



CUNEF

COLEGIO UNIVERSITARIO DE
ESTUDIOS FINANCIEROS

TRABAJO FIN DE MÁSTER

CURSO 2020-2021

**ESTUDIO SOBRE LOS DERECHOS
CONEXOS**

Especial atención a la problemática del sampling en la industria musical


Autor

Pablo Calzadilla Suárez

Tutor académico

José David Ortega Rueda

Colegio Universitario de Estudios Financieros
Máster de Acceso a la Profesión de Abogado



Madrid, febrero de 2021

AGRADECIMIENTOS:

Me gustaría agradecer en particular al profesor José David Ortega Rueda por su inestimable ayuda en este trabajo, como profundo conocedor y apasionado de la materia, lo cual me ha motivado aún más a su realización.

RESUMEN:

Los derechos conexos o afines derivan directamente del derecho de autor, estando ambos estrechamente relacionados entre sí. Se trata de aquellos derechos que poseen quienes, no siendo autores de una obra, han contribuido con su creatividad, técnica u organización en el proceso de poner aquella a disposición del público.

La relevancia económica que estos derechos han adquirido en los últimos años es indudable, pues la digitalización de la sociedad ha permitido que los ingresos generados por las industrias creativas se hayan visto multiplicados. Previsiblemente este mercado seguirá creciendo en paralelo al desarrollo tecnológico que seguirá facilitando el acceso a este tipo de contenidos por parte del consumidor.

La técnica de producción musical conocida como *sampling* ha sido durante los últimos años una fuente inagotable de litigios en la industria musical en relación con los derechos conexos de los productores. Una reciente sentencia del TJUE declaró que el *sampling* puede constituir una vulneración de los derechos del productor de un fonograma cuando se realiza sin el consentimiento de éste. Sin embargo, el uso de forma modificada, y siempre que no resulte reconocible al escucharla, de una muestra extraída de un fonograma, no supone una vulneración de esos derechos, incluso a falta de tal consentimiento.

La justicia europea busca equilibrar los intereses de los autores y de los nuevos creadores. Para ello, trata de proteger los derechos exclusivos de los primeros, reconociendo su monopolio para la autorización o prohibición de la reproducción de sus fonogramas, al mismo tiempo que intenta salvaguardar el interés general, por medio de la protección de la libertad creativa para los segundos.

PALABRAS CLAVE: fonograma, *sampling*, derechos conexos, contratos, artistas.

ABSTRACT:

Neighbouring or related rights derive directly from copyright, both being closely related to each other. They are rights held by those who, not being authors of a work, have contributed with their creativity, technique or organisation to the process of making it available to the public.

The economic importance that these rights have acquired in recent years is unquestionable, as the digitisation of society has allowed the income generated by the creative industries to multiply. This market is expected to continue to grow in parallel with the technological development that will continue to facilitate consumer access to this type of content.

The music production technique known as sampling has been an inexhaustible source of litigation in the music industry in recent years in relation to the related rights of producers. A recent CJEU ruling stated that sampling may constitute an infringement of a phonogram producer's rights when it is done without the producer's consent. However, the use of a sample taken from a phonogram in a modified form, provided that it is not recognisable on hearing, does not constitute an infringement of those rights, even in the absence of such consent.

European justice seeks to balance the interests of authors and new creators. To do so, it seeks to protect the exclusive rights of the former by recognising their monopoly on the authorisation or prohibition of the reproduction of their phonograms, while at the same time trying to safeguard the general interest by protecting the creative freedom of the latter.

KEY WORDS: phonogram, sampling, neighbouring rights, contracts, artists, producers

INDICE

ÍNDICE DE ABREVIATURAS.....	5
INTRODUCCIÓN	6
1. LOS DERECHOS CONEXOS Y DIFERENCIA CON LOS DERECHOS DE AUTOR.....	8
1.1 CONCEPTO DE DERECHOS CONEXOS	8
1.2 NATURALEZA JURÍDICA.....	10
1.3 ORIGEN DE LOS DERECHOS CONEXOS.....	11
2. LOS DERECHOS DE LOS ARTISTAS Y PRODUCTORES	12
2.1 LOS DERECHOS DE LOS ARTISTAS.....	12
2.2 LOS DERECHOS DE LOS PRODUCTORES	16
3. LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS CONEXOS	20
3.1 LA CONTRATACIÓN. EL CASO KANYE WEST	20
3.2 LA REGULACIÓN EN ESPAÑA	21
3.3 LA REGULACIÓN EN LA UE Y EN OTROS ORGANISMOS INTERNACIONALES	22
4. SAMPLING.....	24
4.1 CONCEPTO Y ORIGEN	25
4.2 EL CASO PELHAM.....	26
CONCLUSIONES.....	29
FUENTES	31
a) FUENTES NORMATIVAS	31
b) FUENTES JURISPRUDENCIALES	31
c) FUENTES DOCTRINALES.....	32

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ADPIC	Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio
art./arts.	Artículo/artículos
AGEDI	Entidad de gestión de productores musicales
AIE	Entidad de gestión de artistas musicales
AISGE	Entidad de gestión de actores
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Alemán)
CC	Código Civil
EEMM	Estados miembros
EGEDA	Entidad de gestión de productores audiovisuales
LPI	Ley de Propiedad Intelectual
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLPI	Texto refundido de la ley de propiedad intelectual
UE	Unión Europea
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
s.f.	Sin fecha
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

Cuando disfrutamos escuchando una canción, visionando una película o asistiendo a una función de teatro, por poner algunos ejemplos cotidianos, no somos conscientes de la cantidad de eslabones que han intervenido en su creación.

Desde los actores y cantantes, hasta los guionistas o escritores en cuya novela se han basado los directores de cine, han sido fundamentales para realizar un capítulo de nuestra serie favorita de Netflix, o la película que hemos visto en el último estreno al que hemos asistido.

Evidentemente, es fácil adivinar que algunos de estos sujetos gozarán de protección, pues tanto el derecho europeo, como el español a través de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante, LPI), reservan una serie de prerrogativas para aquellos denominados autores, por la creación de una obra.

Sin embargo, hay multitud de agentes que realizan aportaciones a las obras, pero que no gozan de la protección amparada por el derecho de autor.

Si bien los antes mencionados (cantantes, actores, etc.) generalmente no contribuyen a la creación de una obra, todos ellos realizan aportaciones a la misma que resultan determinantes en la calidad del producto final y contribuyen en gran medida al éxito de este. Pueden verse ciertas excepciones a esta afirmación, por ejemplo, si un cantante o un actor improvisan, estarán creando una obra si esta tiene originalidad suficiente.

Evidentemente, el público reconocerá la aportación creativa que un determinado cantante realiza con su versión respecto de una obra preexistente, como puede ser una partitura con una letra que otra persona diferente ha escrito o compuesto.

Esta aportación que el cantante realiza con su interpretación, y que puede ser determinante para su éxito y nivel de ventas, hará que se generen ingresos y, por tanto, también conllevará la adquisición de una serie de derechos para el mismo.

Estos derechos que surgen de las aportaciones a obras, se denominan derechos conexos o afines.

Es innegable la importancia que estos derechos tienen hoy en día, debido al mercado inmenso que existe en relación con los mismos, pues con la digitalización de la sociedad, en plena era tecnológica, los ingresos que suponen las industrias creativas, (véase la industria musical, audiovisual, o la de los videojuegos) son una fuente casi inagotable.

Además, previsiblemente este mercado seguirá creciendo exponencialmente durante los próximos años a medida que el desarrollo de la tecnología siga simplificando y facilitando el acceso a este tipo de contenidos por parte del consumidor.

