

ALGUNAS REFLEXIONES A PROPÓSITO DE LA DIRECTIVA 2011/77/UE

Algunas reflexiones a propósito de la Directiva 2011/77/UE

La Directiva 2011/77/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2011, por la que se modifica la Directiva 2006/116/CE, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, introduce novedades en tres frentes: la duración de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes cuando sus actuaciones se fijen en un fonograma; la duración de los derechos de los productores de fonogramas; y el cómputo del plazo de protección en las composiciones musicales con letra cuando los autores de la letra y la música sean distintos. Además, la Directiva 2011/77/UE se ocupa de las consecuencias que en el plano contractual y en el de los derechos adquiridos pueden tener las anteriores modificaciones. En este artículo, me referiré únicamente a la ampliación de la duración de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas. La directiva amplía la duración de esos derechos de 50 a 70 años cuando se publique o comunique al público por primera vez lícitamente un fonograma dentro del periodo de 50 años desde, respectivamente en relación con los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas, la interpretación o ejecución y la fijación del fonograma. Esto provoca una diferencia en la duración de los derechos en función del tipo de grabación de que se trate, que hace que la delimitación del concepto de fonograma adquiera una renovada importancia; según se mire, un fonograma puede ser una grabación exclusivamente sonora, o una grabación que no sea audiovisual. Junto a ello, es importante determinar si cada grabación genera sus propios derechos, tanto desde el punto de vista del tipo de grabación (fonográfica o audiovisual) como desde el punto de vista de las sucesivas grabaciones dentro de un mismo tipo. En este artículo expongo brevemente los motivos por los que considero que cada interpretación, así como cada grabación de esta interpretación, genera su propio haz de derechos.

El 11 de octubre de 2011 se publicó en el DOUE la Directiva 2011/77/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2011, por la que se modifica la Directiva 2006/116/CE relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines (respectivamente, la «Directiva 2011/77/UE» y la «Directiva 2006/116/CE»).

La Directiva 2011/77/UE introduce novedades en tres frentes: la duración de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes cuando sus actuaciones se fijen en un fonograma; la duración de los derechos de los productores de fonogramas; y el cómputo del plazo de protección en las composiciones musicales con letra cuando los autores de la letra y la música sean distintos. Además, la Directiva 2011/77/UE se ocupa de las consecuencias que en el plano contractual y en el de los derechos adquiridos pueden tener las anteriores modificaciones.

Certain considerations regarding Directive 2011/77/EU

On 11 October 2011 was published in the Official Journal of the European Union the Directive 2011/77/EU of the European Parliament and of the Council, of 27 September 2011, amending Directive 2006/116/EC on the term of protection of copyright and certain related rights. This Directive introduces novelties in three areas: the duration of the rights of the performers when their performances are fixed in phonograms, the duration of the rights of the phonogram producers, and the duration of the rights of musical compositions with words. In addition, the Directive regulates certain consequences that the extended duration of rights may have in the contracts between performers and phonogram producers, as well as regarding third party's acquired rights. This article is intended to convey specific non-exhaustive thoughts regarding the particularities under which the duration of the rights of the performers and the phonograph producers has been extended from 50 to 70 years.

En este artículo, me referiré únicamente a la ampliación de la duración de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas, dejando para otra ocasión mis reflexiones sobre las (también importantes) previsiones de la Directiva 2011/77/UE en relación con los contratos entre los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas. Por razones de espacio, las reflexiones serán necesariamente breves y no exhaustivas, a pesar de que la materia tratada por la Directiva 2011/77/UE tiene una larga y controvertida historia, y de que el conjunto de intereses en juego es complejo.

Los sucesivos tratados internacionales ratificados por España en relación con los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes han ido progresivamente ampliando la duración de esos derechos. Así, aunque con referencia a distintos hechos generadores (fecha de la interpretación o ejecución, de

la fijación, o de la publicación de esa fijación, siendo en ocasiones esa fijación necesariamente un fonograma y en otras no), la duración ha pasado de los 20 años mínimos establecidos en el artículo 14 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, hecha en Roma el 16 de octubre de 1961 (la «Convención de Roma de 1961»), hasta los 50 años mínimos fijados en el artículo 14.5 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, de 15 de abril de 1994 (el «Acuerdo sobre los ADPIC») y en el artículo 17.1 del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, de 20 de diciembre de 1996 («TOIEF»).

