

PLAGIO DE FONDOS MUSICALES PARA SPOTS: ¿RESPONDE EL EDITOR?

Por Rafael SÁNCHEZ ARISTI
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO. II. EL PLAGIO Y LAS INFRACCIONES DE ÉL DERIVADAS. 1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE PLAGIO. 2. PLAGIO Y ORIGINALIDAD. 3. REQUISITOS DE ACREDITACIÓN DEL PLAGIO; EN PARTICULAR EN EL CAMPO MUSICAL. 4. INFRACCIONES DERIVADAS DEL PLAGIO. 4.1. *Acción de cesación y acción de indemnización de daños y perjuicios*. 4.2. *Imputación de responsabilidad al sujeto plagiario*. 4.3. *Imputación de responsabilidad a cesionarios que realizan explotaciones primarias de la obra plagiaria*. 4.4. *Imputación de responsabilidad a sujetos que protagonizan explotaciones secundarias*. 4.5. *Pluralidad de sujetos infractores susceptibles de ser hechos responsables*. 4.6. *Enseñanzas de un caso particular: Ego Musical, S.A. contra National Panasonic de España*. 4.7. *Responsabilidad contractual del cedente de los derechos sobre la obra plagiaria*. III. FONDOS MUSICALES PARA SPOTS: CONTRATACIÓN Y TITULARIDAD DE LOS DERECHOS. 1. LA SINCRONIZACIÓN DE OBRAS MUSICALES PREEXISTENTES EN SPOTS PUBLICITARIOS. 2. EL PAPEL DEL ANUNCIANTE Y DE LA AGENCIA PUBLICITARIA. EL CARÁCTER DE OBRAS DE ENCARGO DE LOS SPOTS. 3. LA BAJA ORIGINALIDAD Y SUS CONSECUENCIAS. IV. EL EDITOR MUSICAL: GARANTÍAS Y RESPONSABILIDADES. 1. EL ROL DEL EDITOR MUSICAL EN LA EXPLOTACIÓN DE LAS OBRAS MUSICALES Y EL CONTRATO DE EDICIÓN MUSICAL. 2. RESPONSABILIDAD EXTRA-CONTRACTUAL DEL EDITOR POR LA NATURALEZA PLAGIARIA DE UNA PIEZA DE SU CATÁLOGO. 2.1. *Responsabilidad por infracción de derechos de propiedad intelectual*. 2.2. *Responsabilidad por infracción del deber genérico de no causar daño a otro*. 3. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL EDITOR POR LA NATURALEZA PLAGIARIA DE UNA PIEZA DE SU CATÁLOGO.

I. PLANTEAMIENTO

Comienza a ser relativamente usual que las casas editoriales dedicadas —a veces como principal actividad, normalmente como una actividad entre otras— a la comercialización de piezas musicales para su inclusión en *spots* publicitarios, reciban una comunicación en la que se les reproche que determinado fondo musical de su catálogo empleado en cierto *spot* resulta ser plagio de una pieza perteneciente al catálogo de otra editorial.

Ocurre asimismo que la editorial supuestamente afectada por el plagio no suele dirigirse directamente a la editora en cuyo catálogo se halla la pieza pretendidamente plagiaria, y por tanto no es de su competidora de quien proviene la comunicación que ésta recibe. Antes bien, la editorial supuestamente afectada por el plagio prefiere dirigirse por conductos más o menos informales —cartas, conversaciones, contactos telefónicos vía letrado— a la empresa anunciante cuyo producto ha sido objeto de publicidad mediante el

spot en el que, a su entender, se habría empleado el fondo musical plagiarlo. Es fácil adivinar lo que a continuación sucede.

Tras una somera constatación de que la reclamación va en serio, el anunciante se pone en contacto con su agencia publicitaria a fin de pedir explicaciones¹. Para evitar males mayores (descrédito que para la marca anunciada se derivaría de que se hiciera público el supuesto plagio) el anunciante y la agencia publicitaria suelen estar de acuerdo en que lo mejor es abonar la compensación reclamada por la editorial en teoría afectada por el plagio, para después repercutir lo abonado en vía de regreso a la productora audiovisual que elaboró el *spot*. Como el anunciante no quiere correr el riesgo del desprestigio, pero desde luego la agencia no desea perder una cuenta, en definitiva es ésta la que en un momento inicial se hace cargo del coste de abonar la indemnización solicitada.

No es que la editorial supuestamente perjudicada consiga persuadir de la existencia del plagio al anunciante y a la agencia publicitaria en cuestión, lo normal será que éstos ni siquiera efectúan un examen en profundidad de si la reclamación tiene trazas de prosperar, simplemente prefieren solucionar el conflicto de antemano abonando la compensación que se les pide, antes que arriesgarse al resultado incierto de un proceso judicial por plagio y, sobre todo, al impacto mediático del mismo². Hasta aquí el guión responde al de una suerte de extorsión, donde el extorsionado, porque tiene algo que ocultar o porque tiene mucho que perder, prefiere ceder a las presiones de quien le amenaza antes que disponerse a neutralizar la extorsión mediante un ataque frontal de la premisa en la que encuentra apoyo el extorsionista.

Una vez verificado el pago reclamado, la agencia publicitaria intentará con casi toda seguridad repercutir en vía de regreso la responsabilidad a la que ha tenido que hacer frente, a cuyo efecto se dirigirá a la productora que montó el *spot*, la cual desde su punto de vista es la responsable del supuesto plagio, apremiándola para que se avenga a asumir el pago que ha tenido que atender

¹ Lo más frecuente es que las empresas anunciantes no se encarguen de organizar su propia publicidad, sino que acudan a una agencia de publicidad para que ésta se ocupe de prepararla y ejecutarla por cuenta de aquéllas (vid. arts. 10 y 15 de la Ley General de Publicidad). Sobre algunos aspectos de las relaciones entre anunciantes y agencias publicitarias se volverá *infra*, III.2. *El papel del anunciante y de la agencia publicitaria. El carácter de obras de encargo de los spots.*

² Diríamos, pues, que se avienen a acordar una transacción, ya que *dando alguna cosa, evitan la provocación de un pleito*, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.809 del Código Civil. Téngase en cuenta, tal y como informa A. CARRASCO PERERA, «Comentario al artículo 1.809 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Aranzadi, 2001, págs. 2040-2041, la flexible interpretación que la jurisprudencia viene haciendo de este precepto, de tal modo que no es necesario que la controversia o diferencia se haya materializado ya en un proceso judicial o en un inminente riesgo del mismo, ni siquiera es óbice que la incertidumbre que lleva a las partes a transigir esté soportada sobre elementos subjetivos y no racionalmente objetivos. Adicionalmente, el requisito de reciprocidad de concesiones es entendido en sentido lato, bastando que una de ellas se funde en el mero ánimo de eliminar el riesgo o la molestia de un proceso judicial.

al objeto de frenar la demanda por plagio³. Puesto que la productora del *spot* tampoco quiere perder un cliente —en este caso la agencia de publicidad, la cual espera que siga contando con ella para futuros anuncios—, y habida cuenta de que aún queda algún eslabón en la cadena a quien volver a repercutir lo pagado, la productora del *spot* suele aceptar reembolsar a la agencia la cantidad en cuestión sin demasiados problemas.

Ese siguiente eslabón que aún restaría en la cadena de sujetos participantes en la gestación del *spot* es el editor musical, sujeto que, en su calidad de titular derivativo de los derechos de autor sobre el fondo musical supuestamente plagiarlo, habrá tenido que prestar autorización a la productora para que ésta incluya dicho fondo en el anuncio. Así pues, el proceso se repite, o se intenta repetir, en el siguiente nivel: la productora que insertó la pieza licenciada por el editor, pide a éste responsabilidades por haberle autorizado a utilizar una pieza que ha resultado ser —o eso dicen— un plagio de otra, debido a lo cual ha tenido que afrontar el pago de una indemnización a la agencia publicitaria que le encargó la realización del *spot*.

Sin embargo, el editor no suele mostrarse dispuesto a imitar el mismo proceder que el anunciante, la agencia publicitaria y la productora del anuncio, lo que bien podría hacer pagando y repercutiendo luego el coste de la indemnización al autor, persona en última instancia causante de toda la situación; y ello por diversas razones. La fundamental es que para el editor la pieza musical en cuestión no es, como para los otros sujetos que hasta ahora han tomado parte en esta serie, un factor secundario, sino primario de su actividad empresarial/profesional. El editor no produce *spots*, ni diseña campañas publicitarias, ni comercia con los productos anunciados, sino que se dedica a editar piezas musicales, estableciendo además con los autores fuertes lazos *intuitu personae*. Ante el dilema de admitir o no el reconocimiento extrajudicial de que una obra de su catálogo constituye un plagio, su posición es diametralmente opuesta a la de la productora audiovisual, la agencia publicitaria o el anunciante, pues mientras que éstos arriesgan su prestigio si acaso niegan la acusación de plagio, el editor se juega el suyo precisamente si admite que ha habido tal plagio. De ahí que tenga poderosos incentivos para rebatir frontalmente la acusación de plagio. En otras palabras, es el único de la serie a quien no le compensa ceder a la presión y sortear la amenaza, sino cuya mejor opción es combatir la premisa de la que emana la capacidad de presión del extorsionista. Por otra parte, aunque el editor estuviese tentado de admitir extrajudicialmente el pago que se le reclama, el problema es que tras él ya no queda nadie presumiblemente solvente a quien repercutirle en

³ De nuevo hay que anotar que, a la hora de realizar un *spot* publicitario, las agencias publicitarias [o los anunciantes, cuando anómalamente preparen y ejecuten directamente su propia publicidad] encomiendan normalmente la tarea a un sujeto especializado en la producción de esas pequeñas obras audiovisuales. La relación entre la agencia [o el anunciante] y la productora del *spot* se canalizará a través del contrato de creación publicitaria (vid. arts. 22 y 23 de la Ley General de Publicidad). Insisto en la remisión al epígrafe III.2. *El papel del anunciante y de la agencia publicitaria. El carácter de obras de encargo de los spots*.

vía de regreso dicho pago. Por esta misma razón, incluso aunque creyera que ha existido plagio y la relación con su autor se hubiera ya deteriorado a causa de ello, de poco le iba a servir admitirlo ante la productora para después poner en marcha la garantía de la que habla el artículo 65.2.º LPI⁴, a no ser que el compositor en cuestión disponga de un patrimonio saneado que permita confiar en el éxito de una reclamación contra él, lo que no suele ocurrir tratándose de autores de fondos musicales para *spots*. Normalmente, pues, el editor se negará a alcanzar un arreglo extrajudicial con la productora, licenciataria suya para insertar la música en el anuncio, con lo que la secuencia se detiene: si quiere repercutir lo pagado, la productora se verá obligada a entablar una demanda judicial.

No deja de resultar chocante que, de acuerdo con el esquema descrito, hasta alcanzar al editor la reclamación no se llegue a articular en ningún momento por vía de demanda, y pueda dar lugar a que una serie de personas se exijan responsabilidad unas a otras por un supuesto plagio que ningún juez ha dicho que existiera. Mediante simples pactos extrajudiciales cada sujeto de la cadena admite su responsabilidad, y después procura repercutir lo abonado al que conforma el siguiente eslabón.

Es asimismo paradójico que la única garantía que sí contempla la LPI a este respecto, la de genuina autoría y originalidad que el autor presta al editor, es la que puede y suele terminar por no ponerse en marcha, sea en atención a la relación de confianza que une al autor con el editor y que éste prefiere no quebrar, sea por la inutilidad práctica de actuar la garantía dada la poca solvencia patrimonial del autor para hacer frente al pago de la indemnización, sea por una mezcla de ambas cosas. En cambio, sin garantías legales explícitas que sirvan de respaldo, una serie de sujetos va asumiendo espontáneamente su responsabilidad por un plagio que no se sabe si se cometió, pero cuya certeza todos ellos prefieren no arriesgarse a averiguar, salvaguardando así [sus] valiosos intereses empresariales, aunque colocando indirectamente en mal lugar los intereses de aquéllos a quienes van a pretender reclamar el pago de la indemnización en vía de regreso, y en último extremo los intereses del editor musical⁵.

⁴ Garantía que el autor presta al editor a propósito de que la obra sobre la que le cede los derechos es efectivamente de su autoría y es original. Volveremos sobradamente sobre esta obligación de garantía a lo largo de este trabajo, en particular *infra* II.4.7. *Responsabilidad contractual del cedente de los derechos sobre la obra plagiaria*, y IV.3. *Responsabilidad contractual del editor por la naturaleza plagiaria de una pieza de su catálogo*.

⁵ Por parte del anunciante o de la agencia publicitaria habría otra manera de abordar la situación, que me atrevo a calificar como más justa, a saber, la de asumir el pago de la indemnización reclamada, pero sin intentar posteriormente repercutírselo a nadie. A mi parecer es inaceptable que estos sujetos trasladen a otro el coste que representa el *precio de su tranquilidad*, pues el anunciante, o la agencia, si pagan al que reclama no es porque admitan el plagio, sino porque quieren erradicar cualquier atisbo de publicidad negativa. No está claro hasta qué punto este interés, tan exclusivo de ellos, debe ser salvaguardado con cargo al patrimonio de la productora del *spot* o del editor musical.

No menos llamativo resulta comprobar que, conforme al supuesto planteado, cuando la demanda finalmente se produce, ésta no proviene del titular de los derechos sobre una obra pretendidamente plagiada, ni va dirigida contra el titular originario de los derechos del tema pretendidamente plagiarlo. Si el editor abona a la productora del *spot* lo que ésta le pide y después no repercute contra el autor del tema controvertido, es posible que en verdad haya existido un plagio a causa del cual una pluralidad de sujetos, en último extremo ajenos al mismo, han tenido que responder, siendo así que en cambio no lo ha hecho la persona en teoría auténticamente responsable.

Desde luego, nada de lo anterior se comprendería bien si no fuese por el telón de fondo sobre el que se desenvuelve la trama: el sector de la publicidad, tributario por definición de la imagen y del prestigio de marca, es extremadamente sensible a la mala prensa que se podría derivar de una reclamación judicial contra la compañía anunciante o contra la agencia de publicidad. De ahí que los responsables de unas y de otras sean proclives a asumir extrajudicialmente el pago de una indemnización, presionados con la en rigor escasa, pero sin duda efectista *artillería* que representan unas afirmaciones unilaterales, acompañadas habitualmente de someros y poco concluyentes informes, supuestamente periciales, aportados por quien sostiene haber sido víctima del plagio.

He intentado comprimir en el título de este estudio los tres aspectos de los que en él me ocuparé, siguiendo una presentación de los temas a modo de ondas concéntricas.

En primer lugar me parece oportuno hacer algunas reflexiones acerca del plagio, que constituye el paradigma de las infracciones a los derechos de autor, y sobre el que tantos interrogantes se ciernen a pesar de la habitualidad con la que el concepto se maneja y los numerosos casos particulares de plagio que afloran en la realidad cotidiana. Junto al plagio propiamente dicho, infracción *originaria*, deben examinarse las infracciones que inevitablemente arrastra, protagonizadas no ya por el sujeto plagiarlo sino por quienes comercializan la obra respecto de la cual éste les ha cedido los derechos. Será necesario distinguir según el tipo de cesionario que se contemple, pues los criterios de imputación de responsabilidad varían en función del cauce a través del cual haya sido autorizada la explotación. Asimismo, habiendo infracciones múltiples, debe despejarse si los distintos involucrados responden o no frente al perjudicado con arreglo a criterios de solidaridad pasiva. Todavía dentro de este primer bloque temático, habrá espacio para examinar las diversas condiciones bajo las que están llamadas a prosperar las dos acciones que la LPI regula para la protección de los derechos de propiedad intelectual, la de cesación y la de indemnización de daños y perjuicios, así como para abordar el análisis de la responsabilidad contractual que puede tener que asumir quien cede o licencia a otro derechos de autor sobre una obra, a causa de cuya explotación el cesionario o licenciatarlo ha sido condenado por infracción de los derechos de autor de un tercero.

Un segundo conjunto de temas estará dedicado al caso particular del plagio de fondos musicales para *spots*, uno de los más frecuentes en el entorno de las obras musicales. Será objeto de atención la fórmula de contratación empleada para obtener permiso de cara al ensamblaje de un fondo musical en un *spot*, análoga a la generalmente empleada para hacer lo propio con la banda sonora de cualquier otra clase de creación audiovisual, al tiempo que se repasan las especialidades de un sector eminentemente industrializado y estandarizado, de donde se deduce la influencia que un necesariamente bajo nivel de originalidad ha de tener en la posterior constatación de eventuales plagios.

Por último, enfocaré la posible responsabilidad del editor musical en caso de que en su catálogo aparezca algún fondo musical para un *spot* que resulte plagiarlo de una obra ajena. Para ello es conveniente presentar primero la figura del editor musical y describir las relaciones contractuales que traba con el autor. Después se verá cuál es su margen de responsabilidad extracontractual en caso de que una de las piezas de su catálogo resulte ser de naturaleza plagiarla, y en qué medida el editor está protegido por la garantía que al respecto le presta el autor cedente. Para finalizar estudiaré la responsabilidad que, por esa misma causa, el editor ha de asumir en sede puramente contractual con respecto a sus licenciarios.