El desconocimiento que en general existe respecto de la importancia e implicaciones que han adquirido los derechos conexos en nuestra sociedad, es lo que me ha motivado para la realización de este trabajo, con el que he pretendido profundizar en su estudio desde una perspectiva global.

Además, también he querido centrar este trabajo en el análisis jurídico de un caso concreto que goza de enorme importancia en la industria musical en relación con los derechos conexos de los productores, y que ha sido una fuente inagotable de litigios en esta industria durante los últimos años. Se trata de las implicaciones legales de la técnica de producción musical conocida como *sampling*, cuestión que por fin ha sido resuelta gracias a una reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

1. LOS DERECHOS CONEXOS Y DIFERENCIA CON LOS DERECHOS DE AUTOR

1.1 CONCEPTO DE DERECHOS CONEXOS

Los derechos conexos en la doctrina son considerados aquellos derechos que tienen como objeto de protección las figuras distintas del autor persona física, por ejemplo, productores de fonogramas y videogramas, los artistas, intérpretes o ejecutantes y las entidades de radiodifusión (Iglesias Rebollo & González Gordon, 2005, pág. 58).

Dentro del derecho de autor no solamente existe la figura del autor como creador único y plenipotenciario de las obras y de los derechos que de éstas emanan, sino que existen otras figuras vinculadas a tales obras, como artistas intérpretes o ejecutantes, cuya tarea es la de dar vida a tales obras para su divulgación y comercialización. (Alday Nieto, 2013, pág. 24)

Para entenderlo mejor, imaginemos una determinada obra musical cuyo autor es el titular de los derechos patrimoniales respecto de la misma. Sin embargo, un intérprete de esta canción tiene reconocidos derechos conexos por su propia interpretación, teniendo la posibilidad por sí mismo, o a través de terceros, de evitar que se explote o reproduzca tal interpretación sin su autorización con fines de lucro.

Esta situación es más compleja cuando interviene alguna casa discográfica, pues la fijación que realice de la interpretación en un soporte material se encuentra protegido y por lo tanto genera derechos conexos en favor de la casa productora.

En caso de que alguna radio llegase a un acuerdo con la casa productora de fonogramas para transmitir esa interpretación, ese organismo de radiodifusión adquiere derechos conexos respecto de sus transmisiones evitando que terceros retransmitan esas interpretaciones sin su autorización.



Los derechos conexos, también conocidos como derechos afines, se entienden ligados a los derechos de autor, en el sentido de que éstos derivan de los primeros.

Por medio de este tipo de derechos se protege a aquellos sujetos que, sin ser autores, han contribuido de diversas maneras para poner a disposición del público una determinada obra (intermediarios en la producción, grabación o difusión de obras).

Por ejemplo, los músicos participan en un fonograma con su aportación creativa, de la misma manera que un productor participa con su inversión. Asimismo, una emisora de radio o televisión aporta sus recursos financieros y su capacidad de organización para transmitir al público la interpretación de la canción.

A su vez, los actores interpretan obras de teatro escritas por dramaturgos o guiones escritos por guionistas.

Todos ellos precisan que se les proteja frente a acciones como son las grabaciones clandestinas, la piratería o la apropiación indebida de señales para poder dedicar sus recursos a su actividad creativa.

El legislador entiende que dichas aportaciones, cuando contengan suficiente creatividad y capacidad técnica y organizativa, podrán ser protegidas por medio de los derechos conexos.

En la normativa de derechos conexos se parte de que las obras resultantes de las actividades de esas personas y entidades merecen ser objeto de protección por sí mismas, por cuanto guardan relación con la protección de obras protegidas por derecho de autor. Ahora bien, en algunas legislaciones se deja claro que el ejercicio de los derechos conexos no debe afectar en modo alguno a la protección del derecho de autor. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2016, pág. 27)

El factor común entre los derechos conexos y los derechos de autor es el de estar vinculados en la mayoría de los casos con una obra intelectual preexistente y significar una actividad de mediación entre la obra y el público (Instituto_Autor, pág. 1).

Es muy importante resaltar que la diferencia fundamental es que el derecho de autor protege al titular de una obra, mientras que los derechos conexos protegen las aportaciones creativas a éstas. En una canción, el soporte donde está fijada no es una obra, es decir, la propia grabación nunca será una obra, sino que lo será el contenido, el contenido subjetivo de ese fonograma, el cual hubo que elaborar con un gran aporte de originalidad. Todo esto, sin perjuicio de que un actor o un cantante puedan ser simultáneamente artistas y autores. Por ejemplo, si un cantante interpreta una obra en un concierto, y en el mismo improvisa una parte, la cual goza de suficiente originalidad, tendrá derechos de autor por la obra y derechos conexos por la interpretación.

Los derechos conexos reconocerán a su titular la posibilidad de cobrar derechos de remuneración por la explotación de la obra, los cuales serán gestionados por las diferentes entidades de gestión. Aquí, encontramos la entidad de gestión de artistas musicales (AIE), de actores (AISGE), de productores musicales (AGEDI), de productores audiovisuales (EGEDA), entre otras.

Según lo establecido en la LPI, los sujetos que podrán gozar de dicha protección serán los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de

fonogramas y obras audiovisuales, las entidades de radiodifusión y los realizadores de meras fotografías, entre otros.

1.2 NATURALEZA JURÍDICA.

Los derechos conexos o afines forman parte del marco jurídico del copyright,¹ constituyendo un derecho de propiedad a favor de su titular. Si éstos no están cedidos, la persona legitimada podrá autorizar o denegar todo acto que repercuta en su derecho. Es menester destacar que este tipo de derechos son de carácter patrimonial, es decir, forman parte del haber de las personas, y son susceptibles de valoración económica.

La anterior afirmación fue muy polémica por las propias características de este tipo de derechos. Y es que se trata de derechos inmateriales, derechos sin cuerpo (teniendo que distinguirlos de otro tipo de derechos como pueden ser los de suministro: electricidad, gas... etc., los cuales a pesar de que no los vemos, son tangibles y medibles), al contrario que los bienes que se suelen tratar en el derecho de propiedad tradicional, es decir, tangibles. Además, los derechos conexos comprenden facultades morales, mientras que, en las tesis clásicas de la propiedad solo se valoraban bienes tangibles. Por último, la duración de los derechos conexos es limitada, mientras que la propiedad clásica en principio es perpetua. (Anaya Quintero, 2018, pág. 9)

Sin embargo, hoy en día, la importancia de los bienes incorporeales está aumentando enormemente, debido a que, en plena época tecnológica, estos bienes inmateriales están altamente implicados en la contribución al desarrollo de la economía y de la sociedad. Es por ello por lo que el argumento de la inmaterialidad no ha sido suficiente para arrebatar tanto a los derechos de autor como a los derechos conexos la inclusión en el grupo de los derechos de la propiedad. Además, el hecho de que sean bienes incorporeales no implica la imposibilidad de que no se puedan ejercer con plena propiedad. De hecho, estos gozan de prerrogativas propias de todo derecho de propiedad, como la exclusividad o la posibilidad de oponerse frente a las pretensiones de terceros.

Serán transmisibles a título tanto oneroso como gratuito y tanto *inter vivos* como *mortis causa*. Todo ello claro, si hablamos de los derechos de explotación, los cuales tienen además de eficacia *erga omnes*, una duración limitada. En cuanto a los derechos morales, estos no son transmisibles, salvo *mortis causa*. Son también eficaces *erga omnes* y su duración es perpetua. En

¹ El término inglés *copyright* (derecho de autor) en sentido estricto normalmente se refiere a los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas. En las jurisdicciones de derecho civil, a veces se utiliza el término *authors rights* (derechos de los autores). En el sentido más amplio, el derecho de autor también incluye los "derechos conexos". En las jurisdicciones anglosajonas, la expresión "derecho de autor" a veces se utiliza en sentido amplio y abarca también los derechos conexos (*related rights*). En las jurisdicciones de derecho civil, para referirse a estos derechos se utiliza a veces la expresión *neighbouring rights* (derechos conexos).

el caso de los derechos conexos o afines, solo se recogen los derechos morales de paternidad e integridad (art. 113 LPI).

