

ARTISTAS, CESIONARIOS Y «OTROS DERECHOS»

Por Sara MARTÍN SALAMANCA

Becaria del Ministerio de Educación y Ciencia
Área de Derecho Civil de la Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I. RECONOCIMIENTO DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL DEL ARTISTA INTÉRPRETE O EJECUTANTE SOBRE SU PRESTACIÓN. 1. CONTENIDO. II. LAS FACULTADES MORALES DEL ARTISTA COMO LÍMITES A LA EXPLOTACIÓN POR CESIONARIO. 1. LAS FACULTADES NEGATIVAS DEL ART. 113: LOS «OTROS DERECHOS». 1.1. *Las facultades del art. 113 LPI: su naturaleza moral.* 1.2. *El doblaje.* 1.3. *Contenido del derecho moral del artista.* 1.4. *Duración: a) Ejercicio por los herederos a la muerte del artista. b) La legitimación de las entidades públicas del art. 16.* 2. LAS FACULTADES POSITIVAS DEL DERECHO MORAL DEL ARTISTA: UNA HIPÓTESIS JURÍDICA. 2.1. *El «derecho» de divulgación: a) Justificación. b) Reconocimiento positivo. c) Manifestaciones: i) Fijación; ii) El «derecho» de divulgación y el cumplimiento del contrato artístico: a) Incumplimiento resolutorio; b) La posible alternativa a la resolución: cumplimiento forzoso de la obligación; c) Efectos de la resolución: restitución de prestaciones e indemnización; iii) Supresión o reducción del papel; iv) Revocación de la voluntad de divulgar.* 2.2. *«Derecho» de modificación y de retirada o arrepentimiento: a) Justificación. b) Manifestaciones: i) Modificación de la actuación; ii) La integridad de la obra interpretada o ejecutada como límite al «derecho» de modificación del artista.* 2.3. *«Derecho» de retirada.* 2.4. *«Derecho» de acceso al ejemplar único o raro de la prestación artística.* III. CONCLUSIÓN.

I. RECONOCIMIENTO DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL DEL ARTISTA INTÉRPRETE O EJECUTANTE SOBRE SU PRESTACIÓN

Desde 1987, nuestra legislación de propiedad intelectual (Ley 22/1987, de Propiedad Intelectual —LPI—, de 11 de noviembre, BOE de 17 de noviembre) reconoce explícitamente, junto al derecho del autor, «los otros derechos de propiedad intelectual» (Libro II). Entre ellos, se cuentan los de artistas intérpretes y ejecutantes [arts. 101-107, en la LPI de 1987; arts. 105-113 y concordantes, en el actual Texto Refundido de Propiedad Intelectual, de 12 de abril de 1996 (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, BOE núm. 97, de 22 de abril), modificado por la Ley 5/1998, de 6 de marzo, (BOE nº 57, de 7 de marzo)].¹

¹ Además de ellos, productores fonográficos y audiovisuales, entidades de radiodifusión, realizadores de meras fotografías y editoriales que publiquen obras inéditas caídas en el dominio público (arts. 114-119; 120-125; 126-127; 128; 129-130, respectivamente, del texto legal vigente). Asimismo, la Ley 5/1998, de incorporación al Derecho español de la Directiva 96/9, sobre la protección jurídica de las bases de datos, modifica el Libro II añadiendo un denominado «derecho sui generis» (sic) en favor de los fabricantes de bases de datos (vid. artículo sexto de la Ley 5/1998 y arts. 133-137 TRLPI vigente).

1. CONTENIDO

Al especificar el contenido del derecho de propiedad de los artistas, el legislador lo presenta como un cúmulo de *derechos* (=facultades²), no siempre calificados como exclusivos (así, art.106) pero sin diferenciar entre *derechos morales* y *derechos de explotación*³. La vertebración de este conjunto de facultades queda del modo siguiente:

1º) El artista goza de un poder autónomo y exclusivo de autorizar o prohibir la explotación de su prestación bajo las formas siguientes⁴: a) la fijación de su actuación; b) la reproducción de las fijaciones; c) la comunicación pública de las grabaciones y prestaciones en directo; d) la distribución de las fijaciones y sus copias.

2º) Asimismo, resulta titular de ciertos derechos «compensatorios»: canon por copia privada, utilizaciones secundarias de las grabaciones de sus actuaciones; derecho de remuneración por distribución, mediante alquiler, de su actuación fijada, en el caso de que el derecho de distribución hubiera sido cedido o transferido⁵.

3º) Se reconoce, igualmente, al artista como titular de ciertos derechos morales. El art.113, bajo una rúbrica ambigua («Otros derechos»)⁶, se refiere al de-

² Sobre la lectura corregida que en este punto requiere nuestra norma: LACRUZ, José Luis. «Comentario al artículo 2». En Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, coord. por R. Bercovitz. Madrid: Tecnos, 1989, p.38; RIVERO HERNÁNDEZ, F. «Comentario a la Sección Segunda, Capítulo III, Título I, Libro I». Ibid., p.279; RAMS ALBESA, J. «Comentario al artículo 2». En Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, t.V, vol. 4-A, dir. por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart. Madrid: EDERSA, 1994, p. 82; DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, vol. III, 5ª ed., rev. y puesta al día. Madrid: Tecnos, 1992, p.241. No obstante, a efectos del presente discurso, y únicamente por coherencia con la norma, es posible que se alternen los términos «derechos» y «facultades», para designar lo que sólo a éstas últimas corresponde.

³ A diferencia de lo que sucede en el caso de los autores (Sección 1ª y 2ª Capítulo III, Título II, Libro I).

⁴ Arts. 106-109, más los preceptos comprendidos entre los artículos 17-23, que resultaren aplicables, según remisión del artículo 132 LPI.

⁵ Hay que advertir, no obstante, que estos derechos de simple remuneración se vinculan a lo que, en un esquema dinámico de las facultades del artista tendríamos que denominar «límites». Siguiendo la terminología acuñada por DELGADO PORRAS (Panorámica de la protección Civil y Penal en materia de Propiedad intelectual. Madrid: Civitas, 1988, p.39), los derechos remuneratorios pertenecen al conjunto de las «limitaciones impropias», no identificadas legalmente como tales, pero que, de hecho, funcionan restringiendo el ámbito de exclusividad del artista. Las integran: a) las presunciones de cesión a favor del productor (videográfico y fonográfico) -art.109- ; b) la presunción de cesión de derechos de explotación a favor del empresario o arrendatario de servicios bajo cuya contratación se realice la prestación artística correspondiente (art.110) ; c) las licencias no voluntarias («derechos compensatorios»: arts.25, 108 y 109).

⁶ Vaguedad que podría justificarse como marca de una no correspondencia entre el derecho moral del artista y el del autor (arts.14-16 LTRLPI), como ha apuntado Eduardo GALÁN CORONA (vid. «Comentario al artículo 3». En Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, 2ª ed., coord. por R. Bercovitz. Madrid: Tecnos, 1997, p. 64). En mi opinión, vaya por delante, no hay lugar para tales reticencias.

recho del artista al reconocimiento de su nombre sobre sus interpretaciones y ejecuciones, y a oponerse, durante su vida, a toda deformación, mutilación o cualquier otro atentado sobre su actuación, que lesione su prestigio o reputación. Además, se prevé que será necesaria la autorización expresa del artista para el doblaje de su actuación en su propia lengua.

Así planteado el derecho de propiedad intelectual del artista intérprete o ejecutante, la inclusión tradicional del artista dentro de los titulares vecinos, conexos o afines, debe hacerse en el bien entendido de que su situación jurídica presenta una peculiaridad notable frente al resto de los otros derechos también denominados *vecinos*. El artista, en la práctica totalidad de las legislaciones nacionales —también la española: art.113 LPI— goza de un derecho moral. Tradicionalmente se ha reservado al autor la posibilidad de integrar el contenido del derecho de propiedad intelectual con un haz de facultades personalísimas, justificado en la naturaleza creativa de su labor, que imprimen un carácter absolutamente singular a su explotación por terceros.

Nada explicaría que la presencia de este *elemento*, en el régimen jurídico del artista, pierda el sentido informador que le es propio. Sin embargo, las consecuencias de un derecho moral en favor de intérpretes y ejecutantes resulta realmente difícil de articular con los rasgos que caracterizan la explotación de los derechos «conexos» de propiedad intelectual.

Esto motiva, sin duda, la necesidad de reflexionar con precaución sobre el mosaico jurídico en que ha quedado convertido el régimen del intérprete y del ejecutante. Y de manera especial sobre los límites que las facultades morales pueden significar en la explotación de las prestaciones de intérpretes y ejecutantes que ejercita un tercero cesionario⁷.

II. LAS FACULTADES MORALES DEL ARTISTA COMO LÍMITES A LA EXPLOTACIÓN POR CESIONARIO

Tal cual vimos, las facultades morales del artista se regulan en el art.113 LPI. Se advierte que, a diferencia del derecho moral del autor del art.14, el artista *sólo* goza de facultades morales *negativas* o defensivas⁸. Esto es, aquéllas que

⁷ Con esta finalidad, el tema a abordar por el presente estudio será el juego de las facultades del artista «una vez» que terceros detentan la posición de titular derivativo de las mismas. En consecuencia, obviaremos aquí las referencias al supuesto de la simple autorización; es decir, el caso en que el consentimiento del titular exclusivo legitima un acto que, de lo contrario, devendría ilícito, pero que no conlleva cesión ni constitución de derecho ninguno sobre el beneficiario de la autorización. Su objeto propio son las facultades morales y no transmisibles. Pero, en los demás casos, aunque las partes suelen preferir el negocio con efectos transmisivos, nada impide concertar una mera autorización.

⁸ Terminología que entre otros autores ha sido tomada por: LACRUZ («El ejercicio «post mortem auctoris» del aspecto moral de la propiedad intelectual». En Temis, 1962, n° 11, p. 38); MOUCHET, Carlos; RADAELLI, Sigfrido A. Los derechos del Escritor y del Artista. Madrid: Ediciones Cultura

imponen el presupuesto de la explotación legítima, que son requisito de la misma. No empecen ni interfieren la explotación por el cesionario: la legitiman.

En cambio, al autor, además, se le reconoce la vertiente positiva del derecho moral: derecho de divulgación, derecho de modificación, derecho de retirada⁹ y, aunque con otro alcance, el derecho de acceso al ejemplar raro o único.

En mi opinión, intención del art.113 LPI no fue configurar el derecho del artista como carente de *facultades positivas*. Es factible pensar que el legislador sólo ha querido especificar las facultades cuyo ejercicio *mortis causa* es posible con carácter de perpetuidad. No en vano son las mismas que recoge el art.15.1, (con la excepción de la divulgación, que no es perpetua). Y, precisamente por lo que tienen de «defensivo», pueden y deben ser ejercitadas en nombre del titular cuando éste fallezca¹⁰. Es en estos supuestos donde, a pesar de una idéntica configuración del derecho moral de autores y artistas (sobrentendido), cabe un tratamiento cualitativamente distinto a lo dispuesto para el autor —como opción de política legislativa—. En lo demás, procedería la aplicación analógica del art.14 LPI¹¹, aunque, por supuesto, guiada tal aplicación por el sentido particular de la prestación del artista (la notoriedad, el desdoblamiento de su personalidad a través de su personaje, el vínculo contractual de la prestación).

Especialmente relevantes son el derecho de divulgación, de modificación y de retirada, por lo expeditivo de la intervención que conceden a su titular dentro del laberinto de relaciones contractuales, a través de las que se hace efectiva la explotación de la interpretación o ejecución.

En cambio, el interés por el derecho de acceso al ejemplar único o raro (art.14.7º) resulta algo menos «atractivo» desde el enfoque de este trabajo, por varios motivos:

Hispánica, 1953, p. 38-40; SIRINELLI, Pierre. *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*. Paris: Dalloz, 1992, p. 157. Y, más recientemente, por MARTÍNEZ ESPÍN «Comentario al artículo 14», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª ed., coord. por R. Bercovitz. Madrid: Tecnos, 1997, p.221.

⁹ Al hablar aquí del sentido «positivo» del derecho moral de retirada, nos referimos no al signo del acto de retirada (como salida del comercio, podría hablarse de un «carácter negativo»), sino al efecto del ejercicio de este derecho, que, evidentemente, no constituye presupuesto legitimador de la explotación por tercero.

¹⁰ Para los artistas, y por lo que se refiere a la autorización expresa de la que habla el art.113.II, es evidente que no presenta, en principio, unos rasgos «negativos» o «defensivos» tan evidentes como las anteriores. Sin embargo, y a pesar de que es obvio que el consentimiento para ser doblado en su propia lengua sólo podrá ser concedido o denegado por el artista en vida, no es menos cierto que sus herederos (sic) sí tendrán la facultad de oponerse a esos doblajes siempre que no hubieran sido expresamente autorizados por el artista en vida.

¹¹ Habida cuenta de la similitud entre la posición que el artista ocupa respecto a su propia «creación» o «recreación» y la del autor respecto a su obra. Me remito a lo visto en la nota a pie número 10 y a la «pista normativa» que constituye el reconocimiento del derecho moral al artista, por contraste con el resto de los titulares de derechos afines, tanto en nuestra legislación como en Derecho comparado.

- esencialmente, está pensado para obras plásticas o, a lo sumo, literarias;
- articula la relación de independencia entre el propietario intelectual y el poseedor de un soporte, no necesariamente explotador de la creación.

No obstante, veámoslos con algo de detenimiento.

1. LAS FACULTADES NEGATIVAS DEL ART. 113 : LOS «OTROS DERECHOS»

Artistas intérpretes y ejecutantes son los únicos titulares del Libro II que, además de un haz de derechos económicos, tienen reconocidas facultades de índole personalísima y extrapatrimonial, contenidas en el art.113, bajo la rúbrica «*otros derechos*». No obstante, esta «clasificación», (o, mejor dicho, ausencia de ella) parece querer distanciar las facultades que se enumeran en el art.113, de las relacionadas con anterioridad en el Título I del Libro II de la Ley, y que, conforme al tenor literal del art. 112 y a la interpretación del contenido de los artículos precedentes, son facultades de explotación.

Sin embargo, esa diferenciación no se completa con la admisión explícita de que estemos en presencia de los mismos derechos morales —o al menos con el mismo alcance— que los reconocidos en el art.14.

1.1. *Las facultades del art.113 LPI: su naturaleza moral*

No se califica como «morales» a estas facultades. Tampoco se predica de ellas la irrenunciabilidad e inalienabilidad, rasgos pertinentes al derecho moral, (y que, en cambio, sí se señalan por la redacción del art.14).

Como dato adicional, el legislador, en un acto de economía normativa —en mi opinión, poco deseable—, agrupa, junto a facultades indudablemente conectadas a un derecho personal del autor (las de reconocimiento del nombre, y a impedir atentados contra la integridad de la interpretación), el derecho del artista a autorizar expresamente el doblaje de su actuación en su propia lengua. Y es clara la relación de éste último con la transformación de la prestación artística¹², facultad de explotación y no moral. ¿Cuál es el sentido de su encuadre conjunto? ¿Responde a la dualidad de naturalezas la denominación del artículo? ¿O es que ninguna de las facultades del art.113 tiene la naturaleza de derecho moral en el caso de los artistas?

Tampoco la duración de los derechos (no modificada por la Directiva sobre armonización de plazos¹³) resulta fácil de atribuirse con generalidad a las tres fa-

¹² En el sentido que el artículo 21 LPI dispone para los autores, y que resulta predicable de los artistas, conforme a la remisión del art.132.

¹³ Directiva del Consejo, de 29 de octubre de 1993 -93/98/CEE-, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines. (DO L 346). Incorporada al Derecho Español, por Ley 27/1995, de 11 de octubre, (BOE nº 245, de 13 de octubre).

cultades recogidas en el art.113. Además, cabe plantearse por qué, a pesar de su clara semejanza con los números 3º y 4º del art.14, las facultades del art.113.I no gozan de la misma perpetuidad que las del autor (ver. art.15 LPI).