II. EL PLAGIO Y LAS INFRACCIONES DE ÉL DERIVADAS

1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE PLAGIO

La Ley de Propiedad Intelectual, que sin duda merece un juicio positivo en muchos aspectos, adolece en cambio de una reprochable elipsis en sede de infracciones a los derechos de propiedad intelectual. Los artículos 138 y siguientes LPI contemplan las acciones y procedimientos que los titulares de los derechos reconocidos pueden emplear para protegerse en caso de infracción, pasando a describirse con cierta precisión los dos instrumentos de protección judicial que se ponen a su disposición para ello, a saber, la acción de cesación y la de indemnización de daños. Pero, más allá de eso, quedan absolutamente desatendidas el resto de cuestiones relativas a la vulneración de derechos de propiedad intelectual, como se muestra, entre otros, por los siguientes extremos: *a)* no se tipifica la conducta o conductas infractoras de los derechos de propiedad intelectual⁶; *b)* no se establece criterio alguno

⁶ La LPI, en los artículos 139 y 140, maneja con desenvoltura nociones como la de cese de la *actividad ilícita*, *infractor* o *utilización ilícita*, como si en algún otro lugar de su articulado hubiese ya definido esos conceptos, lo que no es así. Como dice A. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, «Comentario al artículo 124 LPI», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART, tomo V, vol. 4.º-B, EDERSA, Madrid, 1995, pág. 639, «[l]a LPI, a diferencia de otras normativas, no contiene una definición de «actividad ilícita» ni una enumeración de los comportamientos que pudieran considerarse defraudatorios». Y añade, como contraste, que «[t]anto la Ley de Patentes, como la de Marcas y la de Competencia Desleal, incluyen explícita o implícitamente una descripción detallada de los comportamientos que se consideran ilícitos».

de imputación (dolo, culpa, responsabilidad objetiva), ni por descontado si el elemento intencional es aplicable por igual a todas las clases de infracciones, o si es requerido en función del tipo de acción que se ejercite, así como la posible trascendencia que la deliberación del agente infractor pueda tener de cara a un eventual agravamiento de la responsabilidad; *c)* no se especifica si se debe o no responder, y en su caso bajo qué condiciones, por hecho ajeno; *d)* no se resuelve si en caso de que una actividad infractora sea protagonizada por dos o más sujetos, todos ellos quedan obligados a responder frente al perjudicado solidariamente, cada uno deberá asumir por separado su cuota de responsabilidad, o será preciso demandarlos a todos conjuntamente; *e)* ídem para cuando nos hallemos ante una suma de infracciones encadenadas, pero desempeñadas por sujetos que no desarrollan conjuntamente una misma modalidad de explotación usurpatoria⁷.

La incorporación a nuestro ordenamiento de la Directiva 2004/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, conocida en el argot como Directiva Antipiratería, no aportará demasiadas novedades a este panorama. En ella no se abordan cuestiones relativas a la definición de las características de la infracción, ni a la posible existencia de varios infractores (consecuentemente tampoco a las relaciones de mancomunidad o solidaridad entre los mismos). Sí se alude en cambio, a efectos de delimitar el ámbito de la acción de indemnización de daños y perjuicios, al elemento intencional que deberá estar presente en el sujeto agente de la infracción (art. 13.1), frente a lo que ocurre con otra clase de medidas de protección, como las correctivas (art. 10) y los mandamientos judiciales (art. 11), en las que ese elemento intencional es irrelevante⁸.

Así pues, hasta el momento, todo lo relacionado con la tipificación de las infracciones a los derechos de propiedad intelectual, la caracterización de los infractores y el acotamiento de su ámbito de responsabilidad, ha sido cons-

⁷ Ante tantos interrogantes y tan pocas respuestas, no queda otro remedio que acudir al instrumental convencional de las acciones por responsabilidad extracontractual, esto es, a los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil junto con su aplicación jurisprudencial, pues una lesión a derechos de propiedad intelectual no deja de ser en definitiva una lesión a derechos de propiedad, y las infracciones en este ámbito constituyen una vulneración del principio general *alterum non laedere*.

⁸ Se habla en el artículo 13.1 de la Directiva 2004/48/CE del «infractor que, a sabiendas o con motivos razonables para saberlo, haya intervenido en una actividad infractora»; para disponer que los Estados miembros deberán garantizar que frente a esta clase de infractor las autoridades judiciales competentes ordenen el pago al titular del derecho de una indemnización adecuada a los daños y perjuicios sufridos efectivamente. Cuando el infractor no hubiera intervenido en la actividad infractora a sabiendas ni con motivos razonables para saberlo, el artículo 13.2 se limita a decir que los Estados miembros *podrán establecer* la posibilidad de que las autoridades judiciales ordenen la recuperación de los beneficios o el pago de daños y perjuicios. Por el contrario, cuando se trata de las medidas de cesación y remoción, «basta con probar que se ha producido el hecho antijurídico de la infracción», como observa A. GONZÁLEZ GOZALO, «La Propuesta de Directiva relativa a las medidas y procedimientos destinados a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual», en *pe. i. revista de propiedad intelectual*, núm. 14 (mayo-agosto 2003), pág. 77.

truido a nivel jurisprudencial y doctrinal⁹, empezando por la noción misma de plagio, que la LPI no menciona en ningún momento¹⁰. Otra cosa sucede en sede de infracciones penales a la propiedad intelectual, donde por mor del principio de tipicidad penal sí se traza una descripción precisa del ilícito característico, mencionándose a mayor abundamiento la noción de plagio¹¹.

El empleo mismo del vocablo «plagio» es confuso pues no hay un significado unívoco del término, aunque se va abriendo paso la idea de que el plagio consiste en la infracción prototípica en sede de derechos de autor, que comporta una usurpación mixta: de los derechos de explotación del autor plagiado, y más en concreto del de reproducción, y de su derecho moral a exigir el reconocimiento de su condición de autor, al atribuirse el plagiario la paternidad de una creación —o de parte de ella— que no es de su autoría, sino del autor plagiado. El plagio implica por parte de quien lo realiza la reproducción no permitida [ni amparada por un límite legal] en una obra propia, de todo o parte de una obra ajena, de forma que el plagiador comete una infracción en los dos planos, económico y moral, característicos del derecho de autor¹². No se debe calificar como plagio la vulneración de cualquier otro derecho de explotación distinto del de reproducción, ni siquiera aunque paralelamente se produzca un desconocimiento de la autoría del autor cuya obra se explota sin consentimiento, pues lo característico del plagio es que junto al desconoci-

⁹ Es de destacar la labor efectuada por A. CARRASCO PERERA, «Comentario al artículo 133 LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2.^a ed., Tecnos, Madrid, 1997, quien no sólo delimita la noción de lesión o usurpación de derechos de propiedad intelectual, en gran medida por el expediente de ir descartando las actividades que no cabe reconducir a ese concepto (págs. 1747-1749), sino que elabora una tipología de infracciones a los derechos protegidos por la LPI (págs. 1751-1753) y hace una demarcación precisa de la legitimación pasiva en las acciones dirigidas a contrarrestar los actos usurpatorios, prestando especial atención al caso en el que exista una pluralidad de infractores (págs. 1757-1758).

¹⁰ Algo parecido sucede en Italia, lo que recientemente ha llamado la atención de T. ANDRIOLI, «El plagio: un'originalità non variata», en *IDA*, 2002, pág. 255. Choca a este autor que el término «plagio», pese a ser objeto de una vasta utilización, no encuentre sin embargo reflejo literal en la Ley. Dice ANDRIOLI (pág. 256) que, si bien en sentido lato, la noción de plagio se corresponde con todo aprovechamiento económico no autorizado de una obra ajena con lesión del derecho de paternidad, la jurisprudencia y la doctrina italianas aplican ese término *stricto sensu* a la violación del derecho moral de paternidad, reservando el de «contraffazione» para las infracciones de derechos patrimoniales y el de «plagio-contraffazione» para la lesión mixta, que afecte tanto al derecho patrimonial como al derecho moral del autor. Ciertamente el término predominante para aludir a la lesión de derechos de autor ha sido tradicionalmente el francés *contrefaçon*, que nunca ha encontrado fácil trasvase a nuestro idioma.

¹¹ Conforme al artículo 270.I del Código Penal, «[s]erá castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o de multa de seis a veinticuatro meses quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios». El único de los elementos de esta enumeración que resulta ajeno a la terminología empleada por la LPI es precisamente el de plagio.

¹² Vid. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario a la STS de 26 de noviembre de 2003», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 65 (abril-septiembre 2004), pág. 841; A. CARRASCO PERERA, «Comentario al artículo 133 LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2.^a ed., Tecnos, Madrid, 1997, pág. 1747; M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, «Comentario a los artículos 428 y 429 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA, tomo V, vol. 2.º, EDESA, Madrid, 1985, pág. 755.

miento de la autoría del autor cuyo derecho se infringe se produzca la atribución a uno mismo de la autoría sobre esa obra ajena¹³. Hay, claro está, infracciones al derecho de reproducción que no comportan lesión del derecho moral de paternidad¹⁴. No existe plagio, propiamente hablando, cuando lo vulnerado sea el derecho de transformación: la realización de una obra derivada sin permiso del autor de la obra preexistente no comporta una infracción del derecho moral del autor, sólo del derecho económico de transformación, y aunque no se hiciera constar la autoría del autor de la obra de la que procede la derivada, mientras el infractor no se atribuya la autoría de aquélla no incurrirá en plagio sino en transformación no consentida¹⁵.

Por otra parte, no se habla de plagio más que en el sector de los derechos de autor. Las vulneraciones de los otros derechos de propiedad intelectual son exactamente eso, infracciones de otros derechos de propiedad intelectual, puesto que, al no detectarse en esos otros ámbitos la presencia de derechos morales *stricto sensu*, no podría darse el tipo de infracción mixta que el plagio comporta¹⁶.

La jurisprudencia no duda en emplear el término «plagio», e incluso ha ensayado una definición del concepto, si bien sus aportaciones no son todavía todo lo nítidas ni completas que cabría desear¹⁷. La aproximación más cercana la encontramos en la STS (Sala 1.ª), de 28 de enero de 1995 (Fundamento de Derecho Tercero), en un fragmento que aparece plasmado en diversos

¹³ Como bien dice el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, 22.ª ed., plagiar es «copiar en lo sustancial obras ajenas, *dándolas como propias*» [el énfasis es mío].

¹⁴ Incluso supuestos, más bien de laboratorio, en los que habiendo infracción del derecho de reproducción sobre una obra a la par que desconocimiento de la paternidad de su autor, no es posible hablar de plagio *stricto sensu*. Imagínese una obra literaria editada sin permiso de su autor y divulgada anónimamente, es decir, sin atribuir la autoría a ningún sujeto en particular; o atribuyendo la autoría a un literato clásico, fallecido notoriamente hace más de setenta años.

¹⁵ Me alíneo pues con R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario a la STS de 26 de noviembre de 2003», en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 65 (abril-septiembre 2004), pág. 841, cuando opina que «[E] autor de una obra derivada que no cuente con la autorización del autor de la obra originaria infringe ciertamente el derecho del titular de aquélla (concretamente su derecho de transformación), pero no incurre en plagio (infracción del derecho de reproducción, así como del derecho moral de paternidad)», y disiento de A. CARRASCO PERERA, «Protección de los derechos de propiedad intelectual», en *Manual de propiedad intelectual*, coordinado por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 265, quien tras afirmar que «el plagio no existe como infracción específica», dice que «se trata de una conducta mixta de reproducción o transformación in consentida y de negación del derecho de paternidad».

¹⁶ Pese a todo, y aceptando que los denominados «otros derechos» de los artistas intérpretes o ejecutantes que contempla el artículo 113 LPI presentan una naturaleza moral, como por otra parte suele hacerse (vid. A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «Comentario al artículo 113 LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, págs. 1599-1602; N. PÉREZ DE CASTRO, «Los derechos de propiedad intelectual de los artistas», en *Manual de propiedad intelectual*, coordinado por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 218), no sería impropio (aunque sí inusual) aplicar la noción de plagio a la infracción que consistiera en reproducir sin permiso la fijación de una interpretación artística desconociendo la paternidad del intérprete de la misma al tiempo que atribuyéndose dicha paternidad un artista diferente.

¹⁷ No lo digo yo, lo dice R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario a la STS de 26 de noviembre de 2003», en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 65 (abril-septiembre 2004), pág. 841.

fallos posteriores¹⁸, y que por tanto puede calificarse como doctrina jurisprudencial consolidada. Merece la pena transcribirlo:

«Por plagio hay que entender, en su acepción más simplista, todo aquello que supone copiar obras ajenas en lo sustancial. Se presenta más bien como una actividad material mecanizada y muy poco intelectual y menos creativa, carente de toda originalidad y de concurrencia de genio o talento humano, aunque aporte cierta manifestación de ingenio.//Las situaciones que representan plagio hay que entenderlas como las de identidad, así como las encubiertas, pero que descubren, al despojarles de los ardidés y ropajes que las disfrazan, su total similitud con la obra original, produciendo un estado de apropiación y aprovechamiento de la labor creativa y esfuerzo ideario o intelectual ajeno. No procede confusión con todo aquello que es común e integra el acervo cultural generalizado o con los datos que las ciencias aportan para el acceso y conocimiento por todos, con lo que se excluye lo que supone efectiva actividad inventiva, sino más bien relativa, que surge de la inspiración de los hombres y difícilmente, salvo casos excepcionales, alcanza neta, pura y total invención, desnuda de toda aportación exterior. Por todo lo cual el concepto de plagio ha de referirse a las coincidencias estructurales básicas y fundamentales y no a las accesorias, añadidas, superpuestas o modificaciones no trascendentales (...).».

Pese a lo equívoco de algunas de las afirmaciones contenidas en este párrafo, cabe concluir que para nuestro Alto Tribunal¹⁹, la determinación de plagio exige corroborar la existencia de una copia que afecte a parte sustancial de una obra ajena, no descartándose por el hecho de que el plagiador haya introducido algunas alteraciones secundarias. No hay plagio si los elementos utilizados, aunque aparezcan en una obra anterior, forman parte del patrimonio cultural común y por ende del dominio público, o constituyen datos o información de libre acceso. La coincidencia, por lo demás, debe afectar a elementos estructurales y no accesorios [dentro de la obra plagiada].

2. PLAGIO Y ORIGINALIDAD

La obra resultado de un plagio no es una obra original, o no completamente puesto que no es una creación intelectual nacida de la imaginación de quien la realiza, sino obtenida a partir de la copia de una obra ajena. La obra o segmento de una obra que sean resultado de un plagio no merecen protección, al no cumplir el requisito de la originalidad, que exige el artículo 10.1 LPI²⁰.

¹⁸ Vid. SSTS (Sala 1.ª) de 17-10-1997 [RJ 1997, 7468], F. de D. 2.º, 23-3-1999 [RJ 1999, 2005], F. de D. 3.º, y 26-11-2003 [RJ 2003, 8098], F. de D. 2.º

¹⁹ Siguiendo a R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario a la STS de 26 de noviembre de 2003», en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 65 (abril-septiembre 2004), pág. 841.

²⁰ Indirectamente, al proclamar que «[S]on objeto de propiedad intelectual todas las creaciones *originales* literarias, artísticas o científicas (...)» [énfasis mío].

El requisito de la originalidad es difícil de definir, y en última instancia serán los jueces a quienes corresponda apreciar si una determinada obra es o no original, normalmente con base en los dictámenes emitidos por peritos o técnicos en la materia. La declaración de originalidad es tanto como la declaración de propiedad, dado que sobre aquella obra o parte de una obra que una sentencia firme declare ser original, su autor ostentará un derecho de exclusiva que le permitirá impedir cualquier actuación de un tercero que no cuente con su autorización. La apreciación de originalidad por el juez permite colegir la existencia de creación, la cual constituye el hecho generador de los derechos de autor (vid. art. 1.º LPI). La creación es modo de adquisición excluyente y exclusivo de los derechos de autor, equivalente al título de dominio que, en el contexto de la propiedad ordinaria, sirve de base para la prosperidad de las acciones de defensa del dominio.

En términos generales puede decirse que una obra es original cuando reúne dos requisitos:

- a) Se aparta lo suficiente de los elementos pertenecientes al dominio público [cultural], compuesto tanto por las obras ya caídas en él como consecuencia de haber expirado el plazo legal de protección, como por lo que cabe considerar piezas de vocabulario o herramientas lingüísticas básicas de cada campo de la creación intelectual; es decir, supone un desarrollo de los mismos dotado de una cierta altura creativa. El derecho de autor no puede proteger lo absolutamente banal o al alcance de cualquiera. No debido a un inexistente ánimo de filtrar —por razones estéticas o de mérito intelectual— las creaciones intelectuales que no consigan rebasar un umbral mínimo, sino por la sencilla razón de que aunque se quisiera otorgar protección a lo excesivamente simple, dicha protección sería prácticamente nula. A medida que se desciende en la escala de originalidad, menor es el ámbito de exclusividad que un sujeto puede pretenderse reservar a título de autor. Cuando una obra es muy poco original, su *autor* difícilmente podrá acreditar ante un juez que otra persona, autora de una obra sustancialmente igual, le ha copiado²¹.
- b) No consiste en una copia respecto de otra obra todavía protegida. En este caso no porque la obra no revista el mínimo y necesario grado de complejidad o expresividad, sino porque aunque lo tiene no es propio de la creatividad de quien pretende pasar por su autor, sino de la creatividad de otra persona cuya obra ha resultado plagiada.

²¹ Como dice R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario al artículo 10 LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, pág. 163, «[C]uando la obra tiene un grado de originalidad muy bajo, cualquier otra creación parecida será considerada distinta, y reconocida también como obra siempre que presente alguna variación o cambio. Cuanta mayor originalidad tenga una obra, mayor será su campo de protección frente a creaciones parecidas y viceversa».

La originalidad, por tanto, debe calibrarse conforme a parámetros objetivos (contraste frente a los elementos de dominio público y frente a otras obras anteriores). Una obra es original a condición de que, objetivamente, presente un alejamiento sustancial con respecto a lo ya existente, no por el mero hecho de que su autor pretendiera crear algo original si acaso no lo logró. Una obra sustancialmente idéntica a otra anterior no es original, por mucho que su autor sostenga haberla creado espontáneamente, sin tomar como referencia la obra preexistente²². De otro modo se llegaría al absurdo de tener que proteger un mismo objeto a favor de dos sujetos distintos, lo que choca por definición con las características de un derecho de propiedad. La jurisprudencia parece también inclinarse por un criterio objetivo de originalidad²³.