1.3 ORIGEN DE LOS DERECHOS CONEXOS

Los derechos conexos o afines surgen hace poco más de medio siglo. La tendencia paulatina al reconocimiento de estos derechos comienza con la Convención de Roma del año 1961, cuya rúbrica fue: “Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión”.

La Convención de Roma nace impulsada por tres organismos que juegan un papel fundamental en el desarrollo económico y cultural de los pueblos: la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

El objetivo perseguido en la Convención de Roma fue el de proteger esas aportaciones creativas que diferentes sujetos realizan alrededor de una obra. Los cantantes estarán protegidos contra ciertos actos para los que no hayan dado su consentimiento, como la radiodifusión y comunicación al público de su interpretación o ejecución. Los productores de fonogramas gozan del derecho a autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas. Cuando el fonograma publicado con fines comerciales sea objeto de utilidades secundarias, el usuario deberá abonar una remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes o ejecutantes, a los productores, o a ambos. Sin embargo, los Estados Contratantes tienen la facultad de no aplicar esta norma o de limitar su aplicación. Los organismos de radiodifusión gozan del derecho a autorizar o prohibir ciertos actos, que serán las retransmisiones, reproducciones, fijaciones, o comunicaciones al público de sus emisiones.

La Convención de Roma permite que se dispongan limitaciones y excepciones en la legislación nacional a los derechos antes mencionados por lo que respecta a la utilización privada, la utilización de breves extractos en relación con la información de acontecimientos de actualidad, la fijación efímera realizada por un organismo de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones, la utilización con fines exclusivamente docentes o de investigación científica y en cualquier otro caso en que la legislación nacional prevea excepciones al derecho de autor sobre las obras literarias y artísticas. Además, una vez que el artista intérprete o ejecutante ha autorizado que se grabe su interpretación o ejecución en la fijación visual o audiovisual, ya no son aplicables las disposiciones relativas a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes. (OMPI, s.f., pág. 1).

En lo que atañe al período de protección, ésta debe durar como mínimo, hasta que expire el plazo de los 20 años contados desde el término del año en que:

- a) se haya realizado la fijación de los fonogramas y de las interpretaciones o ejecuciones incorporadas en ellos;

- b) hayan tenido lugar las interpretaciones o ejecuciones que no estén incorporadas en fonogramas;
- c) se hayan difundido las emisiones de radiodifusión.

Sin embargo, las legislaciones nacionales prevén cada vez con mayor frecuencia un plazo de protección de 50 años, por lo menos, para los fonogramas y las interpretaciones o ejecuciones.

2. LOS DERECHOS DE LOS ARTISTAS Y PRODUCTORES

La protección de los derechos conexos, lejos de ser una materia sencilla, precisa del desgranamiento uno por uno de los distintos derechos de los que serán titulares los sujetos que realicen aportaciones a las obras.

A pesar de que, como hemos visto anteriormente, en el libro II de la LPI se reconocen derechos conexos a multitud de sujetos, este trabajo se centrará únicamente en los artistas intérpretes o ejecutantes y en los productores, sobre todo musicales.

2.1 LOS DERECHOS DE LOS ARTISTAS

Los artistas, intérpretes o ejecutantes gozarán de una protección específica sobre cada una de sus actuaciones por lo que se reconocerá facultades o derechos, que serán tanto de carácter patrimonial como moral.

Del artículo 3 a) de la Convención de Roma, extraemos la definición de artistas, intérpretes o ejecutantes, a cuyo tenor:

A los efectos de la presente Convención, se entenderá por:

- a) «*artista intérprete o ejecutante*», *todo actor, cantante, músico, bailarín u otra persona que represente un papel, cante, recite, declame, interprete o ejecute en cualquier forma una obra literaria o artística.*

Este concepto ha sido incluido en la LPI en su artículo 105, añadiendo además al director de escena y al director de orquesta. Todos estos gozarán de los derechos reconocidos en el Libro II de la LPI, a los que, de forma subsidiaria se aplicarán las disposiciones del Libro I, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 112 LPI. Se atenderán también a los límites establecidos en los arts. 31 y siguientes del mismo texto legal.

Del análisis de dichos artículos podemos extraer que se recogen actividades muy diversas, las cuales tienen en común la exteriorización o comunicación de obras, ya sea mediante instrumentos, ya sea empleando exclusivamente elementos personales como la voz y/o la imagen, etc. Esta diversidad se plasma en las distintas denominaciones que utiliza la norma (artistas, intérpretes o ejecutantes), cada una de las cuales responde a diferentes realidades. Pero todas están sometidas al mismo régimen de protección. (Bercovictz et al., 2019, pág. 262)

La condición indispensable para la existencia de estos derechos es que el objeto sobre el que recaiga dicha interpretación del sujeto tiene que ser una obra. A *sensu contrario*, no habrá, por tanto, protección, sobre la interpretación de algo que no sea una obra.

2.1.1 Derechos patrimoniales

La concreción de los derechos patrimoniales de dichos sujetos la encontramos en los artículos 106 y siguientes de la LPI. Estos comprenderán la fijación (art. 106), reproducción (art. 107), comunicación pública (art. 108) y distribución (art. 109), actos que tendrán que ser autorizados por los propios titulares de los derechos.

Estos derechos pueden ser libremente transmisibles, cedibles, o ser objeto de licencias contractuales² (en la práctica, un cantante siempre cederá los derechos sobre su interpretación a la discográfica, que se encargará de la explotación de esta). El objetivo principal de esta transmisión es legitimar el uso de la aportación que hace el artista por un tercero; es decir, hacerlo lícito.

A efectos de mantener un nivel de seguridad jurídica, la LPI insiste en la necesidad de que la forma en que dicha autorización se realice sea por escrito. No obstante, es menester preguntarnos si la forma escrito puede ser requisito sustancial de este tipo de autorizaciones ya que, en dicho caso, toda cesión no realizada por escrito será nula de pleno derecho.

La respuesta parece clara, y es que no sería un requisito esencial en virtud de la libertad de forma existente en el artículo 1297 del Código Civil (en adelante, CC), adaptado en la LPI en su artículo 45.

Por tanto, es posible no realizar estas autorizaciones por escrito, sin perjuicio de que las partes puedan compelerse a ello, y de incumplir esta obligación, surgirá el derecho de resolución del contrato (art. 45 LPI).

- Fijación (106 LPI)

El derecho de fijación es el único que no tiene una definición en la LPI. Esto es así porque forma parte del derecho de reproducción, como se puede extraer de la definición de éste en el artículo 18 LPI, a cuyo tenor:

Art. 18: Se entiende por reproducción la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias.

² La LPI lo dice de forma expresa en los artículos 107.3, 108.2 y 109.1, *in fine*.

El contenido de este derecho comprende que para que una determinada actuación o interpretación pueda ser recogida en un soporte³, tiene que existir una autorización expresa por parte del titular. El sentido de esto es que, se está permitiendo que una determinada aportación, la cual por su propia naturaleza es efímera, es decir, con una existencia temporalmente limitada, se convierta en un acto duradero en el tiempo a través de, por ejemplo, una grabación.