Este proceso de progresiva ampliación de la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes tuvo su reflejo en la normativa comunitaria, y se tradujo en la decisión de armonizar las diferencias existentes en los distintos Estados miembros mediante la Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines (la «Directiva 93/98/CEE»), que condujo al actual plazo de protección de 50 años. Tras varias modificaciones de la Directiva 93/98/CEE, el texto consolidado se publicó por medio de la Directiva 2006/116/CE, que es la modificada por la Directiva 2011/77/UE que ahora se analiza.

La consecuencia del anterior *iter* legislativo es que nuestra actual Ley de Propiedad Intelectual prevé un plazo de protección de los artistas intérpretes o ejecutantes de 50 años desde los hechos generadores (i) y (ii) a los que me referiré a continuación.

Pues bien, la Directiva 2011/77/UE amplía el plazo de protección de los artistas intérpretes o ejecutantes de la siguiente manera:

(i) La regla general sigue siendo que la duración de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes es de 50 años desde la fecha en que tenga lugar su interpretación o ejecución.

(ii) Se mantiene la primera excepción a esa regla, que es que, si dentro de dicho periodo de 50 años se publica o se comunica al público lícitamente una grabación de la interpretación o ejecución, los derechos expirarán 50 años después de la fecha de primera publicación o de primera comunicación al público de esa grabación, la que suceda en primer lugar. No obstan-

te, esta excepción se aplica ahora solo cuando la grabación no sea un fonograma.

(iii) Se añade una nueva excepción o, mejor dicho, se matiza la anterior, estableciendo que cuando la grabación de la interpretación o ejecución publicada o comunicada al público lícitamente sea un fonograma, los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes durarán 70 años desde la fecha de primera publicación o de primera comunicación al público del fonograma, prevaleciendo también entre ellas la que ocurra en primer lugar.

La línea divisoria la traza por tanto el propio concepto de fonograma. Nuestro derecho lo define consistentemente, en esencia, como una grabación *exclusivamente* sonora (cfr. art. 3.b de la Convención de Roma de 1961, art. 1.a del Convenio de 29 de octubre de 1971 para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas —el «Convenio de Ginebra»—, y art. 114.1 de la Ley de Propiedad Intelectual). La única notable excepción es que el TOIEF lo define en síntesis como toda grabación de sonidos que no sea una obra cinematográfica o audiovisual, lo cual es sin duda conceptualmente más amplio que una grabación *exclusivamente* sonora, incluso aunque no se interprete obra cinematográfica o audiovisual en sentido propio, sino que se incluyan también las meras grabaciones audiovisuales. Cierto es que la diferencia práctica hoy en día es mínima, puesto que, si del conjunto de grabaciones con contenido sonoro se excluyen las audiovisuales, poco o nada queda en la práctica que no sea una grabación *exclusivamente* sonora. No obstante, no puede descartarse que en esta época de apresurados cambios tecnológicos la diferencia conceptual entre una definición y otra acabe conduciendo a diferencias prácticas reales, por existir grabaciones con contenido sonoro que no sean ni *exclusivamente* sonoras ni audiovisuales; si el criterio de diferenciación entre grabaciones siguiera siendo el de los sentidos por los que se perciben, aún quedan otros tres por combinar con el oído. Ahondando en esta cuestión, es llamativa la ausencia de una definición comunitaria armonizadora, y ciertamente no ayudan a efectos interpretativos las escuetas referencias al TOIEF que se encuentran en el considerando 9 de la Directiva 2006/116/CEE, que reconoce que el TOIEF actualiza de forma significativa la protección internacional de los derechos afines a los derechos de autor, y en el considerando 61 de la 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, que expresa su intención de ajustarse a lo dispuesto en el TOIEF, modificando, entre otras, la Directiva 93/98/CEE, precursora de la directiva objeto de este artículo. En suma, esta discrepancia conduce a un interesante debate jurídico que lamentablemente excede del alcance de este comentario, por lo que ahora solamente lo dejo apuntado.