La originalidad de cada tipo de obra debe valorarse dependiendo de cuál sea el lenguaje de referencia (alfabético, musical, audiovisual, pictórico, informático, gestual, etc.), puesto que cada uno cuenta con factores expresivos diferentes. En todos los lenguajes hay factores expresivos principales y accesorios. Sólo los primeros sirven para otorgar originalidad a una obra, mientras que los segundos inciden sobre aspectos de menor relieve, o que pueden coincidir en varias obras sin mayor inconveniente. Así, en el lenguaje pictórico, ninguna originalidad se deriva de elegir el tamaño del lienzo, el material de que esté hecho, la paleta de colores a emplear, la clase de pintura o el motivo externo de referencia. En el lenguaje literario tampoco

²² R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La obra», en *Manual de propiedad intelectual*, coordinado por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 56, considera preferible «por su mayor claridad y exactitud la tesis objetiva de la originalidad, considerando como tal la creación que aporta y constituye una novedad objetiva frente a cualquier otra creación preexistente; es original la creación novedosa, y esa novedad objetiva es la que determina su reconocimiento como obra y la protección por la propiedad intelectual que se atribuye sobre ella a su creador». Un poco más adelante recuerda este autor que la clave de decantarse por un criterio de originalidad objetivo es que «el derecho de autor no prevé el reconocimiento de la autoría sobre una misma obra (dos obras iguales) a dos autores fuera de los supuestos de coautoría», como en cambio habría que hacer si se acogiese un criterio subjetivo de originalidad. Vid. los mismos argumentos desarrollados en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario al artículo 10 LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, págs. 160-161. Entre la doctrina extranjera se decantan también por un criterio de originalidad objetiva, P. GRECO y P. VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, UTET, Turín, 1974, págs. 45-48; T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Giuffrè, Milán, 1960, págs. 730-731; M. ARE, *L'oggetto del diritto di autore*, Giuffrè, Milán, 1963, págs. 52-53; A. y H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, París, 1994, págs. 101-107.

²³ La STS (Sala 1.ª) de 26-10-1992 [RJ 1992, 8286], manejaba de manera acumulativa ambas concepciones de originalidad, si bien parecía finalmente adoptar su fallo por no concurrir en las obras litigiosas —unas piezas de joyería— el suficiente grado de originalidad desde el punto de vista objetivo. En su F. de D. 3.º se dice: «[T]ampoco desde el punto de vista objetivo (...) puede afirmarse que nos encontremos ante una creación original (...) porque la utilización de la figura humana o de partes tan significativas de ella como las manos y la cara, no constituye una novedad en el arte de la joyería (...). Más recientemente se pronuncia nitidamente a favor de una concepción objetiva de la originalidad la STS (Sala 1.ª) de 24-6-2004 [RJ 2004, 4318], en cuyo F. de D. 2.º puede leerse: «el presupuesto primordial, para que la creación humana merezca la consideración de obra, es que sea original, cuyo requisito, en su perspectiva objetiva, consiste en haber creado algo nuevo, que no existía anteriormente; es decir, la creación que aporta y constituye una novedad objetiva frente a cualquier otra preexistente: es original la creación novedosa, y esa novedad objetiva es la que determina su reconocimiento como obra y la propiedad intelectual que se atribuye sobre ella a su creador».

hay originalidad en emplear uno u otro tipo de género (cuento, novela, ensayo), una jerga o vocabulario, una determinada técnica narrativa (narración en primera persona, *flash-back*), o [en la poesía] unas u otras clases de estrofas o de versos.

Si nos centramos en el ámbito musical, no se puede pretender lograr un efecto original por el mero hecho de seleccionar una serie de aspectos de segundo orden, que son sólo preparativos o preliminares de la labor creativa del compositor. Cuestiones como la elección del compás (binario, ternario) o la tonalidad y modalidad de la pieza (re bemol mayor, sol menor), el timbre de los instrumentos o voces, o incluso el patrón rítmico de base (vals, bolero, tango, *bossa-nova*) son absolutamente genéricas y no tienen auténtica relevancia en orden a proporcionar originalidad a una composición musical dada. Los factores expresivos de mayor relieve en el ámbito musical son la melodía (frase musical formada por la secuencia de intervalos que se van produciendo por la diferente altura de las notas elegidas por el compositor), la armonía (efecto que se logra por la superposición de diversas frases musicales que suenan al unísono generando sucesiones de acordes) y el ritmo (entendido como duración y acentuación relativa de los distintos sonidos que componen las frases musicales de que está hecha la composición). Con todo, también existen melodías, armonías y ritmos de gran simplicidad y uso corriente, que no pueden considerarse originales. Sobre todo en el terreno de la música *pop-rock*, *dance* o *tecno* de masiva comercialización, es francamente difícil hoy en día afirmar la originalidad de una composición, pues casi todas resultan elaboradas a partir de giros melódicos, secuencias armónicas y desarrollos rítmicos prácticamente idénticos. La mayor parte de las veces lo que sirve para identificar una pieza en el mercado es el estilo y la voz propios de su intérprete, pero es obvio que esto no constituye un factor relacionado con la composición de la obra, y que una obra no es más o menos original por el tipo de timbre que tenga la voz de la persona que la interprete.

Todas estas observaciones relativas a los factores musicales preponderantes, así como al modo en que el compositor debe elevarse por encima de lo usual o banal para alcanzar un resultado original, deben proyectarse a la hora de examinar si determinada composición musical constituye o no un plagio de otra, puesto que nada habrá plagiado de otro quien simplemente se limite a incorporar en su obra elementos o segmentos que son de uso corriente y de común utilización en un determinado sector de la creación. La falta de originalidad de la obra supuestamente plagiada puede determinar la inexistencia de plagio con respecto a ella.

3. REQUISITOS DE ACREDITACIÓN DEL PLAGIO; EN PARTICULAR EN EL CAMPO MUSICAL

Cuando se trata de establecer la existencia de un plagio, una reconstrucción estándar de los litigios que enfrentan a la persona que demanda sobre la base

de un pretendido plagio y a quien resulta demandado por ella, nos enseña que son necesarios básicamente tres requisitos cumulativos²⁴:

- a) *Que haya quedado acreditado que el demandado por plagio copió la obra del*
- a) *demandante [o tuvo posibilidades razonables de acceso y por tanto de co-*
- a) *nocimiento de dicha obra]*

La copia de la obra es evidentemente un dato cuya constatación efectiva es poco menos que imposible, pues será extraño contar con evidencias testimoniales u otros medios de prueba que permitan en sí mismo acreditarla. Lo que tendrá que probar el demandante por plagio, como dato equivalente a la existencia de copia, es que el demandado tuvo *una posibilidad razonable de acceso a su obra*.

Al demandante le resultará fácil probar la probabilidad razonable de acceso cuando su obra haya conocido una difusión relativamente intensa dentro del ámbito de divulgación o publicación de la segunda obra. Se observa en este tipo de procesos una cierta tendencia a presumir la existencia de acceso, presunción que no es desacertada cuando la parte demandante ostenta los derechos sobre un tema musical que haya resultado especialmente exitoso²⁵.

Hacer equivaler la demostración de accesibilidad a la demostración de copia, supone descartar en la práctica la posibilidad de dar acogida a los llamados «encuentros fortuitos», y en definitiva rechazar la oportunidad de indagar acerca del estado de conocimiento efectivo de la obra preexistente por parte del segundo sujeto, es decir, acerca de su buena o mala fe. Se dice que se produce un encuentro fortuito, cuando las semejanzas entre dos obras no provienen de la deliberada imitación de una de ellas por parte del autor de la otra, sino de una coincidencia puramente casual, aunque usualmente achacable a la existencia de fuentes comunes de inspiración, o a los imperativos de una moda o fórmula compositiva. El criterio según el cual se pueden adquirir derechos de autor sobre una obra sustancialmente coincidente con otra, que ha sido divulgada con anterioridad, en el entendimiento de que tales coincidencias se han podido producir involuntariamente y de que la segunda obra puede ser fruto de la creación independiente de su autor, sólo se puede compartir manejando un concepto subjetivo de originalidad, pues sólo así es posible hacer caso omiso de que la primera obra haya resultado eventualmente accesible al segundo autor. Para quienes nos decantamos por un concepto

²⁴ Me he referido extensamente a estos tres requisitos en R. SÁNCHEZ ARISTI, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, ed. Comares, Granada, 1999, págs. 272 y ss. Lo que sigue es pues, básicamente, un extracto de las consideraciones allí vertidas.

²⁵ Dice R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La obra», en *Manual de propiedad intelectual*, coordinado por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 55, que «la rapidez con la que los medios de comunicación facilitan el acceso a cualquier obra, una vez que la misma haya sido divulgada, permite presumir que la falta de novedad de cualquier obra (con respecto a otra) responde a que una de ellas no es original de su autor, sino que éste ha copiado en mayor o menor medida, consciente o inconscientemente, la otra obra igual o parecida».

objetivo de originalidad, no debe valorarse más que el grado de accesibilidad a la primera obra por parte del demandado, nunca su estado subjetivo de efectivo conocimiento de la misma o, menos aún, su intencionalidad en cuanto a la realización de la copia.

- b) *Que las dos obras presentan semejanzas en aspectos sustanciales y no en b) aspectos secundarios o poco relevantes*

Ya se haya logrado a través de una evidencia directa de que el demandado ha copiado, ya mediante la constatación de que tuvo la oportunidad razonable de hacerlo, no basta con haber dejado probado que el demandado ha incurrido en una copia de la obra del demandante. Para estar en presencia de plagio hace falta, además, que las coincidencias presentes entre sendas obras puedan ser calificadas como *sustanciales*. El Derecho de autor no persigue las infracciones *de minimis*, que quepa considerar inocuas para el derecho del demandante²⁶.

Si nos centramos en el plagio musical, y tomando como referencia la jurisprudencia de los Estados Unidos, país en el que más desarrollado se encuentra el debate acerca del plagio musical, la sustancialidad fue establecida en un primer estadio acudiendo a parámetros cuantitativos. Desde este punto de vista, lo importante para concluir si se estaba o no en presencia de semejanzas sustanciales era medir si la porción que se alegaba copiada resultaba cuantitativamente sustancial (tomando como referencia, claro está, la obra pretendidamente plagiada, no la obra supuestamente plagiaria). De entre los muchos casos de plagio musical en los que los tribunales USA se enfrentaron con el problema de la determinación de una semejanza sustancial desde una perspectiva cuantitativa, destaca el asunto *Marks v. Leo Feist, Inc.* [290 F. 959 (2d. Cir. 1923), modif. 8 F. 2d. 460 (2d. Cir. 1925)], probablemente el responsable de la famosa «regla de los seis compases» (*six bar rule*), medida por debajo de la cual estableció el órgano juzgador que no cabía accionar por plagio musical.

Sin embargo, algunas décadas después comenzaron a aparecer sentencias en las que se determinó la existencia de una similitud sustancial con sólo coincidencias afectantes a cuatro compases, o incluso por debajo de esa cifra, lo que no hacía sino mostrar la debilidad de la aproximación cuantitativa al problema. Actualmente está asumido, no ya sólo en USA, sino también en los países europeos (hasta donde había llegado la regla de los seis compases), que no es viable fijar la medida de la sustancialidad atendiendo *exclusivamente* a un baremo cuantitativo²⁷.

²⁶ Hemos visto cómo la jurisprudencia se apoya en este campo sobre la premisa de que plagiar supone copiar obras ajenas *en lo sustancial*, y que el concepto de plagio se refiere a *coincidencias estructurales básicas y fundamentales*, no a las accesorias. Vid. *supra* II.1. *Aproximación al concepto de plagio*, y en concreto la transcripción de parte del F. de D. 3.º de la STS (Sala 1.ª) de 28-1-1995.

²⁷ Los tratadistas americanos más prestigiosos sobre Derecho de autor [M. B. NIMMER y D. NIMMER, *Nimmer on copyright*, Matthew Bender & Co. Inc., Nueva York-Oakland, 1996,

Se hace pues necesario combinar la aproximación cuantitativa con una aproximación cualitativa a la noción de semejanza sustancial, de manera que el juzgador tendrá que verificar no sólo si la similitud afecta a un segmento cuantitativamente relevante de la pieza supuestamente plagiada, sino al mismo tiempo si se trata de una porción singular o meritoria de la misma.

No bastará por tanto que la copia se haya proyectado sobre un tramo relativamente largo de la pieza del demandante, si acaso dicho tramo no reviste ninguna relevancia cualitativa con respecto al conjunto de la composición, y viceversa, tampoco puede admitirse que haya copia sustancial por el hecho de estar afectada una célula más o menos característica de la pieza del demandante si acaso dicha célula tiene una extensión ínfima. Hay que huir particularmente de la valoración comparativa de pequeños fragmentos de ambas piezas, que pueden causar una falsa sensación de copia sustancial por acumulación. Una obra literaria no es plagio de otra porque pueda aislarse una suma de diversos fragmentos de ambas en los que aparezcan coincidencias afectantes a palabras o breves giros gramaticales (sería imposible enumerar todas las novelas que incorporan expresiones como «por la mañana», «tenía un presentimiento» o «la miró fijamente»), sino en la comprobación de que una obra presenta con otra semejanzas que afectan a una parte sustancial. Por lo mismo, en el campo musical, la constatación de plagio no puede depender de que dos canciones presenten similitudes de pequeña entidad relativas a células de unas pocas notas.

- c) *Que, por su parte, la obra del que demanda por plagio pueda considerarse*
- b) *original*

Una de las alegaciones que con mayor frecuencia sirve para dar al traste con las demandas por plagio musical, es la relativa a la falta de originalidad de aquellos elementos de la obra del demandante que éste sostiene haber sido plagiados.

En efecto, si la propia obra del demandante —o fragmento controvertido de la misma— carece de originalidad, no tiene sentido examinar la presencia de semejanzas sustanciales con la obra del demandado, pues no hay inconveniente en que la obra del demandado y la del demandante coincidan sustancialmente respecto de segmentos carentes de protección.

Lógicamente, la originalidad de la obra del demandante puede decaer o bien por hallarse muy próxima a elementos u obras pertenecientes al dominio público (v.gr., piezas del vocabulario musical, composiciones clásicas ya no

pág. 13/54], afirman que, a la vista de la evolución jurisprudencial en esta materia, la confianza de muchos compositores en que la utilización de seis compases de una obra ajena no constituye una infracción, sólo merece el calificativo de supersticiosa.

protegidas), o bien por asemejarse a su vez sustancialmente a otras obras todavía protegidas (a las que la doctrina francesa suele llamar «*anteriorités*»).

Consecuentemente, no hay plagio de ninguna clase, por más que se haya acreditado la existencia (o probabilidad razonable) de copia, y por más que se haya convenido en la presencia de semejanzas sustanciales, si las coincidencias se refieren a pasajes absolutamente simples o banales desde el punto de vista compositivo, células rítmicas o melódicas elementales pertenecientes al dominio público, y en general giros o frases musicales de uso corriente.

Tampoco cuando el pasaje coincidente se pueda encontrar repetido en otras obras anteriores a la pretendidamente plagiada, pues ello demostraría que el demandado no tuvo por qué tomar como referencia la pieza del demandante, sino antes bien que ambos dispusieron de fuentes comunes de inspiración, lo que sirve a desvanecer la hipótesis del plagio²⁸.

Nótese bien que, en todo caso, de lo que se tratará es de demostrar que el demandado no ha tenido que basarse necesariamente en la obra del demandante para confeccionar su composición, sino que ha podido servirse de material en el dominio público, o de obras aún protegidas pero pertenecientes a otros autores. Es decir, esta vía de defensa no ha de conducir a hacer un juicio paralelo sobre la originalidad de la obra del demandante, cuestión que en último extremo no es la que se trata de resolver.

4. INFRACCIONES DERIVADAS DEL PLAGIO

Una vez repasado qué ha de entenderse por plagio y cuáles son los factores que sirven para determinarlo tomando como referencia particular el sector de las obras musicales, hemos de apresurarnos a añadir que los problemas prácticos suscitados en sede de infracciones a los derechos de autor van más allá de la eventual acreditación de que determinado autor ha cometido un plagio de la obra de otro. Cuando alguien crea una obra, no suele proceder a una explotación directa de la misma, pues por lo común carece de los medios técnicos precisos para llevar a cabo las operaciones que las actividades de explotación requieren, sino que cede los derechos de autor a otros sujetos, profesionales y empresarios especializados en llevar a cabo las actividades propias de la explotación que pretenda acometer. A partir de ahí, una vez que la obra —musical, por ejemplo— ha sido introducida en el mercado,

²⁸ Es lo que se estimó en Italia, por la Corte de Apelación de Milán, en el conocido asunto que enfrentó a los intérpretes-compositores Al Bano y Michel Jackson. El primero acusaba al segundo de haber plagiado su pieza *I cigni di Balaka* en el tema *Will You Be There*. La Corte de Apelación de Milán, en un fallo de 12 de octubre de 1999, desestimó las pretensiones de Al Bano, teniendo en cuenta fundamentalmente la existencia de numerosas composiciones precedentes con las que la pieza del propio Al Bano guardaba una fuerte similitud, lo que redundaba en la falta de originalidad de los pasajes que, según aducía, habían sido copiados por Jackson. Vid. *Il Diritto di Autore*, 2000, núm. 1 (enero-marzo), págs. 127 y ss., y *pe. i. revista de propiedad intelectual*, núm. 6 (septiembre-diciembre 2000), págs. 144-145.

se abren para ella nuevas posibilidades de explotación que ni siquiera por vía de contratos de cesión pueden ser controladas por el autor. Se trata de las llamadas explotaciones secundarias (v.gr., emisión/transmisión por radio, televisión o hilo musical, comunicación en establecimientos abiertos al público de obras previamente radiodifundidas mediante la ubicación de aparatos con altavoces), susceptibles sólo de un control indirecto a través de las entidades de gestión.

Supuesto que la obra albergue en su seno un plagio, hay que averiguar qué responsabilidad les cabe a los cesionarios del plagiador: si responden en pie de igualdad con el *autor* cedente, a condición de establecer que supieron o debieron haber sabido la existencia del plagio; si se les hace responder de manera objetiva por el hecho de haber procedido a explotar en el mercado una obra de carácter plagiarario; si el sujeto afectado por el plagio debe demandar a todos cuantos de un modo u otro han intervenido en la explotación de la obra plagiararia, o por el contrario se aplican criterios de solidaridad entre los distintos infractores; si la responsabilidad también se extiende a quienes protagonizan meras explotaciones secundarias, autorizadas por las entidades de gestión.