La consecuencia lógica de esto, y principal motivo de que se busque dicha protección, es que, al existir dicha grabación, la aportación del artista podrá ser explotable económicamente de diversas maneras. Para cada una de las explotaciones que se realicen habrá que pedir una nueva autorización.

- Reproducción (107 LPI)

El artista tendrá el monopolio a la hora de autorizar la explotación de las fijaciones de sus actuaciones o interpretaciones. La definición de reproducción, la encontramos en el artículo 18 LPI, como anteriormente he citado.

Es importante distinguir de forma correcta los conceptos de fijación y reproducción. Como previamente se ha explicado, la fijación consiste en la inclusión en un soporte de una determinada aportación del artista. Pues bien, la reproducción consiste en realizar copias de lo que se ha fijado previamente, con el propósito de su posterior comercialización.

La autorización se requiere tanto para la reproducción total como para la parcial, y tanto para la provisional como para la permanente. (Bercovictz et al., 2019, pág. 275)

En este punto considero importante recordar que, al estar estos derechos bajo los límites del art 31 y ss. LPI, es posible la reproducción para copia de uso privado del art 31.2 LPI. Esto generará un derecho de simple remuneración a favor de los titulares de los derechos, que se recaudará por la correspondiente entidad de gestión.

- Comunicación Pública (108 LPI)

Los artistas, intérpretes o ejecutantes tendrán el derecho exclusivo de autorizar la comunicación pública de cualquiera de sus actuaciones y, añade el artículo 108, de las que se traten de actuaciones transmitidas por radiodifusión o la comunicación se realice a partir de una fijación previamente autorizada.

³ Por ejemplo, un cantante tendría que autorizar la fijación de su interpretación en un fonograma; y un actor, autorizará la fijación de su actuación en una película.

En la práctica, se entiende que existe una presunción de la cesión de este derecho, lo cual facilita enormemente el tráfico de la radiodifusión. Sin embargo, esta cesión no obsta a que haya que pagar una remuneración.

En el caso de que la actuación este fijada en una grabación fonográfica, la ley reconoce el derecho a una remuneración equitativa; en el caso de que esté fijada en una obra audiovisual, a una remuneración que proceda de las tarifas de las entidades de gestión, siempre que sea para los usos del artículo 20.2 f) y g) LPI. En el caso de que sean actos distintos de los mencionados antes, la remuneración será equitativa.

- **Distribución** (109 LPI)

Por distribución se entiende la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma (art. 19 LPI).

En virtud de este artículo, el artista intérprete o ejecutante tiene atribuido el derecho exclusivo de distribución sobre las fijaciones de sus actuaciones.

2.1.2 Derechos morales

A la par con los derechos de explotación, los artistas intérpretes, o ejecutantes, también son titulares de derechos morales sobre sus actuaciones. Esto es, son titulares de derechos personalísimos, irrenunciables e inalienables. A través de estos derechos, lo que se pretende es proteger aquellas facultades del titular que conllevan la salvaguarda espiritual de su prestación. Los artistas intérpretes o ejecutantes podrán perseguir las actuaciones que tengan como consecuencia un atentado a la integridad de la actuación, como la deformación, modificación o mutilación de esta; pudiendo esto afectar, a la reputación del titular.

Los derechos reconocidos por nuestra LPI en el artículo 113 son el de paternidad y el de integridad. Estos gozan de un carácter perpetuo y, cuando su titular fallezca, corresponderán a quien a este consideró en su voluntad última, y en su defecto, a sus herederos. En caso de no existir estos últimos, corresponderán al Estado, comunidades autónomas, corporaciones locales y las instituciones públicas de carácter cultural.

2.1.3 Temporalidad de los derechos de explotación

Para tratar la duración de estos derechos, tenemos que acudir a una norma básica como es la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de

Enjuiciamiento Civil. Mediante dicha norma se modificó el artículo 112 LPI, transponiendo así la Directiva 2011/177⁴.

De la redacción del artículo 112 LPI, extraemos que el cómputo de duración de estos derechos va a depender de un concreto supuesto: de su divulgación.

Considero oportuno, por tanto, establecer la debida distinción:

- Si la interpretación o ejecución no se ha divulgado: la duración será de 50 años desde el día 1 de enero del año siguiente al de la interpretación o ejecución.
- Si la interpretación se ha divulgado: la duración será de 50 años desde el día 1 de enero del año siguiente a la fecha de la primera publicación o comunicación pública, si esta es anterior, en el caso de grabaciones audiovisuales. En el caso de fonogramas, la duración será de 70 años con el mismo cómputo.

Bastante debate ha suscitado esta diferenciación en los plazos dependiendo de la naturaleza de la interpretación o ejecución. Además, en la práctica, es probable que esto genere dudas, sobre todo en casos en los cuales una misma interpretación o ejecución está fijada tanto en una obra audiovisual como en un fonograma.

La doctrina discute la interpretación de este problema. En primer lugar, puede considerarse que la divulgación de una interpretación se agota, y que no provocaría un nuevo plazo de protección para el caso de una posterior divulgación en un fonograma. Es decir, si una interpretación o ejecución se divulga en una grabación audiovisual antes que, en un fonograma, el plazo sería de 50 años.

Sin embargo, parece que la doctrina mayoritaria aboga por que el artículo 112 LPI establece dos casos completamente diferentes, con dos plazos de protección, por tanto, diferentes.

2.2 LOS DERECHOS DE LOS PRODUCTORES

A pesar de ser un tema muy polémico⁵, la LPI aboga por el camino que marcan tanto la Convención de Roma de 1961 como la Convención de Ginebra de 1971. Los productores se benefician, según el libro segundo de la LPI, con un derecho conexo sobre los fonogramas o grabaciones audiovisuales.

⁴ Inicialmente, la principal norma reguladora era la Directiva 93/98, relativa a la armonización del plazo de protección de los derechos de autor y derechos afines. Esta, se incorporó con la primera redacción del artículo 112 LPI.

⁵ El concepto de productor ha sido objeto de debate durante muchos años en el sentido de si el productor de una obra fonográfica o audiovisual, podría ser autor de esta.

Dicho esto, creo conveniente destacar lo que es el objeto de protección de estos sujetos.

Si bien, la protección del derecho de autor sería la obra, en el caso del derecho conexo de los productores sería el fonograma o la grabación audiovisual. El productor tendría el derecho exclusivo a autorizar las diversas formas de explotación de su producto. Lo que se protege, por tanto, es la inversión que estos realizan.

- Concepto de fonograma y de productor de fonogramas

Por fonograma entendemos, a tenor literal del artículo 114.1 LPI: “Toda fijación exclusivamente sonora de la ejecución de una obra o de otros sonidos”.

Un fonograma, por tanto, puede incorporar o no, obras. En el apartado 2 del artículo previamente citado se especifica quien es la persona del productor: “La persona bajo cuya iniciativa y responsabilidad se realiza por primera vez la fijación”

No debe confundirse al productor fonográfico con la de productor artístico, pues se trata ésta de una figura que, si bien no es inusual en la industria discográfica, no resulta imprescindible para la producción fonográfica, aunque intervenga en la elaboración de los fonogramas.

Lo que no cabe duda es que el productor artístico no ostenta ningún derecho de propiedad intelectual sobre el fonograma, derecho que corresponde en todo caso al productor fonográfico⁶.

- Concepto de grabación audiovisual y de reproductor audiovisual

Se entiende por grabación audiovisual la fijación de un plano o secuencia de imágenes, con o sin sonido, sean o no susceptibles de ser calificadas como obras audiovisuales en el sentido del art. 86 LPI (Bercovictz et al., 2019, pág. 284).

