser original por la implicación personal de su agente. Sí la exigen ROGEL VIDE y SERRANO GÓMEZ (2008) pág. 146; MARTÍN VILLAREJO (2017). También parece partir de dicha opinión RAGEL SÁNCHEZ (2003), pág. 97.

conexo todas aquellas intervenciones que carezcan de tal intención artística, como la simple lectura en voz alta de un guión; la locución de un chiste, de unos argumentos, la realización de una receta de cocina en un programa de TV, etc., por muy originales que estos sean. Podrá haber obra, pero faltará interpretación.

Algo similar sucede, pensando en la originalidad requerida por el Libro Primero, en relación a los coautores de la obra audiovisual listados en el artículo 87 TRLPI¹¹¹. El precepto menciona roles de autores que recibirán la consideración de coautores de la obra audiovisual, pero, en realidad, solo lo serán si participan con carácter creativo en misma¹¹², debiendo probar lo contrario quien lo discuta¹¹³. Extrapolando este razonamiento al ámbito de los artistas intérpretes o ejecutantes, podríamos decir que el legislador no ha establecido expresamente ningún requisito de protección porque parte de la idea de que la actividad del artista protegido es natural o típicamente creativa¹¹⁴. De ahí que el concepto legal de artista y el requisito de la originalidad de la actuación se requieran recíprocamente. Solo hay interpretación o ejecución relevante (u original) cuando el artista la ha interpretado o ejecutado con carácter personalísimo, la ha hecho propia, es decir, cuando hay «actuación». Ahora bien, como vamos a ver, además, así deberá ser percibida por el público al que va destinada¹¹⁵ aunque se trate de un público inexperto.

Para la valoración de este aspecto, las entidades de gestión crean su propio sistema, estableciendo criterios generales y objetivos en función del tipo de obra de que se trate¹¹⁶, siendo, en el caso concreto, una comisión de socios, profesionales del ramo, la que decide la categoría del artista en función del número o porcentaje de secuencias, minutos y frases, etc.¹¹⁷, si habrá o no lugar a reparto de derechos de remuneración a su favor y cuál será la suya. Hay que señalar, en todo caso, que la longitud o duración de la intervención no es relevante a efectos de ser titular de una actuación protegida. Se protegen actuaciones cuya presencia en pantalla es, por ejemplo, inferior al 5 por 100, bastando tener una frase en la interpretación de la obra correspondiente¹¹⁸.

En este orden de cosas, lo cierto es que el ejercicio del derecho exclusivo del artista, más allá del voluntario o contractual, depende de la calificación y envergadura que le otorgue la entidad de gestión para efectuar el reparto de

¹¹¹ No se trata la enumeración de coautores del artículo 87 TRLPI de una cuestión pacífica, *vid.* CASAS VALLÉS (1995), págs. 140 y 141; PÉREZ DE CASTRO (2004) pág. 54.

¹¹² Ciertamente, el hecho de aparecer mencionados en la lista de coautores obliga a quien sostenga lo contrario a probar la falta de carácter creativo de la actividad con la que intervino en una obra audiovisual concreta, SAIZ GARCÍA (2002), págs. 71 y 72.

¹¹³ La Sentencia de la *Cour de Cassation*, de 29 de marzo de 1989 (*RIDA* julio de 1989, pág. 262), caso *Rutman*, negó la condición de autor de la obra audiovisual a un realizador, por ser su aportación de carácter meramente técnico. En España, no obstante, el carácter cerrado de la lista del artículo 87 TRLPI dificulta la solución francesa.

¹¹⁴ Sobre este tema *vid.*, por todos, MARTÍN VILLAREJO (2017), págs. 133 y sigs.

¹¹⁵ Dice MARTÍN VILLAREJO (2017), pág. 144, que la intención del legislador no es proteger a todo aquel que realice cualquier tipo de prestación habitual en el sector artístico y, nos recuerda que, pese al reconocimiento como artistas en el ámbito laboral de diversos grupos profesionales, el artículo 105 TRLPI no comprende ni a toreros, presentadores, artistas de variedades, malabaristas, etc. por no realizar ninguno de ellos una creación original.

