

DISC-JOCKEY DE AUTOR

Por Álvaro Díez Alfonso
Abogado Consultor
Instituto de Derecho de Autor

Promotor de Eventos Musicales
3K Sound Community

Fecha de recepción: 19.01.2012
Fecha de aceptación: 20.02.2012

RESUMEN: A pesar del escaso arraigo de la figura del disc-jockey en la tradición musical española, su actividad, además de poder ser protegida a través de los derechos conexos en virtud del artículo 105 TRLPI, cabe la posibilidad de que también pueda gozar de protección por la vía del derecho de autor, en el ámbito de la música electrónica, con base en el artículo 12 TRLPI. El presente estudio también hace referencia a los titulares de los derechos que recaen sobre las obras preexistentes empleadas por los djs; al papel de los artistas intérpretes o ejecutantes en una canción de música electrónica; y a los derechos de los productores de fonogramas, con especial atención a los fonogramas promocionales utilizados por los disc-jockeys.

PALABRAS CLAVE: Disc-jockey, Dj, música electrónica, *beatmatching*, popurrí, sesión, set, disposición original, transformación, pastiche, usos del mercado, derechos morales, publicación de un fonograma.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1. PREÁMBULO. 2. EL MERCADO. II. CONCEPTO DE *BEATMATCHING*. 1. SOPORTES. 2. *MODUS OPERANDI*. III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL *BEATMATCHING*. 1. EL CASO FRANCÉS. 2. EL DJ SET COMO ESPECIE DEL GÉNERO DE LOS POPURRÍS. 3. EL DJ SET COMO COLECCIÓN DE OBRAS ORIGINAL. 1. *Originalidad en la selección*. 2. *Originalidad en la disposición*. 4. EL DJ SET COMO BASE DE DATOS ORIGINAL. 5. CONCLUSIONES. IV. DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL IMPLICADOS EN EL *BEATMATCHING*. 1. DERECHOS DE AUTOR. 1. *Derecho de transformación*. i) Límites. ii) Usos del Mercado. iii) El beneficio del Dj a los autores «afectados». 2. *Derechos morales*. 2. DERECHOS AFINES. 1. *Los artistas intérpretes o ejecutantes en las obras preexistentes*. 2. *Productores de fonogramas*. V. CONCLUSIÓN. VI. BIBLIOGRAFÍA.

TITLE: DISC-JOCKEY RIGHTS.

ABSTRACT: Despite the fact that the profession of Disc-jockey has little tradition in Spanish music, their activities can be protected by the related rights under Article 105 Spanish Copyright Act. It could also have an additional protection under copyright, within the electronic music realm, based on Article 12 Spanish Copyright Act. This study also makes a reference to the holders of the rights attached to pre-existing works used by DJs; to the role of the performers in the electronic music songs; and to the rights of the producers of phonograms, focusing particularly on promotional phonograms used by DJs.

KEY WORDS: Disc-jockey, DJ, electronic music, *beatmatching*, medley, session, set, original arrangement, transformation, pastiche, market uses, moral rights, publication of a phonogram.

CONTENTS: I. INTRODUCTION. 1. INTRODUCTION. 2. THE MARKET. II. CONCEPT OF *BEATMATCHING*. 1. MEDIUMS 2. *MODUS OPERANDI*. III. LEGAL FRAMEWORK FOR *BEATMATCHING*. 1. THE FRENCH CASE. 2. THE DJ SET AS A KIND OF MEDLEY GENRE. 3. THE DJ SET AS AN ORIGINAL COLLECTION OF WORKS. 1. *Original selection*. 2. *Original arrangement*. 4. THE DJ SET AS AN ORIGINAL DATABASE. 5. CONCLUSION. IV. COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS IN CONNECTION WITH THE *BEATMATCHING*. 1. AUTHOR RIGHTS. 1. *Right to transformation*. i) Limitations. ii) Market uses. iii) DJs benefit «affected» authors. 2. *Moral rights*. 2. RELATED RIGHTS. 1. *Performers and pre-existing works*. 2. *Phonograms producers*. V. CONCLUSION. VI. BIBLIOGRAPHY.

I. INTRODUCCIÓN

1. PREÁMBULO

Actualmente en España todos los músicos, ya sean autores, intérpretes o directores de orquesta, ven reconocida su labor creativa o interpretativa en la Ley de Propiedad Intelectual, lo que significa que tienen por Ley, y en la práctica, una protección garantizada de sus obras o interpretaciones. Pero, ¿qué ocurre con los Djs? ¿Por qué en la práctica no se protege su aportación creativa? Por ejemplo, en Francia, la entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual SACEM¹ habilita desde 1997 la recaudación en favor de los disc-jockeys².

¹ Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique.

² En el apartado III.1. se aborda el caso francés.

En primer lugar es necesario definir el concepto de Dj, ya que se trata de un término utilizado con frecuencia de forma muy socorrida por los agentes de la industria del entretenimiento, lo cual puede generar confusión. Para ello, procederé a diferenciar algunos términos relacionados con el sector del disc-jockey con el fin de que se comprenda mejor este artículo: *a) Autor*: Se refiere a la persona que crea una obra o canción original; *b) Remezclador*: Es la persona que crea una versión de una obra preexistente. Esa versión es conocida con el nombre de remezcla o «remix». El remezclador crea una obra derivada, manteniendo las características esenciales de la obra originaria en la que basa su creación³; *c) Disc-jockey (Dj)*: Se trata de la persona que «pincha» las canciones que son creadas por el autor o por el remezclador. ¿Qué significa pinchar? Pinchar hace referencia a la ejecución de canciones⁴ y, si se enfoca esta labor en el ámbito de determinados estilos relacionados con la música electrónica, dicha ejecución podría generar una obra original susceptible de protección por el derecho de autor⁵; *d) Set o sesión*: Conjunto de obras pinchadas por el Dj en una actuación. En el marco de la música electrónica, es común que las obras empleadas por el Dj sean entrelazadas, sin solución de continuidad, tal como se detallará más adelante.

2. EL MERCADO

El disc-jockey se configura como el sujeto articulador de un mercado musical desconocido para gran parte de la sociedad, pero importante en términos económicos. Existen diversos modelos de explotación de un Dj Set, cada uno con sus correspondientes agentes, dando lugar a diferentes cadenas de valor.

³ A este respecto cabe comentar la SAP Madrid (Sección 20 bis) 151/2004, de 12 de Julio, en la que se discute si los arreglos realizados por los demandantes a la canción titulada «Macarena», del grupo musical «Los del Río», constituyen aportaciones creativas originales amparadas por el derecho de autor. La parte demandada alega que se trata de una remezcla y no de un arreglo, por lo que el trabajo realizado por los demandantes no debería ser considerado como original. Como bien aprecia el tribunal en el F5, aunque el fallo final fuese discutible, *lo fundamental no es una cuestión de conceptos, sino una cuestión de límites cualitativos y cuantitativos*. No obstante conviene aclarar que sobre el plano de la música electrónica no se habla de arreglistas, sino de remezcladores.

⁴ A priori, la figura del disc-jockey se encuadra en la definición de artista intérprete o ejecutante del art. 105 TRLPI: *Se entiende por artista intérprete o ejecutante a la persona que represente, cante, lea, recite, interprete o ejecute en cualquier forma una obra*. Se trata de una redacción abierta; según R. SÁNCHEZ ARISTI, *se es artista por interpretar o ejecutar una obra, sea cual sea la forma en que se haga*. Vid. *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coordinador: R. Bercovitz Rodríguez-Cano), 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007 (en adelante, *Comentarios Tecnos*), pág. 1425. No obstante, el presente estudio trata de justificar la consideración como autor del Dj en determinados casos.

⁵ En este sentido, existe una línea doctrinal que defiende la existencia de aportaciones creativas u originales en el marco de una actuación o interpretación. Vid. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Las llamadas cover versions fonográficas y la jurisprudencia penal», en *Homenaje al Profesor Rodríguez Mourullo*, Cívitas, Madrid, 2005, pág. 1889; y también, J. DE TORRES FUEYO, «Opá, ¿ze puede o no imitá?», *Revista jurídica de deporte y entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*, n.º 18, 2006, págs. 611-615.

El Dj Set realizado en directo en un recinto constituye el segmento de mercado con mayor volumen de negocio en el sector de los disc-jockeys en la actualidad. Las discotecas y los festivales de música, especialmente los relacionados con música electrónica, son los emplazamientos más habituales de las sesiones de un Dj. Existe un *target* específico con una demanda de espectáculos vinculados a los disc-jockeys, e incluso a Djs concretos, tal como cualquier *celebrity* de otros estilos musicales. En España, algunas discotecas llegan a alcanzar los 10.000 espectadores de aforo (véase Space, en Ibiza⁶), y algunos festivales pueden llegar a recibir 40.000 visitantes (por ejemplo, Monegros Desert Festival). En ocasiones, los eventos celebrados en estas localizaciones tienen un precio de entrada superior al de los protagonizados por los artistas más populares de estilos musicales que gozan de una mayor repercusión mediática que la música electrónica.