Es muy importante destacar esto último: al igual que el fonograma, ambas pueden contener obras (una película, por ejemplo). Sin embargo, el hecho de que esta contenga o no una obra no es un factor decisivo a la hora de ser considerada como grabación audiovisual.

En el caso de que la grabación audiovisual se componga de una obra, esta gozará de una doble protección, la de la obra y la de la grabación.

Los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública de los productores se reconocen tanto a los productores de fonogramas como de grabaciones audiovisuales.

⁶STS 1151/2002, 26 de Noviembre de 2002

Los derechos que obtienen los productores provienen de dos vías:

La primera, relativa a los derechos de las interpretaciones o ejecuciones de artistas o interpretes; estas derivan del contrato de producción, regulado en los artículos 108.2 y 110 LPI.

La segunda, relativa a las autorizaciones de los autores para que el fonograma o la grabación audiovisual se incorporen su obra. Aquí tenemos que distinguir si estamos hablando de fonogramas u obras audiovisuales.

En el caso de fonogramas, se efectuarán por medio de licencias no exclusivas de la entidad de gestión que corresponda.

Si hablamos de obras audiovisuales, es necesario la cesión en exclusiva de los derechos. El razonamiento para ello radica en la imposible separación que existe entre la obra y la grabación.⁷

2.2.1 Derecho de reproducción

Como se ha puesto de manifiesto anteriormente, la reproducción consiste en la obtención de copias de una determinada fijación.

Distinguimos aquí dos tipos de reproducción, directa e indirecta. La directa consiste en las copias que se realizan directamente del fonograma (art. 115 LPI) o grabación audiovisual (art. 121 LPI) protegida. La indirecta, es la que se realiza a partir de copias y de la comunicación pública del fonograma o grabación audiovisual.

Es importante reiterar que en el ámbito de los derechos conexos entran en juego los límites del artículo 31 LPI.

En el caso de la reproducción es fundamental conocer el contenido del apartado segundo, que considera lícita la copia de uso privado cuando concurren simultáneamente las circunstancias que en ese mismo artículo aparecen recogidas.

2.2.2 Derecho de distribución

Los artículos que recogen el derecho de distribución de los productores son el 117 en el caso de obras fonográficas y el 123 LPI en el caso de obras audiovisuales.

La distribución se define como la facultad de poner a disposición del público copias del original por medio de su venta, alquiler o préstamo; constituyendo por tanto el objeto de este derecho, la facultad de autorizar o prohibir esta puesta a disposición.

⁷De hecho, en el contrato de producción audiovisual, la norma general es la cesión de derechos en exclusiva salvo pacto en contrario (al contrario que la norma general).

Un concepto que hay que tener en cuenta cuando hablamos de distribución es el del agotamiento (art 19.2 LPI).

Cuando un fonograma o una obra audiovisual se venda dentro del ámbito de la Unión Europea (en adelante, UE), el titular del derecho de distribución no podrá oponerse a que estas copias se revendan.

No obstante, el hecho de que sea posible la reventa no implica que sea lícito el hecho de alquilar o prestar (Ver STS de 12 de diciembre de 2001, RJ 2001/98019)

2.2.3 Derecho de comunicación pública

En cuanto al derecho de comunicación pública, este aparece expresamente regulado en la LPI en el artículo 122.1 para los productores de grabaciones audiovisuales: “Corresponde al productor de grabaciones audiovisuales el derecho de autorizar la comunicación pública de éstas”.

No obstante, no sucede lo mismo con los productores de fonogramas, a los cuales solo se les reconoce el derecho de comunicación pública por puesta a disposición del público de obras por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.

Esto es así debido a la actual redacción del artículo 116 LPI que remite al artículo 20.2.i: “Corresponde al productor de fonogramas el derecho exclusivo de autorizar la comunicación pública de sus fonogramas y de las reproducciones de éstos en la forma establecida en el artículo 20.2.i”.

Esto viene derivado de la sentencia de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del TS de 1 de marzo de 2001, mediante la cual se estimó parcialmente el recurso número 413/1996, deducido por la Asociación Fonográfica y Videográfica Española contra determinados preceptos del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

Dicha sentencia falló declarando la subsistencia del derecho exclusivo de los productores de fonogramas a autorizar la comunicación pública de éstos y de sus copias reconocido en el artículo 109, apartado 1, de la anteriormente vigente Ley 22/1987, de 11 de noviembre de Propiedad Intelectual, el cual había sido omitido en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

3. LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS CONEXOS

3.1 LA CONTRATACIÓN. EL CASO KANYE WEST

La principal fuente que establece regulaciones para los titulares de los derechos conexos son los propios contratos. Para explicar la importancia que esto tiene en este campo, me ha parecido relevante mencionar el caso del conocido rapero americano Kanye West. Se trata de un caso reciente que plasma de buena manera la realidad en la contratación de este tipo de ámbitos.

En noviembre de 2020, Kanye West, conocido rapero americano, publicó a través de Twitter la copia completa de varios de sus contratos suscritos con la compañía discográfica Universal, llegando su enfado al punto de afirmar que no publicaría más contenido musical hasta la finalización de los mismos.

Lo que pretendía denunciar públicamente, es que las productoras musicales, se suelen quedar con el 100% de los derechos de los masters (fonogramas) y que esta circunstancia deriva única y exclusivamente de la contratación.

En la práctica, en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes (regulado en el 1255 del código civil español), los artistas suelen ceder sus derechos de propiedad intelectual a los productores, para que estos posteriormente los exploten, entregando a cambio una remuneración por los mismos.

Dicha cesión puede materializarse de diversas maneras. La vía clásica mediante la cual un artista cedía los derechos de sus interpretaciones era la del contrato de artista.

En la práctica este tipo de contratos ha ido disminuyendo de manera gradual como consecuencia de la facilidad que hoy en día existe para la realización de fonogramas con medios tecnológicos fácilmente asequibles.

Años atrás, para realizar esta tarea, las compañías discográficas se encargaban de alquilar los estudios de música, pues su elevado coste económico hacía inviable que un particular lo pudiese asumir por cuenta propia.

Los contratos más importantes hoy en día son el de licencia o el de distribución digital⁸. Por supuesto, con esta cesión, los artistas ceden el derecho de autorizar o prohibir la reproducción u otros derechos de propiedad intelectual sobre sus interpretaciones, pasando a ser competencia exclusiva de los productores, que son quienes, además, han realizado la inversión en la realización del fonograma.

Otra cuestión aparte, que se escaparía del alcance de este trabajo, es el de si las condiciones de este tipo de contratos se redactan de forma clara y sencilla,

⁸ Me parece importante mencionar que a pesar de que se siga realizando la distribución de soportes físicos, es decir, CDs o vinilos, este es un negocio que a penas genera ingresos en comparación con la distribución digital. Esto es, poner a disposición del público los fonogramas en las diversas plataformas *on-line* como pueden ser Spotify o Amazon Music.

cuestión que también fue denunciada públicamente por el conocido rapero en sus tweets.

En innumerables ocasiones, los artistas firman contratos al inicio de sus carreras musicales, contratos que les atan a compañías por muchos años sin ningún tipo de derechos sobre sus prestaciones.

Podemos mencionar también del caso de la cantante Taylor Swift, que se vio inmersa en una disputa con su discográfica por el hecho de no disponer del control sobre los fonogramas de su catálogo.

Para solucionarlo, está en estos momentos trabajando en la regrabación de sus álbumes más famosos por su cuenta. Con ello, a pesar de estar interpretando de nuevo la misma obra de manera casi idéntica, estaría creando un nuevo fonograma, del cual ya dispondría de todos los derechos de propiedad intelectual sobre el mismo.