¹¹⁶ No están contempladas todos los posibles tipos de obras. En el caso de AISGE, por ejemplo, el artículo 94 de sus normas de reparto solo contempla: cine, series televisivas, danza, teatro, misceláneas, documentales y dibujos animados.

¹¹⁷ *Vid.* artículos 98 y sigs. de las normas de reparto de AISGE.

¹¹⁸ Artículo 103 Normas de Reparto de AISGE.

los derechos de gestión colectiva obligatoria. De ahí que el establecimiento de unos criterios objetivos para dicha calificación sea de especial trascendencia. Es cierto que la subsunción de una actuación en dichos criterios, implica, de facto, presumir su originalidad con el consiguiente reconocimiento de los derechos de simple remuneración. Sin embargo, podrá probarse que ello no ha sido así.

Esto es lo que sucedió en el caso del concurso televisivo «Cifras y Letras», en el que uno de los «expertos» que intervenían en el mismo, junto con otra experta, el locutor y los concursantes, demandó a AISGE por negarle la liquidación de los derechos de remuneración por comunicación pública del artículo 108.5 TRLPI al considerar que el experto no había realizado ninguna interpretación que diera lugar al nacimiento del derecho. El Juzgado de lo Mercantil de Madrid, en Sentencia de 26 de septiembre de 2018¹¹⁹, dio la razón íntegramente al demandante, basando su decisión en la comprobación de que la productora le había contratado «como artista» y no exclusivamente como experto en letras, materia esta de la que hablaba en el programa. El juez consideró, tras el pertinente análisis probatorio, que la actividad que tenía que realizar el demandante en dicho programa consistía en representar un papel, sujeto a un guión y a las indicaciones del director y que, «conocedoras las partes de que dicha intervención generaría derechos de autor, se establece en el contrato la cesión de los mismos a la productora». Además de esta, la sentencia tuvo en cuenta otras dos cuestiones. Una, que al demandante se le habían liquidado derechos previamente por la representación de un papel muy similar (si bien disfrazado) en otro concurso y, dos, que a la otra experta del programa, la experta en cifras, sí le habían liquidado los derechos de remuneración, cuestión esta última que, como se demuestra en apelación, no sucedió.

La entidad de gestión interpuso recurso contra aquella y la Audiencia Provincial de Madrid resolvió en Sentencia de 6 de noviembre de 2020, estimándolo. Por cuanto aquí interesa, la sentencia destaca que la existencia de un guión, como ocurre en la casi totalidad de programas televisivos, «no convierte en artistas a todos los que intervienen en el mismo», sino que debe concurrir algún elemento específico que autorice un tratamiento diferente al resto de intervinientes en el concurso (7). El hecho de tener que memorizarlo, ensayarlo, responder a un determinado perfil y a unas determinadas características y cualidades, tampoco son aspectos diferenciadores (16). Además, destaca la necesidad de probar que el concurso en cuestión, en este caso, «Cifras y Letras», es una obra del artículo 10.1 TRLPI, toda vez que no todos los programas televisivos son originales (11). Reconoce, también, que más allá de la consideración o no del programa como obra audiovisual original, en su seno puede haber «manifestaciones artísticas puntuales, como es el caso de que un interviniente que encarna un determinado personaje de ficción, canta o recita un poema» (12). Este último aspecto, en el caso concreto, lleva al tribunal, aunque ya hemos indicado que en este extremo nos separamos de la opinión del tribunal, a exigir la necesidad de probar que el guión tenga un grado de originalidad suficiente para ser considerado obra susceptible de interpretación. Ahora bien, y creemos que es lo más importante, además del anterior requisito, exige que la interpretación albergue

¹¹⁹ SJM Madrid, de 26 septiembre 2018 (AC/2019/64, ECLI:ES:APM:2020:12989) «Cifras y letras». Una minuciosa y exquisita narración de la misma de la pluma de Ramón Casas, puede leerse en el ya citado Blog de ALADDA.

