



APROXIMACION DEL DERECHO DE AUTOR AL ARTE PERFORMATIVO

Isabel HERNANDO COLLAZOS¹

RESUMEN. A la vista de la multiplicidad de negocios y actividades ocasionadas por la digitalización y la difusión on –line del Arte *Performativo*, en esta contribución se pretende desde la perspectiva del Derecho de autor clarificar y distinguir entre la obra *Performativa* correspondiente al autor y su representación o *Performance* del artista – intérprete. Se analizan los derechos morales y de explotación correspondientes a ambos grupos así como sus límites y excepciones. Por último, se ofrece una aproximación a los contratos de cesión, haciendo un especial hincapié en el contrato de representación de la obra *Performativa* y en los derechos de remuneración pactada y legal de los artistas – intérpretes

ABSTRACT. In the Performance Art, in view of the diversity of market activities caused by digitization and dissemination on-line, this contribution aims from the perspective of copyright clarify and distinguish the Performance work of the author and the Performances realized by the artists – interpreters. Moral and exploitation rights corresponding to both groups as well as its limits and exceptions are discussed. Finally, this exposition offers an approach to the transfer agreements, with particular emphasis in performance contracts and agreed and legal remuneration rights of artists - performers

PALABRAS CLAVE. OBRA *PERFORMATIVA* - REPRESENTACIONES – ARTE EFÍMERO- - PROPIEDAD INTELECTUAL – DERECHOS MORALES –

En caso de cita: HERNANDO COLLAZOS, I. “Aproximación del Derecho de Autor al Arte *Performativo*”. *RIIPAC*, nº 5-6, 2015, páginas 37 - 88 [en línea: <http://www.eumed.net/rev/riipac>]

¹ Isabel HERNANDO, Profesora Titular de Derecho Civil en la Universidad del País Vasco (UPV/EHU), Abogada especialista en Propiedad Intelectual e Industrial, isabel.hernando@ehu.es / isabel.hernando@ehu.es

DERECHOS DE EXPLOTACIÓN- INTÉRPRETES – ARTISTAS - DERECHOS DE REMUNERACIÓN – CONTRATOS DE REPRESENTACIÓN – DERECHO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA

KEY WORDS. PERFORMANCE WORK – PERFORMANCES, EPHEMERAL ART –INTELLECTUAL PROPERTY – MORAL RIGHTS – EXPLOITATION RIGHTS – PERFORMERS – ARTISTS- REMUNERATION RIGHTS – PERFORMANCE CONTRACTS – PUBLIC COMMUNICATION RIGHT.

SUMARIO: INTRODUCCION. 1. OBJETO DE PROTECCION EN EL ARTE *PERFORMATIVO*, 1.1. La Obra *Performativa* y su identificación, 1.2. Interpretaciones / *Performances*, 2. TITULARES DE LOS DERECHOS EN EL ARTE *PERFORMATIVO*, 2.1. Derechos del autor sobre la obra *Performativa*, 2.1.1. Derechos morales sobre la obra *Performativa*, 2.1.2. Derechos de explotación sobre la obra *Performativa*, 2.2. Derechos de los artistas – intérpretes sobre las *Performances*, 2.2.1. Derechos morales sobre las *Performances*, 2.2.2. Derechos de explotación sobre las *Performances*, 2.3. Límites y excepciones a los derechos de explotación sobre la Obra *Performativa* y las *Performances*, 2.3.1. Límites al Derecho de Reproducción de Obras *Performativas* / *Performances*, 2.3.2. Límites al Derecho de Préstamo – Distribución de Obras *Performativas* / *Performances*, 2.3.3. Límites al Derecho de Comunicación Pública de Obras *Performativas* / *Performances*, 2.3.4. Límites a los Derechos de Reproducción, Distribución y Comunicación Pública de Obras *Performativas* / *Performances*, 2.3.5. Límites al Derecho de Transformación de Obras *Performativas* / *Performances*, 3. CONTRATOS EN EL ARTE *PERFORMATIVO*, 3.1. Contrato de Representación de la Obra *Performativa*, 3.1.1. Obligaciones del autor – cedente, 3.1.2. Obligaciones del cesionario – adquirente, 3.2. Derechos de Remuneración de los intérpretes – artistas de las *Performances*, 3.2.1 Remuneraciones pactadas por las *Performances*, 3.2.2. Remuneraciones “legales” por las *Performances*.
CONCLUSIONES

INTRODUCCION

La pretensión de la presente contribución es la de ofrecer un breve análisis de las implicaciones del Derecho de autor vigente en España en el Arte *Performativo*.

La aproximación del Derecho de autor, en este campo de expresión artística, se efectúa a partir de la vigente Ley de Propiedad Intelectual de 1996 (LPI) y sus subsecuentes modificaciones² indispensables, todas ellas, para su

² Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (BOE. núm. 97, 22.04.1996, págs 14369 y ss) modificado para adecuarlo a las Directivas dictadas con posterioridad, y Ley 21/2014, de 4 de noviembre,

adaptación a las sucesivas Directivas promulgadas en el contexto de uniformización europea y, en especial, a la Directiva 2006/116/CE de 12 de diciembre de 2006 relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines³, y a la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001 de armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (Directiva *infosoc*)⁴.