Para evitar esto, hoy en día las compañías discográficas suelen incluir en los contratos las denominadas cláusulas de no regrabación, al objeto de proteger los derechos de copias y publicaciones del fonograma.

3.2 LA REGULACIÓN EN ESPAÑA

La Constitución española, en su art. 20.1 reconoce como derecho fundamental la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. Por otra parte, en su art. 149.9 concede al Estado la competencia exclusiva en cuanto a legislación sobre propiedad intelectual e industrial.

Los derechos conexos han tenido un reconocimiento relativamente reciente en el ordenamiento jurídico español, pues no aparecen hasta el año 1987 con la entrada en vigor de la Ley de propiedad Intelectual.

Actualmente los derechos de propiedad intelectual se encuentran regulados en España por la LPI, Texto Refundido aprobado mediante el Real Decreto 1/1996, de 12 de abril.

Este texto refundido fue reformado tras su aprobación, mediante la Ley 21/2017 de 4 de noviembre y por la Ley 2/2019, de 1 de marzo, por las que se traspusieron al ordenamiento español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017 sobre ciertos usos permitidos de determinadas obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor y derechos afines en favor de personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder a textos impresos.

La LPI, en su libro segundo (De los otros derechos de propiedad intelectual y de la protección «sui generis» de las bases de datos), desarrolla de manera pormenorizada la regulación de los derechos conexos.

Este libro, que abarca desde el artículo 105 hasta el 137, consta de los siguientes 8 Títulos:

- Título I: Derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes.
- Título II: Derechos de los productores de fonogramas.
- Título III: Derechos de los productores de las grabaciones audiovisuales.
- Título IV: Derechos de las entidades de radiodifusión.
- Título V: La protección de las meras fotografías.
- Título VI: La protección de determinadas producciones editoriales.
- Título VII: Disposiciones comunes a los otros derechos de propiedad intelectual.
- Título VIII: Derecho “sui generis” sobre las bases de datos.

Por consiguiente, esta norma constituye la piedra angular para la regulación de los derechos conexos en España, estando armonizada con la normativa de la Unión Europea.

3.3 LA REGULACIÓN EN LA UE Y EN OTROS ORGANISMOS INTERNACIONALES

El resultado de la armonización comunitaria en materia de propiedad intelectual ha sido la adopción de una serie de directivas que han condicionado significativamente la evolución reciente de los EEMM.

Las principales directivas de la UE en materia de propiedad intelectual son las siguientes:

- Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual
- Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información
- Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE

Por otra parte, el Estado español tiene suscritos múltiples convenios internacionales en esta materia. Especial relevancia tienen, por su carácter multilateral en la protección internacional de la propiedad intelectual, los siguientes convenios:

- Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, aprobado en Roma en el año 1961 por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

- Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas. (Adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996).
Este tratado actualiza y complementa el Convenio de Berna e introduce elementos de la sociedad digital.
- Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC), contenido en el Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio de 15 de abril de 1994.

El Acuerdo sobre los ADPIC, y en particular las disposiciones de su artículo 14 relativo a los derechos conexos, está inspirado en la Convención de Roma.

Regula el nivel mínimo de protección que los Miembros tienen que otorgar a los nacionales de los demás Estados, estableciendo las obligaciones que los países Miembros tienen entre sí.

Dada la larga historia de cooperación internacional sobre asuntos relacionados con el derecho de autor, las normativas nacionales en este campo no suelen presentar grandes diferencias.

Por otra parte, una característica de la evolución de la normativa internacional sobre propiedad intelectual durante los últimos veinticinco años ha sido la progresiva marginación del marco multilateral, reflejado en la ausencia de avances en el seno de la OMC y en los limitados logros conseguidos en este período en la OMPI. Se trata de una tendencia que previsiblemente se consolidará en los próximos años.

El escepticismo sobre el marco multilateral se vincula con las evidentes dificultades para superar en ese entorno las reticencias de los Estados con sistemas menos eficaces de protección de la propiedad intelectual, que mantienen el criterio de que tienen poco que ganar con un régimen más estricto de protección.

Como alternativa al marco multilateral, los avances en la normativa internacional con participación de la UE se han centrado en los últimos años en la inclusión de capítulos sobre protección y aplicación de la propiedad intelectual en los acuerdos comerciales bilaterales, tomando como referencia la legislación existente en la UE para incluir en los acuerdos la exigencia de que se establezcan normas de regulación situadas a la altura del acervo de la UE, que presentan mejoras sustanciales con respecto al ADPIC. (de Miguel Asensio, 2015, pág. 13)

La Comunicación de la Comisión Europea titulada “Estrategia para mejorar la protección y la garantía respecto de los derechos de propiedad intelectual en los terceros países”⁹, viene a reconocer que un planteamiento plurilateral parece en la actualidad eficaz únicamente para grupos pequeños de países

⁹ COM(2014)389 final, de 1 de julio de 2014

con objetivos similares, y se muestra muy escéptica con respecto a los futuros trabajos en el marco de la OMC y de la OMPI.

4. SAMPLING

Como adelantaba en la introducción, el propósito de este trabajo consiste, por una parte, realizar una aproximación a la regulación y el contenido de los derechos conexos o afines, y por otra, la de profundizar en el problema específico generado por la estrategia conocida como *sampling*.

Se trata este último, de un problema que ha generado verdaderos quebraderos de cabeza en la industria musical por su complejidad y subjetividad, siendo una de las técnicas de producción que más pleitos ocasiona.

Toda la industria musical suplicaba por una resolución por parte del TJUE que regularizase esta situación, aportando seguridad jurídica a esta práctica.

Por suerte, el pasado año 2019, llegó esta solución por parte del TJUE, con la sentencia del caso Pelham, al que más adelante haré alusión de forma específica.

El *sampling* tiene una estrecha relación con los derechos conexos, fundamentalmente con los del productor.

Como mencionaré más adelante en profundidad, en el caso del *sampling* la atención principal se presta al fonograma, es decir, al conjunto de datos físicos que se instauran en un soporte, y que conforman, una grabación sonora.

Es importante, por tanto, separar desde un principio el concepto de obra y de fonograma.

En un fonograma, por supuesto, puede haber una obra, pero no siempre. Es por ello por lo que habría que resaltar que la problemática del *sampling* no inmiscuye a las obras, a pesar de que generalmente formen parte de los fonogramas.

Al trabajar directamente con un fonograma, se estaría atentando directamente contra el productor, contra la inversión que este ha realizado para la producción del fonograma¹⁰, y esto es lo que se protege por medio de los derechos conexos y afines; el productor tendrá el derecho a autorizar la reproducción o comunicación pública de sus fonogramas, y recibirá, además, una remuneración que las entidades de gestión (AGEDI en el caso de los productores musicales) tendrán que gestionar.

¹⁰ La grabación de un fonograma es asimilable a la fabricación de un determinado producto, en tanto que intervienen diferentes medios de producción y hay una gran inversión para la realización de este.

4.1 CONCEPTO Y ORIGEN

El *sampling* es una técnica de producción musical que, a pesar de haber nacido en los años 50, el momento en el que toma fuerza es a partir de los años 80 con el éxito de géneros tales como el hip hop o la música disco.

Estos géneros utilizaban mucho esta técnica nutriéndose de fragmentos de otros temas propios de estilos como el *soul*, *jazz* o blues donde los artistas toman “prestadas” las melodías, los riffs, los *beats* o los *loops* de algunas canciones para incluirlas en las suyas y crear nuevos éxitos.