«un aspecto creativo visible, que el intérprete imprima su “impronta personal” [...] mediante la aplicación de recursos expresivos personalísimos» (17) y que *la interpretación debe ser apreciada como tal por el destinatario al que va dirigida*, cosa que no sucede en el caso enjuiciado, porque es el propio locutor «el que se muestra a sí mismo como un experto en letras y el que actúa de forma natural, como si los diálogos realizados fueran manifestaciones propias espontáneas y no obra de un guion. Esta exteriorización sí quedó perfectamente plasmada en el otro concurso infantil por el que el apelado sí recibió la remuneración que aquí se reclamaba, en el que realizaba un papel similar al del concurso «Cifras y Letras», si bien caracterizado como un profesor del siglo XVI, de la época de Cervantes. La sentencia dice que «en ese caso, la interpretación artística quedaba perfectamente exteriorizada a los ojos del público destinatario a través de esa caracterización histórica».

Finalmente, en relación al contrato que celebró el locutor con la productora, la Audiencia se apoya en un principio general de derecho contractual según el cual la naturaleza de un contrato no se determina por la denominación que le otorgan las partes, sino por las obligaciones realmente convenidas. Así, advierte la irrelevancia de que en el mismo se exprese que se le contrata como actor, incluso, que contenga una cláusula de cesión de derechos previendo una remuneración adicional¹²⁰, pues, en definitiva, «lo relevante es la labor material efectuada» y, en este caso, la figura del «experto en letras» (del locutor) no se mostraba en este programa como un personaje de ficción, sino más bien, como un perfil personal propio.

En definitiva, para la Audiencia, el actor, para serlo y ser titular de los derechos que la LPI le confiere, debe realizar una actuación que reúna tres requisitos: 1) contener su impronta personal, haciéndola distinta de cualquier otra; 2) venir referida a una obra de ingenio original, y 3) que el público pueda percibirla como tal, lo que no sucede cuando el actor se muestra a sí mismo, actuando de forma natural, como si se tratara de un comportamiento espontáneo. No obstante, habrá que esperar, si es que al final se admite el recurso de casación, a la opinión del alto tribunal para confirmar si son correctos estos argumentos.

V. CONCLUSIONES

A la vista de lo expuesto, podemos concluir, en primer lugar, que la redacción del artículo 105 TRLPI debería ajustarse a los Tratados Internacionales extendiéndose a las manifestaciones del folclore, como exige el artículo 9 de la Convención de Roma. Además, se constata la diferencia entre el término «obra» del artículo 105 TRLPI y el artículo 10 TRLPI, debiéndose entender la exigencia de que la actuación venga referida a una obra, no tanto en el sentido de que esta sea original como que la misma esté perfecta y objetivamente identificada, independientemente de su carácter original actual, pretérito o, en el caso de los resultados generados por sistemas e inteligencia artificial autónomos, incierto. Adicionalmente, se exige que la interpretación o ejecución del artista sea original, entendido este aspecto en sentido subjetivo. Lo son todas aquellas interpre-

¹²⁰ En relación a este extremo, señala que se trata de una cláusula de salvaguarda ante posibles reclamaciones que puedan efectuarse sobre el particular.