Y, aun admitiendo como respuesta al primer interrogante una supuesta decisión de oportunidad legislativa, hay que preguntarse por qué, entonces, los derechos morales del artista sobre su interpretación (20 años *post mortem*) son susceptibles de extinguirse antes que los patrimoniales (comparar con art.112 LPI).

Esta continua contradicción supone que, para desentrañar el significado del art.113, no nos va a resultar suficiente su tenor literal. Por una parte, la similitud con los apartados 3 y 4 del art.14 es innegable. Por otro, la impronta personal del artista sobre su prestación, el carácter creativo de la actuación no puede encontrar ningún homólogo en el caso de los organismos de radiodifusión, las editoriales del art.129 TRLPI, los realizadores de meras fotografías, ni tan siquiera en las tareas de los productores¹⁴. Es más; difícilmente podrá decirse que hay un vínculo más fuerte, en términos de propiedad intelectual, que el que une al artista con su actuación. Su interpretación queda indisolublemente unida a su persona y es manifestación de su personalidad; no existe como ente independiente.¹⁵

¹⁴ Como muestra de las tendencias más recientes, Julia RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, («Comentario al artículo 109». En Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dir. por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, tomo V, vol. 4-B. Madrid: Edersa, 1995, p.423-425); OROZCO PARDO (OROZCO PARDO, Guillermo. «Comentario al artículo 116». En Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dir. por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, tomo V, vol. 4-B. Madrid: Edersa, 1995, p.481-482). Más tajante es la postura de MISERACHS RIGALT Y MISERACHS SALA (MISERACHS RIGALT, Antonio; MISERACHS SALA, Pau. «Ensayo sobre la protección jurídica de los fonogramas». En RJC, 1982, p.644).

En España, la OM de Educación nacional de 10 de julio de 1942, (de dudosa legalidad en 1942 y derogada hoy) consideraba al productor de los discos fonográficos asimilado al autor por lo que se refería a la placa o grabación original. En un sentido que parecía imbuído del espíritu de esta norma, la STS (S2ª) de 30 de mayo de 1984 también apuntaba la admisibilidad de la configuración de los derechos de propiedad intelectual de una empresa fonográfica sobre las grabaciones propias, como derecho «*sui generis*» de autor. En cualquier caso, hoy deben considerarse manifestaciones aisladas y, sobre todo, superadas.

Fuera de nuestro país, EDELMAN (EDELMAN, B. *Droits d'auteur. Droits voisins. Droit d'auteur et marché*. Paris: Dalloz, 1993, p.174), o NIMMER (aun perteneciendo éste a la tradición anglosajona) han sido igualmente rotundos respecto a la no creatividad de ninguno de los otros sujetos *afines* (NIMMER, Melville B.; NIMMER, David. *Op. cit.*, vol. 1 New York: Matthew Bender, 1988, p. 2-146).

¹⁵ Afirmación que forma parte de un cuerpo doctrinal ya consolidado. Así GUAL DE SOJO, Adriá. «La Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987. Estudio crítico. (II)». En Revista Jurídica de Cataluña, 1989, p.49; BAYLOS CORROZA, Hermenegildo. Tratado de Derecho Industrial. Propiedad Industrial. Propiedad Intelectual. Derecho de la competencia económica. Disciplina de la Competencia Desleal, 2ª ed. Madrid: Civitas, 1993, p. 549 y ss., en espec. p.647; ASCARELLI, Tullio. Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales, 3ª ed., traducido por Evelio Verdera y Luis Suárez-Llanos. Barcelona: Bosch, 1970. Traducción de Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Istituzioni di diritto industriale, 3ª ed. Milano: Milano Dott. A. Giuffrè, 1960, p.700; DESBOIS, Henri. Le droit d'auteur en France, cit., p.19. También en voz «Propriété littéraire et artistique». En Repertoire de droit Civil, dir. por Pierre Raynaud, 3ª éd., t.VII. Paris: Jurisprudence Générale Dalloz, 1976; mise a jour 1991, n° 144; Marcel PLAISANT. Les

Así visto, nada de extraño tiene el hecho de que la protección concedida al intérprete o ejecutante contenga derechos morales, (a semejanza de lo que el legislador hizo en el art.14 LPI), los denomine así o no la norma especial¹⁶. Y, en

droits voisins du droit d'auteur. Études de droit contemporaine. Paris: Centre français de droit comparé; Sirey, 1959, p.146; OSSORIO SERRANO, Juan Miguel. «Comentario al artículo 101». En Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, t.V, vol. 4-B dir. por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart. Madrid: Edersa, 1995, p.338; CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. «Comentario al artículo 101». En Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, coord. por R. Bercovitz. Madrid: Tecnos, 1989, p.1439 y ss.; PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, t.V, vol.2º. Madrid: EDERSA, 1985, p.724.

Jurisprudencialmente, se cita la decisión del Tr. Seine de 6 de marzo de 1903 (RDS 1907.2.113) como la que puede considerarse una de las primeras consagraciones de este principio. En ella, textualmente, se estableció que «la protection sonore n'appartient qu'à l'artiste auquel elle emprunte sa voix qui lui est propre, son accent, et por ainsi dire, sa personnalité... ». Posteriormente, el mismo Tribunal, con decisión de fecha 23 marzo 1937 (JCP 1937, 247) reconocía a una estrella de cine la facultad de reivindicar el derecho de respeto a su prestación cinematográfica; prerrogativa que, de una manera general, los tribunales sólo habían venido estableciendo en favor de aquéllos que podían pretender la calidad de (co-)autores (v. GAVIN, Gerard. *Le droit moral de l'auteur dans la jurisprudence et la législation françaises*. Paris, 1960, p.80). Posteriormente, es la decisión del Trib. de Casación francés sobre el caso del director de orquesta Wilhelm Furtwängler (4 enero 1964; RDS 1964, p.27-32, note par Ph. PLUYETTE,) la que inicia una corriente sobre la construcción del derecho del artista que, de forma más o menos literal, encuentra reminiscencias en las sentencias actuales. En aquella ocasión, el tribunal expresamente apreciaba un atentado al derecho del artista sobre la obra que constituía su interpretación.

También existen testimonios normativos de esta tesis. Sucintamente, en la Guía de la OMPI sobre la Convención de Roma, se afirma que, a diferencia de los otros supuestos, «las prestaciones de los artistas son de índole artística e incluso contienen una parte de creatividad espiritual» (MASOUE, Claude. *Guide to the Rome Convention and to the Phonograms Convention*, versión inglesa a cargo de William Wallace. WIPO: Geneva, 1981, p.9). El legislador comunitario también dice amparar el «esfuerzo creativo y artístico»[así, Considerando séptimo de la Directiva 92/100; EM de la Ley española 43/1994, de 30 de diciembre, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual]. En Derecho Comparado es significativa la reciente decisión del Consejo de Estado francés, que ha establecido la ilegalidad parcial de dos circulares del Ministerio de Trabajo en las que se manejaba un concepto «excesivamente amplio» de maniquí. Por lo que aquí interesa, tanto la decisión como sus comentaristas han coincidido en advertir que la definición de «maniquí» debe darse por referencia a una actividad, no a una profesión. De manera que la mera intervención de un artista en el rodaje de una película publicitaria no le convierte en maniquí. Esta calificación procederá cuando su actividad pierda el carácter de aportación personal y se reduzca a la «mera utilización de su imagen» (ver Arrêt du Conseil d'État, 1re. ET 4e S.-Sect. réun, 17.03.1997; comentado por Mme. Christine MAUGÜÉ, en RDS, nº36, 1997, J., p.467-469).

¹⁶ Tan innegable resulta este cordón umbilical entre el artista y su actuación como para que, aunque con variedad de matices, hoy se pueda hablar de una tendencia, en las distintas legislaciones, a la admisión del derecho moral de los intérpretes y ejecutantes. A título de ejemplo, y sin pretender ser exhaustivos, véase: art. L.212-2 Código francés de la propiedad intelectual, de 1-7-1992, modificado por última vez con la Ley 98-536, de 1.07.1998; arts.180 y 182 del Código portugués del derecho de autor y derechos conexos, Ley 45/85, de 17 de septiembre, modif. por última vez, por Decreto Ley 334/1997, de 27 de noviembre; art.50 de la ley griega de Derecho de autor, derechos vecinos y asuntos culturales, L. nº 2121/93; art.83 de la Ley alemana sobre el derecho de autor y los derechos vecinos, de 9-9-1965, modif. por última vez el 8 de agosto de 1998; arts.81 y 83 de la Ley italiana de protección del derecho de autor y de otros derechos conexos a su ejercicio, de 22 abril 1941, L. nº 633, modif. por última vez mediante Decreto Legislativo nº169, de 6 de mayo de 1999; art.34 de la Ley belga relativa al derecho de autor y los derechos vecinos, de 30 de junio de 1994, modificado por Ley de 3.04.1995; art.5 de la Ley de 18 de marzo de 1993, conteniendo las disposiciones relativas a la protección de artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión de los Países Bajos, modificada por última vez median-

realidad, los derechos expresamente contemplados en el art.113 no tienen por objeto más que la protección de esa «paternidad artística», en las dos vertientes posibles:

- 1) la que considera preeminentemente al sujeto: el derecho al respeto de su nombre; y
- 2) la que hace una consideración esencialmente objetiva: el derecho al respeto de su interpretación (derecho a oponerse a atentados contra la integridad de su prestación, entre los que puede contarse el doblaje inconsentido en la lengua propia del artista)¹⁷.

1.2. El doblaje

Sin embargo, en el esquema que hasta aquí hemos trazado, continúa sin encajar totalmente la presencia del derecho exclusivo del artista a autorizar el doblaje de su prestación en su propia lengua. Incluso pudiera ser un argumento para contestar la calificación del contenido del art.113 como facultades morales, habida cuenta de que el doblaje, en lo que pueda tener de traducción, constituye una modalidad de transformación (arts.11 y 21 LPI). Sin embargo, ni la catalogación patrimonial del derecho de transformación es unívoca¹⁸, ni debemos obviar la dimensión esencial que la forma cobra en el ámbito de la prestación artística. Es la reformulación original lo que se protege. Pero, además,

te Ley de 30.09.1997; art.68 de la Ley Federal austriaca relativa al derecho de autor sobre las obras de literatura y de arte y los derechos afines, 9-4-1936, en la redacción coferida por la UrhG-Novelle, BGBl I 25/1998, 09.01.1998; art.45 de la Ley finesa relativa al derecho de autor sobre las obras literarias y artísticas, de 8 de julio de 1961, modificada por última vez por Ley 250/98, de 3.04.1998; art.45 de la Ley sueca relativa al derecho de autor sobre las obras literarias y artística, L n° 727 de 30-12-1960, modif. por Ley n°1552:1998, en vigor desde el 1-1-1999; art.42 últ. pfo., Ley noruega relativa al derecho de propiedad sobre las obras literarias, científicas o artísticas, L. n°2, de 12-5-1961, modif. por última vez mediante Ley n°19, de 16-4-1999; art.45.2 de la Ley danesa n° 158, de 31-5-1961, relativa al derecho de autor sobre las obras literarias y artísticas, modif. por Ley n° 194, de 11.03.1997.

¹⁷ En un sentido similar, clasificación de las garantías del derecho moral de los artistas propuesta por Delia LIPSZYC (Derecho de autor y derechos conexos. Paris: UNESCO, 1993, p.378-379).

¹⁸ En este mismo sentido, por ejemplo, RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. «Comentario al artículo 21». En Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, coord. por Rodrigo Bercovitz. Madrid: Tecnos, 1989, p.410-427; RODRÍGUEZ TAPIA, J.M. Voz «Derecho de transformación». En Enciclopedia Jurídica Básica. Madrid: Civitas, 1995, p.2261, también parece apuntarlo. MARCO MOLINA (La propiedad intelectual en la legislación española. Madrid: Marcial Pons, 1995, p.325-367) afirma expresamente que «la «transformación» o modificación de la obra, no consentida o no autorizada por el autor, es una de las actividades que más de plano atentan contra su «derecho moral» (art.78.2º) y, en concreto, contra la integridad de la obra» (p.326).

En mi opinión, la contradictoria naturaleza del derecho de transformación puede hacerse patente en diversos aspectos de su tratamiento positivo: a) no figura entre los derechos presuntamente cedidos al productor audiovisual en virtud del art.88; b) no puede deducirse de la ley que la mera transformación de una obra, realizada sin autorización infrinja derecho alguno del titular originario; de hecho, es la explotación de la misma la que requiere tal autorización (RODRÍGUEZ TAPIA, *op. ult.cit.*, p.2262); c) el resultado de la transformación da lugar a una nueva obra (arts.9, 11 y 21).

el sentido con el que el art.113 emplea el término «doblaje» requiere una delimitación más precisa:

1º) se refiere exclusivamente a los supuestos en que la grabación combina imagen y palabra. No estamos en el supuesto de la adición de sonido a una grabación originariamente muda o grabación de actuación en que no se emplea la voz humana. Éstos serían fenómenos de sonorización pero no de doblaje. Y tampoco se refiere el «doblaje» del art.113 a una interpretación que sólo permite oír la voz del artista, porque, en este caso, el cambio de voz implica la necesidad de advertir la variación del intérprete, so pena de estar usurpando su derecho de paternidad¹⁹;

2º) el art.113 parece indicar que el doblaje puede comportar traducción o no respecto al idioma en que se realiza la actuación originaria²⁰. Y, de hecho, el supuesto de doblaje sin traducción es el que contempla la LPI²¹. La corrección de la entonación y la necesaria sincronización, entonces, están a caballo entre la transformación y la modificación de lo actuado²². Entiendo coherente con este sentido, diferenciar entre el supuesto de que la actuación originaria estuviese rodada en el idioma propio del artista²³ o no, siguiendo a OSSORIO SE-

¹⁹ OSSORIO SERRANO, J.M. «Comentario al artículo 107». En Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, t.V, vol.4-B, dir. por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart. Madrid: EDERSA, 1995, p.410.

²⁰ Dice el Diccionario de la Real Academia que «doblar» en cine sonoro (nosotros debemos añadir: «o en cualquier grabación audiovisual») consiste en substituir la voz del actor que aparece en la pantalla, por la de otra persona, que no se ve y que, acompasando su dicción a los gestos de dicho actor, habla en la misma lengua que éste o en otra diferente. No obstante, es cierto que, en sentido más estricto, hay que matizar la definición anterior. En realidad, el sujeto que realiza el doblaje y aquel cuya actuación es doblada pueden coincidir en una misma persona. Así lo demuestra el propio art.113, a cuyo tenor el actor se dobla a sí mismo, incluso con carácter preferente, si es en su propia lengua, dice la LPI.

²¹ Para ser rigurosos, deberíamos hablar, por tanto, de «sincronización» y reservar el término de «doblaje» para designar los supuestos en que sincroniza una traducción del guión originario. También es de esta opinión SUÁREZ LOZANO (Aproximación al derecho del audiovisual. Madrid: Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA); Comunidad Autónoma de Madrid (CAM), 1995, p.66). Es cierto que, de lege data, la ley parece diferenciar entre dobladores y sincronizadores (empleando ambos términos conjuntamente, y, por tanto, como no equivalentes), reservando sólo a los primeros la reproducción en idioma nacional de los diálogos de películas importadas del extranjero. Así, el art. 25 de la Reglamentación de la Industria Cinematográfica (OM de 31 de diciembre de 1948), define a los «artistas sincronizadores y dobladores» como aquellos que tienen por misión reproducir en idioma nacional los diálogos en las películas nacionales o importadas del extranjero. Sin embargo, en las líneas siguientes del mismo artículo, se comprueba que los verbos «doblar» y «sincronizar» se emplean como sinónimos («son fijos los que tienen contrato escrito, hecho por un estudio de doblaje por un término superior a tres meses, con obligación de sincronizar cualquier clase de papeles...»). «Son eventuales los llamados a actuar el día que la Empresa lo considere necesario, distinguiéndose, a efectos de retribución, tres categorías, según doblen papeles...»).

²² RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel. «Comentario al artículo 113». En RODRÍGUEZ TAPIA, J.M.; BONDÍA ROMÁN, F. Comentarios a la nueva ley de propiedad intelectual, cit. p.443-444.

²³ Los últimos autores que han abordado el tema, concuerdan en que por «propio idioma», en el caso de las autonomías, deberá entenderse cualquiera de las lenguas cooficiales dentro de la comunidad correspondiente. Así, OSSORIO SERRANO, JM. op. cit., p.411. RODRÍGUEZ TAPIA, J.M., op. ult. cit., p.445.

RRANO²⁴. Sólo en el primer caso estamos ante el derecho moral del art.113. En el resto de los supuestos, (donde, efectivamente existe traducción) hay que contextualizar el ámbito de poder exclusivo del artista. La eficaz comercialización del producto audiovisual requiere la agilidad en el cambio del idioma de la película; es una exigencia de la explotación de que es cesionario exclusivo el productor (arts.88 y 89 LPI)²⁵. Por tanto, el doblaje-traducción no supone modificar (derecho moral), sino transformar²⁶ (derecho de explotación) la actuación. Es una facultad de explotación y cesible *inter vivos*. Es decir, que, en estos supuestos, el productor puede no necesitar autorización expresa del artista, si es que él, a través de la pertinente cesión, se ha convertido en titular derivativo del derecho de doblaje de la actuación rodada²⁷.

En conclusión, el art.113 trata de individualizar —por su concreta relevancia personal para el artista— la preceptiva concesión del consentimiento del actor, en un supuesto específico. Precisamente en aquél en que el cambio de forma no consiste en una traducción, sino en una reiteración, una copia de la interpretación inicial. Motivo suficiente para comprender que esta autorización del doblaje no es más que un apéndice del derecho exclusivo a la integridad de la prestación del que goza el artista.

1.3. Contenido del derecho moral del artista

En lo demás, el art. 113 parece delimitar el aspecto moral del derecho de intérpretes y ejecutantes tomando como modelo los apartados 3 y 4 del artículo 14. Reconoce, en efecto:

1º) Un derecho del artista al reconocimiento de su nombre sobre sus interpretaciones o ejecuciones. Facultad que (salvando las distancias) puede

²⁴ Op. cit., pg. 410.

²⁵ Por analogía con el productor cinematográfico, algún autor, entre ellos FERNÁNDEZ LERGA («La Directiva 92/100 sobre derechos de alquiler y préstamo: breve comentario». En Revista de Derecho de autor, enero 1995, nº3, p.26), y ORTÍ VALLEJO («Comentario al artículo 113 LPI». En Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dir. por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, t.V, vol.4-B. Madrid: EDESA, 1995, p.460), también entienden que los derechos de doblaje son atribuibles al productor de grabaciones audiovisuales.

²⁶ Sobre lo «fluido» de esta frontera, ver RODRÍGUEZ TAPIA, J.Miguel. «Comentario al artículo 11». En RODRÍGUEZ TAPIA, J.Miguel; BONDÍA ROMÁN, Fernando. Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual. Madrid: Civitas, 1997, p.59-60.

²⁷ Esta interpretación permite dar sentido al uso indiscriminado que la Ley ha hecho del término «doblar», provocando alguna confusión digna de mención. De acuerdo con la redacción del art.88, salvo pacto en contrario, a través del contrato de producción, se presume que los autores de la obra audiovisual han cedido en exclusiva al productor, entre otros, el derecho de «doblar o subtitulado» de la obra. El empleo, en el art.88, de «doblar» como análogo a «subtitulado» indica que el legislador estaba pensando, efectivamente, en la cesión del derecho de transformación-traducción, derecho que nuestra LPI ubica entre los de explotación, y lo caracteriza de cesible *inter vivos*. En el art.113, vuelve la LPI a hablar de «doblar», pero como facultad moral, lo que la hace, por principio, intransmisible *inter vivos*. La justificación de este distinto tratamiento radica en la ausencia de traducción en el caso del art.113, lo que impide concebir la nueva versión de la actuación como «mera transformación» exigida por las necesidades de explotación de la obra audiovisual.

considerarse igual a la del autor. Comentario aparte requiere el derecho al anónimo/pseudónimo, explícito en el art.14.2º pero no en el art.113. Por mi parte, no veo inconveniente teórico para sobreentenderlo implícito en el derecho del artista al «reconocimiento de su nombre sobre sus interpretaciones o ejecuciones». Es cierto que el art.113 LPI sólo establece (genéricamente) el derecho del artista al reconocimiento de su condición de tal en cualquier uso que se haga de su actuación. Pero, por un lado, estamos ante un derecho, no una obligación. Y, por otro, el derecho al anónimo o pseudónimo no es más que un componente lógico y natural (se suele denominar «vertiente negativa») del derecho a la paternidad artística²⁸. De esta manera, parece perfectamente aceptable que el artista pueda decidir si no desea prestar su nombre para la divulgación de la interpretación o ejecución, bien amparándose en el anonimato (carencia absoluta de personalidad formal a la que atribuir la interpretación) o en el pseudónimo (el artista se da a conocer en calidad de tal bajo una identificación que no se corresponde con la suya y que, además, la oculta). Sólo el intérprete o ejecutante podrá revocar su decisión inicial, y, en principio, es libre para hacerlo en cualquier momento²⁹.

²⁸ Ad. ex. CAFFARENA LAPORTA, Jorge. «Comentario al artículo 14». En Comentarios a la LPI, 1ª ed., coord. por R. Bercovitz. Madrid: Tecnos, 1989, p.271. También MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual. «Comentario al artículo 14». En Comentarios a la LPI, 2ª ed., coord. por R. Bercovitz. Madrid: Tecnos, 1997, p.225). La jurisprudencia, por lo demás, ha sido explícita en la admisión del derecho al anónimo del artista. En Francia, por ejemplo, existe toda una línea jurisprudencial iniciada con el famoso as. Furtwängler (Cour de Cass., 1 Ch. Civ., 4-1-1964). Entre las decisiones más modernas, el mismo tribunal también estimó en su decisión de 3-3-1982, que determinada sociedad cesionaria del derecho de explotación de una obra audiovisual se había extralimitado en sus derechos utilizando sin autorización el nombre de una actriz para vender fragmentos de un film rodado por ella.

²⁹ En este sentido, CABANILLAS SÁNCHEZ, A. «Comentario al artículo 113». En Comentarios a la LPI, 2ª ed., coord. por R. Bercovitz. Madrid: Tecnos, 1997, p.1602-1604. Por supuesto, cosa distinta es que el ejercicio de este anónimo/pseudónimo esté sujeto a concretas restricciones derivadas de la colisión con otros titulares de derechos sobre la actuación: el ejercicio del derecho al anónimo o pseudónimo puede colisionar con los intereses del explotador de la prestación, sea autor (director de obra audiovisual) o simple titular de otros derechos conexos (productor de grabación), y/o con los intereses de otros titulares de derechos conexos (así cuando se trata de prestaciones artísticas colectivas o de grupo). ¿Puede el artista en cualquier momento exigir que su nombre sea retirado del cartel de una función? ¿Incluso una vez contratados sus servicios? ¿Incluso si su decisión sobreviene una vez comenzadas sus representaciones?

Respecto al primer conjunto, es posible aplicar, por analogía, la solución que se viene aceptando para los autores en este mismo supuesto (así también CABANILLAS SÁNCHEZ, *op. ult. cit.*, p.1603). Esto es, no existe limitación temporal para proceder a la revelación de la identidad encubierta, pero sí en la operación inversa (respecto al art. 14, en este sentido, ver CAFFARENA LAPORTA (*op. y loc. ult. cit.* p.273) y GONZÁLEZ LÓPEZ (*El derecho moral del autor*. Madrid: Marcial Pons, 1993, p.172-173). Para que la prerrogativa moral del artista goce de la prevalencia frente al cesionario-explotador, deberá oponerse antes de la divulgación de la obra (argumento *ex* art.86 RLPI para representaciones de obras dramáticas o musicales). Para el caso concreto de los artistas, esa limitación temporal significa que el interés del intérprete o ejecutante a no prestar su nombre, debe ser atendible aunque su decisión sea posterior a la conclusión del contrato correspondiente o durante los ensayos (aún no existe divulgación). A partir del momento de la divulgación, la pretensión del artista no será oponible al cesionario, pudiendo éste optar entre la utilización del nombre del intérprete o ejecutante, tal como se estipulase en el contrato, o bien, negarse al cumplimiento del contrato en los nuevos términos, reclamando, en su caso, los daños y perjuicios irrogados (art. 1124 Cc). Por lo que se refiere a las actuaciones en grupo, no puede hablarse más que de un tratamiento embrionario en la Ley alemana, cuyo art. 83 se limita a apelar al respeto de los legítimos intereses

Aunque el art.113 no lo añada explícitamente, se adivina que la concreción del ejercicio positivo de este derecho al reconocimiento personal del artista, habrá de entenderse conforme al género a que pertenezca y los usos vigentes de la actividad de que se trate³⁰ (así, ejecuciones colectivas o de grupo, aparición del nombre en publicidad, etc.). Los matices que la *buen práctica* y la *buen lógica* pueden prestar al uso de la actuación en respeto del derecho moral correspondiente son muy variados.

Por ejemplo, en el supuesto de que la actuación no se haga accesible al público mediante ejemplares, la aparición del nombre «sobre la interpretación o ejecución» es evidente que puede sustituirse por su mención verbal, por ejemplo en las explotaciones radiofónicas, y/o por los créditos o subtítulos, si la forma de difusión implica imagen³¹. En las actuaciones en directo, el derecho a la aparición del nombre de los artistas probablemente abarca carteles y programas. Si estamos ante grabaciones audiovisuales exhibidas públicamente (proyección), la identificación aparece en los créditos iniciales o finales, como ya hemos dicho³². En lo que respecta a la publicidad, nada se dice en nuestra legislación sobre la invocabilidad o no de un derecho al nombre, en favor del artista, por lo que habrá que remitirse a la legislación común y la autonomía de las partes, con la única salvedad de los supuestos del cartel teatral, visto *supra.*, en que la publicidad constituye, precisamente, el modo de reconocimiento de la paternidad del artista. En realidad, los contratos son muy precisos sobre este tipo de prácticas. En ocasiones, incluyen una renuncia del derecho a propósito de la publicidad de lanzamiento en un eslogan publicitario. El productor puede limitarse a mencionar el título de la película sin que ello suponga un atentado al nombre de autores o artistas³³.

del resto de los miembros del grupo. Un sentido análogo al del precepto alemán podría derivarse de lo previsto en el art. 7.3 de la LPI, aunque, sin duda, quedan en el aire las cuestiones de cuáles son los requisitos para que se actúe en perjuicio del colectivo, o, en los términos alemanes, en qué consiste la toma en consideración de los legítimos intereses de los demás.

³⁰ Hay que hacer notar que otras legislaciones emplean, con mejor técnica, la alusión explícita a estos criterios interpretativos: así la belga (art.34), la danesa (art.3 -por remisión del art.45.3-); la sueca (art.3 -aplicable por remisión del art.45-); la finesa (art.3 -aplicable por remisión del art.45-).

³¹ No obstante, la legislación portuguesa, haciendo una interpretación auténtica de lo que pueda entenderse por «conformidad con los usos y circunstancias del género», prevé, en el párrafo segundo del art.180, que el deber de identificación del artista que surge para el usuario de su interpretación no se aplica a los «programas sonoros exclusivamente musicales sin ninguna forma de expresión oral ni a los que se refiere el art.154» (supuestos de radiodifusión «consagrados por el uso corriente, en que las circunstancias y necesidades de la transmisión conduzcan a omitir estas indicaciones»).

³² De ahí el claro sentido de infracción que debe darse a la mutilación que, a menudo, sufren éstos, en las emisiones televisivas de grabaciones audiovisuales. Por otro lado, como reseña MARTÍNEZ ESPÍN (El daño moral contractual en la ley de propiedad intelectual. Madrid: Tecnos, 1996, p.94, citando a HASSLER-NEDELEC, Guide pratique des contrats de l'audiovisuel. Paris: Litec, 1992, p. 43), los contratos suelen hacer provisión detallada de todos estos aspectos, incluyendo hasta el carácter de las letras, la disposición tipográfica y el momento de la aparición del nombre.

³³ LIPSZYC, op. cit., p. 148. En Italia, por ejemplo, a pesar de haber sido reconocido siempre, por lo que atañe a las obras cinematográficas, que el actor tiene derecho a que su nombre figure en la campaña y en la proyección del film, se ha excluido que pueda esgrimir un derecho a un orden

Si se trata de una prestación de conjunto, aunque nuestra legislación nada diga, a diferencia de otras normas de propiedad intelectual, los buenos usos ampararían, creo, que no fuera necesaria la mención detallada del nombre de todos y cada uno de los componentes del grupo en la presentación del mismo, o en la cubierta de la grabación que recoja su actuación, bastando, en general, el nombre usual del conjunto, el nombre del responsable artístico de los intérpretes o ejecutantes (el director de orquesta, siguiendo con el ejemplo) y, en su caso, el nombre de los intérpretes o ejecutantes destacados³⁴.

2º) El derecho a oponerse, durante su vida, a toda deformación, mutilación o cualquier otro atentado sobre su actuación que lesione su prestigio o reputación. Esta facultad podrá ejercitarse tanto sobre actuaciones en vivo (para las que el respeto a la integridad se relaciona fundamentalmente con las condiciones de inserción/ambientales/externas del artista dentro de la actuación³⁵), como sobre prestaciones grabadas³⁶. Al igual

preferencial en la presentación (Trib. Trieste, 25 sett. 1964, cit. por JARACH, Giorgio. *Manuale del Diritto d'Autore*. Milano: Mursia, 1983, p.132). Igualmente Pret. Roma, 25 gennaio 1969, (IDA, 1969, p.99) y 23 gennaio 1968 (Giust. Civ., 1968.I, 2070). La ley no impone ningún orden jerárquico: es cuestión de cláusulas contractuales. Dentro del audiovisual, no obstante habría que aclarar, que todo lo dicho rige con independencia de los supuestos en que la campaña publicitaria no se reduzca a carteles o anuncios gráficos, sino a reportajes que empleen tomas de la película misma. Estaríamos ante un supuesto de obra derivada de la obra cinematográfica inicial y, en todo, objeto de las normas que regulan estas creaciones, incluidas las preceptivas autorizaciones del artista (o su derechohabiente) para el empleo de su interpretación. Por lo que respecta a los discos, parece suficiente que el nombre del intérprete aparezca en la carátula o la cubierta, y no es necesario que venga indicado en la campaña publicitaria (Trib. Milano, 7 aprile 1966, IDA 1966, p.508).

³⁴ Ésta fue la solución que se manejó por el Comité de Expertos durante la tramitación del instrumento para la protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas -Le Droit d'Auteur, OMPI, nov. 1994, p.243-283-. No obstante, no fue la que ha adoptado el art.5 del texto definitivo.

El art.62.3 de la ley italiana sobre *Protección de los Derechos de Autor y otros Derechos conexos*, si establece, para los discos fonográficos, que se indique el «nombre usual» en el caso de los conjuntos orquestales o corales. La *Ley Federal austriaca relativa al derecho de autor sobre las obras de literatura y de arte y los derechos afines*, en su art.68, al regular el derecho al nombre en los casos de recitaciones, representaciones y ejecuciones, en su párrafo 3º, exime del deber de identificación individual preceptiva de la que hablan los párrafos 1 y 2, para el caso de «las personas que participen únicamente en las prestaciones de un coro, de una orquesta o de una manera análoga».