Por otro lado, es una práctica habitual en el mercado de la música electrónica que los productores contraten los servicios de un disc-jockey para que mezcle las canciones incluidas en los recopilatorios que pretenden publicar. Existen consumidores de música electrónica que se ven influidos en sus compras por el hecho de que haya participado un disc-jockey determinado en la elaboración del recopilatorio, es decir, el Dj aporta valor al producto que finalmente es distribuido en el mercado.

También cabe mencionar que, como consecuencia del desarrollo e implantación de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC`s), ha sido posible la comercialización de los contenidos de la industria del entretenimiento a través de plataformas digitales, accesibles a cualquier persona, desde cualquier lugar. Los Dj Sets no han sido ajenos a este cambio tecnológico. Existen plataformas que distribuyen sesiones grabadas por disc-jockeys a través de su puesta a disposición al público en Internet (por ejemplo, Beatport). En ocasiones, son los propios disc-jockeys, integrando la actividad del productor, los que se dirigen directamente a estas plataformas digitales para distribuir sus sesiones, si bien es un hecho característico de los Djs noveles. El productor tradicional también se está empezando a adaptar a la evolución tecnológica, digitalizando los recopilatorios mencionados anteriormente y empleando aplicaciones informáticas propias que habilitan la venta de los Dj Sets a los consumidores directamente, sin necesidad de ningún intermediario.

Aparte de los modelos de explotación mencionados, cabe citar otros modelos de comercialización secundarios de los Djs Set, como son la retransmisión de los mismos por parte de las entidades de radiodifusión, o su distribución junto con la venta de magazines especializados, por ejemplo.

En conclusión, aunque no consista en una actividad arraigada culturalmente en la sociedad, no puede negarse que la labor del disc-jockey abre la puerta a

⁶ Fuente: Clubbing Spain.

un mercado de PYMEs capaces de generar un tejido económico y de creación de empleo relevante para la industria musical.

II. CONCEPTO DE BEATMATCHING

Desde los primeros actos de comunicación pública hasta el día de hoy han surgido diferentes formas de poner música. En la actualidad, las modalidades principales, empleando como criterio el de una mayor creatividad, son el *Beatmatching* (el cual constituye el principal objeto de análisis del presente artículo), el *Scratching* y el *Live*⁷.

El concepto de beatmatching hace referencia a la unión de los *beats* de dos o más canciones diferentes. Dentro de las modalidades mencionadas, el beat-

⁷ Si bien el presente trabajo trata de analizar la actividad de un Dj de beatmatching, me parece pertinente comentar brevemente las técnicas del scratching y del live. Dentro de la escasa jurisprudencia relacionada con disc-jockeys, cuya labor es mencionada generalmente de modo colateral en sentencias que tienen por objeto resolver sobre las reclamaciones relacionadas con derechos de comunicación pública en discotecas realizadas por las entidades de gestión [véanse, por ejemplo, las SSAP Barcelona (Sección 15ª) 7/2009, de 12 de Enero, y 537/2006, de 16 de Noviembre; SAP Granada (Sección 3ª) 409/2008, de 10 de Octubre; SAP Madrid (Sección 28ª) 33/2008, de 7 de Febrero)], cabe citar la SAP Alicante (Sección 8ª) 303/2007, de 26 de Julio, en la cual se entra a valorar la técnica del scratching (la sentencia resolvió sobre el recurso de apelación interpuesto en representación de la promotora de eventos GPE contra la SJMERC Alicante, que declaró la infracción de los derechos de reproducción y comunicación pública de fonogramas en favor de los demandantes en primera instancia, AIE y AGEDI. La representación de GPE negó los actos de comunicación pública basándose en la técnica del scratching empleada por los Djs, a la cual definía en la contestación a la demanda como *un instrumento musical más, que supone hacer ruido con el surco de un fonograma moviéndolo con la mano de adelante hacia atrás, y de atrás hacia adelante*, sin que en modo alguno suene la melodía de dicho fonograma y por tanto pueda interpretarse como acto de comunicación pública. Finalmente, la Audiencia Provincial condenó a GPE por considerar absurda la argumentación de la parte apelante, basándose en lo advertido por el magistrado de instancia: *el fonograma que sirve de base a la técnica mencionada es importante para el resultado final obtenido, y se disimulará más o menos la melodía original, pero se está produciendo un innegable acto de comunicación pública*). Sin embargo, la AP Alicante, por no ser su menester, no se detiene a analizar si el scratching da lugar a una creación susceptible de protección por el derecho de autor: ¿Se trata de una obra original? En este caso es probable que la altura creativa sea aún mayor que en el beatmatching, ya que con un irrisorio fragmento de la obra originaria, como pueda ser un único beat o una pequeña porción de melodía, el resultado obtenido es radicalmente diferente de la obra preexistente utilizada. No obstante, en una sesión de este tipo de Djs, también se suelen hacer sonar fragmentos inalterados de las obras originarias, por lo que puede asimilarse a la actividad de beatmatching (aunque no ocurre así en todas las ocasiones, ya que en las competiciones de scratching, los Djs generalmente impiden durante su actuación que se escuche la obra preexistente como tal. Véase el DMC World Dj Championship, por ejemplo). En relación con el live, se trata de una modalidad de Djing de reciente aparición, derivada de la evolución tecnológica, y que actualmente cuenta con una importante demanda por parte de los promotores de eventos de música electrónica. El mismo consiste en un conglomerado de sonidos y obras, confeccionado a través del empleo de un programa de ordenador (el más popular de estos programas es Ableton Live), y complementariamente con diferentes hardwares, en su caso. Así, las posibilidades creativas del Dj son verdaderamente amplias (mayores que en el beatmatching y en el scratching), ya que goza de una gran variedad de instrumentos, dispositivos y aplicaciones a su alcance.

matching ha sido tradicionalmente la forma más popular de pinchar música por parte de los disc-jockeys, si bien indudablemente dicha situación viene dada por los estilos de música con los que se asocia en la práctica, que son los orientados a la música electrónica, tales como el *techno*, el *house*, el *trance*, etc., los cuales han tenido una mayor repercusión social en comparación con el *hip-hop* por ejemplo, que se acerca más al scratching.

1. SOPORTES

El beatmatching puede efectuarse con diferentes soportes, entre los que cabe destacar el disco de vinilo, el *compact-disc* (cd), o más recientemente los soportes mp3 o mp4, entre otros más minoritarios dentro de los usos de los pinchadiscos.

Cada uno de estos soportes lleva aparejados una serie de dispositivos que permiten tanto la comunicación de los *tracks* como la labor creativa de los djs. Dichos dispositivos son desarrollados de acuerdo con las necesidades de los propios disc-jockeys, dando lugar a un nicho de mercado capaz de generar un relevante volumen de negocio. Algunos de estos dispositivos son, por ejemplo, las mesas de mezclas, platos cdj, cascos, ordenadores, programas de ordenador, platos giradiscos, etc.

2. MODUS OPERANDI

¿Qué hace un Dj de beatmatching? En primer lugar coloca una canción (Canción 1) sobre uno de los platos, y la hace sonar al exterior. Mientras está sonando la Canción 1, el dj pone otra canción (Canción 2) en el otro plato, pero sin hacerla sonar al exterior. Esa Canción 2 la escucha inicialmente sólo el dj a través de los cascos.

Así, el Dj escucha la Canción 1 desde el exterior, y la Canción a través de los cascos. El objetivo radica en poner ambas canciones a la misma velocidad ejercitando el oído, y utilizando una herramienta conocida como *pitch control*, la cual se ubica en los platos.

Una vez se encuentran a la misma velocidad, el dj elige un momento concreto para enlazar la Canción 2 con la Canción 1, escogiendo un beat determinado de cada canción con el fin de unirlos. Cuando las dos canciones han sido enlazadas, el Dj da salida al exterior también a la Canción 2, empleando para ello la mesa de mezclas. De esta manera quedan sonando simultáneamente las dos canciones, es decir, las dos canciones quedan mezcladas.

Después de haber realizado la mezcla, el Dj selecciona otro momento determinado para hacer dejar de sonar la Canción 1. De esta forma, la Canción 2

permanece sonando sola, esperando a ser mezclada del mismo modo con una tercera canción, y así sucesivamente hasta el final del Dj Set.

III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL BEATMATCHING

1. EL CASO FRANCÉS

En Francia se contempla la remuneración de derechos de propiedad intelectual a los disc-jockeys desde el año 1997 por el concepto de mezclas de obras preexistentes creadas por terceros autores.