4.1. *Acción de cesación y acción de indemnización de daños y perjuicios*

Una aclaración preliminar se hace necesaria, por cuanto la LPI pone en manos de los autores y otros titulares de derechos de propiedad intelectual dos acciones judiciales de naturaleza muy distinta, tanto por lo que respecta a la finalidad a la que cada una de ellas se endereza, como por lo que hace a los requisitos para que puedan prosperar. De una parte, la acción de cesación de la actividad ilícita (art. 139 LPI), de otra la acción de indemnización de daños y perjuicios (art. 140 LPI)²⁹.

La primera es una acción real que no pretende una tutela resarcitoria de los derechos vulnerados, sino que tiende a lograr la inhibición del infractor en su actividad usurpatoria, así como la remoción de los efectos de dicha actividad y los medios en ella empleados (v.gr., retirada/destrucción de ejemplares ilícitos, inutilización de matrices o planchas destinados a una reproducción ilícita). Se suele observar que su finalidad sería análoga a la de una acción reivindicatoria (obtener la *restitutio in integrum* del derecho que otro ejercita sin estar provisto de la oportuna titularidad), con las peculiaridades propias

²⁹ Vid., análogamente, los artículos 10 y 11 de la Directiva 2004/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, que contemplan las medidas de cesación y remoción aplicables en caso de infracción de derechos de propiedad intelectual, y el artículo 13 de esa misma Directiva, destinado a regular la acción de indemnización de daños y perjuicios. El artículo 12 admite que, como medida alternativa, y siempre que los Estados miembros lleguen a preverla, el titular afectado por la infracción opte por exigir una reparación pecuniaria en lugar de acudir a los mecanismos de cesación y remoción, aunque esta alternativa sólo será viable a condición de que el infractor no haya actuado dolosa ni negligentemente.

de la inmaterialidad del objeto sobre el que recaen los derechos de propiedad intelectual, lo que obliga a que la recuperación posesoria deje aquí paso a la cesación de la injerencia usurpatoria³⁰. Como corresponde a una acción de esta naturaleza, su prosperidad no depende de la existencia de un daño efectivo, ni por consiguiente es relevante elemento intencional alguno: la legitimación pasiva se conecta con la objetiva constatación de que el sujeto haya efectuado la actividad ilícita, sin necesidad de aplicar criterios subjetivos de imputación de la conducta, tales como el dolo o la culpa³¹.

A diferencia de la acción de cesación, la otra acción judicial que regula la LPI es una acción de responsabilidad, cuya finalidad es de tipo indemnizatorio. Mediante ella, el titular del derecho lesionado persigue la obtención de un resarcimiento por los daños que se le hayan irrogado. Más allá de ser repuesto en su derecho, el sujeto que ejercita la acción de la que habla el artículo 140 LPI pretende quedar indemne de los perjuicios derivados de la infracción. Como es propio de una acción de esta naturaleza, aquí sí es necesario acreditar la existencia de un daño, al tiempo que se aplicarán en principio criterios subjetivos de imputación de la responsabilidad³², por más que éstos

³⁰ Vid. A. CARRASCO PERERA, «Comentario al artículo 134 LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, pág. 1774; A. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, «Comentario al artículo 124 LPI», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART, tomo V, vol. 4.º-B, EDERSA, Madrid, 1995, págs. 634-635. La acción de cesación proporciona una tutela reintegradora que puede considerarse un instrumento en auge dentro del Derecho privado. Así, la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, ha introducido una acción de estas características en hasta ocho distintos cuerpos legales, desde la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios a la Ley de Crédito al Consumo, pasando entre otras por la Ley sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles o la Ley reguladora de los Viajes Combinados. En todos los casos se define la acción de cesación como aquella dirigida a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta contraria a la ley de que se trate y a prohibir su futura reiteración.

³¹ Vid. A. CARRASCO PERERA, «Comentario al artículo 134 LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, págs. 1746 y 1775. En palabras de A. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, «Comentario al artículo 124 LPI», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART, tomo V, vol. 4.º-B, EDERSA, Madrid, 1995, pág. 645, «[e]s *communis opinio* de la doctrina que el ejercicio de la acción de cesación no presupone la concurrencia de ningún requisito subjetivo por parte del infractor». En la misma línea se sitúa A. ARMENGOT VILAPLANA, *La tutela judicial civil de la propiedad intelectual, La Ley*, Madrid, 2003, pág. 292, cuando dice que «a diferencia de lo que ocurre con el ilícito penal, y con la pretensión indemnizatoria, es ajena a la calificación de una conducta como infracción civil de los derechos de propiedad intelectual, el conocimiento por parte del infractor, del carácter ilícito de la explotación».

³² En opinión de A. CARRASCO PERERA, «Comentario al artículo 133 LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, pág. 1746, mientras que «[l]a acción de tutela no se fundamenta en la culpa del infractor, sino en la abstracta usurpación de derechos protegidos», en cambio «sí se fundamenta en la culpa (entendida ésta, bien es cierto, con la amplitud que al efecto aplica la jurisprudencia del TS) la acción indemnizatoria del artículo 135 [actual art. 140]». Por su parte, A. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, «Comentario al artículo 124 LPI», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART, tomo V, vol. 4.º-B, EDERSA, Madrid, 1995, pág. 671, considera que «[l]a teoría general de la responsabilidad civil por actos propios exige como presupuesto de la indemnización por daños la concurrencia de un proceder doloso o culposo en el agente». Véase, igualmente, A. ARMENGOT

resulten después suavizados en virtud de presunciones de culpabilidad o inversiones de la carga de la prueba a favor del perjudicado³³.

Así pues, la alusión a la *responsabilidad por plagio* e infracciones derivadas de él nos aleja del ámbito de la acción de cesación, que en todo caso deberá prosperar contra cualquier sujeto, aunque no sea el causante de la infracción originaria, con tal de que se verifique objetivamente la existencia de usurpación. Lo que se diga a continuación con respecto a la exigencia o no de culpa del sujeto contra el que se dirija la acción por una infracción de derechos, debe entenderse en relación con la acción de indemnización, que es la única en la que acaso sea relevante ese factor: determinar hasta qué punto *responde* un sujeto como consecuencia de haberse producido un plagio o haber protagonizado una infracción encadenada al plagio, es tanto como averiguar en qué medida podrá tener éxito contra él la acción de indemnización de la que habla el artículo 140 LPI.

4.2. *Imputación de responsabilidad al sujeto plagio*

Ha quedado dicho que la LPI no contiene ninguna precisión a propósito de los criterios de imputación de la responsabilidad por infracciones a los derechos de autor. Sin embargo, sí se exige como requisito de protección de las obras la presencia de originalidad (art. 10 LPI). Más arriba hemos expuesto las razones por las que debe acogerse, en sintonía con nuestra jurisprudencia y la mejor doctrina, una concepción objetiva de originalidad. Consecuentemente, si lo único que debe tomarse en consideración a la hora de valorar la originalidad de una obra con respecto a otra es la objetiva semejanza o desemejanza entre ambas, sin incurrir en juicios sobre la intencionalidad o espontaneidad del autor que confeccionó la segunda obra, parece claro que a los autores se les aplica un estándar objetivo de responsabilidad por plagio, no valorándose su eventual buena fe, consistente en haber ignorado diligentemente que la obra en cuestión había sido creada anteriormente por otro sujeto.

No es que el ordenamiento asuma que un creador debe conocer de forma positiva todas y cada una de las obras que le han precedido, sino que se parte de la premisa de que en potencia ha podido conocerlas, y en presencia de semejanzas chocantes con relación a una obra preexistente en particular,

VILAPLANA, *La tutela judicial civil de la propiedad intelectual, La Ley*, Madrid, 2003, págs. 292 y 342.

³³ Como recuerda F. PEÑA LÓPEZ, en *Comentarios al Código Civil*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Aranzadi, 2001, pág. 2123, refiriéndose al requisito de la culpabilidad conforme al régimen general del responsabilidad civil extracontractual de los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil, «[l]a jurisprudencia ha objetivado por vía interpretativa el régimen del artículo 1.902, atenuando sobremanera e incluso suprimiendo la culpa mediante diversos expedientes técnicos: la inversión de la carga de la prueba de la culpa mediante la creación jurisprudencial de una presunción legal de culpabilidad».

se puede presumir que al menos ésta sí la había conocido³⁴. El sistema no puede funcionar de otro modo, pues debe insistirse en la imposibilidad de reconocer derechos de autor sobre un mismo objeto, o un objeto sustancialmente igual a otro, a favor de dos personas diferentes³⁵. Cabe decir que éste es el *riesgo* a que se expone, y con que debe contar de antemano, quien decide aplicarse a una tarea pretendidamente creativa, a saber: no llegar a alcanzar una creación original y tener que responder del plagio así cometido, quizás involuntariamente³⁶. En fin, la experiencia demuestra que por lo común quien actúa espontáneamente tiene muy pocas probabilidades de que su creación resulte ser sustancialmente idéntica a otra anterior, y viceversa, que cuando surge un plagio ello se debe a que el sujeto en cuestión ha tomado como referencia una creación preexistente.

4.3. *Imputación de responsabilidad a cesionarios que realizan explotaciones primarias de la obra plagiaria*

Trasladémonos a la fase en que la obra fruto del plagio pasa a ser comercializada por un sujeto distinto del que cometió el plagio, pero ligado con él a través de un contrato de cesión de derechos de autor. Naturalmente, si existe conocimiento del carácter plagiario, no hay duda de que el cesionario que explota los derechos sobre esa obra comete también una infracción de los derechos sobre la obra plagiada, infracción que será distinta e independiente de la que hubiera cometido el plagiador.

¿*Quid* si el cesionario que explota ciertos derechos sobre la obra fruto del plagio ignoraba que ésta no fuese original? Como siempre, esa buena fe no puede ser relevante más que si cabe considerarla diligente o excusable. El cesionario negligente no puede quedar exento de responsabilidad por ignorar algo (que la obra por él explotada era un plagio de otra) que debería haber sabido con arreglo a la diligencia que le fuera exigible.

Por lo que hace a la determinación de esa diligencia exigible, ciertamente en las relaciones entre particulares rige el estándar de la diligencia del buen padre de familia, principio que se proclama en el artículo 1.104 del Código Civil en el contexto de la diligencia requerida en el cumplimiento de las

³⁴ Sobre la noción de semejanzas chocantes y la relevancia de las mismas en orden a la determinación indirecta de una posibilidad razonable de acceso y por ende de copia, véase R. SÁNCHEZ ARISTI, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, ed. Comares, Granada, 1999, págs. 280-281.

³⁵ Permítaseme apuntar que es más que probable que existan multitud de derechos de autor que están cayendo *de facto* sobre creaciones que cabe considerar sustancialmente similares. Esto en sí no resulta problemático mientras que no lo sea a ojos de los interesados, y en concreto del titular de los derechos sobre aquélla de esas obras que sea anterior a las demás. Igual que cuando en el Registro de la Propiedad consta una finca doblemente inmatriculada a favor de titulares diferentes, el conflicto permanece en estado de latencia mientras un titular no reivin-dique su derecho frente al otro.

³⁶ A cambio el aspirante a autor tiene mucho que ganar: nada menos que la adquisición originaria de un derecho de exclusiva sobre un objeto nuevo surgido de su creación.

obligaciones, pero que es trasladable a la diligencia exigible en el marco de toda conducta potencialmente capaz de quebrar el genérico deber extracontractual de no causar daño a otro³⁷. Sin embargo, habida cuenta de que el sujeto protagonista de la explotación de la obra plagiaria será a buen seguro un empresario o un profesional, procederá la aplicación de un estándar profesionalizado de diligencia/culpa, de forma que en la práctica se agotará al máximo la diligencia y se deberá responder por una culpa muy leve, lo que *de facto* viene a equivaler a un sistema de responsabilidad objetiva o por riesgo³⁸.

No me atrevería a decir que la LPI contiene una presunción de que el cesionario de derechos de autor es un empresario o un profesional, pero sí que muchas de sus normas están concebidas explícita o implícitamente sobre la premisa de que así será en la generalidad de los casos. A este respecto basta con repasar la terminología que se emplea en muchos de los preceptos que disciplinan la transmisión en general de derechos de autor o los contratos de explotación especialmente tipificados (contrato de edición y contrato de representación teatral y ejecución musical). Así, el artículo 49.III *in fine* LPI, en sede de transmisión del derecho del cesionario en exclusiva, se refiere a la «empresa cesionaria»; el artículo 68.1.f) LPI, a propósito de la resolución del contrato de edición, habla de «la liquidación o cambio de titularidad de la empresa editorial»; los artículos 79 y 81 LPI, relativos a diversos aspectos del contrato de representación teatral y ejecución musical, aluden sin ambages a los «empresarios de espectáculos públicos» o al «empresario»; y por supuesto el artículo 51 LPI, que trata de la transmisión de los derechos del autor asalariado, no puede por menos que referirse a «la transmisión al empresario de los derechos de explotación de una obra creada en virtud de una relación laboral». Pero también resulta enormemente sintomático a este respecto el

³⁷ Vid. por todos, F. PEÑA LÓPEZ, en *Comentarios al Código Civil*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Aranzadi, 2001, pág. 2123.

³⁸ Dice A. CARRASCO PERERA, «Comentario al artículo 133 LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, pág. 1758, que «[l]a buena fe puede ser culpable o inculpable (...). En el primer caso, además de ser sujeto pasivo de la acción real del artículo 134 [actual art. 139 LPI], el infractor responderá de los daños en los términos del artículo 135 [actual art. 140 LPI]. El término «culpa» no requiere en este ámbito precisiones distintas a la propia culpa civil del artículo 1.104 del Código Civil. No existe positivamente un deber de diligencia (cuya infracción supone culpa) que lleve al extremo de obligar a todo agente en el mercado a procurarse el exacto conocimiento de los bienes que explota. Este principio de «agotamiento de la diligencia» sólo puede ser exigido en un modelo «profesional» de diligencia; en efecto, parece que el módulo de diligencia deberá ser más riguroso cuando se trate de sujetos cuya actividad empresarial consista precisamente en el comercio y explotación de obras del ingenio, rigor que en la práctica —y dado el estado de nuestra jurisprudencia— llevará a la exigencia de una responsabilidad objetiva». También A. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, «Comentario al artículo 124 LPI», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART, tomo V, vol. 4.º-B, EDERSA, Madrid, 1995, pág. 672, cree que se camina en este ámbito hacia un sistema de responsabilidad objetiva, y cita a este respecto el artículo 45 del Acuerdo ADPIC, en el seno de los Acuerdos del GATT hechos en Marrakech en 1994, según el cual los países miembros podrán facultar a las autoridades judiciales para que concedan una reparación en concepto de beneficios y/o un resarcimiento por perjuicios, aun cuando el infractor no supiera ni tuviera motivos razonables para saber que desarrollaba una actividad infractora.

artículo 55 LPI, que se refiere a la irrenunciabilidad de los beneficios que se otorgan en el Título V del Libro I de la LPI a los autores y a sus derechohabientes, norma que se comprendería mal si la contraparte del autor no fuese un profesional o un empresario.

Por otro lado, tampoco hay que echar en saco roto la constatación de que la única vez que se toma en consideración la posible buena fe de un sujeto en sede de acciones de protección de derechos de propiedad intelectual, no es con relación a quien ejerza derechos de explotación, sino respecto de quien ostente la mera tenencia con destino a usos personales de ejemplares comercializados por otros, a los efectos de su no devolución en el marco de una acción de cesación instada por el titular de derechos infringidos (art. 139.4.º LPI)³⁹.

En resumen, difícilmente un editor o el organizador de un espectáculo dramático-musical, por poner un par de ejemplos de cesionarios que desarrollan explotaciones primarias, van a poder argumentar con éxito su desconocimiento excusable del carácter plaguario de una pieza por ellos editada o representada, dada la pericia que se les supone con relación al elenco de actividades propias de sus respectivos gremios⁴⁰. En todo caso, la negligencia del cesionario podrá calibrarse en función de lo más o menos evidente que el órgano juzgador considere el plagio cometido, y si no para eximirle de responsabilidad, la menor culpa del cesionario podrá servir para modular la indemnización de daños y perjuicios a la que deba hacer frente⁴¹.

4.4. *Imputación de responsabilidad a sujetos que protagonizan explotaciones secundarias*

Consideraciones de signo muy distinto deben hacerse por lo que toca a los sujetos que protagonizan explotaciones secundarias, autorizadas no directamente por el autor o su causahabiente sino por las entidades de gestión a las que éstos se hallen adheridos. A salvo casos de utilizaciones singulares de obras que impliquen la necesidad de una autorización individualizada incluso para obras introducidas en el sistema de la gestión colectiva (art. 157.3 LPI), quienes obtienen una licencia general de utilización del repertorio de una

³⁹ Como recuerda el propio A. CARRASCO PERERA, «Comentario al artículo 133 LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, pág. 1758.

⁴⁰ Alude en este sentido, aunque de forma un tanto críptica, A. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, «Comentario al artículo 124 LPI», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART, tomo V, vol. 4.º-B, EDERSA, Madrid, 1995, pág. 672, al «sistema de presunciones establecido en la LPI». Igualmente se refiere al «empleo cada vez más frecuente —casi ineludible— de signos universalmente reconocidos y que de modo público y notorio simbolizan la existencia y la reserva de derechos de propiedad intelectual», consideración que, por lo que aquí interesa, tiene que ver no tanto con el conocimiento o ignorancia del plagio en sí, como con la titularidad y reserva de los derechos sobre la obra a la que el plagio pueda afectar.

⁴¹ Así lo cree A. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, «Comentario al artículo 124 LPI», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART, tomo V, vol. 4.º-B, EDERSA, Madrid, 1995, pág. 672.

entidad de gestión mediante autorización no exclusiva (vid. arts. 157.1 y 50.2 LPI, que se refieren a esta clase de autorizaciones), no pueden ser hechos responsables a través de la acción indemnizatoria. En el argot de la gestión colectiva se habla de «pequeños derechos» o de «obras de pequeño derecho» para referirse a estas licencias generales, en las que no es preciso recabar el permiso individualizado del titular, y para las que las entidades proporcionan una «gestión colectiva completa»⁴². Se gestionan conforme a licencias de pequeño derecho utilizaciones como la comunicación al público de obras musicales mediante el empleo de grabaciones fonográficas de las mismas, o la emisión seriada de obras a través de la radio y la televisión, mientras que precisan una licencia individualizada la representación escénica de una obra, su «sincronización» en la banda sonora de un film, o la primera grabación de la misma en un fonograma⁴³.