El auge del *sampling* surgió gracias a la tecnología, cuando a principio de los 70's aparecieron en el mercado los primeros samplers: aparatos analógicos capaces de muestrear sonidos fácilmente, desde cualquier medio, como un vinilo o cinta, y convertirlos en bucles de sonido que se repite a lo largo de un tiempo y procesarlos con efectos, lo que marcó una base para muchos estilos de música electrónica. (Mendo Durán, 2016)

Este modo de crear música está hoy a la orden del día y se puede ver en infinidad de obras que suenan constantemente en nuestros altavoces. Desde temas como *Don't Stop the Music*, de Rihanna (2008), que toma un sample de la canción *Wanna be Startin Something*, de Michael Jackson (1982), o la famosa canción *Gold Digger*, de Kanye West (2005) que utiliza un sample de la canción *I Got A Woman*, de Ray Charles (1958).

Estos fragmentos de temas preexistentes que se utilizan prestados se denominan *samples* (en español, muestras). De forma sencilla y muy acertada, el Cambridge Dictionary define sample de la siguiente manera: “a small part of a song that has been recorded and used to make a new piece of music”.

Es importante resaltar que el concepto de *sampling* únicamente aplica a la música que es grabada en un determinado soporte. Por tanto, no hay *sampling* cuando un grupo realiza una nueva interpretación de una obra musical, ya que sería necesario realizar con pericia quirúrgica la extracción de una parte de un fonograma, para después, ser introducida en otro fonograma distinto.

Es previsible imaginar que esta técnica ha resultado siempre de lo más problemática en el ámbito del copyright ya que, para la creación de una obra propia, se está partiendo de una obra preexistente. Es por ello por lo que parece lógico que todo productor pedirá los correspondientes permisos para proceder, de una manera legal, a la producción de la nueva obra fonográfica.

No obstante, en la práctica, en una infinidad de ocasiones esto suscita problemas, ya que estos *samples* son tomados sin permiso y modificados de una manera tal, que es prácticamente imposible detectar la obra originaria (por ejemplo, la canción *Rockin to the Beat*, del grupo Black Eyed Peas, parte de un sample del legendario tema *Billie Jean*, de Michael Jackson, aunque haya que ser un productor experto para llegar a notarlo).

Parece lógico pensar que el *sampling* sin autorización del autor constituye una clara infracción de los derechos patrimoniales del mismo. No obstante, como

he expuesto anteriormente, hay ocasiones en las cuales los sonidos parte del fonograma en cuestión no tienen absolutamente nada que ver con el original por las grandes modificaciones realizadas en el estudio.

Por consiguiente, es menester responder a la siguiente pregunta: ¿puede considerarse una infracción del derecho de reproducción el uso de un sample cuando no hay manera de reconocer el original?

4.2 EL CASO PELHAM

Por suerte, esta cuestión ha sido resuelta de forma reciente por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) de 29 de julio de 2019, sobre el caso Pelham (asunto C-476/17).

Este caso surge de una controversia en los tribunales alemanes derivado de la toma de un sample de 2 segundos (autoría del grupo Kraftwerk en la canción *Metall auf Metall*) por parte de la sociedad Pelham, el cual fue utilizado en la canción *Nur Mir*, interpretada por Sabrina Setlur.

Se interpone una demanda, alegando la violación de derechos de autor, pidiendo conforme al derecho alemán: “La cesación de la infracción, la concesión de una indemnización por daños y perjuicios, la transmisión de datos y la entrega de los fonogramas para su destrucción” (pfo. 15 STJUE).

Después de un larguísimo proceso judicial de más de 10 años, el Tribunal Supremo Alemán (Bundesgerichtshof, BGH) decide plantear una cuestión prejudicial al TJUE.

Uno de los puntos principales en los que incide el BGH es si un sample de tan solo 2 segundos podría considerarse como una violación del derecho exclusivo de reproducción del productor del fonograma, previsto en el artículo 2 c) Directiva 2001/29/CE, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

Se evoca así a la famosa sentencia de 16 de julio de 2009, sobre el caso Infopaq (asunto C-5/08), con la cuestión de la unidad mínima de lenguaje susceptible de protección.

No obstante, en este caso hay una diferencia sustancial, que no permite dar un mismo tratamiento a ambos problemas. Es importante resaltar que en la sentencia Pelham se hace especial hincapié en la diferencia entre copiar una composición musical y un fonograma. Entre ambos puede haber una exactitud de elementos. Sin embargo, son dos objetos diferentes.

No es lo mismo reproducir una composición musical (la obra) que un fonograma (el soporte), ya que, para copiar el primero, habría que realizar una nueva interpretación, y para reproducir el fonograma, se haría directamente (por medio de la extracción de los sonidos del fonograma originario). Con la reproducción del fonograma se interpreta que se está atentando contra los intereses económicos del productor. Por lo que, en Pelham, a pesar de que

dentro del fonograma en cuestión haya una obra fijada, el objeto del litigio no radica en la reproducción de esta, sino en la reproducción parcial del fonograma.

El Tribunal resuelve dando una serie de claves de vital importancia. El hecho de que un sample incorporado a otro fonograma pueda constituir infracción va a depender de un criterio concreto: si este es reconocible.

Así, el TJUE argumenta que la reproducción por un usuario de una muestra sonora, incluso muy breve, extraída de un fonograma es, en principio, una reproducción de parte de ese fonograma, de modo que queda protegida por el derecho exclusivo conferido al productor del fonograma (pfo. 29). Sin embargo, el TJUE expresa que no existe reproducción cuando un usuario, “en el ejercicio de la libertad de las artes”, extrae una muestra sonora de un fonograma para integrarla, de forma modificada y que no resulte reconocible al escucharla, en otro fonograma. Añade, también, que no constituye una copia un soporte que, como el controvertido en el presente asunto, se limita a incorporar muestras musicales, en su caso, modificadas, transferidas desde ese fonograma para crear una obra nueva e independiente de tal fonograma (pfo 31).

En el caso Pelham queda claro que no se aprecia la existencia de reproducción, ya que el fragmento utilizado no es reconocible.

La segunda cuestión que plantea el BGH es si el segundo fonograma puede considerarse copia del primero a efectos del derecho exclusivo de distribución. Para ello, el TJUE incide en el concepto de copia: “se entiende por «copia» el soporte que contiene sonidos tomados directa o indirectamente de un fonograma y que incorpora la totalidad o una parte sustancial de los sonidos fijados en dicho fonograma” (pfo. 52).

No obstante, el TJUE puntualiza que “no constituye una copia un soporte que, como el controvertido en el presente asunto, se limita a incorporar muestras musicales, en su caso, modificadas, transferidas desde ese fonograma para crear una obra nueva e independiente de tal fonograma” (pfo. 47). Solo se podría alegar infracción del derecho de distribución si el fragmento utilizado se sirviese de elementos sustanciales o totales, capaces de sustituir el fonograma original.

Otra de las cuestiones fundamentales que plantea el tribunal alemán es si un sample podría tener la consideración de cita.

El TJUE responde que esta posibilidad puede darse en función de cada caso. Para ello establece un criterio fundamental: “la interacción con la obra de la que se haya extraído la muestra” (pfo 72).

El sentido de la cita no radica únicamente en tomar un fragmento de una obra, sino que es necesario hacerlo con un determinado fin: “para ilustrar un comentario, defender una opinión o incluso permitir una confrontación intelectual” (pfo. 71).

Es obvio, que en casos con samples en los cuales falla el criterio de la reconocibilidad no podría actuar el límite de la cita, ya que no habría lugar para el presupuesto de la interacción: “no puede existir tal interacción cuando no sea posible identificar la obra objeto de la cita de que se trate” (pfo. 73).