Si bien no existe ningún precepto legal en la legislación francesa que reconozca de forma expresa dicha remuneración, la sociedad de gestión de derechos de autor SACEM efectúa el reparto de los derechos mencionados en virtud de la *Décision n.º 97-31 du Bureau du Conseil d'Administration du 24 Avril 1997*.

Es decir, en la práctica, en el país galo no sólo no se pone en duda la condición de autor musical del disc-jockey, sino que además se reconoce su labor creativa a través de una remuneración económica en concepto de derechos de autor.

El citado documento se dirige especialmente a los casos de actuaciones en directo en discotecas y *rave-parties*⁸. En particular, la cuantía del reparto se corresponde con un doceavo (1/12) de los derechos percibidos por la SACEM en cada acto de recaudación, correspondiendo los once doceavos (11/12) restantes a los titulares de derechos de las obras utilizadas por el pinchadiscos. Este reparto es condicionado, ya que los disc-jockeys beneficiarios deben entregar a la entidad de gestión mencionada un listado con las canciones que han pinchado en la actuación que origina los derechos de propiedad intelectual⁹. En mi opinión es una solución acertada, ya que se trata también de un modo de incentivar a los disc-jockeys para que presenten ellos mismos una relación de las obras empleadas, quedando un sistema que, si se trasladase a nuestro país, quizá podría generar un ahorro en costes para las entidades de gestión que contratan la elaboración de estudios de mercado sobre el uso de la música en clubs o discotecas, o al menos, realizar un reparto de derechos con fuentes de información probablemente menos sesgadas, garantizando así una mayor transparencia en la canalización de derechos.

Cabe analizar algunas cuestiones relacionadas con la resolución de la SACEM, en lo que a terminología y a estilos musicales se refiere. Respecto de la pala-

⁸ Texto original: *Cette disposition vise notamment le cas des prestations en direct dans les discothèques et lors de raves-parties*.

⁹ El término utilizado para referirse a dicho listado es el de *programme-type*.

bra empleada para designar al disc-jockey, la entidad de gestión francesa habla de *remixeur* (remezclador). Sin embargo, en un plano artístico no es un concepto adecuado, ya que, como se explica en la introducción, el término «remezclador» se utiliza comúnmente para nombrar al sujeto que realiza una versión de una canción original en el ámbito de la música electrónica, entre otros.

En relación con los estilos musicales, la resolución citada está enfocada a los disc-jockeys de música Techno. No obstante, al final de su redacción se establece lo siguiente: *Esta resolución se aplica de la misma manera a todo creador de todo género musical que lleve a cabo el mismo proceso de fusión de sonidos o de músicas preexistentes*¹⁰. Dicho lo cual, la actividad creativa objeto de análisis no afecta exclusivamente a los autores vinculados a la música Techno, sino a cualquier autor y a cualquier género musical, no siendo relevante por tanto la terminología o los tecnicismos, sino el hecho de mezclar música.

2. EL DJ SET COMO ESPECIE DEL GÉNERO DE LOS POPURRÍS

Un popurrí se caracteriza por la inclusión de parte de varias obras y el establecimiento de puentes que permitan una transición idónea entre cada una de ellas. La doctrina mayoritaria reconoce como obra protegida por el derecho de autor a un popurrí¹¹ que sea original o en la selección de las obras preexistentes utilizadas para su elaboración, o en la disposición de dichas obras, en virtud de lo establecido en el art. 12.1 TRLPI¹².

Un Dj Set encaja en el concepto de popurrí, si bien se debe matizar que el grado de originalidad de un popurrí corriente no se corresponde exactamente con el de un Dj Set, ya que la actividad de un disc-jockey de música electrónica ofrece una mayor altura creativa. Ello es así ya que la persona que efectúa el solapamiento de las obras en un popurrí ordinario prescinde de la mezcla, que es el rasgo característico de un Dj Set. Es decir, los puentes establecidos entre las canciones por parte de los disc-jockeys de música electrónica son objeto de una mayor creatividad que los puentes de unión realizados a los efectos de un popurrí corriente¹³.

¹⁰ Texto original: *Cette décision s'applique également à tout créateur et tout genre musical empruntant le même processus d'assemblage de sons ou de musiques préexistants.*

¹¹ Véase, por ejemplo, R. SÁNCHEZ ARISTI, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, 2ª ed., Comares, Granada, 2005, págs. 409 y 410; ó R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios Tecnos*, pág. 200.

¹² Texto Refundido de de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de Abril.

¹³ Esta diferenciación resulta relevante habida cuenta de lo dispuesto en (Sección 15º) 12/2004 de 9 de Enero, en cuyo F5 se apunta que *la consideración del popurrí como obra protegible (caracterizada por la inclusión de parte de varias obras y el establecimiento de puentes que permitan una transición idónea entre cada una de ellas) no es condición que corresponda atribuir en todo caso,*

Quizá podría pensarse en que el término *popurrí* hace referencia a un género, dentro del cual caben diferentes especies, como el Dj Set. Así, si se acepta que los *popurrís* pueden gozar de la protección conferida por el derecho de autor, habría de asumirse *a fortiori* que las sesiones de un disc-jockey pueden encontrar resguardo al amparo del TRLPI como obras, al menos en lo que a la originalidad en la disposición de las canciones se refiere.

3. EL DJ SET COMO COLECCIÓN DE OBRAS ORIGINAL

Defiendo en el presente análisis la idea de que el Dj Set puede configurarse como una colección de obras original, atendiendo a la originalidad tanto en la selección de las obras preexistentes empleadas, como en la disposición de las mismas¹⁴.

No existe una definición de la palabra *colección* en el TRLPI. El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua¹⁵ habla de *conjunto ordenado de cosas, por lo común de una misma clase y reunidas por su especial interés o valor* como una de las acepciones del término. Así, puede entenderse que el Dj Set encaja también en el concepto de colección de obras. La protección conferida por el derecho de autor se extiende a las colecciones de obras en caso de ser originales en la selección de las mismas, o en su disposición, según la redacción del art. 12.1. TRLPI. A continuación se analizan ambos requisitos, no cumulativos, poniéndolos en relación con la actividad del disc-jockey.

1. Originalidad en la selección

Se refiere a que exista un esfuerzo intelectual creativo en el hecho de seleccionar las obras para el Dj Set. La creatividad generada en la selección será mayor o menor, según las diferentes formas de comercialización de un Dj Set. Me detendré en dos de los modelos de explotación más habituales, los cuales se corresponden con la creación de un Dj Set improvisado en directo en un recinto, y con la creación de un Dj Set en un recopilatorio musical.

En relación con la creación de un Dj Set improvisado en directo en un recinto, la selección de las obras es realizada directamente por el disc-jockey, y su

sino sólo a aquellos que por alguna razón la merezcan (subrayado propio). Es oportuno añadir como comentario a dicha sentencia que el objeto del litigio giraba en torno a dos canciones alejadas del ámbito de la música electrónica o de baile, circunstancia sobre la que también se pronuncia el tribunal, afirmando en el F4 que *[en las obras musicales el elemento expresivo básico es el sonido, cuya estructura... junto con la letra, en especial en algunas obras destinadas al baile, permiten la identificación del objeto protegido y deslindar la reproducción de la transformación* (subrayado propio)].

¹⁴ En palabras de R. SÁNCHEZ ARISTI, op. cit., pág. 408, *[... cabe preguntarse si la selección y disposición de los temas que van a ser pinchados durante una sesión en una discoteca, acaso no merecería la consideración de obra de colección. Me parece que no debe excluirse esta posibilidad...]*.

originalidad suele arrojar una mayor altura creativa en comparación con los recopilatorios, ya que incluso puede llegarse a hablar de dos tipos de selección diferentes en el tiempo. Una primera selección vendría dada con antelación a la creación del Dj Set y se correspondería con la constante búsqueda y adquisición de canciones que efectúan los djs en su día a día de trabajo, contemplando criterios artísticos, para después utilizarlos en sus sets. De todas esas canciones, llegado el momento de una actuación determinada, el Dj escoge de forma improvisada los que más se adecuan a la integración o combinación de sus propios gustos, las necesidades del recinto concreto, y el público al cual se dirige el Dj Set, lo cual conforma la mencionada segunda selección de obras.

En cambio, en relación con los recopilatorios mezclados por un dj, la participación del disc-jockey en la selección de las obras es con frecuencia secundaria, correspondiendo dicha actividad a la persona responsable de las labores de A&R (*Artist and Repertoire*) del sello discográfico que produce el recopilatorio. A pesar de ello, razono la originalidad también en este caso, ya que aunque no constituya el uso más habitual del sector, en algunas ocasiones ocurre que el Dj también selecciona las obras de la recopilación, en su totalidad o parcialmente. En este supuesto, habría que estar a cada caso concreto, a cada recopilatorio, porque habrá algunos que sean originales en la selección de las canciones, y otros no. Esto es así porque, por ejemplo, no puede ser tratada legalmente de igual forma la selección de canciones de un recopilatorio que contenga las mejores canciones de Sven Våth¹⁵, que la selección de canciones de un recopilatorio que reproduzca lo mejor de la música Techno de los 90, debido a la diferencia en la amplitud del espectro de selección que existe en uno y otro caso.