taciones en las que hay un elemento intencional mediante el cual el artista deje huella de su personalidad. Quedarán fuera del artículo 105 TRLPI, por falta de este último requisito, aquellas actuaciones en las que el artista se haya limitado a verbalizar, gestualizar, ejecutar sin intención artística alguna, etc., una obra. Por último, y jurisprudencialmente más novedoso, la actuación deberá poder ser percibida como tal por el público al que va destinada.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BAYLOS CORROZA, Hermenegildo (1978), *Tratado de Derecho Industrial, Propiedad Industrial. Propiedad Intelectual. Derecho de la Competencia Económica*. Disciplina de la Competencia Desleal, Civitas, Madrid.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (2007) «Comentario al artículo 10 LPI», 3.^a ed., pág. 150-189.
- (2009), *Manual de Propiedad Intelectual*, 4.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2017), «Artículo 10 LPI», en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4.^a ed., Tecnos, Madrid, págs. 159-197.
- BONDÍA ROMÁN, Fernando (2007), «Las artes escénicas y su configuración jurídica», *RCDI* 703, págs. 1985-2015.
- DREIER, Thomas, y SCHULTZE, Gernot (2018), *Urheberrecht*, 6.^a ed., C. H. Beck, München.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio (1997), «Artículo 105 LPI», en BERCOVITZ, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.^a ed., Tecnos, Madrid.
- CÁMARA ÁGUILA, M.^a Pilar (2013), «Artículo 6 bis», en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios al Convenio de Berna*, Tecnos, Madrid.
- (2007), «Artículo 113 LPI», en BERCOVITZ, R. (coord.), en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.^a ed., Tecnos, Madrid.
- CASAS VALLÉS, Ramón (1995), «Artículo 87 LPI», en ALBALADEJO, M., y DÍAZ ALABART, S. (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. V. v. 4B, Edersa, Madrid.
- (2021), ¿Quién es «artista» (actor)? El caso «Cifras y Letras»: SAP de Madrid, secc. 28.º, de 6 de noviembre de 2020, Blog de ALADDA de 21 de enero de 2021, <http://aladda.es/quien-es-artista-actor-el-caso-cifras-y-letras-sap-de-madrid-sec-28a-de-6-11-2020/>.
- DE ROMÁN PÉREZ, Raquel (2008), «Una visión particular de los derechos morales de los artistas intérpretes o ejecutantes», *RGLJ* 2, págs. 233-258.
- (2010), «La protección del cantautor y el bailarín: derechos de los artistas, intérpretes y ejecutantes. Los productores de fonogramas», en CASTILLA, M. (coord.), *El Flamenco y los derechos de autor*, Reus, Madrid, págs. 185-237.
- DE VERDA BEAMONTE, José Ramón (2007), «Las intromisiones en los derechos al honor, intimidad y propia imagen autorizadas por la ley», en DE VERDA BEAMONTE, J. R. (coord.), *Veinticinco años de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, Aranzadi, Cizur Menor, págs. 255-276.
- FERNÁNDEZ ALBOR BALTAR, Ángel (1996), «Los derechos afines a los derechos de autor en el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual», *Actas de Derecho Industrial y Derechos de autor*, t. 17.
- FERRÁNDIZ AVENDAÑO, Pablo (2010), «Protección del artista frente a la imitación de su voz», *La Ley*, 14168/2010.
- FIA, *Los derechos morales de los artistas intérpretes o ejecutantes. Situación actual 2013*, <http://www.fia-actors.com/uploads/ES-Moral-Rights-Spread%20version%20S.pdf>.