Pues bien, no cabe apreciar negligencia alguna en el comportamiento de quien se limita a obtener de una entidad de gestión una licencia general para pequeños derechos (v.gr., propietario de una discoteca autorizado para pinchar en ella sin restricciones las piezas que le interese), aunque suceda que alguna de las obras del repertorio de la entidad resulte ser plagaria de otra⁴⁴. Ciertamente, empíricamente, habrá efectuado la explotación de la obra resultado del plagio, pero al no haber recibido autorización para utilizar esa obra en particular, sino para explotar sin distinción todas las obras que genéricamente consten en el repertorio de la entidad de gestión de que se trate, no procede trasladarle el estándar de diligencia aplicable a los cesionarios que obtienen una transmisión singularizada de derechos de autor. En ausencia por tanto de contemplación contractual de una concreta creación cuya explotación se autorice, frente a este tipo de licenciarios sólo podrá articularse una acción

⁴² En contraste con ellas, las utilizaciones que sí requieren autorización individualizada por parte del titular se denominan «grandes derechos» u «obras de gran derecho», y respecto de ellas las entidades realizan sólo una «gestión colectiva parcial», es decir, se limitan a mediar entre el interesado y el titular de los derechos y a recomendar criterios para fijar las tarifas.

⁴³ A modo de ejemplo pueden verse los artículos 8.º-1 y 9.º-2 de los Estatutos de SGAE y las cláusulas segunda y cuarta, párrafo quinto, del contrato de adhesión a la misma. Para más detalles sobre la contraposición entre pequeños y grandes derechos en el ámbito de la gestión colectiva de obras musicales, así como a propósito de las distintas modalidades de explotación que requieren quedar bajo la cobertura de una autorización individualizada, me permito remitirme a R. SÁNCHEZ ARÍSTI, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, ed. Comares, Granada, 1999, págs. 110-111, 150, 179-181 y 331.

⁴⁴ Tampoco en la propia entidad de gestión, quien por su parte no explota derecho alguno, limitándose a intermediar en el *mercado* de los derechos de propiedad intelectual entre los titulares de derechos y los usuarios interesados en llevar a cabo las explotaciones. Las entidades de gestión son meras mandatarias que se dedican a administrar derechos por cuenta y en interés de terceros, por más que puedan actuar en nombre propio (vid. arts. 147 y 153.1 LPI). Las entidades no efectúan, ni se les puede exigir que realicen, un examen sobre la veracidad de las manifestaciones hechas por sus miembros a propósito de la autoría y originalidad de las obras cuya gestión les encomiendan. Se parte del presupuesto de que quien solicita adherirse a la entidad en calidad de autor, goza de semejante condición por aplicación del criterio que la Ley dispensa (art. 6 LPI). De lo contrario, si existiera alguna clase de inexactitud dolosa o falsedad en las declaraciones o documentos presentados por el interesado, se daría lugar (véase *ad exemplum* art. 12.2 de los Estatutos de SGAE) a cuantas consecuencias civiles y penales procedieran conforme al ordenamiento, aparte las posibles sanciones internas en el seno de la entidad.

de cesación, a menos que se pruebe en ellos un ánimo deliberado, esto es, un conocimiento efectivo de que la creación de referencia era plagaria de otra, hipótesis más bien inusual en la que también podría prosperar la acción de responsabilidad por daños.

Si, por el contrario, la utilización secundaria es de las que requiere una licencia de carácter individual (v.gr., sincronización de música para un *spot* publicitario), sí podrá establecerse que la diligencia en el caso obligaba al usuario a conocer el posible carácter plagario de la obra en cuestión. Así que la solución para quienes no efectúan una explotación primaria de la obra plagaria no es unívoca: en función de si su estatus de autorizados les viene dado conforme a los parámetros de la gestión colectiva completa, o con arreglo a una licencia *ad hoc* obtenida del propio autor o causahabiente, habrá posibilidades de que prospere contra ellos no ya sólo la acción de cesación, sino incluso la acción indemnizatoria.

4.5. *Pluralidad de sujetos infractores susceptibles de ser hechos responsables*

Un problema adicional se presenta cuando sean varios los sujetos protagonistas de la comercialización de la obra plagaria, siendo así que además reúnen la característica de ser cesionarios primarios del autor o licenciarios *ad hoc* para realizar una explotación de carácter secundario. En rigor pueden darse dos tipos de casos, dependiendo de si los sujetos involucrados desarrollan sus esfuerzos en común haciéndolos converger en una sola actividad de explotación, o si por el contrario cada uno desempeña por separado una modalidad de explotación distinta, o cuando menos autónoma, con respecto a la del resto, no existiendo entre ellos lazos jurídicos de sociedad, comunidad o cooperación, por más que uno haya podido ceder los derechos o autorizar a otro para llevar a cabo una explotación, en función a su vez de los derechos que el autor plagario le hubiera transmitido a él.

El primer grupo de casos se ejemplifica con dos sujetos que deciden llevar a cabo una coedición de la obra o una coproducción del fonograma en el que quede incorporada. Para ilustrar el segundo puede tomarse el caso de una obra musical plagaria que es primero editada por una editorial musical, grabada después en un fonograma previa la autorización *ad hoc* concedida al productor discográfico, e incorporada más tarde en la banda sonora de un film, igualmente a través de una licencia individualizada.

Como siempre que una pluralidad de sujetos se da cita en el marco de una relación obligatoria, en este caso derivada de la responsabilidad por una lesión de derechos de propiedad intelectual, debe averiguarse si todos ellos responden conjuntamente, y por consiguiente el perjudicado debe demandarlos a todos, si cada uno responde parcialmente, o si es posible aplicar criterios de responsabilidad solidaria.

Cuando una misma infracción sea cometida por dos o más sujetos cuyas acciones cristalizan en una sola actividad de explotación, la imposibilidad de determinar qué parte de culpa cabe a cada uno lleva a admitir que se apliquen los estándares de la responsabilidad solidaria, en beneficio del perjudicado y de acuerdo con la doctrina jurisprudencial imperante, que habla en estos casos de «solidaridad impropia»⁴⁵. En tal caso la relación jurídico-procesal quedará bien constituida con tal de demandar a cualquiera de los obligados, no siendo admisible la excepción de litisconsorcio pasivo necesario⁴⁶.

En cambio, no parece que esa misma solución deba aplicarse cuando nos hallemos ante sujetos que protagonizan cada uno de ellos infracciones independientes, a mayor abundamiento si tales infracciones se conectan con distintos derechos o modalidades de explotación, sin que haya por consiguiente una actuación conjunta desde el punto de vista causal. El perjudicado tendrá que demandar a todos y exigir a cada uno su tramo de responsabilidad, pues ninguno ha de responder, ni siquiera en el plano externo, por las infracciones cometidas por los restantes⁴⁷. Habida cuenta de que la obligación de indemnización de daños y perjuicios no consiste en la entrega de un cuerpo cierto, sino que es perfectamente susceptible de cumplimiento parcial (art. 1.151.I del Código Civil), la deuda se reputará dividida entre los diferentes deudores, no necesariamente en partes iguales ya que lo más probable es que *de la obligación resulte otra cosa* (art. 1.138 del Código Civil). Cada pretensión deberá pues seguir su propio curso procesal, a salvo que se produzca una acumula-

⁴⁵ Vid., entre otras, la STS (Sala 1.ª), de 2-11-1999 [RJ 1999, 7998], en cuyo F. de D. 2.º se afirma que la doctrina de la Sala relativa a la solidaridad impropia en la culpa extracontractual, se aplica cuando «se da pluralidad de agentes a los que alcanza la responsabilidad por ilícito culposo, con la convergencia de incidencia causal única, sin que sea posible individualizar los respectivos comportamientos y las derivadas responsabilidades». En el mismo sentido pueden verse las SSTS (Sala 1.ª) de 26-11-1993 [RJ 1993, 9142], F. de D. 2.º, y 19-7-1996 [RJ 1996, 5802], F. de D. 3.º Se hace eco de este estado de cosas R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario al artículo 1.137 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Aranzadi, 2001, pág. 1334, quien destaca «cómo doctrina y jurisprudencia se han inclinado por aplicar la solidaridad (se habla de *solidaridad impropia*) a los supuestos de indemnización por daños extracontractuales de los que responden varios sujetos, sin que sea posible cuantificar el grado de participación de cada uno de ellos en la causación del daño». Ídem, F. PEÑA LÓPEZ, en *Comentarios al Código Civil*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Aranzadi, 2001, págs. 2123-2124, si bien agrega este autor un matiz importante, al subrayar que la concurrencia de culpas sólo se dará «cuando son varias personas las que concurren, cada una con su actuación dañosa antijurídica y culpable, en la producción de un determinado perjuicio y *sin que ninguna de las acciones elimine la causalidad de las demás*» [énfasis mío].

⁴⁶ Vid. SSTS (Sala 1.ª) de 26-11-1993 [RJ 1993, 9142], 1-6-1994 [RJ 1994, 4568] y 31-1-1997 [RJ 1997, 254].

⁴⁷ Señala A. CARRASCO PERERA, «Comentario al artículo 133 LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, pág. 1758, refiriéndose a la pluralidad de sujetos pasivos en el ámbito de las lesiones a los derechos de propiedad intelectual, que «[l]a responsabilidad extracontractual se rige por el criterio jurisprudencial de solidaridad entre todos los causantes del daño», pero se apresura a puntualizar que «habrá solidaridad cuando los sujetos concurren en la infracción concreta del derecho de explotación o moral de que se trate. Pero *no debe existir solidaridad entre los causantes de infracciones autónomas e independientes a un determinado derecho de explotación*. Cada uno de éstos responderá por su propia infracción, y el titular podrá exigir tantas indemnizaciones, en la forma del artículo 135, cuantos hayan sido los actos de explotación» [énfasis mío].

ción de procesos a instancia de alguno de los interesados, lo que podrá ocurrir si acaso se aprecia, de conformidad con el artículo 76 LEC, que entre los objetos de los diferentes procesos existe tal conexión que, de seguirse por separado, pudieran dictarse sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes. Así pues, la no aplicación del régimen de la solidaridad entre los responsables de las diferentes infracciones, no aboca a la apreciación de un litisconsorcio pasivo necesario, antes bien la divisibilidad de cada deuda impide afirmar que «por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados», de donde no tendrán por qué ser demandados todos ellos como litisconsortes (vid. art. 12.2 LEC).

Tampoco ha lugar a aplicar las pautas de la responsabilidad por hecho ajeno, fuera de los casos —si se diesen— que contempla el artículo 1.903 del Código Civil. Asimismo, en ausencia de una norma explícita similar a la de la Ley de Ordenación de la Edificación, que coloca al promotor en una posición de garante en virtud de la cual se le obliga a responder solidariamente junto con todos los restantes agentes de la edificación por vicios o defectos de la construcción⁴⁸, no se puede transponer esta solución al ámbito de las infracciones de derechos de propiedad intelectual, acaso pretendiendo que el editor o algún otro de los cesionarios primarios del autor, o tal vez el autor mismo, sean aupados a una posición análoga. Cosa distinta será que, por no haber provocado la intervención procesal del sujeto del que se trajera causa, determinado sujeto infractor encuentre después problemas para repercutir en vía de regreso la responsabilidad asumida ante el perjudicado, pero esto conecta con aspectos que serán objeto de examen en otro epígrafe de este trabajo⁴⁹.

4.6. Enseñanzas de un caso particular: *Ego Musical, S. A. contra National Panasonic de España*

Resuelto por la STS (Sala 1.ª), de 11 de mayo de 1999⁵⁰, este caso reunía muchos de los ingredientes que han sido descritos en el planteamiento inicial de este estudio, y en él afloraron algunos de los aspectos problemáticos que hemos analizado. La demandante, Ego Musical, era representante en exclusiva para España de la editorial *Francis Day Songs*, la cual ostentaba los derechos sobre la pieza *Blue Moon*, original de Richard R. y Lawrence H., mientras que la demandada, Panasonic, había encargado a la empresa publicitaria

⁴⁸ El artículo 17.3 LOE indica primero que «cuando no pudiera individualizarse la causa de los daños materiales o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas sin que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la responsabilidad se exigirá solidariamente», para a continuación precisar que «[e]n todo caso, el promotor responderá solidariamente con los demás agentes intervinientes ante los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionados por vicios o defectos de construcción».

⁴⁹ Vid. *infra* III.4.7. *Responsabilidad contractual del cedente de los derechos sobre la obra plagaria*.

⁵⁰ RJ 1999, 3344 [reseñada en *pe. i. revista de propiedad intelectual*, núm. 3 (septiembre-diciembre 1999), págs. 148-149].

Lintas Barcelona la creación de un *spot* para anunciar televisores. Lintas, a su vez, encomendó a Classic & New, S. A., la música original para dicho anuncio, música que fue compuesta por los autores don Joan Enric G.B. y don Juan V. i S., los cuales cedieron sus derechos a Classic & New. Ego Musical alegaba el carácter plagitario del fondo musical del *spot* encargado por Panasonic y creado por Lintas con la música proporcionada por Classic & New. Ningún otro de los sujetos involucrados en el *spot*, excepto el anunciante, fue demandado por la subeditora de los derechos sobre *Blue Moon*.

A diferencia del supuesto con el que arrancaba este trabajo, no hubo aquí reclamación o al menos asunción extrajudicial de responsabilidad por parte de la empresa anunciante. En la contestación a la demanda, Panasonic hizo valer la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, la cual no fue estimada en primera instancia pero sí en apelación, grado en el que, absteniéndose de entrar a conocer del fondo del asunto, la Audiencia emitió un pronunciamiento absolutorio en la instancia. Ese fallo fue confirmado por el Tribunal Supremo, en el entendimiento de que la responsabilidad que se le exigía a Panasonic por haber encargado y utilizado un *spot* publicitario, cuyo fondo musical podría resultar plagitario respecto de otra creación, requeriría la previa declaración de que, en efecto, dicho fondo musical constituía tal plagio, declaración que no podía hacerse sin llamar al proceso a los autores del mismo, a fin de que éstos tuvieran la posibilidad de ser oídos y defender su posición.

Por mi parte disiento de este planteamiento, según el cual debe apreciarse en situaciones como ésta un litisconsorcio pasivo necesario entre el anunciante y los autores del fondo musical; ya lo he anticipado, y abundaré en ello en seguida. Pero lo más importante es que la sentencia no tenía necesidad de acudir a ese expediente, dado que con arreglo a los antecedentes de hecho habría sido en todo caso la agencia publicitaria (Lintas Barcelona), la cual no había sido demandada, la protagonista de la infracción, por ser quien había encargado la creación publicitaria⁵¹.

El Tribunal Supremo descartó —y en este punto su tesis sí es compartible— que quepa apreciar entre los agentes implicados sucesivamente en la creación y utilización del fondo musical una responsabilidad solidaria, similar a la que opera en materia de responsabilidad por vicios en la edificación, o de responsabilidad extracontractual cuando son varios los causantes del evento dañoso. Destaca la nítida afirmación del Alto Tribunal a propósito de que, en materia de responsabilidad derivada de una infracción de derechos de propiedad intelectual, «no existe ningún precepto, ni doctrina jurisprudencial alguna, que establezcan la solidaridad entre los autores de un plagio y los que posteriormente hagan uso de la obra plagaria» (F. de D. 6.^o)⁵².

⁵¹ A este respecto me remito a las consideraciones que haré *infra* IV.2. *El papel del anunciante y de la agencia publicitaria. El carácter de obras de encargo de los spots.*

⁵² A diferencia de otros sectores, donde el legislador sí ha querido establecer una responsabilidad solidaria entre todos los sujetos relacionados con una lesión a derechos de terceros. Así

Ya he señalado que, en mi opinión, la intervención procesal de sujetos de los que traiga causa el infractor demandado puede ser provocada, y de hecho deberá serlo si acaso el condenado por la infracción quiere luego repercutir en vía de regreso lo abonado a la(s) persona(s) de quien(es) traiga causa, señaladamente el autor, pero no me parece que esa intervención sea preceptiva ni que por tanto el juez deba apreciar la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario⁵³. Lo contrario me parece excesivamente gravoso para el perjudicado, al margen de contradictorio con el dato de que no puedan aplicarse los criterios de la responsabilidad solidaria entre los distintos agentes infractores, ya que si esto se debe a que las infracciones se consideran independientes las unas de las otras, no veo por qué el sujeto dañado debe verse obligado a demandar conjuntamente a quienes hayan protagonizado todas y cada una de esas infracciones. Si la responsabilidad es divisible, el perjudicado ha de poder dirigirse únicamente frente a alguno o algunos de los infractores. En general, todo titular de derechos de autor es libre de consentir unas invasiones de su derecho y no otras. Es más, el perjudicado puede considerar que la conducta a perseguir, por su mayor gravedad y reprochabilidad, es precisamente la de ese cesionario que no tiene empacho en comercializar una obra que supo o debería haber sabido que era plagaria, mientras que le puede parecer inocuo o menos digno de desaprobación el comportamiento del sujeto que concibió —quién sabe a causa de qué presiones— la obra plagaria⁵⁴.

4.7. *Responsabilidad contractual del cedente de los derechos sobre la obra plagaria*

Con independencia de la responsabilidad que los infractores de derechos de propiedad intelectual deban asumir en relación con el titular de los derechos infringidos, cuando la infracción se ha manifestado a través de diversas modalidades de explotación efectuadas a su vez por diferentes sujetos ligados entre sí por contratos de transmisión de derechos de autor o licencias no exclusivas de autorización, se hace necesario averiguar bajo qué condiciones el condenado en sede extracontractual como consecuencia de la demanda

sucede con las infracciones del derecho al honor, a la intimidad personal/familiar y a la propia imagen, de las que deberán responder en régimen de solidaridad tanto el autor del material lesivo, como el director, el editor y el impresor de dicho material, o el importador/distribuidor si el impreso es extranjero (art. 65.2 de la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta).