2. Originalidad en la disposición

La originalidad de un Dj Set es más notoria en la disposición de las canciones. La disposición se refiere a la forma de ordenar las canciones. Es prudente realizar una remisión al punto II.2. del presente estudio, en el cual se explica el *modus operandi* del Dj, para entender convenientemente el modo en el que mezcla las canciones que conforman el Dj Set.

Inicialmente, el Dj hace sonar al exterior una primera canción, mientras que a través de los cascos escucha una segunda canción. En este acto, el Dj sincroniza la velocidad de ambas canciones utilizando el *pitch control*. Seguidamente, el disc-jockey selecciona un momento determinado en el tiempo, de modo improvisado, para hacer sonar la segunda canción al exterior, quedando por tanto las dos canciones mezcladas y sonando simultáneamente. Es decir, hay una

¹⁵ En adelante, la RAE.

¹⁶ *Cocoon Recordings*, Frankfurt, Alemania.

elección improvisada del momento en el que el Dj decide enlazar ambas canciones, y una mezcla de las mismas que produce que el sonido resultante sea diferente del que genera cada canción sonando de forma separada¹⁷.

En segundo lugar, una vez que las dos canciones se encuentran sonando al mismo tiempo, el disc-jockey goza de una gran variedad de alternativas para profundizar en la mezcla creada. Dichas alternativas vienen dadas por las posibilidades que puedan llegar a ofrecer los dispositivos que utilice en la confección del Dj Set. A modo de ejemplo, cabe citar la mesa de mezclas (*mixer*), la cual dispone de ecualizadores que permiten modificar las frecuencias del sonido de las canciones enlazadas, o de *cross-faders* que habilitan la variación de la intensidad del sonido de cada canción, o de efectos multifuncionales que logran filtrar, distorsionar o reverberar el sonido. También el uso de las aplicaciones de un programa de ordenador, para mezclar obras en soporte mp3 o mp4, abre un amplio abanico de posibilidades. El empleo de estos dispositivos es efectuado igualmente tras un esfuerzo creativo a través de la ejercitación del oído. A continuación, el disc-jockey escoge otro momento determinado, de forma improvisada, en el cual deja de hacer sonar la primera canción, dando por finalizada la mezcla y haciendo sonar únicamente la segunda canción.

El proceso descrito se repite continuamente desde el inicio hasta el final del Dj Set con todas las canciones que lo conforman.

En consecuencia, existen factores concluyentes para considerar como original a la mezcla de las canciones realizada por un disc-jockey, que resulta en definitiva la disposición de las mismas¹⁸.

4. EL DJ SET COMO BASE DE DATOS ORIGINAL

Teniendo en consideración que la normativa española establece una distinción entre colecciones de obras y bases de datos protegidas por el derecho de autor, no es baladí analizar la posibilidad de que un Dj Set pueda ser entendido también como una base de datos en algunos casos, teniendo presente lo establecido en el art. 12.2. TRLPI, cuya redacción es la siguiente: *[...se consideran bases de datos las colecciones de obras, de datos, o de otros elementos independientes*

¹⁷ En este sentido, la SAP Madrid (Sección 28ª) 86/2010, de 5 de Abril, en su F3, establece en el marco de un litigio relacionado con obras derivadas musicales que *la nota de originalidad concurriría entonces cuando la forma elegida por el creador incorporase una cierta especificidad tal que permitiese considerarla una realidad singular o diferente por la impresión que produce en el destinatario, lo que, por un lado, ha de llevar a distinguirla de las análogas o parecidas y, por otro, le atribuye una cierta apariencia de peculiaridad.*

¹⁸ En relación con esta cuestión, debe recordarse que el Tribunal Supremo reconoce la originalidad de las llamadas obras menores, en la línea de la doctrina alemana, la cual designa a las mismas como *kleine münze* («moneda pequeña» o «calderilla»). Vid. STS 524/2004, de 24 de junio.

*dispuestos de manera sistemática o metódica y accesibles individualmente por medios electrónicos o de otra forma*¹⁹.

Esta definición de base de datos fue analizada en la STJCE 2004/318 de 9 de Noviembre, de cuyo párrafo 32 se desprende que el término *se refiere a toda recopilación que incluya obras, datos u otros elementos, separables unos de otros sin que el valor de su contenido resulte afectado, y que esté dotada de un método o sistema, sea de la naturaleza que sea, que permita localizar cada uno de sus elementos constitutivos*.

Por tanto, a priori parece que es posible la consideración de un Dj Set como base de datos, al menos en lo que a un recopilatorio se refiere, debido a que la práctica generalizada del mercado discográfico de música electrónica es separar las canciones en el medio de la mezcla, de tal modo que un usuario puede escuchar la pista número 7 sin tener que escuchar necesariamente las 6 anteriores²⁰.

Debe apuntarse en este contexto que en base al considerando 19 de la Directiva 96/9/CE, *normalmente la compilación de varias fijaciones de ejecuciones musicales en un CD no forma parte del ámbito de aplicación de la Directiva porque, como compilación, no reúne las condiciones para su protección por el derecho de autor* (sin perjuicio de que sí las reúna como colección). Así, el adverbio *normalmente* deja la puerta abierta a la protección como bases de datos de algunos recopilatorios²¹, en la que podrían encajar los que son mezclados por un Dj, teniendo en cuenta la originalidad en la selección o en la disposición analizada anteriormente.

En cambio, no sería posible que una sesión en una sala pudiese ser tratada de la misma forma, y con mayor razón tras lo dispuesto en el párrafo 30 de la citada sentencia, donde se contempla el requisito de que la recopilación debe figurar en un soporte fijo para poder entrar en la definición de base de datos (lo cual puede incluso generar una nueva discusión doctrinal, pero que no es objeto del presente análisis).

¹⁹ Esta definición es resultado de la transposición literal que efectúa el legislador español del art. 1.2 de 96/9/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo, sobre la protección jurídica de las bases de datos. Debe también matizarse que, en virtud del considerando 17 de dicha Directiva, *el término «base de datos» debe abarcar las recopilaciones de obras, sean literarias, artísticas, musicales o de otro tipo...* En relación con esta cuestión, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO afirma que los fonogramas en los que son fijadas varias ejecuciones musicales *se subsumen en la definición de bases de datos que asume nuestra LPI*. Vid. *Comentarios Tecnos*, pág. 204.

²⁰ Algunos ejemplos de este tipo de recopilatorios son *Parade of the athletes*, publicado en Black Hole Recordings, y mezclado por Dj Tiësto (como curiosidad, cabe apuntar que dicho recopilatorio fue presentado en la ceremonia inaugural de los Juegos Olímpicos de Atenas de 2004); o *F*** Me I'm Famous: Paris, London, Ibiza, Miami*, publicado en Ministry of Sound, y mezclado por David Guetta.

²¹ En relación con esta cuestión, véase G. MINERO ALEJANDRE, *Regulación europea de la protección de las bases de datos*, Universidad Autónoma de Madrid, 2010, pág. 21.

Por último, en relación con las bases de datos musicales, cabe mencionar que la Audiencia Provincial de Madrid ha dado por sentado que una base de datos de *ringtones* constituye una creación original en virtud del art. 12 TRLPI *por la forma de selección o disposición de los concretos contenidos alojados en ella*²².

5. CONCLUSIONES

A la luz de las reflexiones expuestas, existen motivos razonables para plantear las siguientes conclusiones: a) La mezcla es una obra derivada fruto del solapamiento de dos obras preexistentes; b) El Dj Set es una colección de obras derivadas (las mezclas) y de obras originarias parciales (los fragmentos que quedan fuera de la mezcla sonando sin ser solapados con otra canción); c) En ocasiones, el Dj Set puede ser considerado como una base de datos; d) Tanto si se trata de una colección de obras, como si se trata de una base de datos, ambas son originales.

IV. DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL IMPLICADOS EN EL *BEATMATCHING*

1. DERECHOS DE AUTOR

Como consecuencia de lo apuntado en el epígrafe anterior, es oportuno pensar que la actividad del Dj hace entrar en juego a los diferentes tipos de derechos patrimoniales exclusivos de autor reconocidos en el TRLPI; es decir, derecho de reproducción (art. 18 TRLPI), derecho de distribución (art. 19 TRLPI), derecho de comunicación pública (art. 20 TRLPI), y derecho de transformación (art. 21 TRLPI). Si bien los tres primeros no generan mayor problema de análisis (siendo necesaria la autorización de los titulares de derechos sobre las obras preexistentes para que un disc-jockey pueda llevar a cabo las acciones relativas a dichos preceptos), el derecho de transformación merece ser comentado en detalle. Por otra parte, también se hace referencia en este apartado a los derechos morales de los autores cuyas obras son empleadas por un Dj en una sesión.