Del análisis del caso Pelham, extraemos que el TJUE busca equilibrar los intereses de los autores y de los nuevos creadores. Trata de proteger los derechos exclusivos de los primeros, reconociendo su monopolio de la autorización o prohibición de la reproducción de sus fonogramas (o de fragmentos de estos, por muy minúsculos que sean).

De la misma manera, intenta salvaguardar el interés general, por medio de la protección de la libertad creativa para los segundos. Es por ello por lo que los productores deberán pedir autorización para la utilización de los fonogramas. Siendo la única salida en la que no haya que pedir dichos permisos la modificación absoluta de dicho fonograma hasta que este no resulte reconocible.

Hay otros países, como Estados Unidos, la mayor potencia musical en el mundo, en los que esta libertad creativa está aún más protegida siendo mucho más laxos y permisivos, pudiendo los usuarios disponer de obras ajenas con mucha más libertad.

Esto es posible gracias a lo que la regla de USA denomina fair use (Sección 107 de la US Copyright Act). Dicha doctrina suscita la necesidad de analizar caso por caso para encontrar infracciones, siendo una materia muy flexible.

Históricamente, en este país, se utilizaba a modo jurisprudencial la famosa “regla de los 6 compases”, o six bar rule, como criterio determinante de la existencia de una infracción; pero esta regla ha quedado obsoleta y no se aplica en la actualidad, siendo por tanto la casuística estadounidense muy variada.

En algunos casos, la ley se interpreta de forma restrictiva, como en el caso Bridgeport Music Inc. V. Dimension Films (2005, en el que se cometió infracción con la reproducción de tan solo 2 segundos en los que se incluía un riff de guitarra en la que se interpretaban 3 notas). Y, en otros, de forma mucho más laxa, como en Newton v. Diamond (2003), donde se permitió el *sampling*, ya que la muestra, según el juez, no era posible que fuese reconocida por el público medio (Información extraída de: <https://www.clubbingpain.com>).

Cierto es que en el marco del Derecho europeo se ha conseguido una sentencia histórica, que marcará precedente. No obstante, el *sampling* es, y seguirá siendo, un tema extremadamente controvertido, no solo por la complejidad de la materia, sino por la cantidad de veces que esta técnica es utilizada en los estudios, lo cual dará lugar a mucha más casuística, que tendrá que ser analizada en los tribunales. (Calzadilla, 2020)

CONCLUSIONES

Como se ha podido comprobar a lo largo del presente Trabajo de Fin de Máster, los derechos conexos o afines gozan de una vital importancia en el marco jurídico de la propiedad intelectual. Particularmente, podemos destacar las siguientes conclusiones de nuestro estudio:

I.- Tanto los artistas intérpretes o ejecutantes como los productores audiovisuales o de fonogramas tienen contemplados estos derechos que derivan de los de autor, con los cuales podrán (según el caso) autorizar o prohibir la reproducción, fijación, distribución o comunicación pública de las aportaciones que realicen a esas obras.

Es innegable la importancia económica que estos derechos tienen hoy en día, como consecuencia del inmenso mercado que existe en torno a los mismos, pues con la digitalización de la sociedad, en plena era tecnológica, las industrias creativas suponen una fuente casi inagotable de ingresos.

II.- El principal instrumento que establece regulaciones para los titulares de los derechos conexos son los propios contratos. Los contratos más importantes hoy en día son el de licencia o el de distribución digital. Los artistas ceden el derecho de autorizar o prohibir la reproducción u otros derechos de propiedad intelectual sobre sus interpretaciones, pasando a ser competencia exclusiva de los productores, que son quienes han realizado la inversión para la realización del fonograma.

III.- El *sampling* es una técnica de producción musical que ha tomado especial relevancia a partir de los años 80 con el éxito de géneros tales como el hip hop o la música disco, habiendo resultado siempre de lo más controvertida en el ámbito de los derechos conexos, pues se basa en la creación de una obra musical propia a partir de un fonograma preexistente.

Parece lógico pensar que el *sampling* sin autorización del productor constituye una clara infracción de los derechos patrimoniales del mismo. No obstante, en ocasiones los sonidos parte del fonograma en cuestión no tienen absolutamente nada que ver con el original por las grandes modificaciones realizadas sobre el mismo.

IV.- La justicia europea busca equilibrar los intereses de los productores y de los nuevos creadores. Para ello, trata de proteger los derechos exclusivos de los primeros, reconociendo su monopolio de la autorización o prohibición de la reproducción de sus fonogramas, al mismo tiempo que intenta salvaguardar el interés general, por medio de la protección de la libertad creativa para los segundos. El hecho de que un sample incorporado a otro fonograma pueda constituir infracción va a depender de si este es reconocible.

V.- En cuanto al derecho de cita, el TJUE concluye que el uso de una muestra sonora extraída de un fonograma que permite identificar la obra de la que se ha extraído puede considerarse una cita, siempre que dicho uso tenga por objeto interactuar con la obra en cuestión. Por el contrario, no constituirá una cita el

uso de esa muestra cuando no sea posible identificar la obra de que se trate ni exista tal interacción.

VI.- Parece claro que, en el derecho europeo, existe una tendencia mayor a la protección de los derechos del productor que en otros ordenamientos. En el aire queda, por tanto, la duda de si es mejor un sistema como el nuestro, en el que se proteja con más fuerza los derechos patrimoniales del creador, o uno como el de Estados Unidos, más permisivo, en el que exista una mayor libertad creativa.

FUENTES

a) FUENTES NORMATIVAS

- Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia
- Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual
- Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información
- Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE

b) FUENTES JURISPRUDENCIALES

- STS, 1 de marzo de 2001
- STS de 12 de diciembre de 2001, RJ 2001/98019
- STS 1151/2002, 26 de Noviembre de 2002
- Sentencia del TJUE (Gran Sala), de 29 de julio de 2019, en el asunto C-476/17, caso Pelham
- Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2009, asunto C-5/08, caso Infopaq.

c) FUENTES DOCTRINALES

- Alday Nieto, H. (2013). La protección de los derechos de simple remuneración de interpretaciones y ejecuciones. *Revista Mexicana del Derecgho de Autor*, 24.
- Anaya Quintero, L. (2018). *Reflexiones sobre la naturaleza jurídica del derecho de autor*. Revista la propiedad inmaterial. Recuperado el 30 de 01 de 2020, de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/5779/7250>
- Bercovictz et al., R. (2019). *Manual de Propiedad Intelectual*.
- Calzadilla, P. (2020). *Blog Propiedad Intelectual Universidad Autónoma*. Recuperado el 30 de 01 de 2021, de <https://www.propiedad-intelectual.dursa.com/en/blog/blog-propiedad-intelectual/item/174-las-implicaciones-del-sampling-en-la-propiedad-intelectual>
- de Miguel Asensio, P. A. (2015). *La legislación sobre derechos de autor y su ámbito de aplicación: perspectiva europea*. Madrid: Anuario Dominicano de Propiedad Intelectual.
- Iglesias Rebollo, C., & González Gordon, M. (2005). *Diccionario de Propiedad intelectual*. Reus.
- Instituto_Autor. (s.f.). «¿Qué son los derechos conexos?». Recuperado el 30 de 01 de 2021, de <http://www.institutoautor.org/es-ES/SitePages/corp-ayudaP2.aspx?i=383>
- Mendo Durán, R. (2016). Introducción al sampling. *LaCarne Magazine*. Recuperado el 30 de 01 de 2020, de <https://lacarnemagazine.com/introduccion-al-sampling/>
- OMPI. (s.f.). *Reseña de la Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (1961)*. Recuperado el 30 de 01 de 2020, de https://www.wipo.int/treaties/es/ip/rome/summary_rome.html
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2016). *Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos*. Recuperado el 30 de 01 de 2020, de https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_909_2016.pdf