⁵³ Soy consciente de que esta solución puede conducir al pronunciamiento de sentencias contradictorias o mutuamente excluyentes, ya que en un segundo litigio contra otro de los sujetos que haya efectuado cierta explotación de la obra plagaria, el órgano judicial puede incurrir en apreciaciones divergentes por lo que a la constatación o no de plagio se refiere. Sin embargo, este resultado no está del todo excluido con lo sentado por el Tribunal Supremo en la sentencia ahora glosada, ya que, si nos fijamos, sólo afirmó la necesidad del litisconsorcio pasivo con relación a los autores, mas no respecto de otros sujetos, tales como la productora del *spot* o la agencia publicitaria, que habían realizado sus propias explotaciones de la obra controvertida y por tanto sus propias supuestas infracciones de los derechos del demandante.

⁵⁴ Quienes conocen el sector de la música para *spots* saben que por lo general los compositores no están interesados en crear piezas similares a otras ya existentes, sino que son los cesionarios que encargan el fondo musical quienes pretenden que se logre ese resultado imitativo. Claro que, cuando se transita tan cerca de la infracción, es fácil que se traspase la linde y se acabe dando algún paso en el terreno de lo ilícito.

interpuesta por el titular perjudicado, puede después articular con éxito una acción contra el sujeto con el que contrató la adquisición de los derechos, o del que obtuvo la autorización, lo que en teoría le permitía llevar a cabo la explotación en cuestión. Sería ésta una responsabilidad de naturaleza contractual, derivada del incumplimiento en el que habría incurrido el sujeto cedente o licenciante, como consecuencia de haber visto frustrado el goce pacífico de su derecho el cesionario o licenciataria, a quien un tercero haya vencido en juicio a propósito del carácter ilícito de la explotación por él realizada.

Una vez más, la Ley, en el Capítulo dedicado a las disposiciones generales en sede de transmisión de los derechos de autor (arts. 42 a 57 LPI), guarda silencio en lo que concierne a la posible garantía que el transmitente presta al cesionario en un contrato de este tipo. Sí existe alguna referencia a una obligación semejante en la regulación tanto del contrato de edición, como del contrato de representación teatral y ejecución musical. Así, respectivamente, los artículos 65.2.º y 77.2.º LPI colocan entre las obligaciones del autor cedente, la de responder ante el cesionario de la autoría y originalidad de la obra, y del ejercicio pacífico de los derechos que le hubiese cedido. Obligación, que lo es, del tipo de las de saneamiento por evicción, de tal modo que si el cesionario fuese después privado por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior al negocio de cesión, de todo o parte del derecho adquirido, podría exigir al autor cedente la correspondiente responsabilidad por incumplimiento de aquélla.

Al no existir una norma de estas características prevista con carácter general para las cesiones de derechos de autor, surge el interrogante de si esa garantía es extrapolable a cualquier otro contrato transmisivo, más allá del de edición y el de representación teatral, o si en cualquier caso cabrá aplicar a la transmisión *inter vivos* de derechos de autor las normas generales de los contratos y obligaciones contenidas en el Código Civil, algunas de las cuales (v.gr., la obligación de saneamiento en la compraventa) guardan un evidente paralelismo con el supuesto del que se está tratando. Me inclino, sobre todo, por esta segunda opción, no ya sólo porque la cláusula de supletoriedad del artículo 4.3 del Código Civil, así lo propicie⁵⁵, ni porque el artículo 429 del Código

⁵⁵ En particular, me parece indiscutible el valor supletorio de que gozan, en innumerables campos regidos por leyes especiales, las disposiciones del Código Civil en materia de obligaciones y contratos. Lo recuerda S. CAVANILLAS MÚGICA, «Comentario al artículo 48 LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, pág. 811, cuando al hilo de abordar el examen de la cesión en exclusiva de derechos de autor, señala que «en aplicación del artículo 4.3 del Código Civil, debe acudirse a las disposiciones generales del Código Civil sobre obligaciones y contratos, aderezadas con la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo sobre la cláusula de exclusividad en contratos de venta, suministro o comisión». También J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, *La cesión en exclusiva de derechos de autor*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, págs. 59-60, examina diversas remisiones implícitas que, acerca de los actos de disposición o la compraventa de derechos, podían detectarse en la LPI de 1879 con respecto a las normas del Código Civil. Afirma este autor que «en aquello que la LPI o demás leyes especiales no prevean, puede entenderse aplicables las normas de compraventa contenidas en el Código Civil». Si este punto de vista era válido para la vieja LPI de 1879 no veo mayor inconveniente en mantenerlo para la actual LPI. Es notorio que RODRÍGUEZ TAPIA es partidario de deslindar

Civil, precepto que traza la remisión a la Ley especial de propiedad intelectual, ordene que «[e]n casos no previstos ni resueltos por dicha ley especial se aplicarán las reglas generales establecidas en este Código sobre la propiedad»⁵⁶, sino porque son manifiestas las muchas lagunas de que la Ley de Propiedad Intelectual adolece, las cuales en no pocas ocasiones intentan ser paliadas por el propio legislador mediante el recurso a remisiones más o menos acotadas o explícitas a otras leyes, y singularmente al Código Civil⁵⁷.

En suma, todo cedente o licenciante de derechos de propiedad intelectual puede incurrir en responsabilidad contractual por incumplir la obligación de garantía, en virtud de la cual su cesionario o licenciatarario tiene derecho a no sufrir perturbaciones jurídicas en el disfrute de su derecho, o a ser convenientemente indemnizado en caso contrario. A falta de disposiciones específicas, esa obligación de garantía se ajustará a lo dispuesto en el Código Civil para el saneamiento por evicción en la compraventa (arts. 1.475 a 1.483 del Código Civil), que como se sabe marca condiciones muy estrictas para que dicha garantía pueda ser actuada por parte del comprador. Más adelante, al examinar en concreto el margen de responsabilidad que cabe exigir al editor musical en casos como el que viene siendo objeto de este estudio, profundizaré en el análisis de esas condiciones⁵⁸.

III. FONDOS MUSICALES PARA SPOTS: CONTRATACIÓN Y TITULARIDAD DE LOS DERECHOS

No es posible efectuar aquí un tratamiento exhaustivo de la contratación y adquisición de los derechos sobre los *spots* publicitarios, que en rigor no son más que una variante de obras audiovisuales, lo que significa que les

los conceptos de venta y cesión en exclusiva de derechos de autor (págs. 185 y ss.) inclinándose por negar que la venta de derechos sea acorde con el espíritu de la LPI (pág. 192), sin embargo [lo que no digo que sea incoherente] el mismo autor no duda en recurrir a remisiones y aplicaciones analógicas a la cesión de derechos de autor de numerosos preceptos del Código Civil, y en particular de preceptos pertenecientes al Capítulo de la compraventa (vid. págs. 268, 304 ó 307).

⁵⁶ Para RODRÍGUEZ TAPIA, salvas siempre las matizaciones que hice al final de la nota anterior, «las normas sobre compraventa, pero también sobre donación u otros títulos traslativos de dominio deben ser supletorias de las transmisiones de propiedad intelectual», lo cual justifica con apoyo en que el mandato del artículo 429 del Código Civil, «no impone un círculo restringido de normas aplicables supletoriamente. Las normas sobre propiedad son, a mi juicio, no sólo aquéllas que definen la situación jurídico-real y sus limitaciones (...), sino también las que regulan sus modos de adquisición». Vid. J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, *La cesión en exclusiva de derechos de autor*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, pág. 60.

⁵⁷ Sin ánimo exhaustivo cabe citar el artículo 7.º 4 LPI, que remite a las normas del Código Civil para la comunidad de bienes, a fin de completar, en lo no previsto, el régimen de las obras en colaboración; el artículo 42 LPI, que habla de la validez de «cualquiera de los medios admitidos en derecho» para operar la transmisión *mortis causa* de los derechos de autor; el artículo 53 LPI, que considera hipotecables los derechos de autor «con arreglo a la legislación vigente»; los artículos 69 y 82 LPI, que admiten que la extinción de los contratos de edición y representación teatral respectivamente pueda producirse «por las causas generales de extinción de los contratos»; o la Disposición Transitoria 14.ª, la cual se remite, a su vez, a las transitorias del Código Civil.

⁵⁸ Vid. *infra* IV.3. *Responsabilidad contractual del editor por la naturaleza plagaria de una pieza de su catálogo*.

serán de aplicación los preceptos que disciplinan esta categoría de creaciones (vid. arts. 86 a 94 LPI), en su caso con las especialidades pertinentes (vid. art. 90.6 LPI)⁵⁹.

Interesa sólo efectuar algunas aclaraciones por lo que se refiere a su modo de gestación y producción, del que se deducen ciertas características, en parte coincidentes con las de toda obra audiovisual, relacionadas con la adquisición y explotación de los derechos, e indirectamente con las eventuales infracciones y responsabilidades en que puedan incurrir los diversos sujetos que protagonizan la creación y comercialización del *spot*. Otras peculiaridades de las obras audiovisuales publicitarias vienen dadas por su destino eminentemente práctico, su corta duración, el carácter accesorio del fondo musical en ellas empleado y el fuerte grado de estandarización e imitación reinante en el sector.

1. LA SINCRONIZACIÓN DE OBRAS MUSICALES PREEXISTENTES EN SPOTS PUBLICITARIOS

Puesto que los *spots* son películas de corta duración con una finalidad publicitaria, les son aplicables las modalidades de gestación y producción típicas de las obras audiovisuales. Como es sabido, las obras audiovisuales son consideradas por la Ley como un subtipo de obras en colaboración (art. 87 LPI, que se remite al art. 7 LPI), cuya titularidad originaria corresponde a sus coautores⁶⁰, y cuya titularidad derivativa se presume cedida al productor en virtud del contrato de producción audiovisual (art. 88 LPI). Dado que la obra audiovisual puede incorporar obras o fragmentos de obras preexistentes, la Ley regula en segundo lugar el contrato de transformación audiovisual (art. 89 LPI), merced al cual el productor recaba, también con carácter presuntivo, los derechos sobre las obras adaptadas al film en la medida necesaria para llevar a cabo la explotación ulterior de la película. Sólo en el apartado de la remuneración debida a los autores de la obra audiovisual o de obras preexistentes a ella incorporadas, se aprecia una desviación del régimen aplicable a los *spots* con respecto al régimen general de las obras audiovisuales: los autores de filmes publicitarios no gozan de las modalidades de remuneración contempladas en los apartados 3 y 4 del artículo 90 LPI (vid. art. 90.6 LPI).

La banda sonora de una obra audiovisual, o el fondo musical de un anuncio publicitario, pueden haber sido compuestos para su incorporación *ad hoc* en el film/*spot*, o por el contrario pueden ser obras preexistentes que el productor

⁵⁹ Sobre las obras audiovisuales publicitarias véanse: A. GONZÁLEZ GOZALO, *La propiedad intelectual sobre la obra audiovisual*, Comares, Granada, 2001, págs. 202-213; C. SÁIZ GARCÍA, «Las obras audiovisuales de carácter publicitario en el derecho de autor», en *Actas de Derecho Industrial*, 1998, págs. 245 y ss.; N. PÉREZ DE CASTRO, «Las obras publicitarias en el ámbito de la propiedad intelectual. Su específica referencia en el artículo 90», en *pe. i. revista de propiedad intelectual*, núm. 2 (mayo-agosto 1999), págs. 65-78.

⁶⁰ Que serán el director-realizador, los autores del argumento, la adaptación, el guión y los diálogos, y los autores de las composiciones musicales, con o sin letra, creadas especialmente para la obra. El elenco de posibles coautores de la obra audiovisual constituye en la legislación española un *numerus clausus*.

pretenda incorporar a su película⁶¹. En el primer caso el productor obtendrá los derechos en el marco del contrato de producción audiovisual, mientras que en el segundo deberá suscribir un contrato de transformación con los titulares de los derechos sobre la pieza o piezas musicales que le interesen. A esta segunda modalidad de contratación/explotación de la música, en la que las composiciones no han sido creadas específicamente para la ocasión, se la conoce como «sincronización»⁶².

La sincronización debe catalogarse como un supuesto de transformación, y no de mera reproducción, dado que por medio de ella el discurso sonoro de una obra musical resulta asociado o superpuesto al discurso visual de una secuencia creativa de imágenes⁶³. En consecuencia, la sincronización audiovisual de obras musicales preexistentes queda al margen del régimen general de contratación obligatoria de las entidades de gestión colectiva, rigiéndose por un sistema de licencias individuales a las que tiene que prestar consentimiento *ad hoc* el titular de los derechos, ya sea el autor o el editor⁶⁴. En España, la cláusula cuarta, párrafo quinto, del contrato de adhesión de nuevos socios a SGAE, prevé que —entre otros supuestos— para la sincronización de una composición musical en una obra audiovisual, la entidad deba recabar previamente el consentimiento del titular de los derechos, quien podrá negarlo. Sería éste, sin duda, uno de esos casos de utilización singular de una obra, que requiere autorización individualizada de su titular (vid. art. 157.3 LPI y art. 9.º-2 *in fine* de los Estatutos de SGAE).

⁶¹ Se habla en el primer caso de banda sonora [o de fondo musical] *original* (B.S.O.), sin que con ello pretenda connotarse que las piezas musicales preexistentes incorporadas posteriormente a la banda sonora de un film carezcan de originalidad.

⁶² El término «sincronización» no es empleado por la LPI, sino que pertenece al argot de la gestión colectiva. Se aplica a la modalidad de explotación de una obra musical preexistente que consiste en incorporarla dentro de la banda sonora de una película. Sobre la sincronización, vid. R. SÁNCHEZ ARISTI, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, ed. Comares, Granada, 1999, págs. 328-331 y 376-377.

⁶³ Ese cambio de contexto expresivo al que la obra queda sometida va más allá de la simple reproducción en un soporte creativamente neutro, como es en cambio el fonograma. La sentencia de la AP de Madrid de 2-7-2002 [AC 2002, 2129], F. de D. 5.º [reseñada en *pe. i. revista de propiedad intelectual*, núm. 14 (mayo-agosto 2003), págs. 148-149], refiriéndose a la sincronización o incorporación de una composición musical en un soporte audiovisual, la califica como modalidad de explotación que constituye «un supuesto cualificado de reproducción, próximo a la transformación, para la que debe recabarse previamente el consentimiento del titular de los derechos».

⁶⁴ Lo explica bien la sentencia de la Corte de Casación italiana de 23-11-1999, *Il Diritto di Autore*, 2000, págs. 238 y ss. [reseñada en *pe. i. revista de propiedad intelectual*, núm. 6 (septiembre-diciembre 2000), págs. 142-143], que confirma en todo el fallo de la Corte di Apello de Milán de 14-4-1998, *Il Diritto di Autore*, 1998, pág. 512 [reseñada en *pe. i. revista de propiedad intelectual*, núm. 1 (enero-abril 1999), pág. 205]. La entidad Reti Televisive Italiane había utilizado, para su inclusión en un *spot* de autopromoción emitido por sus tres cadenas, un soporte fonográfico que contenía varios fragmentos musicales cuyos derechos ostentaba la filial italiana de EMI. La Corte recuerda que esa forma de utilización de piezas musicales, así como de los fonogramas donde se encuentren grabadas, exige una autorización individualizada del titular de los derechos, sin que a ello sea óbice que el usuario en cuestión haya concertado un contrato general de radiodifusión de las obras que componen el repertorio de la SIAE, puesto que la inserción de una obra musical dentro de un vídeo publicitario excede de los contornos de dicho contrato general.

Cuestión distinta es que la sincronización no consentida, por cierto relativamente frecuente en el ámbito de la creación de *spots* publicitarios⁶⁵, pueda llegar a afectar a los intereses morales del autor de la música sincronizada⁶⁶.

A la vista de lo señalado, toda vez que un productor audiovisual se haya provisto de la licencia individualizada para incluir en un *spot* determinado fondo musical, normalmente de manos del editor musical a quien el autor hubiese transmitido antes sus derechos, se presumirán cedidos a favor de aquél los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, así como los de doblaje o subtítulo (vid. art. 89.1 en relación con el art.º 88.1.I LPI), quedando en manos del autor (léase editor) los derechos de explotación en forma gráfica y representación escénica, así como la facultad de disponer de la obra preexistente para incorporarla a otra obra audiovisual a los quince años de haber puesto su aportación a disposición del productor (art. 89.2 LPI).

Ahora bien, este papel catalizador de la productora audiovisual, que se ajusta bien al esquema de las obras audiovisuales ordinarias, aparece distorsionado en el ámbito de las obras audiovisuales publicitarias, pues entonces la labor organizativa del productor queda a su vez absorbida dentro de un interés empresarial superior, cual es el de la agencia publicitaria, y en último extremo el del anunciante.

⁶⁵ Se refieren a supuestos de sincronización no consentida de piezas musicales en anuncios publicitarios, en Italia, las sentencias de la Corte Suprema de Casación de 2-6-1998, *Il Diritto di Autore*, 1999, § 17 [reseñada en *pe. i. revista de propiedad intelectual*, núm. 4 (enero-abril 2000), pág. 166] y 23-11-1999, *Il Diritto di Autore*, 2000, págs. 238 y ss. [reseñada en *pe. i. revista de propiedad intelectual*, núm. 6 (septiembre-diciembre 2000), págs. 142-143], y la sentencia de la CA Milán de 28-5-1999, *Il Diritto di Autore*, 1999, págs. 594 y ss. [reseñada en *pe. i. revista de propiedad intelectual*, núm. 6 (septiembre-diciembre 2000), págs. 143-144]. En Francia puede verse el fallo de la CA París de 28-6-2000, *RIDA*, núm. 187 (enero-abril 2001), págs. 326 y ss. [reseñado en *pe. i. revista de propiedad intelectual*, núm. 7 (enero-abril 2001), pág. 150]. En España está el caso resuelto por sentencia de la AP de Madrid de 2-7-2002 [AC 2002, 2129], F. de D. 5.º [reseñada en *pe. i. revista de propiedad intelectual*, núm. 14 (mayo-agosto 2003), págs. 148-149].