³⁵ IMPERIOLI, Roberto, «Il diritto dell'artista interprete o esecutore alla prestazione e alla sua utilizzazione nei rapporti con l'impresa di spettacolo». En *Dir. aut., ott-dic.*, 1990, n°4, p. 517. RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel. «Comentario al artículo 113», cit., p.443.

³⁶ Si bien esta facultad no permite al artista, en el caso de la grabación audiovisual, exigir, so pretexto de lesión a la integridad de su prestación, que todo lo rodado aparezca en la película final, sí acota el poder de dirección y organización del montador o productor. El margen de libre selección de las secuencias rodadas con que éste cuenta debe restringirse a supuestos de justificabilidad técnica y tiene su frontera en la garantía del derecho de todo artista a ver su prestación utilizada y divulgada respetuosamente. [Así, IMPERIOLI, op. cit., p. 519]. Y, en todo caso, no cabe duda que, sobre el material no empleado en la versión definitiva (descartes) ostenta también el artista derechos, tanto patrimoniales como morales, con especial interés por lo que respecta al de integridad.[La Ley Tipo de los derechos intelectuales de los actores intérpretes, adoptada en Santafé de Bogotá, durante el Congreso celebrado entre los días 11-15 de septiembre de 1996(*), en su art.20, dentro de la Sección Otras vías de protección, contempla las denominadas «tomas falsas y/o desechables», haciéndolas partícipes de las previsiones del resto del articulado. Exactamente establece que: «Queda prohibida, salvo autorización expresa del actor intérprete, cualquier utili-

que para los autores, este derecho consagra una defensa del creador a través del resultado de su actividad. Y así, el art.113, para entender infringido el derecho moral del artista, requiere el menoscabo de su prestigio o reputación. En cambio, no añade la (ambigua) cláusula «intereses legítimos», como sí hace el art.14.4, lo que parece conferir mayor amplitud a la apreciación de la lesión del autor³⁷. Sin embargo, la reputación o el prestigio que quisieron el actor, el músico, el cantante, el bailarín ..., es, precisamente, la que se deduce de su interpretación íntegra. En consecuencia, cualquier alteración in-consentida de la misma daría lugar a la reacción del artista en virtud del derecho a la integridad de su actuación³⁸.

Por lo que se refiere a la enumeración de alteraciones constitutivas de lesión a la integridad de la prestación contra la que el artista puede reaccionar, el

zación de aquellas tomas, secuencias o interpretaciones que no hayan sido incorporadas a la versión definitiva de la obra audiovisual». (*) Documento cuyo acceso ha sido amablemente facilitado por Actores Intérpretes Sociedad de Gestión de España.

En el Derecho comparado, se ha mostrado especialmente problemática la eficacia de esta facultad moral del artista sobre el respeto a su actuación cuando entra en colisión con la disponibilidad sobre la integridad de la versión definitiva de la obra audiovisual. Ésta última, conforme a la legislación vigente, sólo corresponde a quien haya acordado dicha versión definitiva (art. 92.2.I TRL-PI), lo que excluye al intérprete, en todo caso (art.92.1). Análoga regulación existe, por ejemplo en Francia (art. L 121-5 CPI). Acertadamente, los tribunales galos han optado por una solución *abierta*, propugnando una coordinación equilibrada de ambas facultades, en la que la prioridad de ejercicio será la siguiente: a) en principio, los autores y el productor, están legitimados para modificar la versión definitiva; b) ahora bien, el ejercicio de esta facultad debe realizarse en un sentido *proporcionado*, esto es, siempre que no constituya la anulación de la facultad moral reconocida al artista, acudiendo, en tal caso, a la figura del abuso del derecho (TGI París, 10.01.1990). Una reciente sentencia francesa, tomando como referencia esta misma línea de razonamiento, considera que los cortes practicados en una película a iniciativa de realizador y productor y que permitieron liberar la difusión televisiva de la prohibición a los menores de 13 años no constituyen atentado al derecho moral del artista al respeto a la integridad de su interpretación, dado que, en este caso particular, los cortes son de escasa duración y permiten ampliar la audiencia (TGI París, 29.04.1998).

³⁷ No obstante, creo que, en realidad, la divergencia literal no comporta una auténtica distancia entre la configuración del derecho moral del autor y el del artista. El problema radica en concretar qué intereses legítimos, distintos del prestigio o la reputación, quiere tutelar la norma a través del derecho a la integridad. Si acudimos a la jurisprudencia podemos constatar que incluso las modificaciones que comporten una «mejora» de la calidad (en términos de aceptación social), están proscritos por el derecho a la integridad del autor; del mismo modo que explícitamente las condenaba el art.7 de la antigua LPI de 1879. Así puede verse el Voto particular a la STS S2ª, 4-6-1992 (Magistrado Excmo. Sr. don Francisco Soto Nieto, en espec. FJº 6º). Con este pronunciamiento se estaba tomando el pulso a la extensión de una vulneración del derecho moral que no afectaba al prestigio ni a la reputación del autor y de él se puede deducir, en efecto, una intuición, en mi opinión, acertada, de la referencia del texto legal.

Creo, siguiendo a RAMS ALBESA, que «los legítimos intereses del autor, en el marco de la Ley de Propiedad Intelectual, son los que en ésta se protegen y no otros, el derecho a la integridad gira en torno a la fidelidad en la reproducción de textos, partituras, grabados, aguafuertes, estampas, esculturas seriadas y un interminable etcétera». («Comentario al artículo 14». En *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t.V, vol.4-A, dir. por M.Albaladejo y Silvia Díaz Alabart. Madrid: EDERSA, 1994, p.326). Así visto el alcance de la mención de los «legítimos intereses» en el art.14 LPI, me remito a lo que se verá a continuación sobre la ausencia de su alusión en el art.113, adelantando ya que este mismo ámbito debe entenderse protegible como derivado de lo que por reputación y prestigio debe entenderse tutelado.

³⁸ OSSORIO SERRANO, J.M. Op. cit., p.407.

art.113 recoge la *deformación*³⁹, *mutilación*⁴⁰ o cualquier otro atentado sobre su actuación que lesione su prestigio o reputación. No ha querido emplear el legislador los mismos términos que en el art.14.4 (deformación, modificación, alteración o atentado), pero, en realidad, ha ganado en precisión. Las referencias genéricas e incluso parece que semánticamente reiterativas del art.14 (modificación, alteración) desaparecen, y, en cambio, se sintetizan las posibles variedades de cambios perseguibles. El sentido abierto de la última categoría de alteraciones in consentidas, comprende, en mi opinión, la alusión a toda manera de lesionar el prestigio o reputación, sea sobre actuación grabada o en directo, no sólo incidiendo *físicamente* sobre la actuación, sino trastocándola mediante adiciones, superposiciones, reproducciones y su difusión, de calidad defectuosa⁴¹, sincronizaciones no autorizadas, y, en definitiva, empleos descontextualizados⁴² de la interpretación o ejecución que la afecten lesionando el prestigio del artista.

³⁹ Esto es, desfigurar, desemejar (sea afeando o no), modificar la forma y la figura. Resulta paradigmático el supuesto planteado en el asunto Rostropovitch, sobre el que el TGI de París no dudó en reconocer la efectiva agresión a la integridad de una interpretación mediante la adición y superposición de sonidos «denigrantes» para la calidad y sentido de la actuación (TGI París, 10-enero-1990).

⁴⁰ Se mutila la actuación a la que se sustrae una parte o un aspecto. Estamos ante los supuestos en que se suprime parcialmente lo actuado o ejecutado. Bien porque se acorta su duración real, y, por tanto, parte del papel representado o la canción interpretada; bien porque la fijación, aunque recoge «toda la actuación» (respeto su duración), la fracciona o no la reproduce íntegra (en cuanto a formato).

⁴¹ Esta última modalidad, además, goza, en algunas legislaciones, de un tratamiento separado y reconocimiento expreso. Así, en Italia, el art.81 establece que los artistas, actores o intérpretes y los artistas ejecutantes de obras musicales podrán oponerse a la difusión, transmisión o reproducción de su recitación, representación o ejecución cuando pueda redundar en perjuicio de su honor o reputación.

Conforme al art. 68.1 de la ley austríaca, el consentimiento concedido por el artista para que su nombre figure en los dispositivos sonoros o visuales en que se grabe su actuación, podrá revocarse libremente cuando tales dispositivos reproduzcan la recitación, ejecución o representación en forma tan defectuosa que su utilización pueda perjudicar seriamente a la reputación artística del derechohabiente.

Aunque de modo más genérico, también las legislaciones nórdicas (Dinamarca, Finlandia, Suecia: respectivos artículo 3) aluden a la «forma o circunstancias» en que se produce la puesta a disposición del público como vía de lesión al autor o artista (respecto a éste por remisión específica de los preceptos respectivos).

⁴² Así RODRÍGUEZ TAPIA, J.M. «Comentario al artículo 113», cit., p.443. Sostiene este autor que la utilización de una actuación, dentro de un contexto diferente, es de por sí una deformación de la actuación. En España, puede verse un claro ejemplo de este tipo de atentado en la STS de 2-2-1993, sobre el empleo de un fragmento de obra audiovisual de ficción dentro de un programa informativo dedicado a la enfermedad del SIDA. Al no hacerse reseña alguna acerca del origen de las imágenes que ilustraban la exposición del tema, se produjo una confusión lesiva para el honor de los actores, ya que protagonizaban escenas de claro contenido homosexual y algunas un tanto escabrosas, pareciendo que se trataba de imágenes de la vida privada de ambos. No obstante, el caso fue planteado ante el Tribunal en términos de lesión al honor y propia imagen, no de integridad de la actuación. En Francia, en cambio, un asunto similar sí se recondujo a las infracciones de la propiedad literaria y artística. La resolución del Tr. Cas. de 18-3-1971 condenaba a una cadena televisiva (ORTF) por haber emitido determinada grabación en que aparecía un actor representando el papel de disminuido psíquico, de modo que el intérprete aparecía no como actor dentro de su personaje, sino como transeúnte entrevistado por azar y que emitía una opinión personal.

En conclusión, parece que inductivamente, de estos preceptos se desprende, tanto el sentido personalista de esta parte de la regulación del derecho de los artistas, como el carácter extrapatrimonial de esas facultades⁴³: vienen a tutelar la relación entre la personalidad del titular y lo actuado y constituyen un elemento ciertamente extraño al concepto de propiedad.

1.4. Duración

a) Ejercicio por los herederos a la muerte del artista

En último lugar, hay que hacer referencia a la duración del ejercicio del derecho moral por los *herederos* (*sic* art.113 LPI)⁴⁴. Literalmente, nuestro art.113 es-

⁴³ LASARTE ÁLVAREZ define como derechos extrapatrimoniales aquellos que, «en cuanto, en sí mismos considerados, deben ser excluidos «del comercio de los hombres» (cfr. art. 1271), porque carecen de valoración económica concreta. Es decir, su reconocimiento por el ordenamiento jurídico parte de la base de que su finalidad no estriba en incrementar el patrimonio del sujeto de derecho que ostenta su titularidad, sino en reconocer ámbitos de seguridad y de libertad necesarios para el desarrollo personal». (LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. Principios de Derecho Civil. Parte General y Derecho de la Persona, t.1, 3ª ed. Madrid: Trivium, 1995, p.223).

⁴⁴ No obstante el sentido preciso que para el Derecho Civil tiene el término «heredero», su empleo en el art.113 ha sido sometido a una justificada revisión. Por un lado, el art.113 (a diferencia del art.15) menciona únicamente a los «herederos». La falta de discriminación debe permitirnos entender que no se refiere exclusivamente a los herederos universales (en este sentido, CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. «Comentario al artículo 107». En *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, cit., p. 1478; también en segunda edición, Tecnos 1997, «Comentario al art.113», p. 1608. Igualmente, OSSORIO SERRANO, J.M. «Comentario al artículo 107». En *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit., p. 400-401) ni tampoco a los herederos abintestato. Sobre este último particular es de reseñar la modificación que sufrió el art.107 LPI/1987 (inicialmente 106 del Proyecto de Ley de 1986). Así, donde se leía «herederos abintestato» pasó a decirse, simplemente, «herederos» (vid BOCG III Legislat., Serie A, nº 14-1, 24-11-1986). Se descarta, por tanto una consideración exclusiva al vínculo familiar y se atiende al voluntarismo del causante (en general, y aunque no sea con contemplación específica de las facultades de propiedad intelectual) como indicio primordial de cercanía a sus deseos. Con mayor motivo hay que entender que el sujeto «especialmente designado» se anteponga a los herederos (en general) como defensor póstumo del derecho moral del artista. Solución que, por otra parte, ya parece haber sido la adoptada por nuestro legislador en un caso similar: el de la defensa al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen (vid. art.4 LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (BOE nº115, de 14 de mayo). Por otro lado, puede reproducirse, en sede de artistas, la discusión suscitada en torno a la figura del legatario y su posible admisión como *ejercitante* del derecho moral, una vez fallecido el titular. Inicialmente dominó la postura que entendía la mención del heredero como exclusiva y excluyente (CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. «Comentario al artículo 107». En *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por Rodrigo Bercovitz. Madrid: Tecnos, 1989, p.1608; LACRUZ BERDEJO, José Luis. «El ejercicio «*post mortem auctoris*» del aspecto moral de la propiedad intelectual». En *Temis*, 1962, nº11, p.42). No obstante, la última doctrina ha optado por una ampliación del tenor de la Ley. La conclusión de Rodrigo BERCOVITZ es la de admitir la figura del legatario dentro de la designación voluntaria («Comentario a los artículos 15-16». En *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. por R. Bercovitz, 2ª ed.. Madrid: Tecnos, 1997, p. 258. También en su línea, F. BONDÍA. «Comentario al artículo 15». En RODRÍGUEZ TAPIA, J. Miguel; BONDÍA ROMÁN, Fernando. *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid: Civitas, 1997, p.88). Pero, la facultad residual de los herederos sólo parece extensible a los legatarios en la medida en que éstos se asimilen a aquéllos. Es decir, cuando se trate de legatario de parte alícuota,

tablece que el ejercicio de los derechos en él mencionados corresponde al artista durante toda su vida y, una vez fallecido, a los herederos de éste, durante 20 años, a contar desde la muerte del artista, como plazo de caducidad, parece.

Sin embargo, el artículo 113, en sentido estricto, es absurdo. No se entiende que las dos únicas facultades defensivas que para los autores tienen una duración perpetua, en el caso del artista, protegiendo idénticos intereses, quede limitada a un plazo que incluso puede resultar inferior al de protección de los derechos patrimoniales (comparar con el art.112 LPI)⁴⁵. Este sinsentido ha abocado a algunos intérpretes de la Ley a una lectura correctora del art.113. VEGA VEGA⁴⁶ y RODRÍGUEZ TAPIA⁴⁷ han apuntado, creo que certeramente, la posibilidad de entender que los derechos morales que pueden ser ejercitados por los herederos se transfieren a éstos por un plazo de 20 años. Transcurrido ese plazo, e incluso antes, si concurren anticipadamente las circunstancias que, conforme al art.16, legitiman la sustitución prevista en el ejercicio del derecho moral, creo que dicho ejercicio recaería en las instituciones que enumera el art.16 LPI. Por un lado, este sentido es el más adecuado a la naturaleza moral del derecho⁴⁸. Por otro, no abandona la línea de distanciamiento (o jerarquía, *ex art.131 LPI*) entre el derecho de autor y el de artistas, pero respeta su similitud. Y, en definitiva, casa con la interpretación que creo que debe darse al art.113 LPI (como precepto que corrobora la existencia de derechos morales del artista, análogos a los del autor, pero que presentan particularidades en el ámbito de concurrencia). Sólo esa franja es la que especifica el art.113, porque sólo en ella se hacen precisas reglas diferentes para el derecho moral de artistas y el de autores. En lo demás, es correcta la aplicación analógica de los principios establecidos en el Libro I sobre los derechos no patrimoniales.⁴⁹

o bien, cuando el legatario fuese, además, heredero forzoso.