1. Derecho de transformación

El art. 11 TRLPI se refiere a las obras derivadas, y menciona expresamente a los compendios en el número 3 del listado abierto que ofrece de dichas obras. Este tipo de obras derivadas guarda una estrecha relación con el art. 12 TRLPI analizado previamente, por lo que, tanto si se entiende que el Dj Set es una

²² Vid. SAP Madrid (Sección 28ª) 86/2010, de 5 de abril, F3.

colección, como si se entiende que es una base de datos, es oportuno pensar que se trata también de una obra derivada²³.

El art. 21.2 TRLPI, relativo al derecho de transformación, hace referencia a la necesidad de que el autor de la obra derivada cuente con la autorización del autor de la obra originaria o preexistente para poder explotar la correspondiente obra derivada.

Así, en virtud de las conclusiones obtenidas anteriormente, dicha autorización también afectaría al Dj, pero es algo que está lejos de la realidad de los usos del mercado de la música electrónica, donde la tranquilidad en este sentido es una constante, y donde los autores de las canciones permiten que sus obras sean mezcladas por los Djs, dejando hacer. Con el fin de argumentar la postura de los disc-jockeys, a continuación se analiza la posibilidad de que los mismos no requieran de la autorización de los titulares del derecho de transformación de las obras empleadas en un Dj Set.

i) Límites

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, establece, entre otras cuestiones, las excepciones y limitaciones a los derechos de autor que los Estados miembros de la Unión Europea pueden incorporar a sus legislaciones internas.

El art. 5.3.k) de dicha Directiva indica que es posible introducir un límite al derecho de autor *cuando el uso [de la obra] se realice a efectos de caricatura, parodia o pastiche*.

¿Qué es el pastiche? Según el Diccionario de la RAE, la palabra pastiche procede del francés (*pastiche*), y significa *imitación o plagio que consiste en tomar determinados elementos característicos de la obra de un artista y combinarlos, de forma que den la impresión de ser una creación independiente*. Esta definición es susceptible de encajar en la actividad del disc-jockey²⁴.

²³ Por ejemplo, J. M. RODRÍGUEZ TAPIA encuentra también una relación entre los arts. 11 y 12 LPI, considerando a las colecciones de obras ajenas como obras derivadas. Véase *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (director: J.M. Rodríguez Tapia), 2ª ed., Cívitas, 2009 (en adelante, *Comentarios Cívitas*), pág. 134.

²⁴ En consonancia con la definición de la RAE, D.M. RANDEL, prestigioso crítico musical, comienza definiendo el pastiche de la siguiente forma: [*Any work assembled from bits of other works...*], en *The Harvard Dictionary of Music*, Harvard University Press, Fourth Edition, 2003, pág. 638.

El TRLPI, dentro de los límites que contempla al derecho de autor, no establece el pastiche de manera expresa, pero sí está reconocido el límite de la parodia en el art. 39 de dicho texto legal. El límite de la parodia, en la citada Directiva, queda situado en el mismo plano que la caricatura y el pastiche. Lo mismo ocurre en el Código de Propiedad Intelectual francés, en el que a pesar de incorporar expresamente los tres términos (caricatura, parodia y pastiche) en su precepto L. 122-5, 4º, la doctrina coincide en englobar a todos ellos bajo el concepto de parodia, entendiéndolos jurídicamente como sinónimos, como afirman M. Sol Muntañola, B. Ribera Blanes o C. López Sánchez²⁵.

Por otra parte, también puede plantearse que el empleo de las obras efectuado por los disc-jockeys podría quedar amparado por el límite de la cita, previsto expresamente en el art. 32.1 TRLPI, el cual admite la posibilidad de utilizar fragmentos de obras de terceros de naturaleza sonora, entre otras. Si bien el precepto indicado establece una serie de condiciones para que efectivamente pueda caber el límite al derecho de autor, parece que sobre el plano judicial no siempre se ha llevado a cabo una interpretación restrictiva del mismo²⁶, en aras de mantener un equilibrio entre los intereses de los titulares de derechos y los intereses de los usuarios²⁷, quizá con el objetivo de evitar un abuso del derecho o un ejercicio antisocial del mismo (conductas no amparadas por la ley según el art. 7.2 Código Civil).

A mi juicio, estas reflexiones, unidas a la ausencia de conflictos entre disc-jockeys de música electrónica y autores de dicho género por el concepto analizado, no hacen sino resquebrar el muro de contención que conforma el listado *numerus clausus* del capítulo II del título III del TRLPI, relativo a los límites al derecho de autor²⁸.

²⁵ M. SOL MUNTAÑOLA, *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005. págs. 195 y 196; B. RIBERA BLANES, *El derecho de reproducción en la propiedad intelectual*, Dykinson, Madrid, 2002, pág. 77; C. LÓPEZ SÁNCHEZ, *La transformación de la obra intelectual*, Dykinson, Madrid, 2008, págs. 104 y 105. En este contexto cabe aludir a G. BERCOVITZ ÁLVAREZ, quien de una forma tímida pero interesante deja abierta la puerta del art. 39 TRLPI, al analizar la parodia bajo el título de «Caricatura» en *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 419.

²⁶ Vid. SAP Barcelona de 31 de Octubre de 2002, o SSAP Madrid de 23 de Diciembre de 2003 y de 26 de Febrero de 2007.

²⁷ En relación con este asunto, J.J. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, a través de P.B. HUGENHOLTZ afirma que *si los límites al Derecho de autor son instrumentos para lograr una situación de equilibrio e ignorando este objetivo los interpretamos de forma restrictiva, la balanza continuará estando descompensada*. Vid. *La copia privada*, Comares, Granada, 2008, pág. 106.

²⁸ Esta discusión adquiere aún más relevancia tras la SAP Barcelona (Sección 15ª), de 17 de Septiembre de 2008, donde se establece en su F4 que el seguimiento del listado cerrado de límites *admite algunas matizaciones* indicando que existen conductas que *carecen de entidad suficiente como para considerarlas infractoras de los derechos de autor*. Acudiendo a la jurisprudencia comparada, se pueden encontrar otros fallos que, bien en sus motivaciones no se han recogido interpretaciones restrictivas del listado cerrado de límites, o bien han sido razonados a través del empleo de otros textos legales diferentes de la normativa especial de propiedad intelectual con el

ii) Usos del mercado

Tal como se indicaba anteriormente, la solicitud de autorización por parte de un Dj para proceder a la mezcla de obras preexistentes, queda lejos de los usos del mercado.

El solapamiento de canciones realizado por el disc-jockey de música electrónica, además de ser comúnmente aceptado por el gremio de creadores de obras vinculadas a esta parcela musical, constituye una de las actividades clave en la confección de una sesión de música electrónica. Es decir, la mezcla, tanto sobre el plano técnico como artístico, se corresponde con uno de los elementos fundamentales de una sesión de este género musical.

Como consecuencia, podría pensarse en la existencia de un recorte del mercado al derecho de transformación. Este efecto de lima no sólo se produce en este nicho del mercado musical. Por ejemplo, véase un programa de radio en el que el locutor habla al mismo tiempo que suena una canción, o que directamente corta la canción antes de que llegue a su fin, las cuales se conforman como prácticas habituales del mercado radiofónico. Otro ejemplo, esta vez en el ámbito audiovisual, es la introducción de anuncios publicitarios durante la comunicación pública de una película por parte de una cadena de televisión²⁹.

objeto de evitar una resolución fundamentada en una interpretación restrictiva de la relación de límites *numerus clausus*, como por ejemplo, los correspondientes a los casos: a) *Dior v. Evora*, resuelto por la Corte Suprema de Holanda, el 20 de Octubre de 1995, y que incluso inspiró al Ministerio de Justicia holandés para proponer en 1998 la adopción de una normativa «abierta» en materia de derecho de autor, según lo apuntado por P. B. HUGENHOLTZ y M.R.F. SENFTLEBEN (vid. *Fair use in Europe, In search of flexibilities*; Instituut voor Informatie, Vrije Universiteit; Amsterdam; 2011; págs. 10 y 11); b) *Germania 3*, resuelto por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, el 29 de Junio de 2000; c) *Scientology/Spaink*, resuelto por la Corte de Apelación de La Haya, el 4 de Septiembre de 2003; d) *Google Germany thumbnails*, resuelto por la Corte Suprema Federal de Alemania, el 29 de Abril de 2010; e) *Saif v. Google France*, resuelto por la Corte de Apelación de París, el 26 de Enero de 2011. Cabe mencionar al respecto que R. ANTEQUERA PARILLI reconoce la existencia de *situaciones límite* en las que, aunque la ley no prevea expresamente una excepción al derecho de autor, el uso de las obras protegidas puede ser lícito (vid. *Estudios de derecho de autor y derechos afines*, Reus, Madrid, 2007, pág. 186). Dentro de este contexto, P.B. HUGENHOLTZ y M.R.F. SENFTLEBEN afirman lo siguiente: *While the general limits of copyright define the subject matter, scope of protection and duration of the exclusive rights, the statutory limitations (or 'limitations and exceptions' as they are often called) accommodate more specifically a variety of cultural, social, informational, economic and political needs and purposes. Flexibilities may be found in all elements of this structure* (vid. *Op. cit.*; pág. 6).