⁶⁶ Así se planteó por los demandantes, aunque sin éxito, en el caso resuelto en Italia por la sentencia de la Corte Suprema de Casación de 2-6-1998, *Il Diritto di Autore*, 1999, § 17 [reseñada en *pe. i. revista de propiedad intelectual*, núm. 4 (enero-abril 2000), pág. 166], la cual estimó que, más allá del daño patrimonial derivado de la sincronización no consentida del fragmento de una ópera en un *spot* publicitario, no cabía estimar que la finalidad comercial de la utilización o la reducida dimensión de la obra audiovisual en cuestión, determinasen por definición un daño moral al honor del autor o a la integridad de su obra. Algo similar concluyó la CA París en su sentencia de 28-6-2000, *RIDA*, núm. 187 (enero-abril 2001), págs. 326 y ss. [reseñada en *pe. i. revista de propiedad intelectual*, núm. 7 (enero-abril 2001), pág. 150], donde se estima que la modificación de frases del texto originario de una canción empleada con finalidad publicitaria no comporta una lesión al derecho moral de sus autores. En cambio, una sentencia posterior de la propia CA París, de 19-9-2001, *RIDA*, núm. 191 (enero-abril 2002), pág. 303 [reseñada en *pe. i. revista de propiedad intelectual*, núm. 12 (septiembre-diciembre 2002), págs. 122-123], sí apreció, aunque sin un razonamiento profuso, que la sincronización no autorizada de dieciséis composiciones del conocido artista Jacques Brel en una película explotada mediante su distribución videográfica, constituía un atentado al derecho moral a la integridad de las citadas obras.

2. EL PAPEL DEL ANUNCIANTE Y DE LA AGENCIA PUBLICITARIA. EL CARÁCTER DE OBRAS
2. DE ENCARGO DE LOS SPOTS

Las posiciones que anunciante y agencia publicitaria ocupan en torno a la titularidad y explotación de las obras publicitarias, incluso el régimen jurídico mismo de esta clase de creaciones, son cuestiones que aparecen contempladas, por más que sea de manera exigua, no en la Ley de Propiedad Intelectual sino en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (LGP). A los efectos de esta Ley se entiende por anunciante la persona natural o jurídica en cuyo interés se realiza la publicidad, y por agencia de publicidad la persona natural o jurídica que se dedique profesionalmente y de manera organizada a crear, preparar, programar o ejecutar publicidad por cuenta de un anunciante (art. 10 LGP)⁶⁷.

Anunciantes y agencias de publicidad son los sujetos llamados a celebrar los contratos publicitarios, respecto de los cuales la LGP ofrece primero algunas disposiciones generales (arts. 9 a 14), para después tipificar hasta cuatro categorías distintas: publicidad, difusión publicitaria, creación publicitaria y patrocinio (arts. 15 a 24). En virtud del contrato de creación publicitaria una persona se obliga, a cambio de una contraprestación, a idear y elaborar a favor de un anunciante o agencia publicitaria un proyecto de campaña publicitaria, una parte de la misma o cualquier otro elemento publicitario (art. 22 LGP). De las creaciones publicitarias dice el artículo 23 LGP que «podrán gozar de los derechos de propiedad industrial o intelectual cuando reúnan los requisitos exigidos por las disposiciones vigentes», añadiéndose que los derechos de explotación sobre tales creaciones se presumirán, salvo pacto en contrario, cedidos en exclusiva al anunciante o agencia, en virtud del contrato de creación publicitaria y para los fines previstos en el mismo.

Tenemos, pues, que el contrato de creación publicitaria, enfocando ahora el caso de que dé lugar a una creación susceptible de protección por el derecho de autor, responde al esquema de los contratos de encargo de obra, pues la Ley dice que con base en este contrato el creativo *se obliga a idear y elaborar* el elemento publicitario de que se trate, de donde se deduce que dicho elemento no preexiste a la celebración del contrato entre las partes. La LPI no ha regulado la figura del encargo de obra intelectual, pero parece razonable que el resultado en estos casos sea precisamente el que dispone la LGP para las creaciones publicitarias: la transmisión de los derechos de explotación al comitente, salvo pacto en contrario, y con el alcance que sea pertinente a los fines previstos en el contrato⁶⁸.

⁶⁷ Por «publicidad» hay que entender, de acuerdo con el artículo 2 LGP, «toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones».

⁶⁸ J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, *La cesión en exclusiva de derechos de autor*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, págs. 159-160, intenta paliar la ausencia de una norma general

El adquirente de los derechos de explotación sobre la creación publicitaria puede ser tanto el anunciante como la agencia publicitaria, dado que la Ley no prejuzga cuál de los dos es quien está llamado a celebrar el contrato con el creativo publicitario. El artículo 22 LGP habla de que «anunciante o agencia» podrán aparecer como acreedores de la prestación del creativo, y consiguientemente el artículo siguiente señala que los derechos sobre la creación se presumirán cedidos *iuris tantum* a favor del uno o de la otra. Y es que el anunciante puede o no acudir a los oficios de una agencia para que ésta organice su publicidad, de ahí que, dependiendo del caso, sea el anunciante mismo o por el contrario la agencia, quien celebre el contrato de creación publicitaria. Va de suyo que si el anunciante opera a través de una agencia, es ésta la que celebrará el contrato de creación publicitaria y a ella irán a parar de manera presunta los derechos de explotación sobre dicha creación una vez realizada.

Así las cosas, en supuestos como el que planteaba al comienzo del estudio, en los que la empresa anunciante no organiza ni ejecuta su propia publicidad, dicha empresa no adquiere ni explota derechos de autor sobre el *spot* publicitario, sino que es la agencia la que recaba tales derechos merced al encargo hecho a la productora del anuncio. *Carece pues el anunciante en esos casos de idoneidad para ser calificado como infractor de derechos de un tercero*, cuando eventualmente ocurra que el *spot* constituya o albergue en su seno una creación plagaria⁶⁹.

Podría pensarse que lo dispuesto en el artículo 13 LGP constituye un obstáculo a la anterior conclusión. De conformidad con ese precepto, en los contratos publicitarios no podrán los contratantes incluir cláusulas de exoneración, imputación o limitación de la responsabilidad frente a terceros en que puedan incurrir las partes como consecuencia de la publicidad. Naturalmente, lo que no puede querer decir esta norma es que las partes tienen vedado otorgar eficacia frente a terceros a las cláusulas de modulación de la responsabilidad en que los contratantes puedan incurrir como consecuencia de la publicidad, ya que es un principio general que para los terceros los contratos son *res inter alios acta*, y en consecuencia ninguna obligación o merma de un derecho subjetivo puede derivarse para un sujeto como consecuencia de un contrato al que no haya prestado su consentimiento (art. 1.257 del Código Civil).

sobre el encargo de obra intelectual en la LPI. En su opinión, se debe partir de la premisa de que la transmisión de derechos al comitente no se presume, sino que ha de desprenderse del contrato firmado entre comitente y autor. No obstante —aclara RODRÍGUEZ TAPIA— dicho contrato no sólo se compone de las cláusulas expresamente pactadas, «sino de la voluntad de las partes, expresada por actos inequívocos, por actos coetáneos o posteriores (art. 1.282 del Código Civil) y sobre todo, por aquella finalidad del contrato que haga eficaces las cláusulas».

⁶⁹ Por eso disenta antes de la STS (Sala 1.ª) de 11-5-1999 [*caso Panasonic*], puesto que al Tribunal le habría bastado con proclamar la falta de legitimación pasiva del anunciante, sin necesidad de afirmar la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario con los autores. Por lo mismo considero plausible en cambio la solución de la SAP de Madrid de 2-7-2002 [AC 2002, 2129], a la que me refiero a continuación en el texto. Cuanto más avanzamos en nuestro estudio, menor lógica jurídica se advierte en el comportamiento del hipotético anunciante que fue descrito en el planteamiento inicial de este trabajo.

El artículo 13 LGP se está refiriendo a la eficacia *inter partes* de ese tipo de cláusulas de modulación de la responsabilidad, y lo que significa es que ningún contratante puede pretender desplazar sobre el otro la responsabilidad que acaso incumba al primero de resultados de la actividad publicitaria⁷⁰. Contempla el plano de las relaciones internas entre los contratantes a la hora de liquidar o compensar, si corresponde, las responsabilidades que toquen a cada uno una vez haya sido asumida *ad extra* la obligación de indemnizar. Téngase en cuenta que el precepto se aplica a todos los contratos publicitarios, no sólo al de creación publicitaria. Téngase en cuenta, asimismo, que el anunciante no siempre es parte en estos contratos, y que en particular no tiene por qué serlo en el de creación publicitaria. A lo que a nosotros interesa, lo dispuesto en el artículo 13 LGP serviría para evitar que la agencia publicitaria (o el anunciante, si fuera el caso de que es parte en el contrato de creación publicitaria), logre descargarse de responsabilidad en perjuicio del elaborador de la creación publicitaria (v.gr., productora de un *spot*), y viceversa, cuando resulte que la creación en cuestión lesiona derechos de propiedad intelectual de un tercero. Pero la norma no establece una responsabilidad solidaria del anunciante en todo caso, haya sido o no parte en el contrato de creación publicitaria, ni por consiguiente puede decirse que el anunciante desempeñe —como lo hace el promotor en el ámbito de la edificación— una función de garante de cara a cubrir frente a terceros, las responsabilidades derivadas de la publicidad que haya sido desarrollada por cuenta suya.

Esto lo vio claro la sentencia de la AP de Madrid de 2-7-2002⁷¹, en un caso que no era de plagio pero sí de utilización no consentida del fondo musical de un anuncio. La empresa Reckitt & Colman, a la sazón anunciante, había encargado a la agencia publicitaria B.D.D.P. Mancebo Okaye la creación de un *spot* relativo a uno de sus productos. La agencia, por su parte, encomendó a otra entidad la sincronización en el anuncio de una canción, cuyos derechos de explotación pertenecían en exclusiva a la demandante, Peer Music Española. Aunque el anuncio no gustó al anunciante, y en consecuencia no fue utilizado para su difusión por los canales publicitarios habituales, la agencia publicitaria decidió presentarlo a un Festival de Cine Publicitario, dándose la circunstancia de que, con motivo del reportaje que se elaboró para cubrir la información sobre ese Festival, TVE llegó a emitir un fragmento del anuncio en cuestión. La demanda, dirigida tanto frente a la agencia publicitaria como frente al anunciante, fue desestimada en primera instancia pero no en apelación, donde la Audiencia consideró que, puesto que la sincronización de la música se había hecho sin permiso del titular y la exhibición del anuncio en el Festival merecía ser tildada de comunicación pública, y por consiguiente de explotación, la agencia de publicidad debía ser condenada

⁷⁰ Fundamentalmente por ser esta ilícita en alguna de las variantes reguladas por la propia LGP: lesiva de derechos y valores constitucionales, atentatoria contra la dignidad de la persona, engañosa, desleal o subliminal. Difícilmente cabe pensar que la norma del artículo 13 LGP está concebida con miras a otra clase de responsabilidad consecuencia de la publicidad.

⁷¹ La cual ya ha sido mencionada *supra*. Vid. AC 2002, 2129 [reseñada en *pe. i. revista de propiedad intelectual*, núm. 14 (mayo-agosto 2003), págs. 148-149].

por la infracción de los derechos de autor correspondientes a la demandante. Sin embargo, la anunciante fue absuelta, al considerarse que no había sido responsable de la infracción.

3. LA BAJA ORIGINALIDAD Y SUS CONSECUENCIAS

Es un tópico extendido que en el panorama actual de la propiedad intelectual impera un nivel muy bajo de originalidad⁷², dado que la mayoría de las creaciones son fruto de procesos fuertemente industrializados, lo que las convierte en productos de rápida elaboración, correspondida luego con un igualmente célere consumo. En este contexto los autores no suelen desplegar —pues ni se les exige ni se les concede suficiente tiempo para ello— una tarea intelectual especialmente ardua ni meritoria. Los resultados, como no podría ser de otra manera, tienden a la estandarización: casi ninguna obra presenta rasgos demasiado caracterizadores, y el nivel de banalización general va en aumento.

Si esto sucede en todos los ámbitos de la creación, me atrevería a decir que la tendencia se agudiza en el caso de la música, donde se vive un proceso de fabricación casi mecánica de las composiciones, las cuales tienen ciclos de explotación muy breves. Súmese un volumen frenético de producción musical, unas composiciones de duración media bastante breve y de estructura armónico-melódico-rítmica simple, unos escasos conocimientos técnicos, como son los exigidos para *componer* una de estas creaciones, y conclúyase si no es lógico que las obras resultantes posean un exiguo nivel de originalidad.

En el campo de la música para *spots* la situación se presenta con matices que tienden a agravarla, dado que los fondos musicales de los anuncios constituyen sólo un elemento más, normalmente accesorio, de los mismos. La brevedad del anuncio, y el que la música deba dejar espacio al mensaje publicitario propiamente dicho, tampoco ayudan a elevar el nivel de originalidad de este tipo de composiciones. A ello se une que las agencias de publicidad se mueven entre dos extremos que en modo alguno favorecen la originalidad de los fondos musicales para los *spots*: o bien los consideran un mero relleno sin importancia, o bien pretenden que se parezcan lo más posible a determinadas composiciones famosas, los derechos sobre las cuales en cambio no quieren o no pueden permitirse pagar.

El bajo nivel de originalidad imperante en este sector, a mi modo de ver, tiene dos consecuencias principales: *a)* será proporcionalmente más difícil llegar a determinar la existencia de un plagio, dado que a niveles más bajos de originalidad es menos viable establecer que una segunda creación es copia de la ante-

⁷² Vid. por todos, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La obra», en *Manual de propiedad intelectual*, coordinado por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 55-57.

rior en lugar de ser creación independiente⁷³; b) será proporcionalmente más difícil establecer que el cesionario infractor, que recibe sus derechos del plagia-
dor, ha sido negligente a la hora de efectuar su explotación de la obra plagia-
ria, pues cuando se trabaja con niveles bajos de originalidad es más aceptable apre-
ciar buena fe en quien cree que una creación no es plagio de otra anterior, sien-
do ambas muy similares pero también muy poco originales⁷⁴.

IV. EL EDITOR MUSICAL: GARANTÍAS Y RESPONSABILIDADES

1. EL ROL DEL EDITOR MUSICAL EN LA EXPLOTACIÓN DE LAS OBRAS MUSICALES Y EL 1. CONTRATO DE EDICIÓN MUSICAL

El editor musical aparece situado, dentro del *iter* de explotación de las obras musicales, como el cesionario primario y prácticamente global de los derechos de autor sobre las mismas. A través del contrato de edición musical, que se rige por lo dispuesto para el contrato de edición en general (arts. 58 a 70 LPI), con las especialidades marcadas en el artículo 71 LPI, los editores musicales obtienen de manos del autor una amplia transmisión de los derechos de explotación sobre las obras objeto del contrato, ya que junto a los derechos de reproducción y distribución, contenido estándar de todo contrato de edición, el editor musical se hace ceder el derecho de comunicación pública⁷⁵.

Si bien en origen su labor, a semejanza de la del editor literario, pudo consistir en la elaboración y distribución de ejemplares gráficos de las obras que editaba, la tendencia de las obras musicales de ser explotadas a través de la comunicación al público, y más tarde el desarrollo de los soportes sonoros (fonograma), que a su vez propiciaron nuevas formas de comunicación al público, abocaron al editor musical hacia un papel más bien equivalente al de *manager* o agente de los compositores cuyas obras nutren su catálogo. En la actualidad puede decirse que la obligación que el editor musical asume en virtud del contrato de edición musical, es no tanto una obligación de resultado relativa a la fabricación y distribución de un cierto número de ejemplares gráficos de la obra objeto del contrato, cuanto una obligación de medios, consistente en la búsqueda del máximo posible de oportunidades de explotación de la obra en cuestión (suscitando el interés de las compañías discográficas por grabarla, de los empresarios de salas de conciertos por comunicarla

⁷³ Me remito de nuevo a la cita de R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO transcrita *supra*, nota núm. 21.

⁷⁴ Y si tal vez esto no sirva para exonerarle por completo de responsabilidad, quizá sí pueda valer para justificar la imposición de una responsabilidad atenuada ex artículo 1.103 del Código Civil.

⁷⁵ Dado que las obras musicales, a diferencia de las literarias, tienen una fuerte vocación de ser comunicadas al público, el editor musical posee interés en participar de los rendimientos procedentes de esa forma de explotación. Para un análisis relativamente pormenorizado de la figura del editor musical y de las especialidades del contrato de edición musical, me permito remitirme, una vez más, a la parte correspondiente de mi monografía, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 1999, págs. 120-132.

en vivo, de las emisoras radiofónicas por emitirla, o de las productoras audiovisuales por incorporarlas a un film cinematográfico o a un *spot* publicitario). A menudo el editor musical actúa como un comitente para el que los compositores realizan sus obras bajo encargo, normalmente sobre la base de peticiones previamente formuladas al editor por un tercero (v.gr., productora audiovisual de un *spot*).

Así las cosas, los editores musicales, merced a su infraestructura empresarial, se colocan intermediando entre los compositores y toda la vasta gama de empresarios interesados en utilizar las obras por ellos compuestas. Con los autores suscriben el contrato de edición musical, que normalmente propicia una cesión de derechos casi global, en exclusiva y sin límites temporales ni espaciales, y con el resto de sujetos concierta una licencia de utilización de las piezas, normalmente para una modalidad de explotación concreta, no en exclusiva y acotada tanto espacial como temporalmente. Muchas de estas licencias se tramitan a través de las entidades de gestión colectiva de las que forman parte los editores musicales, pues se refieren a utilidades masivas imposibles de controlar caso por caso (v.gr., la comunicación pública de obras musicales por radio, en discotecas y salas de baile, mediante hilo musical, o a través de receptores de radio/televisión instalados en locales abiertos al público). Otras, en cambio, se mantienen como licencias individualmente concedidas, entre ellas la relativa a la sincronización de una pieza musical en la banda sonora de una película o de un anuncio publicitario.

2. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL EDITOR POR LA NATURALEZA PLAGIARIA DE 1. UNA PIEZA DE SU CATÁLOGO

2.1. *Responsabilidad por infracción de derechos de propiedad intelectual*

Centrándonos precisamente en esta modalidad de explotación, y en las licencias a ella relativas, y ante la eventualidad de que un editor musical pueda ser reclamado por el hipotético carácter plagario de una de las composiciones que edita, respecto de la cual haya autorizado la sincronización para un *spot* publicitario, debemos interrogarnos en qué medida debe el editor responder frente a los titulares del tema plagiado.