Por su parte, el profesor RODRÍGUEZ TAPIA («Comentario al artículo 42», *ibid*, p. 206) recuerda que el legado o manda de protección del derecho moral puede considerarse un legado oneroso, que, de concurrir con un legado atributivo de ciertos derechos de explotación (legado no oneroso o gratuito, en principio), plantearía la posible necesidad de aceptar el legado «moral» para disfrutar del legado de explotación (argumento *ex art.890.I CC*).

⁴⁵ Contraviniendo incluso la tendencia actual de armonizar, como mínimo, ambas duraciones, tal como expresa el art. 5.2 del reciente Tratado OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas, adoptado por la Conferencia diplomática sobre ciertas cuestiones de Derecho de Autor y Derechos Conexos, de 20 de diciembre de 1996 (firmado por España, pero aún no en vigor).

⁴⁶ VEGA VEGA, José Antonio. Derecho de autor. Madrid: Tecnos, 1990, p.168.

⁴⁷ RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 113», *cit.*, p.444-445.

⁴⁸ Se trata, dice LACRUZ, «de derechos que, por no ser transmisibles, no entran dentro del concepto de derecho caducable. Precisamente la caducidad del derecho de autor está, a mi modo de ver (sic), en íntima relación con su naturaleza patrimonial.» (vid. «El ejercicio «post mortem auctoris» del aspecto moral de la propiedad intelectual», *cit.* p. 37).

⁴⁹ No obstante, el propio VEGA VEGA es consciente de las dificultades de esta hermenéutica, dado que ni la remisión del art.132 LPI alcanza a la aplicación del art.16 ni tampoco es claro que donde el legislador quiso un régimen específico (derechos morales de artistas) se vean lagunas que reclamen un sentido distinto. CABANILLAS SÁNCHEZ («Comentario al art.113», *op. y loc. cit.*, p.1608) se opone abiertamente a una solución como la de VEGA VEGA, pero no deja de manifestar su perplejidad por la extraña limitación de la opción legislativa. RODRÍGUEZ TAPIA, *op. ult. cit.*, p.444, como alternativa a la interpretación vista en el texto principal propone una más moderada, pero, en todo caso, crítica con el restringido cómputo de los 20 años. Añade el profesor

b) *La legitimación de las entidades públicas del art.16*

El profesor RODRÍGUEZ TAPIA sostiene que el transcurso de los 20 años no produce un reemplazo en la titularidad que, hasta ese momento correspondía a las personas específicamente designadas o a los herederos, sino, en realidad, una «ampliación del número y la cualidad de personas legitimadas para su ejercicio (los arts. 16 y 40 nos brindan un ejemplo que debe ampliarse con los allegados y familiares del artista que no reúnan la condición de heredero)»⁵⁰. Sin embargo no comparto esta opinión. Creo más bien que el sentido del art.16 no es ése y la aplicación analógica al régimen de los artistas tampoco nos autoriza a modificarlo.

En primer lugar, si atendemos a la expresión literal del art. 16, ésta es tajante: «*siempre que no existan las personas mencionadas en el artículo anterior, o se ignore su paradero...*». Incluso el artículo se titula «*sustitución en la legitimación «mortis causa»*», lo que creo que descarta la posibilidad de ostentarla conjuntamente. E incluso pensando en el caso de que, a falta de personas designadas específicamente y de otros sucesores *ab intestato*, el Estado fuese considerado heredero del causante (arts.956 y ss. Cc), su titularidad/legitimación no sería *acumulativa*. No concurrirían en él la condición de heredero (*ex art.15*) y de sustituto en la legitimación (*ex art.16*). Su facultad únicamente se basaría en la habilitación conforme al art.15⁵¹.

En segundo lugar, acudiendo a la finalidad de la norma, no creo que el art.16 arbitre un sistema de intervención pública de los que complementan la acción de los herederos «ejercientes» del derecho moral, como garantía ante un supuesto de (in)actividad abusiva de los representantes *mortis causa*. Algunos de los modelos legislativos que se manejaron en la elaboración de nuestra LPI de 1987 (a cuya redacción responde la de los vigentes artículos 15, 16 y 40) sí contenían explícitamente normas de este tipo (*vid.* art. 23 de la Ley italiana de 22-4-1941; art.57.3 Código portugués de Derecho de autor y derechos vecinos, de 17-9-1985; art.20 de la Ley francesa de 11-3-1985⁵²). Nuestra LPI no ignoraba

RODRÍGUEZ TAPIA que deben tomarse en cuenta el art. 41 LPI, la LO 1/1982 y el art. 44 CE para predicar la perpetuidad del derecho de paternidad y del derecho a exigir el respeto a la integridad de la actuación. Pero, en todo caso, opina este autor que los sucesores *mortis causa* están legitimados, al menos, ochenta años post mortem, de conformidad con el art.4.3 de la LO 1/1982.

⁵⁰ RODRÍGUEZ TAPIA, J. Miguel, op. ult. cit., p. 444.

⁵¹ Así ALBALADEJO, M.; BERCOVITZ, R. «Comentario a arts.15-16». En Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, coord. por R. Bercovitz. Madrid: Tecnos, 1989, p.316. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen. Derecho de autor: la facultad de decidir la divulgación. Madrid: Civitas, 1993, p.430.

⁵² El art.23 de la ley italiana concede legitimación al Ministro de Cultura Popular para ejercitar la acción tendente a la defensa de tales derechos cuando lo exija el interés público. En el derecho portugués, el art.57 (aplicable a los derechos conexos en virtud de la remisión del art.192), prevé inicialmente que el ejercicio de los derechos morales del autor, fallecido éste, y hasta que la obra no pase a ser de dominio público, corresponden a sus derechohabientes. Pero, después de la muerte del autor, el Ministerio de cultura podrá encargarse de defender las obras que no hayan pasado todavía al dominio público y cuya autenticidad o dignidad cultural estén amenazadas, y encargarse de esta defensa por todos los medios apropiados, si los titulares del derecho de autor, debidamente

el fenómeno, por lo que su apartamiento fue deliberado, parece. Lo más similar que en ella se contiene es el art.40, según el cual, «*si a la muerte o declaración de fallecimiento del autor, sus derechohabientes ejerciesen su derecho a la no divulgación de la obra, en condiciones que vulneren lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución, el juez podrá ordenar las medidas adecuadas a petición del estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales, las instituciones públicas de carácter cultural o de cualquier otra persona que tenga un interés legítimo*». Sin embargo, creo que la intención del precepto también está muy lejos de colocar a entidades y herederos en un mismo plano:

1. De entrada, la Ley restringe esta posibilidad al derecho de divulgación⁵³.
2. Se interprete como se interprete el artículo 40, sólo se permite una impugnación del ejercicio (no-ejercicio-abusivo, en realidad) de un derecho de propiedad intelectual «ajeno», porque contraviene un principio constitucional. Esto no significa que, para divulgar póstumamente una obra tengan los derechohabientes que contar con la autorización de las entidades del art.40.

Cosa distinta, desde luego, es que se deba admitir la pertinencia de ampliar las fórmulas de «control supletorio» que existen en nuestra LPI. Se ha criticado, por un lado, que sólo el ejercicio de la no-divulgación contrario al art.44 sea

te advertidos, se han abstenido de ejercer sus derechos sin motivo válido. El precepto francés faculta a los tribunales para adoptar las medidas necesarias en el caso de abuso notorio en el uso o no uso del derecho a la divulgación. La interpretación doctrinal ha ampliado el sentido de la norma a los casos de abuso por el uso o no uso del derecho al respeto. Así LE TARNEC, Manuel de la propriété littéraire et artistique, 2ª ed., 1966, p. 68.

⁵³ Y la doctrina concuerda en admitir y justificar que sólo exista un precepto similar para el derecho de divulgación, porque:

1º) Se está ejerciendo un derecho absolutamente distinto al que correspondió en vida al autor (en nuestro caso, añadiríamos, al artista). Que un heredero pueda divulgar una obra no expresamente prohibida por su causante se debe más a un acto de administración de la herencia o legado recibido. Si administra su herencia en perjuicio de intereses culturales podrá verse forzado a publicar. Esta especie de «expropiación» (como la califican el prof. RODRÍGUEZ TAPIA, «Siete derechos en busca de autor: La nueva Ley de Propiedad Intelectual, de 11 de noviembre de 1987. («B.O.E.», 17 de noviembre)». En ADC, 1988, fasc.I, p.309-310; BONDÍA ROMÁN, Fernando. «Comentario al artículo 14». En RODRÍGUEZ TAPIA, J.Miguel; BONDÍA ROMÁN, F. *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid: Civitas, 1997, p.68) no lo es del derecho de divulgación, sino del derecho de mantener inédita determinada obra del causante, porque los herederos podrán controlar las ediciones en que se divulga. Y se ha «expropiado» por considerar el legislador que el causahabiente no puede tener tantas objeciones como su causante y que, en ningún caso se le atribuye posición semejante (RODRÍGUEZ TAPIA, *op. ult. cit.*, p.310). Es más, el profesor RODRÍGUEZ TAPIA, aunque en posición minoritaria en España, sostiene que, en realidad, nadie ostenta el derecho de inédito una vez fallecido el autor (*op. ult. cit.*, p.273) ;

2º) No podemos olvidar que el ejercicio del derecho de divulgación sólo sobrevive al autor lo mismo que el resto de los derechos de explotación, 70 años (y creo que también para el artista se debería hacer coincidir con la duración respectiva de sus derechos de explotación). Es decir, que la divulgación como destino cultural inherente al objeto de protección por la propiedad intelectual, se produce libremente antes o después. Por tanto, más que subrogarse en el ejercicio del derecho de divulgación, en el caso del art.40, el juez, a instancia de los sujetos a quienes legitima el art.40, lo que hace es apreciar las razones que han llevado a los legitimados a no divulgar (CARAMÉS PUENTES, J. «Comentario al artículo 40». En *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord.por R. Bercovitz. Madrid: Tecnos, 1989, p.612).

censurable. PÉREZ DE ONTIVEROS propone extenderlo a los otros derechos morales que sobreviven al autor. R. BERCOVITZ y M. ALBALADEJO hacen una interpretación amplia del art.16, según la cual la intervención sustitutiva del art.16 no sólo se entenderá cuando las personas mencionadas se encuentren en desconocido paradero, sino también cuando se dé una actuación negligente de estos sujetos (*op. ult. cit.*, p. 316 y 317). Tanto en una solución como en otra, las dificultades interpretativas son manifiestas. Pero ponen de relieve el criticable sentido de la legitimación concedida a las entidades del art.16 para el ejercicio póstumo del derecho moral⁵⁴ y la carencia de soluciones jurídicas claras en el caso de dudas sobre la corrección del ejercicio del derecho moral encomendado. Como destaca el prof. DIETZ⁵⁵, la articulación de las competencias estatales de intervención y control en este sector resulta siempre de gran complejidad y extremadamente problemática.

2. LAS FACULTADES POSITIVAS DEL DERECHO MORAL DEL ARTISTA: UNA HIPÓTESIS JURÍDICA

2.1. El «derecho» de divulgación

Sin duda, la carencia más sorprendente en el estatuto del artista es la de un derecho de divulgación. Esta facultad o derecho, si se quiere, es uno de los más peculiares dentro de los conceptuados morales. ¿Por qué? Primordialmente por su naturaleza híbrida:

1º) Por un lado, es la manifestación más reseñable de un derecho de la personalidad; significa que su titular no ofrecerá su obra a la apreciación pública más que cuando la considere satisfactoria y la juzgue digna de ser «sacada» de su secreto⁵⁶.

2º) Por otro, su ejercicio se acompaña de la explotación patrimonial.

a) Justificación

Precisamente lo que hay de único e irrepetible en cada interpretación o ejecución hace incomprensible que el artista carezca de esta facultad. Por reiterativa que una actuación quiera ser, nunca habrá identidad. En consecuencia, la actuación en vivo siempre es divulgación, no reproducción.

Razones todas ellas que dificultan la aplicación analógica del art.40 a otros supuestos diferentes a la divulgación, a pesar de lo que sostiene PÉREZ DE ONTIVEROS (*op. ult. cit.*, p. 407-408), para quien lo más acertado sería admitir una interpretación amplia del artículo 40 (...) en base a ser acorde con el interés que protege este último artículo al garantizar la autoría y la integridad de las creaciones intelectuales».

⁵⁴ PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen, *op. ult.cit.*, p. 426.

⁵⁵ El derecho de autor en España y Portugal. Madrid: Ministerio de Cultura, 1992, p.159-160.

⁵⁶ COLOMBET, C. *Propriété littéraire et artistique*, 8e éd. Paris: Dalloz, 1997, aptdo. 135, p.116.

Y, puesto que la ley reconoce al artista intérprete el derecho a hacer respetar su nombre, su cualidad y su interpretación —esto es, le concede derecho a ejercer un control *a posteriori*—, sería lógico que le reconociera el derecho a ejercer un control *a priori*; esto es, el derecho de divulgación⁵⁷. ¿Puede invocar el artista un derecho de divulgación sobre su actuación para evitar la difusión de aquellas que no hizo públicas voluntariamente? ¿Puede interponer acción contra un productor o director de cine que durante el montaje audiovisual acorta o suprime su papel?

b) *Reconocimiento positivo*

Ni nuestra legislación ni las vecinas contemplan este derecho en favor del artista⁵⁸, aunque sus tribunales sí han presentado una mayor actividad, y, como demuestra el caso francés, incluso empiezan a perfilar los contornos de esta facultad como atribuible a los intérpretes y ejecutantes⁵⁹. Sin embargo, dentro de nuestras normas, creo que es posible reconocer el vestigio de un derecho de divulgación sobreentendido.

Por una parte, la aparente intransmisibilidad del derecho de fijación del art.106. Por otra, el art.40, aplicable a artistas en virtud de la remisión genérica que establece el art.132 LPI, parece reconocer la tutela del derecho de divulgación a los derechohabientes a título *mortis causa*, una vez fallecido el titular original. En consecuencia, el derecho moral existiría para el artista durante toda su vida y, después, su ejercicio también es transmisible. ¿Con qué duración? En mi opinión, y por los mismos motivos que para el autor (art.15), mientras perduren los derechos de explotación sobre la actuación⁶⁰.

⁵⁷ EDELMAN, Bernard. Op. cit., p.165.

⁵⁸ Con la excepción de Uruguay (art. 37 de la Ley sobre Derechos de autor, de 15 y 17 de diciembre de 1937). Dentro de Europa, sólo Alemania cuenta con un precepto similar, aunque restringido a las normas cinematográficas y con condiciones y limitaciones explícitas al ejercicio individual del derecho (art.93).

⁵⁹ Clásicas son las decisiones tomadas sobre el caso Furtwängler (Tribunal de Casación, 4-1-1964) y sobre el asunto María Callas, TGI Paris, 19-5-1982. Desde entonces se han reiterado las manifestaciones en esta misma dirección: Civ.1. 16-7-1992; CA Paris 16-6-1993.

⁶⁰ Sobre la relación entre el derecho de divulgación y la explotación de la obra es especialmente significativo el tratamiento que este derecho recibe una vez fallecido el autor. En particular sobre el sentido de la duración póstuma que le reconoce nuestra LPI, vid RAMS ALBESA, J. «Comentario a arts.15-16». En Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, t.v, vol. 4-A, dir. por M.Albaladejo y Silvia Díaz Alabart. Madrid: EDERSA, 1994, p.346; GÓMEZ LAPLAZA, Carmen. «Comentario al artículo 40», *ibid*, p. 641; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen, op. ult. cit., p. 86, 398, 432-434; RODRÍGUEZ TAPIA, J. Miguel. «Nuevo ámbito temporal de la propiedad intelectual. Reflexiones sobre la Directiva 93/98 CEE, relativa a la armonización del plazo de duración del derecho de autor y determinados derechos afines». En Cuadernos Jurídicos, octubre 1994, n° 23, p.69.