²⁹ Llegado a este punto, quizá quepa aludir a la técnica del *sampling*, basada en el empleo de fragmentos de terceras obras para componer una determinada obra. El motivo por el cual no se ha tratado el *sampling* hasta ahora, no es sino diferenciar claramente ambas actividades (*djing* y *sampling*), y no generar confusión en el lector. Mientras que en el ámbito del *djing* la utilización de las obras viene dada por los disc-jockeys, el *sampling* es una técnica empleada generalmente por los autores de obras propiamente dichos, siendo por tanto diferentes los mercados en los que se explotan una y otra actividad. En la práctica, no suele solicitarse autorización por parte de los djs para utilizar obras preexistentes, pero sí es más común que esto ocurra en el campo de los *samplers*, sin que ello signifique que los *samples* deban constituir necesariamente infracciones de

iii) El beneficio del Dj a los autores «afectados»

La actividad del Dj ofrece varias ventajas a los autores de las obras por él utilizadas. En primer lugar, cabe citar las consecuencias promocionales que tienen lugar sobre dichas obras. Los Djs periódicamente suelen mencionar en *charts* las obras que pinchan, en los que cada uno muestra la selección de las mejores obras del momento según su criterio, fomentando así su comercialización.

Por otra parte, la explotación de las obras por parte de un Dj lleva aparejada una remuneración directa al autor de las obras preexistentes como consecuencia de su reproducción, comunicación pública, o distribución, según el modelo de explotación de que se trate. Esas licencias suponen una fuente de ingresos económicos para los autores de las obras empleadas. Quizá podría pensarse que se trata de una compensación suficiente para los autores «afectados» por el hecho de permitir que sus obras sean mezcladas por los Djs. En cambio, otras disciplinas no son tan «generosas», como la parodia mencionada anteriormente, donde su autor, a pesar de las discusiones doctrinales relativas a una posible remuneración en favor del autor de la obra parodiada, no efectúa ningún pago por la utilización de la obra originaria, ni siquiera por la explotación de los fragmentos originarios e inalterados que pueda incluir en su obra, como sí ocurre en el caso del Dj.

2. Derechos morales

Los derechos morales de los autores de las obras preexistentes empleadas en un Dj Set también deben ser tenidos en consideración. Dentro de los derechos contemplados en el art. 14 TRLPI, probablemente los más conflictivos en el presente trabajo sean los correspondientes a la paternidad (art. 14.3), y a la integridad (art. 14.4) de la obra.

derechos de propiedad intelectual. En mi opinión, debe atenderse fundamentalmente al aspecto cualitativo del fragmento *sampleado* (si se trata o no de una parte sustancial de la obra de la cual procede), y al aspecto cuantitativo (la duración del fragmento *sampleado*), entre otros, en la línea de lo sostenido por R. SÁNCHEZ ARISTI (vid. *Op. cit.*, págs. 401-404), L. BENTLEY y B. SHERMAN (vid. *Cultures of copying: digital sampling and copyright law*, Ent. LR, 1992/5, pág. 159), o G. ALBRIGHT (vid. *Digital sound sampling and the Copyright Act of 1976: are isolated sounds protected?*, Copyright Law Symposium (ASCAP), n° 38, 1992, pág. 80. También cabe añadir a este respecto que, en relación con los plagios de obras musicales, la AP Barcelona (Sección 15ª), en su sentencia de 21 de junio de 2011, toma como parámetro para la motivación del fallo la sustancialidad del fragmento objeto de la controversia, en el caso *Me gustas tú* (vid. F9), siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, derivada de la STS 1204/2008, de 18 de Diciembre. La jurisprudencia extranjera también ha seguido el criterio de la sustancialidad en diferentes casos; véase, por ejemplo, la sentencia de 21 de Mayo de 2002 de la Corte del Distrito Central de California, en el caso *Beastie Boys*. No obstante, reitero, los usos del mercado del *dj-ing* y del *sampling* son diferentes, por enmarcarse en mercados distintos.

En relación con el derecho a la paternidad, resulta muy complicado que sea respetado en algunos casos, como en un Dj Set realizado en directo en un recinto, donde por razones de índole técnico-comercial carece de lógica, por ejemplo, que el Dj mencione a través de un micrófono cada una de las canciones que va pinchando, así como la identidad de los autores de esas canciones, como si de un programa de radio se tratase. Cabe mencionar a este respecto la STS 1165/1998 de 15 de Diciembre, donde se concluye que no existe vulneración del derecho a la paternidad del autor por la inviabilidad técnica que supone su reconocimiento.

Respecto del derecho a la integridad, su posible infracción debería justificarse por una deformación, modificación, alteración o atentado contra la obra que cause un perjuicio a los intereses legítimos del autor de la obra preexistente, o un menoscabo a su reputación. Es decir, no toda deformación, modificación o alteración supone una vulneración de este derecho. Según P. Cámara Águila, el perjuicio moral debe venir dado por *modificaciones o alteraciones sustanciales*, entendiendo que es sustancial aquella modificación que *es susceptible de transmitir un sentido diferente al que el autor buscaba en la obra*³⁰. En este punto debe tenerse en cuenta que no será lo mismo la naturaleza de una obra de música electrónica, la cual es concebida para sonar junto a otras canciones de su mismo género en un Dj Set, que una obra de otro estilo musical, la cual, si es mezclada en un set de música electrónica, puede sufrir una alteración de mayor calado³¹. Asimismo, en cuanto a la lesión de los intereses legítimos o menoscabo de la reputación del autor de la obra preexistente, es necesario atender a cada caso en concreto, ya que se trata de una cuestión eminentemente probatoria³².

2. DERECHOS AFINES

Resulta pertinente abordar las consecuencias que tienen la música electrónica y la actividad del disc-jockey sobre los titulares de derechos conexos o afines. Así, a los efectos del presente artículo, habrá que diferenciar, por un lado, a los artistas intérpretes o ejecutantes y, por otro, a los productores de fonogramas.

³⁰ P. CÁMARA ÁGUILA, *Manual de Propiedad Intelectual* (coordinador: Rodrigo Bercovitz), 4ª ed., Tirant lo Blanch, 2009, pág. 109.

³¹ En este sentido, la mencionada STS 1165/1998, de 15 de Diciembre, establece en su F4 que para que exista una infracción del derecho a la integridad de la obra, *es menester que sea alterada la concepción artística que tuvo el autor*. También resulta de interés a este respecto la STS de 3 de Junio de 1991, en la que se reconoció la existencia de la infracción del art. 14.4, ya que la modificación de la obra objeto de la controversia *causó una grave lesión espiritual a su autor* (vid. F4).

³² Cabe añadir que la STS 683/2008, de 17 de Julio, relativa al caso *Maite*, establece en su F11 que *no atenta contra los derechos morales del autor cualquier modificación de la obra, sino sólo aquellas que supongan perjuicios a sus legítimos intereses o menoscabo de su reputación*.

1. Los artistas intérpretes o ejecutantes en las obras preexistentes

Los artistas intérpretes o ejecutantes tienen reconocidos sus derechos de explotación en los arts. 106 y ss TRLPI.

No obstante, es una cuestión interesante analizar si las canciones creadas a través de un ordenador, como es el caso de la música electrónica, siempre dan lugar a la existencia de artistas intérpretes o ejecutantes. Es obvio que si se trata de una canción vocal, el cantante correspondiente es considerado como artista intérprete. O si participa un pianista o guitarrista actuando con un piano o guitarra reales, también nos encontramos ante un artista intérprete. Pero, ¿qué ocurre, por ejemplo, con aquellas canciones de música electrónica que únicamente están compuestas por sonidos generados y/u ordenados a través de un programa de ordenador, sin contar con un componente vocal o un instrumento real en su elaboración? Con carácter general, la creación de música electrónica se nutre de sonidos diseñados por el propio autor de la canción, y de la utilización de librerías de sonidos³³, que posteriormente son reordenados en los diferentes compases de una canción³⁴.

Cabe preguntarse entonces si el mero hecho de pulsar teclas o botones para crear sonidos o para ordenar sonidos preexistentes también da lugar a la consideración de artista intérprete o ejecutante, o si por el contrario únicamente estaríamos ante la figura de un autor³⁵.