Por tanto, desde la perspectiva de los tipos de artistas intérpretes o ejecutantes, el resultado es que los que no interpreten o ejecuten obras musicales (en general, sonoras) seguirán estando sometidos al plazo de protección de 50 años a contar desde los hechos relevantes indicados en los apartados (i) y (ii). Por su parte, los artistas intérpretes o ejecutantes musicales (en general, sonoros) podrán acogerse, una vez traspuesta la Directiva 2011/77/UE, al nuevo plazo de 70 años indicado en el apartado (iii) cuando su interpretación o ejecución se haya grabado en un fonograma publicado o comunicado al público lícitamente dentro de los 50 años posteriores a la interpretación o ejecución; en cambio, si lo publicado o comunicado al público no es un fonograma, se les seguirá aplicando el régimen general de 50 años.

Llegados a este punto, es fácil advertir que existen dos potenciales distorsiones en la interrelación entre los hechos generadores indicados en los apartados (ii) y (iii). Ninguna de ellas está resuelta en la Directiva 2011/77/UE.

La primera deriva del hecho de que una misma interpretación o ejecución puede ser objeto de distintas grabaciones. Por ejemplo, puede incorporarse a un fonograma y también sincronizarse en una grabación audiovisual. Sería el caso de un concierto que se graba y publica a continuación en dos formatos: como grabación exclusivamente sonora y como grabación audiovisual. En ese caso, ¿cuánto duran los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes? A mi modo de ver, la respuesta ha de ser que cada tipo de grabación genera su propio haz de derechos. En efecto, no tendría sentido que la duración de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes respecto de una concreta interpretación o ejecución venga determinada por el tipo de grabación, audiovisual o fonográfica, que se publique o comunique al público en primer lugar. No creo que deba ser esa la interpretación de los términos «primera publicación» y «primera comunicación al

público» de la Directiva 2011/77/UE, sino que, al contrario, esos términos se refieren a cada tipo de grabación de manera separada, es decir, «primera publicación o primera comunicación al público de un fonograma» y «primera publicación o primera comunicación al público de una grabación distinta de un fonograma». No es defendible que la Directiva 2011/77/UE haya querido fomentar una carrera por ser la primera grabación publicada o comunicada al público. Como tampoco tendría sentido ni, a mi modo de ver, encaje jurídico que los productores gocen de un plazo de protección y los artistas intérpretes o ejecutantes de otro distinto respecto de la misma grabación. En efecto, no puede ser que si la primera grabación lícitamente publicada o comunicada al público es audiovisual, el artista intérprete o ejecutante vea limitados sus derechos respecto a esa interpretación a 50 años, aunque a continuación se publique o comunique al público lícitamente por primera vez un fonograma con la misma interpretación o ejecución, por la que el productor de ese fonograma recibirá protección durante 70 años, como veremos más adelante. En definitiva, creo que los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, cuando se graban, han de predicarse respecto de la interpretación o ejecución en tanto que fijada en una grabación, y deben por ello ser coherentes con la protección que reciba esa concreta grabación. En este sentido, basta leer los artículos 106 a 109 de la Ley de Propiedad Intelectual para advertir con facilidad que el tratamiento legal de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes depende de si la interpretación o ejecución se ha grabado o no, de forma que de una y otra situación nacen derechos distintos. No creo que se pueda llegar tan lejos como afirmar que existen dos *corpus mysticum* distintos en el ámbito de los artistas intérpretes o ejecutantes en función de si la interpretación o ejecución se ha grabado o no, pero lo que en mi opinión es claro es que el legislador ha querido distinguir dos grupos de casos a efectos de delimitar los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes: cuando la interpretación o ejecución no se graba, en cuyo caso solo existen los derechos del artista intérprete o ejecutante; y cuando sí se graba, en cuyo caso nacen de manera conjunta dos derechos sobre esa grabación, los del artista intérprete o ejecutante y los del productor fonográfico o audiovisual (naturalmente, obviando en ambos casos los derechos del autor). Por todo ello, como ya he dicho, soy de la opinión de que cada grabación genera su propio haz de derechos de manera sincronizada para los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores (del tipo

que corresponda). Ni siquiera creo que sea posible exigir que las grabaciones audiovisual y fonográfica hayan tenido lugar de manera independiente para que los derechos sobre ellas sean independientes. En efecto, la grabación puede haberla realizado la misma persona y tener la doble condición de productor de la grabación audiovisual y de productor del fonograma, puesto que tal condición se adquiere con el hecho objetivo de la producción de cada tipo de grabación.