Sin embargo, parece sostener una posición contraria, José Manuel VENTURA VENTURA («El derecho exclusivo del artista intérprete o ejecutante de autorizar la fijación de sus actuaciones», en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor (ADIDA)*, 1998, t.XIX, p.214-217). Respecto a lo que él denomina una facultad del artista «semejante» (*sic*) al derecho de divulgación, y que identifica en el denominado por la Ley «derecho de fijación» (art.106), entiende que esta facultad de los in-

c) Manifestaciones

i) Fijación

Es cierto que el derecho exclusivo de fijación no agota el derecho moral de divulgación del artista [existen divulgaciones que no precisan fijación, y, por otra parte, la fijación no siempre conlleva divulgación⁶¹]. Pero sí puede considerarse una manifestación del mismo⁶². Sobre esta caracterización de la facultad de fijación y su relación con un pretendido derecho de divulgación del artista empieza a apuntarse un reconocimiento jurisprudencial embrionario. Así, la sentencia de la Corte de Apelación de París, de 28 de abril de 1998⁶³.

térpretes y ejecutantes debería prolongarse 70 años más allá de la muerte del titular. Por mi parte, no encuentro fundamento alguno para tal afirmación, en especial, si tenemos en cuenta, como el mismo autor admite, que, tanto en sede de artistas, como de autores, el fundamento y finalidad de la facultad es la misma. Si en el caso del autor se busca *ex professo* que la duración de esta facultad coincida con el período de «vida» de las facultades de explotación, constituyéndose este vínculo en consustancial, ¿por qué ignorar esa correlación en el caso del artista?. En mi opinión supondría desnaturalizar el concepto mismo de la facultad de divulgación o, sencillamente, crear un concepto distinto bajo el mismo *nomen iuris*. Y, por otro lado, la extensión del *derecho* de divulgación más allá de la duración de los derechos exclusivos de explotación nos llevaría a considerar cómo se articularía la facultad moral de divulgación en el contexto de prestaciones que son libremente explotables por haber caído en el dominio público. Creo que quedaría sencillamente neutralizada.

⁶¹ En este sentido es paradigmático el asunto resuelto por el Tribunal de Gran Instancia de París el 19-5-1982, sobre unas últimas grabaciones privadas e inéditas de la diva María Callas, que fueron divulgadas tras la muerte de ésta, sin contar con el consentimiento de sus herederos ni, por supuesto, de la misma cantante.

⁶² Muy próximo a esta idea se muestra VENTURA VENTURA (op. ult. cit., en espec. p. 214 y ss). Concuero con él en que estamos ante una facultad que participa del rasgo de la inalienabilidad y que, en conjunto, presenta un carácter muy próximo al moral. Sin embargo, esta proximidad, en mi opinión, no radica tanto en una «semejanza» (VENTURA VENTURA, op. ult. cit., p.217, n.p.p. 57) entre el derecho de divulgación y el de fijación, cuanto en una auténtica relación todo-parte, respectivamente. Esto es, la facultad de fijación concebida como manifestación de la de divulgación (sobreentendida), pero que no la agota. A su vez, el sentido de este vínculo entre divulgación y fijación, permite decir que, agotada la facultad de fijación, en cambio, sigue gozando el artista de una facultad de divulgación. Esta última conclusión hace igualmente innecesaria, en mi opinión, la construcción de una «vertiente negativa» de la facultad de fijación, que resultase transmisible mortis causa. Por definición, resulta incongruente hablar de transmisibilidad de la facultad de fijación. La facultad fijación del TRLPI tiene por objeto la actuación, y, como tal se extingue o agota instantáneamente con cada una de las prestaciones, por definición, únicas. Lo que, en su caso, sí creo que pueden impedir los legitimados correspondientes es la divulgación o explotación de una fijación incontestada.

⁶³ Ciertas ejecuciones del pianista Thelonius Monk, fallecido en 1981, habían sido grabadas mientras actuaba en un bar de Nueva York, en el año 1963. Estas habían sido explotadas incontestadamente en Francia a partir de 1989. Su hijo entabló ante los tribunales franceses, acciones por violación de sus derechos de autor y afines (era compositor y ejecutante de algunas de las piezas) contra los productores de fonogramas sucesivos, distribuidores e incluso las Nuevas Mensajerías de la Prensa Parisiense. Por lo que aquí interesa, el Tribunal admite la demanda por violación de los derechos patrimoniales y morales del artista intérprete. El sentido de la invocación de una facultad moral, en este caso, no es aclarado por el Tribunal, pero no parece entendible fuera del juego que aquí ofrecía la fijación incontestada y la difusión de la misma, habida cuenta de que la actuación misma ya había sido realizada ante el público asistente en 1963.

ii) El «derecho» de divulgación y el cumplimiento del contrato artístico

No obstante, existen también formas de divulgación de una prestación que no precisan grabación (ej. representación de obra teatral). En ellas, es frecuente que el derecho de divulgación se entienda efectivamente realizado cuando el artista se obliga contractualmente a realizar una aportación que, lógicamente, es para divulgarla y comunicarla al público. Ya se ha ejercitado el derecho moral de divulgación (la decisión de divulgar, como dice PÉREZ DE ONTIVEROS⁶⁴), y se ha de verificar a través del cumplimiento del contrato. En definitiva, el interés del artista en que su actividad sea hecha accesible al público es moral, no sólo contractual. Dicho de otro modo, el empresario que se niega a dar las representaciones públicas pactadas (fuera del caso fortuito o de fuerza mayor⁶⁵) estaría lesionando el derecho a la divulgación del/ de los artista/s, en su caso.

¿Podría en este caso el artista exigir el cumplimiento forzoso en forma específica? Esto es, ¿podría imponer coactivamente la divulgación de su prestación al titular de los derechos de explotación de la misma? Es pacífico que, cuando el objeto de la contratación es la prestación de un artista, la reglamentación de los intereses sirve de instrumento de divulgación de una forma de manifestación del pensamiento, cual es la esencia de una obra⁶⁶.

⁶⁴ Op. cit., p. 86-91.

⁶⁵ Cosa distinta es que, como veremos infra, ese incumplimiento fortuito (o no imputable al demandado) del contrato concluido con el artista, suponga, en efecto, causa de resolución del mismo, aunque no de responsabilidad de empresario o arrendatario (vid. Díez-PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, vol. II, 5ª ed. Madrid: Civitas, 1996, p.718-720; DELGADO ECHEVERRÍA, J. Elementos de Derecho Civil, por J.L. Lacruz et al.. Barcelona: Bosch, 1994, p. 203 y jurisprudencia allí citada).

⁶⁶ La doctrina italiana habla, en este sentido de «interesse alla notorietà» (SPANO, L'attore nel rapporto di lavoro. Milano, 1962, p.92 y ss; FERRARA, Luigi. «Scrittura teatrale e diritto-dovere di cooperazione». En Riv. dir. comm., 1946, II, p. 195, nota a Trib. Roma, 15-4-1946; IMPERIOLI, Roberto. Op. y loc. ult. cit., p.511), que concurre junto al interés en el pago de la contraprestación económica y expresa una finalidad connatural al contrato de trabajo artístico que, para ser excluida precisa una manifestación de voluntad expresa o tácita de los contrayentes (Trib. Roma 2-2-1973, en Temi romana, 1973-II, p. 252 y ss). Igualmente, Luigi de LITALA (Voz «Lavoro artistico». En NOVISSIMO Digesto Italiano, 3ª ed, t.IX, diretto da Antonio Azara e Ernesto Eula. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1957, p.542).

Semejante interés entra en el sinalagma funcional del contrato e informa la disciplina del mismo. Su origen, dice IMPERIOLI (*op. loc. ult. cit.*, p. 512 y ss), está en la inescindibilidad entre la personalidad del artista y su interés en la fama profesional. Y el resultado es que convierte el contrato de prestación artística en un fenómeno a caballo (*sic*) entre el derecho de los contratos y el de la personalidad. Formando parte de la dinámica del negocio realizado, independientemente de que la relación que lo liga a la empresa sea reconstruible como trabajo autónomo o subordinado, se reconoce en cabeza del artista un derecho a que la empresa divulgue su prestación y lo haga en condiciones y con los medios adecuados a su reputación artística. Ese interés en la «notorietà», por tanto, se presenta como fundamento de una serie de principios informadores de toda la relación entre artista y empresa/arrendatario de los servicios del artista (derecho a la integridad de la prestación, derecho a la inserción en la versión definitiva, derecho a la no desnaturalización de la actuación, derecho a no actuar en circunstancias particulares que atenten contra la reputación artística o profesional del intérprete o ejecutante, etc. (*In extenso*, IMPERIOLI, *op. loc. cit.*).

En concreto, respecto a la obligación de difusión que incumbe a quien contrata la prestación artística (en nuestro caso, el empresario/arrendatario del art.110 LPI), ha sido caracterizada por la jurisprudencia como elemento natural o presunto del contrato de ejecución, en cuanto que, aun no siendo esencial para la validez del contrato, deriva directamente de la ley y se incluye en él, incluso si no estuviera expresamente prevista⁶⁷.

Así pues, cuando por causa del empresario/arrendatario o tercero titular de los derechos de explotación sobre la prestación artística, se frustre la divulgación pretendida, estaremos ante un incumplimiento esencial de obligación recíproca⁶⁸ que, de concurrir los demás requisitos legales para ello, permitirá al intérprete o ejecutante pedir la resolución del contrato, así como la indemnización de daños y perjuicios correspondiente (art.1124 Cc)⁶⁹. Daños y perjuicios que, en su caso, deberán comprender los que sean consecuencia de la lesión del derecho/s moral/es ocasionada (entre ellos el de divulgación), conforme a los criterios legales (art. 1902 y ss. Cc; 140 TRLPI vigente).

a) Incumplimiento resolutorio

Ahora bien, es doctrina común, respecto al art.1124 Cc., que el simple retardo en el cumplimiento no es causa suficiente para pedir la resolución⁷⁰. En palabras de jurisprudencia reciente, procede la resolución ante un «impago prolongado, duradero e injustificado mediando una conducta obstativa al cumplimiento de lo convenido que por su trascendencia pueda justificar la resolución, al implicar tal conducta un fracaso o frustración de las legítimas expectativas de la contraparte» (STS, S1ª, 31-1-1994; STS, S1ª, 15-6-1995).

⁶⁷ Corte di Appello di Roma 25-1-1983.

⁶⁸ Requisito necesario e imprescindible para que pueda solicitarse la resolución contractual, según doctrina pacífica (vid DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, vol. II, 5ª ed. Madrid: Civitas, 1996, p.710-711 y jurisprudencia allí citada).

⁶⁹ Así también LITALA, Luigi, de. Op. y loc. ult. cit., p. 542. En mi opinión, estamos ante un supuesto muy similar al de incumplimiento del contrato de edición por no realización de la edición en el plazo convenido (art.68.1.a). En ambos casos, el contrato de explotación puede suponer la divulgación de la obra y su incumplimiento está ligado a la lesión de intereses semejantes (incluido el derecho de divulgación). Y la solución que el legislador acoge para el caso del art.68 es la resolución (si bien la doctrina lo interpreta como invocación del instituto común -art.1124 Cc- y no como única salida para el obligado insatisfecho, vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos. «Comentario al artículo 68». En Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, coord. por R. Bercovitz. Madrid: Tecnos, 1989, p.1071 y ss). El incumplimiento de la relación sinalagmática trabada en este caso es grave y no precisa requerimiento expreso (a diferencia de lo previsto en otros apartados del art.68). Los intereses a armonizar a través de la regulación contractual y la posición de ambas partes, en definitiva, tienen mucho en común. Por eso creo que, en este sentido, muchas de las apreciaciones sobre la resolución del contrato de edición pueden aplicarse al equilibrio que es preciso resguardar en nuestro supuesto. Sobre la resolución del contrato de edición por el motivo del art.68.1.a) vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos. Op. y loc. ult. cit., p.1048-1086; ROGEL VIDÉ, Carlos. «Comentario al artículo 68». En Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, t.V, vol.4-A, dir. por M. Albaladejo y S.Díaz Alabart. Madrid: EDERSA, 1994, p.955-968.

⁷⁰ DÍEZ-PICAZO, L., op. ult. cit., p. 714; DELGADO ECHEVERRÍA, J. Elementos de Derecho Civil, por J.L. Lacruz et al.. Barcelona: Bosch, 1994, p.200, y jurisprudencia citada por ambos.

Así pues, hay que distinguir entre los diferentes supuestos de incumplimiento para determinar cuál es el efecto (resolutorio o no) de cada uno de ellos⁷¹. Es cierto que el cumplimiento temporáneo sólo se producirá si se respeta el plazo establecido en su caso⁷². Transcurrido éste, habrá que distinguir como sigue:

1º) Si el plazo era esencial o respondía a especiales intereses del acreedor: (ej. interpretación o ejecución relacionada con determinado evento social, cultural, político, etc., y al margen del cual, carece de interés). En este caso, el transcurso del plazo frustra la satisfacción del interés del acreedor de forma definitiva⁷³. No cabe duda de que, en este supuesto, el retardo justifica la resolución.

2º) Fuera del supuesto anterior, se ponderará individualmente si el retraso tiene la suficiente entidad para justificar la resolución:

- Si el arrendatario o empresario (*ex* art.110 LPI), llegado el plazo de difusión no está en condiciones de divulgar la actuación, sea por caso fortuito, o por otra razón distinta, pero está dispuesto a realizarla sin una dilación mucho mayor (o en un plazo usual a partir de ese momento) no parece que estemos ante un retraso resolutorio, sino meramente moratorio.
- Si el incumplimiento por el empresario o arrendatario no es transitorio, pero está justificado, lo más equitativo es admitir que el artista está legitimado para exigir la resolución, aunque nunca el cumplimiento de la prestación⁷⁴. Por el contrario, el incumplimiento injustificado abre la posibilidad de aplicación del art.1124 Cc.

b) La posible alternativa a la resolución: cumplimiento forzoso de la obligación

Hasta aquí hemos abordado las específicas condiciones de aplicación de la resolución contractual que permite el art.1124 Cc. Pero hemos de considerar tam-

⁷¹ Como pauta de solución, hemos seguido aquí las empleadas respecto al contrato de edición en que el editor ha incumplido su obligación de editar en plazo y condiciones convenidas, porque, como ya advertí *supra*, puede decirse que las partes están en una situación análoga a la que incumbe al artista y a su contraparte. Vid. especialmente bibliografía citada *supra* en nota 69.

⁷² Que de no haberse pactado, podría suplirse con las disposiciones generales que la LPI contiene (arts.43, 48 LPI). Recordemos, no obstante, que, incluso de existir un plazo acordado por las partes, estas previsiones legales juegan como máximo irrebasable para la autonomía privada.

⁷³ DÍEZ-PICAZO, L., *op. ult. cit.*, p.715; DELGADO ECHEVERRÍA, J., *op. ult. cit.*, p. 201.

⁷⁴ Piénsese, por ejemplo, en el caso que respecto a la edición plantea MARTÍNEZ DE AGUIRRE (*op. ult. cit.*, p. 1052), citando a DESANTES (La relación contractual entre autor y editor, Pamplona, 1970, p.267): contrato de edición que se lleva a cabo con anterioridad a estar concluido el original y este original resulta finalmente de contenido inmoral, habiendo resultado imposible para el editor conocer con anterioridad esta inmoralidad. Podría imaginarse una situación análoga para el grupo orquestal contratado por una sala de fiestas determinada, entre cuyos temas figuran algunos de connotaciones racistas o discriminatorias, y de los cuales no tenía noticia el contratante.

bién la alternativa que el mismo precepto ofrece al acreedor insatisfecho. Es decir, ¿puede el artista exigir el cumplimiento de la obligación que le es debida o sólo es posible optar por la resolución?⁷⁵ ¿Es coercible la divulgación de su prestación?. En principio, y resolviendo en atención al carácter sinalagmático de la obligación, la respuesta es afirmativa.