Resulta un tema no carente de interés, habida cuenta de la controversia acaecida entre Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España³⁶, y la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales³⁷, por el reparto de derechos de comunicación pública originados por las explotaciones de fonogramas publicados con

³³ Compilaciones de sonidos de diversa tipología (cuerda, viento, percusión) que pueden ser elaboradas por el autor de las canciones, o fabricadas y comercializadas por otros terceros diferentes del autor.

³⁴ Las etapas en la creación de una canción de música electrónica podrían estructurarse de la siguiente forma: a) *Aprovisionamiento de sonidos*, tanto de propia creación del autor, como de terceros; b) *Composición*: Ordenación de los sonidos en los diferentes compases de la canción, para que interactúen a través del tiempo; c) *Mezcla*: No debe confundirse con la mezcla realizada por el disc-jockey en un set. Se trata de dotar de coherencia a la composición realizada previamente, equilibrando amplitudes, volúmenes o frecuencias; d) *Regrabación de la mezcla* (también conocida como masterización): Ajuste detallado de todos los sonidos, que da lugar al punto de máximo volumen de la canción, garantizando las condiciones idóneas para que pueda ser explotada en el mayor número de dispositivos y recintos posible.

³⁵ R. DE ROMÁN PÉREZ, *a contrario*, también hace referencia a esta cuestión al decir que *excepto en el caso de las obras musicales creadas sobre un soporte electrónico, prácticamente el resto de la música no puede llegar al público sin la intervención de un intérprete*. Véase *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, Reus, Madrid, 2003, pág. 89.

³⁶ En adelante, AIE.

³⁷ En adelante, AGEDI. Cabe apuntar que, aparte de AGEDI, fueron partes codemandadas las entidades Guinda, S.A. y Larra y Barceló, S.L.

finés comerciales efectuadas por la discoteca Pachá, donde AIE reclamaba a las partes codemandadas el pago de una parte de los derechos mencionados, en virtud de lo establecido en los artículos 108.2 y 116.2 TRLPI (relativos a la remuneración equitativa y única de artistas y productores de fonogramas)³⁸. En la contestación a la demanda, las alegaciones, entre otras cuestiones, hacían referencia a la falta de alcance del repertorio de AIE. Sin embargo, el tribunal se limitó a desestimar dichas alegaciones con fundamento en el art. 157.4 TRLPI (relativo a la obligación genérica de las entidades de gestión de hacer efectivos los derechos a una remuneración equitativa correspondientes a los distintos supuestos previstos en el TRLPI). Quizá podría haberse profundizado en la argumentación de la falta de alcance del repertorio de AIE en la línea de lo planteado en el presente apartado.

Por otra parte, en relación con el derecho de transformación, el mismo no queda reconocido a los artistas intérpretes o ejecutantes en el TRLPI, por lo que el Dj podría mezclar fonogramas que contengan interpretaciones sin necesidad de acudir al razonamiento relativo a los autores expresado anteriormente.

Por último, en cuanto a los derechos morales reconocidos en el art. 113 TRLPI a los artistas intérpretes o ejecutantes, cabría remitirse a lo ya indicado anteriormente en el caso de los autores de las obras preexistentes empleadas por un Dj, con un matiz respecto de su derecho a la paternidad. Así, si antes se explicaba que por razones de carácter técnico-comercial no siempre podía ser respetado el derecho de paternidad de los autores, la redacción del TRLPI incorpora expresamente esta cuestión en el ámbito de los artistas intérpretes o ejecutantes, a través del apartado 1 de dicho art. 113, al decir que dejan de gozar del derecho al reconocimiento de su nombre sobre sus interpretaciones o ejecuciones cuando la omisión venga dictada por la manera de utilizarlas³⁹.

2. Productores de fonogramas

Los derechos de los productores de fonogramas se recogen en los arts. 115 y ss. TRLPI. Es decir, el productor goza de los derechos a la reproducción de sus fonogramas (art. 115 TRLPI), a la comunicación pública de sus fonogramas y de las reproducciones de los mismos (art. 116 TRLPI), y a la distribución de sus fonogramas y de las copias de éstos (art. 117 TRLPI).

Así, al igual que en el caso de los artistas intérpretes o ejecutantes, tampoco tienen reconocido en la ley el derecho de transformación. Además, los productores de fonogramas no disfrutaban de derechos morales.

³⁸ Vid. SAP Madrid (Sección 18ª) 1866/2003, de 1 de Octubre.

³⁹ Según P. CÁMARA ÁGUILA, *la norma introduce un elemento que sirve para flexibilizar el ejercicio del derecho a la paternidad del artista, como es el medio en que la explotación de la aportación tiene lugar*. Véase *Comentarios Tecnos*, pág. 1520.

Es frecuente, por las necesidades de promoción de las novedades en el repertorio de los productores, que los mismos hagan llegar a diferentes profesionales del sector, entre los que se encuentran los Djs, una copia promocional de un fonograma, con carácter previo a su lanzamiento al público destinatario final de la obra. Este tipo de fonogramas también son conocidos como *promos*. Las mismas son utilizadas habitualmente por los Djs en sus actuaciones en una sala; también son empleadas, por ejemplo, por las emisoras de radio para proceder a su comunicación pública.

A los efectos de gestión, ¿podría una sociedad de gestión de derechos de productores de fonogramas recaudar por la explotación de las *promos*? Para responder a esta pregunta, habría que entrar a analizar si nos encontramos ante un fonograma publicado con fines comerciales, en el sentido del art. 116.2 TRLPI.

El art. 15.4) del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas⁴⁰ especifica que *los fonogramas, puestos a disposición del público, ya sea por hilo o por medios inalámbricos de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija, serán considerados como si se hubiesen publicado con fines comerciales*. Por tanto, si la divulgación de la *promo* tiene lugar, por ejemplo, a través de una intranet, podría hablarse de fonograma publicado con fines comerciales. No obstante, la cuestión merece ser analizada en otros escenarios diferentes de la puesta a disposición.

Respecto de la publicación, en términos de derecho de autor, parece que la divulgación de una *promo* entre los Djs no daría lugar a la publicación de la obra contenida en el fonograma⁴¹. Pero, ¿podría hablarse de publicación del fonograma? A pesar de que el TRLPI hace mención expresa del concepto de publicación en el art. 4, no ofrece una definición del mismo en el ámbito de los derechos afines o conexos. Cabe añadir que dicho art. 4 no es un precepto de los enumerados en el art. 132 TRLPI, relativo a las disposiciones del Libro I TRLPI de aplicación subsidiaria a los otros derechos de propiedad intelectual regulados en el Libro II TRLPI⁴².

Sin embargo, el TOIEF sí habla de publicación en su art. 2º.e), y concretamente dice qué se entiende por publicación de un fonograma: *A los fines del presente*

⁴⁰ Conferencia Diplomática sobre ciertas cuestiones de derecho de autor y derechos conexos, hecha en Ginebra del 2 al 20 de diciembre de 1996, e Instrumento de Ratificación de 14 de diciembre de 2009. En adelante, TOIEF.

⁴¹ Aunque nuestro art. 4 TRLPI ofrece una redacción abstracta, la doctrina mayoritaria sostiene la postura de F. RIVERO HERNÁNDEZ, quien dice que para que pueda hablarse de la publicación de una obra, es *importante, imprescindible, que llegue al público en general, como destinatario verdadero*. Véase, *Comentarios Tecnos*, pág. 89.

⁴² Cabe apuntar que J.M. VENTURA VENTURA afirma que el art. 4 TRLPI es una norma de integración. Vid. *Comentarios Cívitas*, pág. 89.

Tratado, se entenderá por publicación de un fonograma, la oferta al público del fonograma con el consentimiento del titular del derecho y siempre que los ejemplares se ofrezcan al público en cantidad suficiente. Es interesante advertir que el TOIEF habla de «oferta al público», y no de «puesta a disposición del público», como hacen el art. 4 TRLPI, o el art. 3º.3 Convenio de Berna (ambos relativos a la publicación de obras), o incluso el art. 3º.d) Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas, y los Organismos de Radiodifusión⁴³ (de carácter especial, relativo a la publicación de fonogramas, como el TOIEF, aunque anterior a éste). Además, se dice que debe existir «consentimiento del titular del derecho», lo cual difiere del «consentimiento del autor» manifestado en el art. 4 TRLPI y en el art. 3º.3 Convenio de Berna. Una vez localizada la definición de publicación de un fonograma, deberá razonarse si el hecho de que un productor divulgue entre los Djs una *promo* fuera de los casos amparados por el art. 15.4) TOIEF, encaja en dicha definición, para lo cual se analizará si hay a) una oferta (de un fonograma), b) al público, c) con el consentimiento del titular del derecho, d) en cantidad suficiente de ejemplares.

a) Oferta (de un fonograma): La doctrina mayoritaria define la oferta como una declaración de voluntad recepticia. Según G. Bercovitz Álvarez⁴⁴, debe existir una intención inequívoca y definitiva de obligarse; la oferta debe contener todos los elementos esenciales del negocio, y basta con que el aceptante asienta para perfeccionar el contrato; además, debe ser perceptible por el destinatario.

b) Al público: Habida cuenta de la diferenciación normativa existente entre la publicación de una obra y la publicación de un fonograma, quizá podría hacerse una distinción entre el público de una obra y el público de un fonograma, especialmente de un fonograma promocional. Mientras que una obra, por su naturaleza y finalidad, está destinada a un público generalista, una *promo* está destinada a otro público diferente, que son las personas que desempeñan las labores de promoción fonográfica. Por ello, podría interpretarse que basta con la divulgación del fonograma a los Djs, entre otros agentes promocionales, con carácter previo al lanzamiento de la obra al público generalista, para entender que existe una oferta al público.

c) Con el consentimiento del titular del derecho: Nada se especifica sobre cómo ha de producirse el consentimiento, por lo que sería válido tanto el consentimiento expreso, como el tácito, mientras no esté viciado como consecuencia de error, dolo, intimidación o violencia.