Una duda parecida puede plantearse cuando el artista intérprete o ejecutante realice más de una interpretación o ejecución de la misma obra de tal forma que cada una de ellas se fije en una grabación distinta. En tal caso, a mi modo de ver, debe aplicarse igualmente la regla de que cada interpretación o ejecución, en paralelo con su grabación (audiovisual o fonográfica), genera un nuevo haz de derechos, con una duración de 50 años desde la interpretación o ejecución, y de 50 o 70 años de la primera publicación o comunicación pública lícita de, respectivamente, una grabación audiovisual o fonográfica que la contenga, aplicable tanto en beneficio de los artistas intérpretes o ejecutantes como de los productores correspondientes. Esta no es una cuestión pacífica. No es este el lugar para hacer un desarrollo completo de los motivos que me hacen inclinarme por esta postura, por lo que solo mencionaré brevemente los siguientes: no se exige ningún requisito (originalidad, estética, mérito interpretativo, etc.) para la protección de una interpretación o ejecución, basta con el mero hecho de que tenga lugar, por lo que cada una reunirá los requisitos de protección; cada interpretación o ejecución, de hecho, es susceptible de explotación económica independiente (y así sucederá en muchos casos); y, en fin, los derechos de los productores y los de los artistas intérpretes o ejecutantes respecto de esas producciones deben discurrir en paralelo, no solo por pura lógica económica y comercial y por la íntima y, a mi modo de ver, indisoluble relación entre interpretación o ejecución y grabación, sino porque nuestro sistema protege de manera distinta y trata diferenciadamente la interpretación o ejecución y la grabación de esa interpretación o ejecución, como ya he adelantado, por lo que la publicación o comunicación al público de una grabación, que por definición lo será de una concreta interpretación o ejecución, hará nacer simultáneamente los derechos de los artistas y el productor sobre esa concreta grabación. No me hacen cambiar de opinión los argumentos que en ocasiones se hacen valer en contra de esta tesis,

defendiendo que las sucesivas interpretaciones o ejecuciones de la misma obra por el mismo artista constituyen un único bien inmaterial. Entre otros, se sostiene que las grabaciones ilícitas de una interpretación o ejecución podrían divulgarse transcurridos 50 años desde la interpretación o ejecución sin poder impedirlo los artistas intérpretes o ejecutantes (por haber expirado sus derechos sobre la interpretación en sí misma) si no se aceptase el argumento de que debe existir una suerte de plazo general para el «bien inmaterial único» consistente en la interpretación o ejecución por un artista de un determinada obra, con una duración de 50 años (ahora 70 para fonogramas) desde la publicación o comunicación lícita de la primera grabación de la interpretación o ejecución «originaria» de ese artista respecto de esa obra, lo cual me parece más una cuestión de política legislativa (cuándo se ha decidido que terminen los derechos sobre una interpretación o ejecución en sí misma; y cuándo se quiere que terminen cuando esa interpretación se graba lícitamente para su divulgación —lo que introduce un mayor riesgo de copia y por tanto de explotación in consentida—) que de valoración jurídica de las normas tal como son. También se argumenta en ocasiones que reconocer un nuevo derecho por cada interpretación de la misma obra dificultaría las relaciones contractuales, porque el mismo artista vería nacer un nuevo derecho con cada nueva interpretación y podría comerciar con él en detrimento del valor económico de los derechos cedidos con anterioridad, lo cual, a mi modo de ver, no deja de ser un problema de defectuosa previsión contractual, puesto que existen mecanismos contractuales para evitar el supuesto problema.

Un ejemplo resume de manera sencilla ambas situaciones: en 2009, Paul McCartney dio un gran concierto en Nueva York como inauguración del estadio *Citi Field*. En ese concierto interpretó temas de The Beatles que, evidentemente, lleva interpretando muchos años. El sello *Hear Music* grabó y publicó el concierto tanto en formato DVD (grabación audiovisual) como CD (exclusivamente sonoro, fonograma) bajo el título *Good evening New York City*. Son un éxito de ventas. Lo que defiende en los dos párrafos anteriores, es que McCartney, como intérprete, gozará de protección a través de la propiedad intelectual (aplicando en este ejemplo la ley española tras una hipotética trasposición literal de la Directiva 2011/77/UE) durante 50 años desde el concierto respecto de la interpretación en sí misma, 50 años desde la fecha de publicación o comunicación al público de la grabación audiovisual