El problema específico en lo que concierne al contrato artístico es si puede el artista exigir la ejecución forzosa —y que es la forma de cumplimiento que el art.1124 contempla como ejercitada con preferencia a la resolución— o si sólo cabe un cumplimiento por equivalente (pecuniario) —que se corresponde con el cumplimiento que el art.1124 permite continuar exigiendo al acreedor frustrado que, una vez fracasado el cumplimiento específico, no desea optar por la resolución—.

Es evidente que la respuesta exige considerar el carácter fungible o no de la prestación a realizar por el obligado incumplidor⁷⁶. Se trata de considerar si los intereses del artista que han sido contractualmente articulados pueden satisfacerse por el mismo o ayudándose de la intervención de un tercero⁷⁷. Esta posibilidad resultará bastante difícil por el sentido *intuitu personae* de la contratación artística, en general. Sin embargo, si el artista, a través de un contrato ulterior con otro sujeto, puede obtener la divulgación de la prestación realizada, en condiciones que satisfagan su interés, no veo motivo para excluir que reclame el cumplimiento coactivo de la obligación en sede de ejecución forzosa (art.1098 Cc.)⁷⁸.

c) Efectos de la resolución: restitución de prestaciones e indemnización

Efecto característico de la resolución *ex* art.1124 Cc. es la extinción de la relación obligatoria, de manera que las obligaciones recíprocas «desaparecen y dejan de producir los efectos que le eran propios»⁷⁹. Y ello con efectos *ex tunc* o retroactivos al momento de la celebración del contrato resuelto⁸⁰. De manera que las partes deben restituirse mutuamente las prestaciones realizadas por cada una.

⁷⁵ Ya hemos adelantado que, en algún supuesto de retardo, no resultaba admisible la resolución pero sí la exigencia de cumplimiento. Esos supuestos no son los de exigencia de cumplimiento de la que habla el art. 1124 Cc, dado que, como señala DELGADO ECHEVERRÍA, op. ult. cit., p. 205, no estamos ante una opción del acreedor. Son más bien presupuesto para la aplicación del artículo 1124 y la opción (posterior) que éste legitima.

⁷⁶ Entendida la fungibilidad como identidad económica y social. Es decir, no como sustituible per se, sino en la satisfacción de intereses de las partes contratantes (en sentido análogo, SÁNCHEZ CALERO, «Las obligaciones genéricas», en RDP 1980, p.644 y ss.; SILLERO CROVETTO, B. Voz «Cosa fungible», en Enciclopedia Jurídica Básica, vol.II. Madrid: Civitas, 1995, p.1758-1760).

⁷⁷ SILVESTRO, Alessandra. Nota Corte d'Appello di Roma, 25-1-1983. En Rassegna di diritto civile, 1984, n° 4, p.1144.

⁷⁸ Imaginemos el supuesto de una maqueta musical que, indiferentemente para el artista, pueda ser publicada por otra productora discográfica.

⁷⁹ DÍEZ-PICAZO, L. op. ult. cit., p.722-723; DELGADO ECHEVERRÍA, J., op. ult. cit., p. 200.

⁸⁰ DÍEZ-PICAZO, L. op. ult. cit., p.723-724; DELGADO ECHEVERRÍA, J., op. ult. cit., p. 206.

Alguna doctrina italiana parece que ha querido ver en este principio la posibilidad de que el artista intérprete o ejecutante solicite que se le «restituya» en la posesión de la grabación de que ha sido objeto su actuación, en su caso, y que no ha sido divulgada⁸¹. No creo que sea posible, ni tan siquiera por pretendida analogía con el deber de «restitución del original» que impone la finalización (normal o anómala) del contrato de edición⁸². Creo que no son dos situaciones comparables. Usualmente, los medios de grabación son suministrados por quien contrata el servicio de artista. A ese tercero corresponde, por tanto, la propiedad ordinaria sobre el objeto material (maqueta, fijación), aunque, por supuesto, no es admisible una ulterior utilización de tal material artístico sin autorización del intérprete o ejecutante. No se trata, por tanto, de restituir el ejemplar previamente entregado para su explotación. Lo que aquí se le entregaría al artista es una reproducción de su actuación realizada por y con los medios del que iba a ser explotador y divulgador de la misma. En definitiva, la entrega de la grabación, en este caso, colocaría al intérprete en situación distinta y mejor de la que estaría en caso de no haberse celebrado el contrato, lo cual desborda la intención de la restitución de prestaciones en caso de resolución contractual.

Cosa distinta es que la posibilidad, para el artista, de exigir el cumplimiento forzoso, puede obligar al propietario material a facilitar el acceso a la fijación de la actuación. Así sucederá si ésta es precisa para poner al intérprete o ejecutante en condiciones de realizar coactivamente sus intereses a expensas del obligado, a través de la actividad sustitutoria de un tercero. Imagínese el supuesto en que la inactividad del contratante incumplidor, además de incumplimiento contractual, ha provocado el transcurso de un plazo de tiempo, durante el cual el artista ha visto alteradas sus condiciones de voz o su aptitud artística, hasta el punto de no poder volver a realizar tal actuación en términos análogos o incluso en ningún otro modo.

Para terminar con las peculiaridades más significativas de la aplicación del art.1124 al contrato de ejecución o interpretación artística, hay que mencionar, por lo menos, la cuestión indemnizatoria. Por lo que a ella se refiere, recordamos aquí la vigencia de los criterios generales respecto al requisito probatorio de los daños indemnizables y el sentido integral de la reparación (daños morales y materiales, interés negativo en caso de resolución contractual⁸³). Sólo

⁸¹ Así SILVESTRO, op. y loc. ult. cit, p. 1146. No obstante, añadido ya que entre la doctrina y la jurisprudencia española es pacífico que cuando las prestaciones son de servicios, o consisten en el uso de una cosa, la restitución no es jurídicamente imposible, sino que habría de hacerse en dinero calculando el valor de la prestación ya realizada (DELGADO ECHEVERRÍA, op. ult. cit., p. 206).

⁸² Argumento empleado por la autora italiana citada (correspondiente art. 128 Ley italiana de Derecho de autor).

⁸³ Sobre el interés negativo, en especial PANTALEÓN PRIETO, Fernando «Resolución por incumplimiento e indemnización». En ADC, 1989, fasc.IV, p.1143-1168; DELGADO ECHEVERRÍA, J. CCJC, nº9, 1985, p.2249 y ss., y nº11 (1986), p.3373 y ss; Elementos..., cit., p.207; JORDANO FRAGA, La responsabilidad contractual, Madrid, 1987.

creo preciso puntualizar que, evidentemente, no procede la indemnización en aquellos supuestos en que el incumplimiento generador de la aplicación del art.1124 haya sido consecuencia del caso fortuito o la fuerza mayor, que si bien no parece que excluyan el incumplimiento, sí lo hacen respecto de la responsabilidad civil (arts. 1105, 1902 y ss. Cc).

iii) *Supresión o reducción del papel*

Podría plantearse si la supresión o reducción del papel del actor comporta una vulneración al derecho de divulgación. Jurisprudencia y doctrina italiana se han ocupado de este tema con cierta profundidad⁸⁴. En realidad, la solución final al dilema del respeto contractual al derecho a la divulgación de la actuación grabada bajo contrato de prestación de servicios, se traslada a la delimitación de lo que sea «exigencia técnica». Éste será el límite para la discrecionalidad del empresario o productor.

iv) *Revocación de la voluntad de divulgar*

También se contempla la cuestión inversa (revocación de la voluntad de divulgar). ¿Qué sucede si es el artista quien unilateralmente decide abandonar el rodaje inconcluso? Aplicando por analogía el art. 91, resultaría que, tratándose de negativa injustificada o causa de fuerza mayor, el productor podrá utilizar la parte ya realizada, respetando los derechos sobre ella y sin perjuicio, en su caso, de la indemnización que proceda. En consecuencia, la facultad de *no divulgación* del intérprete o ejecutante queda supeditada, en estos casos, a la demostración de su justificabilidad (contractual, que no intelectual). Véase que, por tanto, aunque no es desconocida, sí resulta fuertemente limitada (como sucede, en este mismo caso, con el derecho a la integridad de la prestación)⁸⁵.

Finalmente, entiendo que la trascendencia de propugnar un derecho de divulgación en favor del artista nos aboca a admitir, en idéntico contexto, la posibilidad de un *derecho al inédito*. Su sentido es esencialmente desvirtuar la presunción de divulgabilidad que, a veces, se ha querido predicar de cualquier prestación artística⁸⁶.

⁸⁴ V. causa Bompiezzi, c. Consorcio film, «I Condottieri» pres. Oggioni, Est. Liguori, 26-10-1938 y cas. Cialente Scalera, cit. por FERRARA, Luigi. Il diritto reale di autore, 1940, Napoli, p.232 Y 225; más modernamente, Pret. Roma 24 octubre 1980, en Dir. aut. 1981, p. 419 y ss.; Pret. Roma 2 marzo 1981, en Dir. aut., 1981, p.419. App. Roma 25 genn. 1983, en Rass. dir. civ., 1984, p. 1138. Entre la doctrina reciente, IMPERIOLI, R. Op. y loc. cit., p.510-525.

⁸⁵ No obstante, es la solución que la legislación belga ha adoptado explícitamente (art.36).

⁸⁶ Así, puede consultarse la cuestión planteada en el caso resuelto por el TGI Paris, en sentencia del 19 mayo de 1982. Dames Dimitriadou et Calogeropoulos c. Soc. Radio France et Charles Vannes Van Poelvoorde. (As. María Callas). El Tribunal afirmó que: «El artista ejecutante está legitimado para prohibir una utilización de su ejecución y él es el único juez de los modos y el momento de la explotación de su talento; que tiene suficiente razón la cantante que, dudando de la cualidad de su voz, expresa el deseo de cantar, en el secreto de una sala vacía, a fin de decidir si ella abando-

2.2. «Derecho» de modificación y de retirada o arrepentimiento

a) *Justificación*

Tanto el derecho de modificación como el de retirada son generalmente vedados al intérprete o ejecutante por las distintas legislaciones. Su rechazo, en realidad, se basa en razones similares: 1) el obstáculo a la explotación de las obras o grabaciones que contengan la prestación del artista, y 2) la colisión con el derecho a la integridad y a la divulgación que otros sujetos pueden ostentar sobre el resultado final en el que participa la prestación del artista. Por otro lado, ni jurisprudencia ni doctrina abordan el tema siquiera como posibilidad, a diferencia de lo que sucede con el derecho de divulgación.

En España, el art.113 reconoce al intérprete o ejecutante la titularidad del aspecto defensivo del derecho de modificación (el derecho a exigir la integridad de la prestación), aunque omite (¿deliberadamente?) el positivo. Sin embargo, si es cierto que la facultad de modificación debe considerarse como un modo de respetar la personalidad del creador, en general, no es tan claro por qué el artista va a carecer de ella. Y si se trata de una decisión legislativa en razón de la extraordinaria onerosidad que supondría cualquier otra opción, debemos adelantar que esa relación causa-efecto no es tan evidente.

Otra cosa es que, aun admitiendo que el artista goza de un derecho exclusivo de modificación de su actuación, éste haya de verse matizado, precisamente, por el límite que supone el respeto a los «derechos adquiridos por terceros» (art. 14.5), entre los que se encuentran los derechos de explotación⁸⁷. Y, por lo que hace al artista, efectivamente, habrá que considerar que, al contratar su prestación, ya suele ceder, expresa o presuntamente, derechos de explotación.

b) *Manifestaciones*

i) *Modificación de la actuación*

Los supuestos de aplicación de un hipotético derecho de modificación sobre las actuaciones podrían clasificarse en tres grupos diferenciados :

1º) Si la prestación está incluida en una grabación que constituye obra (ej. obra cinematográfica), el principio de jerarquía que contiene el art.131

ará definitivamente la escena, demuestre la evidencia de que toda utilización de la interpretación así realizada es abusiva».

⁸⁷ A ellos (en el caso de los autores) hay que añadir, naturalmente, los derechos morales de coautores y de terceros autores en los casos de obras derivadas o compuestas; los de propiedad industrial que puedan existir sobre la obra y los de propiedad ordinaria sobre el ejemplar único. Específicamente por lo que se refiere a los artistas, habría que considerar también los derechos de los otros intérpretes o ejecutantes en el caso de representaciones o ejecuciones de grupo y del director de escena (artista también conforme a nuestro art.105.II LPI).

—por *sui generis* que sea— dificulta seriamente la admisión de un derecho de modificación del artista. Tanto si la obra ha sido divulgada como si no lo ha sido, pero ya existe versión definitiva de la misma (conforme al art.92 LPI, por seguir con el ejemplo), es previsible que la onerosidad de la modificación exigida sí chocase con intereses de autor, e incluso que irrogase daños efectivos difícilmente afrontables⁸⁸. En realidad, es un supuesto de laboratorio, al que difícilmente se llegaría en la práctica.

2º) Si la prestación es grabada, pero la fijación no constituye obra, en sentido estricto, cambian las coordenadas del problema (ej. fonograma, grabación audiovisual). Y la colisión de los derechos morales del artista se produce con derechos de otro titular de derechos conexos.

De modo que, en la solución que arbitra las relaciones, se confiere una firme prelación a la garantía del pacto que les vincula (que no es contrato regulado por la LPI, sino laboral o civil). La prestación concertada, tal cual la realizó el artista (que fue lo deseado por ambos) es lo que debe ser explotado. Ni el productor está autorizado a modificarlo o desnaturalizarlo en ningún aspecto. Ni el artista podrá imponer modificaciones introducidas con posterioridad a su prestación.

Por otro lado, y habida cuenta de que la contratación de las prestaciones artísticas se hace siempre mediante cláusulas de exclusividad, incluso si pretendiésemos que implícitamente el artista goza de este derecho moral, tal como señala la doctrina —aunque refiriéndose a los autores (CAFFARENA LAPORTA⁸⁹, GONZÁLEZ LÓPEZ⁹⁰)— no cabría nunca la imposición del derecho moral de modificación. El cesionario *puede aceptar* las nuevas condiciones de explotación (en los términos que pacten titular del derecho moral y titular de la explotación). Pero de no hacerlo, el autor (en nuestro caso también artista) cuenta, siempre que se den los requisitos legales, con la posibilidad de ejercitar el derecho de retirada previa indemnización. (Aunque, precisamente, es esta última facultad otra de las que reiteradamente se niegan al artista).

3º) En un grupo diferente debemos incluir el ejercicio del derecho de modificación sobre prestaciones en vivo. En principio, hay que descartar la posibilidad de un derecho de modificación sobre una prestación que se cons-

⁸⁸ Incluso, respecto a la extensión de estos daños, habría que considerar, como hace POLLAUD-DULIAN, refiriéndose al derecho de autor, (POLLAUD-DULIAN, Frédéric. «Le droit moral en France, à travers la jurisprudence récente». En RIDA, juill.1990, n° 145, p.188), si la indemnización debiera alcanzar a personas distintas de los cesionarios propiamente dichos. En nuestro supuesto se referiría, por ejemplo, al resto de los artistas participantes en la obra cinematográfica, que ven, cuando menos, obstaculizada la explotación de su propia prestación. Siempre aludiendo al derecho de los autores, POLLAUD muestra la división de la doctrina respecto al tema. Mientras COLOMBET no es partidario de tal ampliación, SIRINELLI y DESBOIS, entre otros, entienden que el coautor puede ser asimilado al cesionario.

⁸⁹ Op. ult. cit., p.287.