- FICSOR, Mihaly. (2003), *Guía sobre los Tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos administrados por la OMPI*, OMPI, Ginebra.
- GONZÁLEZ GOZALO, Alfonso (2001), *La propiedad intelectual sobre la obra audiovisual*, Comares, Granada.
- GONZÁLEZ LÓPEZ, Marisela (1993), *El derecho moral del autor en la Ley española de Propiedad Intelectual*, Marcial Pons, Madrid.
- ESPÍN ALBA, Isabel (2010), «Flamenco, Folclore y dominio público», en CASTILLA, Margarita (coord.), *El Flamenco y los derechos de autor*, págs. 39-75.
- MARTÍN SALAMANCA, Sara (2000), «Artistas, cesionarios y “otros derechos”», *Pe.i.* 5, págs. 89-123.
- MARTÍN VILLAREJO, Abel (2003), «El derecho moral de los artistas intérpretes o ejecutantes», en ROGEL, Carlos (coord.), *En torno a los derechos morales de los creadores*, Aisge-Reus, Madrid, págs. 189-230.
- (2009), «Título I: Derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, artículos 105 a 113 TRLPI», en RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.^a ed., Civitas, Madrid, págs. 615-700.
- (2014), «Singularidades subjetivas en relación con los artistas. Las interpretaciones bajo pseudónimo. Derecho español, cubano y comparado», SERRANO GÓMEZ, E. (coord.), en *Obras inéditas, anónimas, seudónimas, póstumas y huérfanas*, Aisgel Reus, Madrid, págs. 137-201.
- (2017), *El régimen jurídico de las interpretaciones audiovisuales*, Tesis doctoral.
- MASOUYÉ, Claude (1982), *Guía de la Convención de Roma y del Convenio de fonogramas*, OMPI.
- MORÁN RUIZ, Mercedes (2018), ¿Creadores en riesgo de extinción?, V Certamen de Premios DENAE.
- NAVAS NAVARRO, Susana (2002), «La obra audiovisual derivada», en *Anuario de Propiedad Intelectual*, págs. 277-327.
- (2019), «Cocreación artística entre humanos y sistemas de inteligencia artificial», en NAVAS NAVARRO, S. (dir.), *Nuevos desafíos para el Derecho de autor. Robótica, Inteligencia artificial*, Tecnología, Reus, Madrid.
- OSSORIO SERRANO, José Miguel (1995), «Artículo 101», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, Madrid, pág. 343.
- PÉREZ DE CASTRO, Nazareth (2000), «Los derechos morales sobre las interpretaciones audiovisuales», en *Forum Internacional sobre interpretaciones audiovisuales*, Madrid, 4 al 7 de octubre 1999, págs. 69-84.
- (2004), «Las obras cinematográficas como obras en colaboración», en ROGEL, C. (coord.), *Interpretación y Autoría*, Reus, Madrid, págs. 45-59.
- (2015), «Los derechos de propiedad intelectual de los artistas», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe (2003), *El contrato de representación teatral*, Reus, Madrid.
- (2004), «Interpretación, derechos de autor y derechos conexos», en ROGEL, C. (coord.), *Interpretación y Autoría*, Reus, Madrid, págs. 61-82.
- RAMALHO, Alicia (2017), «A proposed model for the legal status of creations by artificial intelligence systemscreations», en *Managing Risk in the Digital Society*, 13th International Conference on Internet, Law and Politics, Barcelona, CosmoCaixa, 29 y 30 de junio de 2017, Huygens, Barcelona.
- RAMS ALBESA, Joaquín (2003), «La génesis de los derechos morales de los creadores», en ROGEL, C. (coord.), *En torno a los derechos morales de los creadores*, Reus, Madrid.
- (2010), «Mimo, interpretación mimética y autoría», en *Siete estudios sobre el Derecho de autor y la Propiedad Intelectual*, Reus, Madrid, págs. 271-288. También publicado en (2004), «Mimo, interpretación mimética y autoría», en ROGEL, C. (coord.), *Interpretación y autoría*, Reus, págs. 127-146.

- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco (2004), «Interpretación y obra derivada», en ROGEL, Carlos (coord.), *Interpretación y Autoría*, Reus, Madrid, págs. 83-126.
- ROGEL VIDE, Carlos (2008), «Los sujetos del derecho de autor», en *Manual de Derecho de autor*, Reus, Madrid.
- (2009A), «Modificaciones de las obras cinematográficas en la televisión y derechos de los creadores», en *Estudios completos de Propiedad Intelectual*, vol. 3, Reus, Madrid, págs. 31-48.
- (2009B), «Derechos morales de los actores, derechos de los autores y derechos de la personalidad», en *Estudios completos de Propiedad Intelectual*, vol. 3, Reus, Madrid, págs. 83-96.
- ROGEL VIDE, Carlos, y SERRANO GÓMEZ, Eduardo (2008), *Manual de Derecho de autor*, Reus, Madrid.
- SAIZ GARCÍA, Concepción (2000), *Objeto y sujeto del derecho de autor*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2002), *Obras audiovisuales y derechos de autor*, Aranzadi, Madrid.
- (2019), «Las obras creadas por sistemas de inteligencia artificial y su protección por derecho de autor», in *Dret Privado 2*, disponible en <http://www.indret.com/pdf/1446.pdf>.
- SÁNCHEZ ARISTI, Rafael (2017A), «Comentario al Título I, Libro Segundo, LPI», en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4.^a ed., Tecnos, Madrid, págs. 1533-1545.
- (2017B), «Comentario al artículo 105 LPI», en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4.^a ed., Tecnos, Madrid, págs. 1545-1575.
- SOLER BENITO, Cristina (2016), *Artes escénicas y derechos de autor*, Reus, Madrid.
- ÜLMER, Eugen (1957), *Der Rechtsschutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendegesellschaften in internationaler und rechtsvergleichender Sicht*, C. H. Beck'sche, München-Berlin.