contenida en el DVD, solo respecto de esa concreta grabación, y 70 años desde la fecha de publicación o comunicación al público del CD, también solo respecto de esa concreta grabación. Y a lo que me opongo es a que, con la ley española en la mano tras esa hipotética trasposición literal de la Directiva 2011/77/UE (y evitando cualquier valoración de oportunidad política o legislativa), se considere que los derechos de McCartney como intérprete de, por ejemplo, *Love me do*, expiraran en 2013 (50 años después de la publicación del disco *Please please me*, en marzo de 1963, en el que se incluye ese tema), así como a que, aceptado que lo que ha de tenerse en cuenta es cada nueva interpretación y no solo la primera fijada y publicada o comunicada al público lícitamente, que sea relevante el hecho de que se publique antes el DVD que el CD, aplicando un plazo general de 50 años desde la publicación si el primero fuera el DVD, y de 70 si fuera el CD.

Algunas de las distorsiones que acabo de mencionar se verían mitigadas en la práctica si el plazo de protección de las grabaciones audiovisuales se ampliara también a 70 años desde los mismos hechos generadores (me refiero a ello solamente desde un punto de vista de técnica jurídica y no político o de oportunidad). La Directiva 2011/77/UE impone a la Comisión la tarea de preparar un informe de evaluación de la posible necesidad de ampliar el plazo de protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores audiovisuales para, si procede, presentar una propuesta para una nueva modificación de la Directiva 2006/116/CE. La Comisión queda emplazada para presentar ese informe al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo a más tardar el 1 de enero de 2012. En la fecha de cierre de este artículo aún no se ha publicado ningún informe de la Comisión a este respecto.

Todo lo dicho hasta el momento es aplicable, *mutatis mutandis*, a los productores de fonogramas. Abonando la tesis de la sincronización que han de tener los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes con los de los productores de fonogramas, la Directiva 2011/77/UE modifica la duración del derecho de estos últimos de forma que el plazo de protección resulta idéntico al de los artistas intérpretes o

ejecutantes grabados: 70 años desde la publicación o comunicación al público lícita del fonograma si esta tiene lugar dentro del período de 50 años desde su grabación, fecha que es, por la propia naturaleza de las cosas, la de la interpretación o ejecución (en el caso de que lo grabado sea la interpretación o ejecución de un artista).

En otro orden de cosas, un pequeño apunte en relación con el *dies a quo* para el cómputo del plazo de protección. Debe advertirse que la Directiva 2011/77/UE mantiene el inicio del plazo de protección (de 50 o 70 años, según corresponda) en la concreta fecha en que tenga lugar el hecho generador, y no lo difiere al 1 de enero del año siguiente, como hace nuestra Ley de Propiedad Intelectual (*cf.* arts. 112 y 119). Esta cuestión, aunque menor, puede generar problemas de armonización comunitaria, claramente contrarios en mi opinión a la voluntad de armonización completa que manifiesta la Directiva 2006/116/CE en su considerando 4, que no ha sido modificado por la Directiva 2011/77/UE, que a efectos armonizadores considera importante fijar no solo los plazos de protección en sí mismos, sino también la fecha a partir de la cual se calcula cada plazo.

Por último, hay que aclarar que las modificaciones derivadas de la Directiva 2011/77/UE solo afectan a la duración de los derechos patrimoniales. La duración indefinida de los derechos morales de paternidad e integridad reconocidos en el artículo 113 de la Ley de Propiedad Intelectual a los artistas intérpretes o ejecutantes no ha de verse alterada en modo alguno por esta modificación, puesto que la materia que es objeto de armonización a través de la Directiva 2011/77/UE es exclusivamente la que se refiere a los derechos patrimoniales. Así resulta del considerando 20 de la Directiva 2006/116/CE, que no ha sido modificado por la Directiva 2011/77/UE.

Habrà que esperar para ver en qué términos traspone el legislador español la Directiva 2011/77/UE, aunque no parece que en los aspectos tratados en este artículo la directiva deje mucho margen de maniobra a los legisladores nacionales. Saldremos de dudas antes del 1 de noviembre de 2012, que es cuando acaba el periodo de trasposición fijado por la Directiva 2011/77/UE.

ÁLVARO BOURKAIB FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA*

* Abogado del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).