⁹⁰ GONZÁLEZ LÓPEZ, Marisela. Op. ult. cit., p. 209-210.

truye al mismo tiempo que pretendemos modificarla. Sin embargo, el derecho de modificación también puede ejercitarse previamente⁹¹. Y, en el caso del artista, esta etapa anterior a la divulgación, pero dirigida ya a ella es el momento más propio para el ejercicio del derecho de modificación (estamos, exactamente en la etapa de los ensayos o del rodaje; es decir, antes de alcanzar la versión definitiva, vaya a ser ésta fijada o no).

Y, en mi opinión, no habría objeción en admitir un derecho de modificación análogo al que la propia LPI prevé a favor del autor, en los contratos de edición, durante el período de pruebas (art.66 LPI). Los mismos parámetros de razonabilidad y respeto a la esencia de la obra son los que imperativamente determinan los arts.131 y 14.5 LPI. Sentido más aceptable, si cabe, al considerar que el sujeto frente al que el artista opone su derecho, no será siempre un autor (sí lo será, por ejemplo, cuando el artista solicita la repetición de una toma al director), sino otro titular de un derecho afín (ej. director de escena), cuyo poder de organización no justifica en todo caso el sacrificio de un derecho moral del propio artista.

ii) *La integridad de la obra interpretada o ejecutada como límite al «derecho» de modificación del artista.*

De la misma forma, el derecho moral de modificación del artista tiene como límite la integridad de la obra que él mismo interpreta o ejecuta. Esto es, su posibilidad de «interpretar o ejecutar *en cualquier forma*» (art.105 LPI) nunca sería legitimación para alterar el contenido sustancial de la obra dramática, la canción o la coreografía. Es más, incluso en ejercicio de la disponibilidad exclusiva sobre la integridad de su actuación, el artista tiene vedada la desnaturalización de la obra que subyace a su interpretación o ejecución.

Esta demarcación, más o menos clara en términos abstractos, no es nada pacífica en la práctica. Como ya vimos, la protección del artista requiere una aportación original por el mismo en la *extrinsecación* de la obra. Originalidad que trasciende al mero hecho de realizar en persona una actividad de difusión (aportar su voz o su físico, evidentemente, *hace original* —aunque en sentido distinto al que la LPI emplea—). Se requiere una dosis de «originalidad objetiva», una re-elaboración propia. ¿Cómo conjugar esto con la fidelidad a la obra preexistente? Creo que el dato de la reconocibilidad de la obra originaria puede tomarse como referencia. La fidelidad exigible al artista no consiste en la neutralización de cualquier capacidad de innovación. Sólo de aquellas alteraciones que hagan irreconocibles o desfiguren la esencia de la expresividad del autor originario⁹². En definitiva, el artista dispone sobre la «forma» con que él viste

⁹¹ Así, por ejemplo, BONDÍA ROMÁN, op. ult. cit., p.79. GONZÁLEZ LÓPEZ, op. cit., p.206.

⁹² Consideración extensible según alguna jurisprudencia francesa y alemana al director de teatro (por ejemplo, CA Paris 5-2-1958, A.P. Bourges 1-6-1965, Tr. Seine 2-11-1965; CA Paris 8-7-1971; TGI Paris 27-11-1985; BGH v.29-4-1970; BGH v. 30-1-1959), no obstante considerarse legalmente como artista intérprete o ejecutante a falta de su mención expresa como autores (§80 Ley alemana; en

el contenido ya preordenado. Goza de un margen de maniobra en lo que se refiere a la primera. Pero el segundo debe resultarle completamente intangible⁹³.

2.3. «Derecho» de retirada

La facultad de retirada de la obra del comercio por cambio de convicciones intelectuales o morales (del autor), previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación (art.14.6) tampoco está reconocida dentro del estatuto del artista. Tradicionalmente, ha subsumido lo que para nuestra legislación es el derecho de modificación⁹⁴. Y su negación al artista también se ha justificado en el entendimiento de que su ejercicio lesionaba el derecho moral del autor a la integridad de su obra.

Si aplicamos el mismo esquema de análisis del apartado anterior, igualmente, la única opción en la que puede hablarse de un sacrificio del derecho de retirada del artista es aquella en que efectivamente se frustren derechos de autor (grupo 1). Pero, no obstante, la solución contraria al derecho de retirada me parece que limita gravemente la libertad moral del artista siempre en aras de una pretendida superioridad del derecho del autor. Superioridad que, incluso

la norma francesa, simplemente se deduce del silencio legal sobre su estatuto), de igual modo que en España. De todas formas, la aplicación de las normas sobre Derecho de Autor al director teatral se ha hecho, en todos los casos, bajo la condición de apreciar en la labor de puesta en escena, una creatividad que suponga aportación original respecto al texto inicial.

⁹³ Aunque no haya sido en consideración a intérpretes o ejecutantes, sino a directores de escena, los tribunales franceses han concretado en más de una ocasión, cómo salvar el equilibrio entre la originalidad permitida al director teatral y el derecho a la integridad del autor originario. Especialmente reveladora es la decisión del TGI de París 7-2-1984. En aquella ocasión, un autor rumano había escrito una farsa-odisea, cuyo protagonista era un hombre espantadizo, temeroso de las mujeres y envuelto en una situación administrativa absurda. El director de escena montó la pieza como una comedia de costumbres divertida y violenta, que describía al héroe en las instituciones de un gulag psiquiátrico. Para ello usó diversos medios escénicos (vestuarios rayados con un número sobre un dorsal, decorados que dejaban ver un exterior alambrado, etc). El Tribunal no accedió a la petición de suspensión del espectáculo, entendiendo «que la puesta en escena de una obra teatral no es necesariamente realista»; que la escenografía en cuestión traducía, a través de sus símbolos, la ansiedad y el sentimiento de represión dentro de un sistema, y la falta de fuerza para escapar de él. El protagonista continuaba siendo un hombre nervioso, huidizo, de difícil relación con las mujeres y enfrentado a una situación absurda. En definitiva, los decorados, vestuarios y accesorios escénicos son las manifestaciones exteriores de sus íntimos pensamientos. No se trataba más que de la percepción del personaje y su expresión por el director de escena. (vid RIDA, abril 1984, p. 176; RDS 1985, IR p. 313, obs. por COLOMBET).

No obstante, hay que admitir que la tendencia en los tribunales galos ha sido la de sancionar la ausencia de fidelidad al texto como lesión a la integridad de la obra inicial. Así, el TGI de París (en decisión de 15-10-1992) consideró lesiva para el autor teatral una puesta en escena de *Esperando a Godot* interpretada sólo por mujeres. La CA de Bruxelles (29-9-1965) sancionó la versión de *La viuda alegre* (escrita por Meilhac) que dirigía Béjart. En este caso, la obra «ligera y frívola» había incluido fondos sonoros y visuales y acompañamientos que, en opinión del Tribunal, habían hecho que el conjunto del espectáculo resultase «en una especie de drama que incorporaba la crítica a una sociedad frívola, en la ignorancia de las dificultades de existencia de las clases más desfavorecidas e insensible a la aproximación de sucesos trágicos».

⁹⁴ GONZÁLEZ LÓPEZ, M. Op. cit., p. 203. Igualmente, vid. art L. 121-4 Code Propriété Intellectuelle.

de existir, convive con los derechos afines o conexos y, por tanto, no puede ser motivo de ignorancia⁹⁵. EDELMAN propone como módulo de armonización, el de los principios de accesoriedad y principalidad o esencialidad que, en todo caso, y por lo que aquí nos concierne, podrían servir para restringir el derecho de retirada a aquellos supuestos en que la violación moral del interés del intérprete o ejecutante sea esencial y el perjuicio del autor lesionado por su ejercicio sólo parcial o restituible.

Sin embargo, en todos los demás supuestos, **tanto su fundamento** (una auténtica modificación de convicciones que, de continuarse la explotación, producirá lesión de derechos y libertades fundamentales: el honor, la dignidad personal, las libertades ideológica y religiosa), **como sus garantías** (la previa indemnización de los daños efectivamente causados al cesionario de derechos de explotación) permitirían al artista solicitar que no se incluya su prestación en la explotación de la obra de que forma parte, sin violentar indebidamente derechos adquiridos sobre la interpretación o de otro tipo (morales o patrimoniales del autor o del productor). En definitiva, se trata nuevamente de la ponderación; pero, en este caso, entre unas condiciones preestablecidas y la integridad ideológica de un creador (el artista). Si intuitivamente buscamos en el Ordenamiento una línea de solución, es patente que el legislador ha abogado por una garantía de la ideología personal⁹⁶.

Cosa distinta es que el cálculo del daño a indemnizar por el artista fuese difícil y, en todo caso, condujese a cantidades astronómicas (figúremonos la dificultad para rehacer el montaje de una película, contratar nuevos actores, «matar» a un personaje o suprimirlo, con el consiguiente cambio de guión, retrasos en la divulgación ...), abarcando no sólo el daño emergente sino también las ganancias dejadas de percibir⁹⁷; o que, dado nuestro ordenamiento, el cambio de convicciones difícilmente pueda entenderse como demostrable ni verificable (art.16 CE).

2.4. «Derecho» de acceso al ejemplar único o raro de la prestación artística

Tradicionalmente, esta facultad se liga a las limitaciones que su titular opone al tenedor del soporte material sobre el que se ha incorporado la realización artística objeto de propiedad intelectual, sea éste poseedor *explotador* de la obra o actuación contenida en el soporte o no lo sea.

⁹⁵ EDELMAN, note sur as. Rostropovitch, TGI 10-1-1990, RDS 11-4-1991, n° 15, J345 y ss.

⁹⁶ Ad ex., ver LO 2/1997, de 19 de junio, B.O.E de 20 de junio, n° 147, reguladora de la cláusula de conciencia de los profesionales de la información, cuyo art.2.1.a ha venido a establecer que en virtud de la cláusula de conciencia, los profesionales de la información tienen derecho a solicitar la rescisión de su relación jurídica con la empresa cuando, en el medio de comunicación con que se vinculan laboralmente, se produzca un cambio sustancial de orientación informativa o línea ideológica.

⁹⁷ COLOMBET, Claude. *Propriété littéraire et artistique*, op. cit., p.133. CAFFARENA LAPORTA, Jorge. «Comentario al artículo 14», cit., p. 293.

La LPI española, al contemplarlo, parece pensar, sin duda, en obras plásticas (arg. *ex ar.* 14.7.II), y no tanto en grabaciones, que son el centro de interés para artistas intérpretes y ejecutantes. No obstante, y, dado que la Ley no distingue, cabe pensar en cualquier soporte que contenga una creación⁹⁸.

Esta posibilidad de acceso también puede traducirse en un límite extrínseco al ejercicio de explotación por un tercero. Éste será el supuesto en que el poseedor esté, además, autorizado (en sentido amplio) para explotar, de algún modo, la prestación (fijada) del artista. En el caso de que el poseedor sea cesionario del soporte y su situación de poseedor venga estrictamente legitimada por la actividad de utilización autorizada, parece evidente que el autor o artista titular del derecho moral de acceso no podrá, so pretexto de ejercicio del mismo, impedir el desenvolvimiento de un uso cedido (bien sea éste en exclusiva o no). Igualmente, añaden CAFFARENA⁹⁹ y RAMS ALBESA¹⁰⁰ (comentando el art.14) que habrá casos en que el poseedor podrá oponerse al ejercicio del derecho que pretende el autor con el acceso a la obra, y, por ello, también a este acceso (así, por ejemplo, si se comprometen derechos de la personalidad del poseedor).

Pero, en cualquier otro caso, el interés instrumental de este derecho tiene perfecto acomodo para el artista. Efectivamente, en la medida en que, como participante en una prestación conjunta (considérese obra colectiva u obra en colaboración), el intérprete o ejecutante es titular de derechos exclusivos de explotación sobre su participación. Y para poder ejercitarlos debe contar con esa conducta de «colaboración» por parte del poseedor del ejemplar único o raro¹⁰¹.

La forma tajante en que el legislador se pronuncia en contra de la obligación del poseedor de permitir el traslado del ejemplar raro puede ser obstáculo efectivo a la explotación que la prestación artística exige. Aunque, en todo caso, la ambigua dicción del art. 14 permite acudir a la figura del abuso de derecho, para reprimir determinadas conductas del poseedor que obstaculicen injustificadamente al titular del derecho moral.

Finalmente, el párrafo segundo del art. 14.7 impone un límite añadido para quien lo invoque. De un lado, el acceso al ejemplar se hará en lugar y forma que menos incomodidades ocasionen al poseedor. Y, de otro, se impone la obligación de indemnizar al poseedor, en su caso, por los daños y perjuicios que se le irroguen. Este aspecto, aparentemente inocuo (máxime cuando la LPI no exige aquí, a diferencia del precepto anterior, el carácter previo de la misma), puede comportar un grave obstáculo al ejercicio de la facultad moral. Y es que, como dice RAMS, hay que partir de la base de que el no autor tiene absoluto

⁹⁸ Así CAFFARENA LAPORTA, J. «Comentario al artículo 14», cit, p. 296.

⁹⁹ Op. y loc. ult. cit., p.297.

¹⁰⁰ «Comentario al artículo 14». En Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dir. por M. Albaladejo García y Silvia Díaz Alabart, t.V, vol. 4-A. Madrid: EDERSA, 1994, p.330 y 331.

¹⁰¹ RAMS ALBESA, op. y loc. ult. cit., p. 330.

derecho a seguir siendo titular de un ejemplar único o raro, conservando precisamente el valor que a la obra puede darle esa singularidad o rareza. Igualmente, en lo que de divulgación comporte el ejercicio de este acceso al ejemplar raro, el artista tendrá como límites añadidos, los que corresponden a la divulgación de su actuación.

III. CONCLUSIÓN

Con carácter general, el derecho de propiedad intelectual del artista en España, ha sido objeto de un proceso de *reificación*, alentado por un determinado entendimiento de su conexión o *conexidad* con el derecho del autor. Su carácter derivado y subordinado respecto a la obra del autor han colocado como línea de horizonte, para el legislador, facilitar la circulación comercial y la explotación de lo que el artista actúa, porque su actividad es, precisamente, el medio de difusión de la obra. Y el legislador, a veces, parece dar a entender que incluso es su única razón de ser.

Sin embargo, esta apuesta decidida no puede desconocer la peculiaridad del estatuto del artista, y, como bastión principal de ésta, la existencia de un derecho moral en su favor. Este elemento, que, curiosamente, los autores han enarbolado, con éxito, como sacrosanta consigna, en la cruzada de su derecho, paradójicamente, en el caso de los artistas, ha tenido un papel mucho menos considerado.

En mi opinión, estas *facultades morales* son síntoma de que el artista crea en su actuación. Consecuentemente, ningún otro «*titular conexo*» ostenta facultades morales. Y, en última instancia, este aspecto convierte la denominada *afinidad, conexidad o vecindad* en un criterio cuyo significado debe precisarse, si queremos mantenerlo como referencia común para *todos* los derechos del Libro II de nuestra LPI.

Y, sin embargo, parece como si el carácter informador del derecho moral perdiese buena parte de su consistencia cuando se trata de intérpretes y ejecutantes. No puede explicarse de otra manera que se admita la posibilidad de enajenación de algunos derechos patrimoniales (encarnada en la ambigua «transferencia» que prevé el TRLPI de 1996: arts.107 y 109), a veces incluso presunta (art.109); o que, en todo caso, las facultades morales caduquen a los 20 años de la muerte del artista, incluso antes de que se extingan los derechos de explotación sobre la actuación.

La cuestión se agrava si tenemos en cuenta que este desequilibrio no queda en una consideración estática, sino que, en realidad, una explotación de la actuación como la que se adivina, simplemente desconoce o vulnera el sentido del derecho moral, y lo hace, en buena medida, irreconocible.

En este sentido, creo que se impone una revisión del derecho moral del artista intérprete o ejecutante. O, lo que es igual, un replanteamiento de cuáles son los límites a la explotación de las actuaciones por terceros, titulares de derechos de propiedad intelectual de intérpretes y ejecutantes.