La respuesta, toda vez que la existencia del plagio haya quedado judicialmente constatada, es lógicamente afirmativa, pues si bien el causante originario del plagio es el autor de la composición plagaria, el editor musical puede ser hecho responsable por haberse dedicado a explotar dicha composición. La responsabilidad extracontractual del editor, frente al autor o derechohabientes del tema plagiado, se hará depender del requisito de la culpa o negligencia, pues sólo en presencia de ésta se podrá articular exitosamente una reclamación de daños y perjuicios. El demandante deberá demostrar que, con arreglo al patrón de los conocimientos técnicos propios de su profesión, el editor debería haber sabido que la pieza por él explotada constituía un plagio de la suya. Aquí

entran en consideración las apreciaciones que se hicieron más arriba a propósito del bajo nivel de originalidad que actualmente impera en el ámbito de la música de consumo, lo que hace más difícil acreditar que el editor musical no obró con la diligencia necesaria. Sin embargo, aun en ausencia de una norma al respecto, lo más probable es que los tribunales operen aquí apreciando una responsabilidad por riesgo: puesto que el editor efectúa una actividad empresarial/profesional, debe responder incluso sin culpa por los daños y perjuicios que, como consecuencia de su actividad, se irroguen a terceros.

Con todo, el editor situado en la tesitura descrita cuenta a su favor con dos paliativos. De un lado, el editor sólo debe responder de las explotaciones efectivamente llevadas a cabo por él (normalmente la edición gráfica, y a veces ni siquiera), pues debe insistirse en que no se aplican aquí los patrones de la responsabilidad por hecho ajeno, ni ha lugar para apreciar una responsabilidad solidaria entre los sujetos cuyas explotaciones —y por ende infracciones— se han ido encadenando. Cada una de esas explotaciones e infracciones es independiente de las demás, y originará al titular de los derechos de la obra plagiada unos daños y perjuicios perfectamente identificables y separados de los causados por el resto. Cada uno de los infractores deberá hacer frente a la reclamación del titular de los derechos de la obra plagiada, y si la acción de éste prospera, habrá de asumir su cuota de responsabilidad en proporción al calado de su actividad⁷⁶.

En segundo lugar, asumida su cuota de responsabilidad, el editor podrá interponer una acción de regreso, con base en el contrato de edición, frente al autor que le cedió los derechos sobre la obra que resultó ser plagiaria. La Ley impone explícitamente, entre las obligaciones del autor en el contrato de edición, la de prestar al editor una garantía respecto de la autoría y originalidad de la obra objeto del contrato (vid. art. 65.2.º LPI, aplicable al contrato de edición musical por remisión del art. 71 LPI). Con base en esta obligación de garantía, el autor ha de responder frente al editor de los daños y perjuicios que éste haya sufrido como consecuencia de no ser aquél el auténtico autor de la obra, o de no revestir ésta la suficiente originalidad⁷⁷. De modo que si bien el editor, como consecuencia de haber protagonizado una infracción de derechos de autor por editar una obra plagiaria, puede llegar a ser hecho responsable frente al titular de los derechos de la obra plagiada, la garantía contractual que le presta el autor le permite repetir *ad intra* el montante de la indemnización que haya debido abonar a causa de la infracción, más otros posibles daños o gastos adicionales⁷⁸.

⁷⁶ Si bien luego podrá intentar articular una acción de responsabilidad contractual frente a su respectiva contraparte en el contrato de cesión o autorización de derechos de autor.

⁷⁷ A falta de precisión en la Ley de Propiedad Intelectual, entiendo que deben aplicarse las pautas indemnizatorias que el artículo 1.478 del Código Civil ofrece en sede de saneamiento por evicción en la compraventa.

⁷⁸ Aunque ya señalé que el editor normalmente no hará valer esta obligación de garantía frente al autor, sea por la escasa solvencia de éste, sea para preservar la relación de confianza que pese a todo le una con él.

2.2. Responsabilidad por infracción del deber genérico de no causar daño a otro

El editor musical podría verse en la tesitura de responder, no ya frente al titular de los derechos de la obra plagiada, y en consecuencia no en el contexto de una acción de indemnización de daños ex artículo 140 LPI, sino frente a otro de los sujetos colocados después de él en la cadena de explotación de la obra plagaria con el que no se halle directamente vinculado por contrato. Si uno de esos sujetos (v.gr., agencia publicitaria que encarga el *spot*) hubiese tenido que asumir una responsabilidad por infracción de derechos de propiedad intelectual, a raíz de una demanda interpuesta por el titular del tema plagiado, una de las posibilidades es que dicho sujeto intente luego repetir la indemnización abonada mediante una acción de responsabilidad civil extracontractual ex artículos 1.902 y siguientes del Código Civil, en el entendimiento de que el editor le habría causado un daño (consistente en la disminución patrimonial derivada del pago de la indemnización al titular del tema plagiado) por el que merece ser reparado⁷⁹.

Podrían tal vez aducirse obstáculos relacionados con el nexo causal, pero a mi entender una acción de este tipo estaría llamada a prosperar, pues no deja de ser cierto que el editor, con su conducta, habría contribuido de forma eficiente a que el resultado dañoso en cuestión se produjera. Ahora bien, el editor no sería el único agente a quien imputar la conducta lesiva, pues también la productora del *spot* o el autor del tema plagario habrían contribuido a la causación del daño sufrido por la agencia publicitaria. Como no cabe apreciar una actuación conjunta de todas esas personas desde una óptica causal, la responsabilidad de cada una sería independiente de la de las demás, de tal forma que el perjudicado debería dirigirse contra los distintos agentes dañosos y exigir a cada cual su cuota de responsabilidad⁸⁰.

3. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL EDITOR POR LA NATURALEZA PLAGIARIA DE UNA 3. PIEZA DE SU CATÁLOGO

Mientras que su margen de responsabilidad por infracción de los derechos de propiedad intelectual del titular de la obra plagiada es relativamente pequeño, y es poco probable que se le exija una responsabilidad extracontractual genérica por el daño consistente en la cantidad que un tercero haya tenido que indemnizar al titular de los derechos sobre la obra plagiada, mucho mayor margen de responsabilidad, y con mucha mayor probabilidad, tendrá que asumir el editor en sede contractual frente a su licenciatario (v.gr., del dere-

⁷⁹ La otra vía, y la que elegirán normalmente estos sujetos, es dirigirse contra su contraparte en el contrato de cesión o autorización de derechos de autor, para intentar exigirle responsabilidad de tipo contractual.

⁸⁰ Valgan aquí las consideraciones hechas *supra* acerca de la imposibilidad de aplicar una responsabilidad de carácter solidario entre todos los agentes implicados, así como la inexistencia de un litisconsorcio pasivo necesario.

cho a sincronizar una composición musical en un *spot* publicitario) por las indemnizaciones que éste haya abonado a un tercero a consecuencia de la infracción resultante del carácter plaguario de la pieza que el editor le autorizó a explotar. En particular, recuperando nuestro esquema inicial, nos interesará averiguar si esa responsabilidad contractual del editor puede ponerse en marcha cuando la indemnización la haya asumido el licenciatario en virtud de un acuerdo extrajudicial pactado con el perjudicado por el plagio, o con un sublicenciatarario de los derechos sobre la obra.

Quien obtiene de un editor musical licencia para utilizar en un *spot* publicitario una de las composiciones de su catálogo, y después ve cómo el goce pacífico de su derecho se ve interferido por la reclamación de un tercero cuestionando la autoría/originalidad de la composición, y por ende la legitimidad de la titularidad del licenciante, sufre una perturbación jurídica que se puede traducir, si el reclamante vence en juicio al licenciatario, en una suerte de privación, total o parcial, del derecho adquirido. En este sentido el licenciatario del derecho a sincronizar una canción frente al que alguien reclama por el supuesto carácter plaguario de la obra licenciada, *id est* poniendo en cuestión la auténtica titularidad sobre ella del licenciante, está en una posición similar a la del comprador o a la del arrendatario que ven cómo un tercero reivindica con éxito el bien por ellos comprado o arrendado, con base en un derecho anterior a la compra o arrendamiento, y por tanto a causa de la falta de titularidad del vendedor o arrendador sobre el bien objeto del contrato.

Como ya se ha señalado, la LPI no contiene, en materia de transmisión *inter vivos* de derechos de autor, especificaciones sobre la garantía que el sujeto cedente presta al cesionario de los derechos en relación con la titularidad de los derechos cedidos. A lo sumo tenemos la obligación de garantía de autoría/originalidad que pesa sobre el autor en el marco concreto de los contratos de edición y representación teatral (vid. arts. 65.2.º y 77.2.º LPI, respectivamente). Pero incluso en estos dos supuestos el legislador se limita a establecer sin más la garantía, no indicando las condiciones bajo las que ésta opera, ni las consecuencias que puede acarrear para el autor el incumplimiento de la misma. Evidentemente, como todo incumplimiento de una obligación contractual, hay que pensar que conllevará el deber de responder por parte del contratante incumplidor, pero llama la atención esta falta de precisión del alcance exacto de la obligación, y desde luego su completa omisión en los contratos sobre cesión de derechos de autor en general.

En fin, no reiteraré los argumentos en virtud de los cuales debe concluirse la aplicación supletoria del Código Civil⁸¹, y en particular las disposiciones relativas a la garantía de saneamiento por evicción en la compraventa (arts. 1.475 a 1.483 del Código Civil), que es sin duda el paradigma de los con-

⁸¹ Vid. *supra* II.4.7. *Responsabilidad contractual del cedente de los derechos sobre la obra plaguaria.*

tratos traslativos del dominio con causa onerosa⁸². Es importante notar que todas las disposiciones sobre saneamiento contenidas en el Título del Código Civil, que disciplina el contrato de compraventa, son trasladables al contrato de arrendamiento, tal y como dispone el artículo 1.553 del Código Civil. Asimismo, conviene tener en cuenta que el Código Civil observa la transmisión de créditos y demás derechos incorporales como un subtipo de compraventa, al dedicar a aquélla uno de los capítulos dedicados a regular en general este contrato (vid. arts. 1.526 a 1.536 del Código Civil). Hago estas dos consideraciones en atención a la polémica acerca de si los derechos de autor pueden ser o no objeto de una auténtica transmisión jurídico-real. Tanto si se considera que estamos ante un vehículo negocial con efectos auténticamente traslativos de la titularidad sobre un derecho de propiedad [especial], como si se opta por la tesis de que no hay sino cesión no definitiva de un derecho de carácter crediticio, las reglas sobre saneamiento por evicción del Código Civil serían igualmente aplicables⁸³.

De conformidad con el artículo 1.475 del Código Civil, «[t]endrá lugar la evicción cuando se prive al comprador, por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra, de todo o parte de la cosa comprada», precisándose a continuación que «[e]l vendedor responderá de la evicción aunque nada se haya expresado en el contrato». La responsabilidad por evicción alcanzará a los conceptos detallados en el artículo 1.478 del Código Civil, a saber: restitución del precio, junto con el valor de los frutos o rendimientos, costas del pleito de evicción y en su caso del pleito contra el vendedor, gastos del contrato en su caso, y otros daños y gastos efectuados si acaso se probara que el vendedor obró de mala fe.

Sin embargo, hay que tener en cuenta las dos condiciones a que se somete la garantía por evicción. La primera es que el vendedor haya sido oportunamente *llamado en garantía*, es decir, haya sido oportunamente notificado de la demanda de evicción a instancia del comprador. El artículo 1.481 del Código Civil es a este respecto muy claro, concluyendo que «[f]altando la notificación, el vendedor no estará obligado al saneamiento»⁸⁴. La segunda es que, tal y como re-

⁸² Vid. la remisión que, en relación con el contrato de permuta, traza el artículo 1.541 del Código Civil a «las disposiciones concernientes a la venta».

⁸³ A propósito de la polémica en torno a la naturaleza jurídica de la cesión de derechos de autor, véase M.^a C. GETE-ALONSO y CALERA, «Comentario al artículo 43 LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), 2.^a ed., Tecnos, Madrid, 1997, págs. 746 y ss.; J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, *La cesión en exclusiva de derechos de autor*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, págs. 70-74, 77 y 209-213; G. BERCOVITZ ÁLVAREZ, «La transmisión de los derechos de autor», en *Manual de propiedad intelectual*, coordinado por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 149-152.

⁸⁴ La razón es muy clara: debe darse al vendedor oportunidad de defenderse de una reclamación que, aunque dirigida contra el comprador, pone en cuestión la auténtica titularidad de aquél sobre el objeto vendido, y puede comportar para el vendedor nefastas consecuencias (deber de indemnizar al comprador en términos muy extensos). Ello no ya en atención al interés del comprador (que también, puesto que el vendedor estará en mejor disposición que él de rebatir las alegaciones del demandante), sino en atención al propio derecho de defensa procesal del vendedor, de conformidad con el artículo 24 de la Constitución Española. La participación

calca el artículo 1.580 del Código Civil, «[e]l saneamiento no podrá exigirse hasta que haya recaído sentencia firme, por la que se condene al comprador a la pérdida de la cosa adquirida o de parte de la misma». Esta segunda condición es especialmente relevante, pues es obvio que en tanto no recaiga esa eventual sentencia judicial, no podrá afirmarse que el comprador ha sido privado del todo o parte de la cosa vendida⁸⁵. Por lo tanto, cualquier arreglo extrajudicial entre el comprador y el tercero reclamante dirigido a poner fin al litigio, que no cuente con consentimiento del vendedor (el cual, no se olvide, es parte necesaria en el proceso), no podrá hacerse valer frente a él⁸⁶.

Mutatis mutandis, el licenciatario del derecho a incorporar una composición musical en la banda sonora de un *spot* publicitario, frente al cual se dirige un tercero alegando ser aquélla una composición plagaria de una obra suya, y por lo tanto poniendo en cuestión la legítima titularidad sobre la misma del licenciante, no puede pretender activar después frente a este último la garantía por evicción si no se dan los estrictos requisitos a los que la ley condiciona la aplicación de dicha garantía. Primero, que el licenciatario demandado haya notificado al licenciante la demanda de evicción. Segundo, que haya recaído una sentencia judicial firme por la que se condene al licenciatario a la privación total o parcial del objeto de la licencia, en su caso junto con otros daños y desembolsos, y todo ello en virtud de un derecho anterior a la licencia. O sea, no hay responsabilidad del licenciante si no se ha condenado en firme al licenciatario o, aunque tal condena se haya producido, si la demanda no le había sido oportunamente notificada. Por descontado, tampoco debe responder el licenciante cuando ni siquiera haya llegado a formularse demanda contra el licenciatario, por haberse éste apresurado a alcanzar una transacción extrajudicial con el tercero reclamante.

Todo esto es lógico, pues si bien el comprador/licenciatario tiene un interés legítimo en no sufrir la pérdida correspondiente al valor del bien/derecho adquirido, el vendedor/licenciante tiene un interés legítimo en no verse obli-

del vendedor en el proceso adoptará la forma de una intervención provocada, de las que regula el artículo 14.2 LEC. Más información en F. PEÑA LÓPEZ, «Comentario al artículo 1.481 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Aranzadi, 2001, págs. 1720-1721.

⁸⁵ En palabras de F. RODRÍGUEZ MORATA, *Venta de cosa ajena y evicción*, J. M.^a Bosch, editor, Barcelona, 1990, pág. 180, la victoria judicial del *verus dominus* es «el cauce adecuado para que, una vez confrontados judicialmente los legítimos derechos de las partes sobre la cosa vendida, y declarado (*sic*) por la autoridad judicial la preferencia del derecho del tercero, la privación del derecho del comprador pueda calificarse de evicción y, consecuentemente, nazca en la esfera del vendedor la obligación legal de responder del daño causado por aquel hecho jurídico».

⁸⁶ Los comentaristas no suelen poner demasiado énfasis en un aspecto que consideran obvio. A lo sumo reflexionan sobre las características que debe reunir la resolución judicial por la que el comprador haya sido privado de su derecho. Así, cuestiones como la firmeza de la resolución, la posibilidad de que se trate de un auto o de un laudo arbitral, y la necesidad de que haya recaído en un juicio contradictorio, son señaladas por F. PEÑA LÓPEZ, «Comentario al artículo 1.480 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinados por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Aranzadi, 2001, pág. 1719, quien informa de que la jurisprudencia no admite que la evicción se produzca como resultado del allanamiento en un acto de conciliación. Vid. asimismo, F. RODRÍGUEZ MORATA, *Venta de cosa ajena y evicción*, J. M.^a Bosch editor, Barcelona, 1990, págs. 181-182.

gado a indemnizar simplemente porque un tercero haya puesto en cuestión su titularidad sobre el bien transmitido, y seguidamente el adquirente se haya avenido a un arreglo extrajudicial con ese tercero por propia conveniencia, dentro de una estrategia comercial o profesional que no guarda relación directa con el contrato objeto de la controversia.

En conclusión, razones que tienen que ver con la conveniencia comercial de unos sujetos no deben vincular a quienes les hayan antecedido en la cadena de explotaciones de una obra supuestamente plagiaaria. De otro modo, la satisfacción en vía extrajudicial de cualquier reclamación relativa al hipotético carácter plagiaario de la pieza sincronizada en un *spot*, más o menos fundada pero con la virtualidad de empañar una importante campaña publicitaria, sería susceptible de ser repetida en vía de regreso hasta llegar a la editora musical. El carácter extrajudicial del acuerdo alcanzado impediría que el editor ejercitase correctamente su derecho de defensa. Semejante panorama podría servir de estímulo para que algunos agentes que —provistos de pocos escrúpulos— operan en el mercado de la edición musical, pusiesen en situación comprometida a las agencias publicitarias y a los anunciantes, y para que éstos, que en evitación de una indeseable publicidad negativa cederían fácilmente a la presión, pretendiesen a continuación repercutir el resultado de esa claudicación sobre el editor musical. La interpretación de las normas debe tender a evitar que los operadores de cualquier sector del mercado puedan encontrar aliento en esta clase de incentivos perversos.