⁴³ Hecha en Roma el 26 de octubre de 1961, e Instrumento de Ratificación de 2 de agosto de 1991. En adelante, Convención de Roma.

⁴⁴ Véase *Comentarios al Código Civil* (coordinador: R. Bercovitz Rodríguez-Cano), 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 1492.

d) En cantidad suficiente de ejemplares: A este respecto cabe apuntar que el público de un fonograma promocional es más reducido que el público de una obra. Se trata de una redacción abierta, por lo que debería atenderse al número de agentes representativos de cada parcela musical concreta.

En relación con el requisito de finalidad comercial que debe acompañar al concepto de fonograma publicado para posibilitar la gestión de la remuneración prevista en el art. 116.2 TRLPI, cabe decir que este tipo de acciones promocionales forman parte de las estrategias de comercialización o marketing de los productores fonográficos, y su objeto es incentivar la compraventa de los fonogramas una vez se divulguen entre el público generalista, por lo que debe entenderse que llevan aparejado un fin comercial.

Por todo lo anterior, podría interpretarse que la divulgación de una *promo* puede ser considerada como una publicación con fines comerciales, pudiendo gestionarse su explotación a través de una sociedad de gestión de derechos de productores de fonogramas.

V. CONCLUSIÓN

Si bien no se trata de un concepto asentado en la tradición musical española, no puede negarse que el Dj se corresponde con una figura que forma parte de la estructura de determinados nichos del mercado musical, es decir, el disc-jockey está presente en la sociedad actual.

Así, la evolución de las tecnologías, de la cultura, y de las tendencias sociales, da lugar a nuevas formas de concebir la música. Los habituales instrumentos de cuerda, viento o percusión, coexisten ahora con mesas de mezclas, platos cdj, programas de ordenador, sintetizadores o platos giradiscos.

Sobre el plano legal, después del análisis realizado, parece que hay fundamentos razonables para admitir que la labor creativa ejercida por los disc-jockeys de diferentes estilos relacionados con la música electrónica o de baile puede ser objeto de protección por el derecho de autor español. Todo ello sin perjuicio de que los Djs también puedan ser considerados como artistas intérpretes o ejecutantes, en virtud del art. 105 TRLPI.

No obstante, el reconocimiento como autor de esta figura no sería novedoso, ya que en Francia ocurre desde el año 1997.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALBRIGHT, G.: *Digital sound sampling and the Copyright Act of 1976: are isolated sounds protected?*, Copyright Law Symposium (ASCAP), n.º 38, 1992.

- ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: *Estudios de derecho de autor y derechos afines*, Reus, Madrid, 2007.
- AUFDERHEIDE, Patricia y JASZI, Peter: *Reclaiming fair use*, The University of Chicago Press, Londres y Chicago, 2011.
- BENTLEY, L. y SHERMAN, B.: *Cultures of copying: digital sampling and copyright law*, Ent. LR, 1992/5.
- BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán: *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Tecnos, Madrid, 1997.
- BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán: «Comentario al artículo 1.262» en *Comentarios al Código Civil* (coordinador: Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano), 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2009.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Comentario a los artículos 12 y 116», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coordinador: Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano), 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: *Las llamadas cover versions fonográficas y la jurisprudencia penal*, en *Homenaje al Profesor Rodríguez Mourullo*, Cívitas, 2005.
- CÁMARA ÁGUILA, Pilar: «Comentario al artículo 113», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coordinador: Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano), 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007.
- CÁMARA ÁGUILA, Pilar: *El derecho moral de autor (con especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor)*, Comares, Granada, 1998.
- CÁMARA ÁGUILA, Pilar: *Manual de Propiedad Intelectual* (coordinador: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), 4ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.
- CASAS VALLÈS, Ramón: «Ponencia en jornadas ALAI, Barcelona, 2006», en *Derecho de Autor y Libertad de Expresión = Droit d'Auteur et liberté d'expression = Copyright and freedom of expression*, Huygens, Barcelona, 2008.
- CASAS VALLÈS, Ramón: *Derecho y nuevas tecnologías* (coordinador Miquel Peguera Poch), UOC, Barcelona, 2005.
- DE ROMÁN PÉREZ, Raquel: *Obras musicales, compositores, intérpretes y nuevas tecnologías*, Reus, Madrid, 2003.
- DE TORRES FUEYO, Javier: «Opá, ¿ze puede o no imitá?», *Revista jurídica de deporte y entretenimiento*, nº 18, 2006.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2003.
- GAY FUENTES, Celeste: «Equilibrios difíciles entre dos mundos. El conflicto entre propiedad intelectual y derechos fundamentales». *Revista TELOS*, nº 85, 2010.
- GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, José Javier: *La copia privada (sus fundamentos y su tratamiento en el entorno digital)*, Comares, Granada, 2008.
- GRIFFITHS, J.: *The 'Three-Step Test' in European Copyright Law - Problems and Solutions*, Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 31/2009, Intellectual Property Quarterly, Londres, 2009.
- HARGREAVES, Ian: *Digital opportunity (A review of intellectual property and growth)*, Estudio independiente encargado por el Gobierno de Reino Unido, Londres, 2011.

- HUGENHOLTZ, P. Bernt, y SENFTLEBEN, Martin. R.F.: *Fair use in Europe. In search of flexibilities*, Vrije Universiteit, Amsterdam, 2011.
- LIPSZYC, Delia: *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*, UNESCO, CERLALC y Víctor P. de Zavalía S.A., 2004.
- LÓPEZ MAZA, Sebastián: «Las revistas de prensa en el entorno digital. Los supuestos de press clipping», *Revista de propiedad intelectual pe. i.*, nº 30, 2008.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina: *La transformación de la obra intelectual*, Dykinson, Madrid, 2008.
- MINERO ALEJANDRE, Gemma: *Regulación europea de la protección de las bases de datos*, Tesina de máster, Universidad Autónoma de Madrid, 2010.
- PASSMAN, Donald S.: *All you need to know about the music business*, 7ª ed., Free Press, 2009.
- PERDICES HUETOS, Antonio B.: «La muerte juega al gin rummy (la parodia en el derecho de autor y de marcas)», *Revista de propiedad intelectual pe. i.*, nº 3, 1999.
- RANDEL, D.M.: *The Harvard Dictionary of Music*, 4ª ed., Harvard University Press, 2003.
- RIBERA BLANES, Begoña: *El derecho de reproducción en la propiedad intelectual*, Dykinson, Madrid, 2002.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: «Comentario al artículo 4», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano), 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007.
- RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel: «Comentario al artículo 12», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (director: José Miguel Rodríguez Tapia), 2ª ed., Cívitas, Madrid, 2009.
- ROGEL VIDE, Carlos: *Estudios sobre propiedad intelectual*, Bosch, Barcelona, 1995.
- SÁNCHEZ ARISTI, Rafael: «Comentario al artículo 105», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coordinador: Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano), 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007.
- SÁNCHEZ ARISTI, Rafael: *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, 2ª ed., Comares, Granada, 2005.
- SCHULENBERG, Richard: *Legal aspects of the music industry*, Billboard Books, Cincinnati, 2005.
- SENFTLEBEN, Martin R.F.: «Bridging the differences between copyright's legal traditions - The emerging EC fair use doctrine», *Journal of the copyright society of the U.S.A.*, 57, Nº 3, 2010.
- SOL MONTAÑOLA, Mario: *El régimen jurídico de la parodia*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- VENTURA VENTURA, José Manuel.: «Comentario al artículo 4», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (director: José Miguel Rodríguez Tapia), 2ª ed., Cívitas, Madrid, 2009.
- VENTURA VENTURA, José Manuel.: *La edición de obras musicales*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000.