La finalidad de esta breve exposición es la de señalar las prácticas habituales del Derecho de autor en este ámbito, exponer los riesgos existentes y aportar, dentro de lo posible, soluciones a la vista de la legislación y doctrina jurisprudencial tanto nacional como comunitaria en materia de Propiedad Intelectual

Para ello, se ha estimado oportuno y necesario realizar una breve aproximación al *Arte Performativo* para comprender cuáles son sus manifestaciones que, aunque mayoritariamente efímeras, son no obstante perceptibles⁵. En este

por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.(BOE-A-2014-11404), véase en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-8930>

³ Directiva 2006/116/CE de 12 de diciembre de 2006 relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines (DO. L372/12, 27.12.2006). Esta Directiva modifica la Directiva 93/98/CEE del Consejo de 29.10.1993 (DO. L290/9, 24.11.1993). La Directiva 2006/116/CE ha sido a su vez modificada por la Directiva 2011/77/UE de 27.09.2011 (DO. L265/1, 11.10.2011).

⁴ Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001 de armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (DO L167, 22/06/2001). Véase, igualmente: Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de julio de 2015, sobre la aplicación de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información [P8_TA-PROV (015) 0273 (T8-0273/2015)]. Parlamento Europeo, Comisión de Asuntos Jurídicos, Ponente REDA, J., "Informe sobre la aplicación de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (2014/2256/INI), 24.06.2015 (A8-0209/2015).

⁵ A título de ejemplo, véase, FERRER, Esther, véase, entre otras, la *performance* "El Arte de la performance: teoría y práctica" realizada con motivo de la inauguración de su exposición "En quatre moviments" presentada en Es Baluard, 26 enero 2012 en <https://vimeo.com/61516168> ; Además véase, la obra de SCHNEEMANN, Carolee, en <http://www.caroleeschneemann.com/works.html> ; WILKE, Hannah en <http://www.hannahwilke.com/id17.html> ; SALAZAR, Pepo en <http://www.artium.org/English/Information/Galleriesandpodcasts/Galleryofimages/Exhibitionsphotos/tabid/310/language/en-US/Default.aspx?EntryId=815> ; NAUMAN, Bruce en <http://www.alejandradeargos.com/index.php/es/completas/32-artistas/376-bruce-nauman> ; GILBERT and GEORGE en <http://www.tate.org.uk/art/artworks/gilbert-george-george-the-cunt-and-gilbert-the-shit-ar00170> ; LAMELAS, David en <http://www.tate.org.uk/context-comment/video/david-lamelas> ; FRASER, Andrea en <http://arttattler.com/archiveandreafraser.html> ; SEHGAL, Tino en <http://www.mariangoodman.com/artists/tino-sehgal/> ; BRUGUERA, Tania en el *Susurro de Tatlin* número 5, 2008 en <http://www.taniabruguera.com/cms/478-1-El+usurro+de+Tatlin+5.htm> <http://www.guggenheim.org/new-york/collections/collection-online/artwork/33083> ; Tania Bruguera *1de5* - El *Susurro de Tatlin*, número 6, 2009. 10ma Bial de La Habana <https://www.youtube.com/watch?v=B3KOV26APIM> ; La RIBOT en <http://www.laribot.com/works>; ABRAMOVIC, Marina, "The artist is present", MoMA Museum 1 junio 2010 (Closing day / night of Marina Abramovic exhibition "The Artist is Present " in MoMA

sentido, es preciso poner de relieve que, en estas líneas, sólo se pretende aportar una descripción mínima pero suficiente del complejo mundo del Arte *Performativo* que permita abordar el tema de la presente exposición.

Desde esta perspectiva se adopta por un lado, la descripción ofrecida por PONTBRIAND de la obra *Performativa* como la obra que “*explora el espacio intermedio, lo que ocurre cuando dejamos que los cuerpos y los objetos actúen en una performance. Representar una performance es permitir que uno mismo o los objetos trabajen a través de su forma. Y dejar que la forma hable por sí misma*”⁶. Se sigue, por otro lado, la definición de Arte *Performativo* proporcionada por el glosario del Tate Art Museum como el arte en el que el “*artista utiliza su propio cuerpo como un medio de manifestar el arte y la obra de arte adopta la forma de acciones realizadas/ ejecutadas por el artista*”⁷.

Así, en las denominadas *Performances* del Arte *Performativo* concurren una serie de objetos susceptibles de protección por el Derecho de autor que es necesario identificar.

1.- OBJETO DE PROTECCIÓN EN EL ARTE PERFORMATIVO

En el Arte *Performativo*, los objetos susceptibles de protección son básicamente la obra *Performativa* y las *performances* /representaciones.

1.1.- Obra *Performativa* y su identificación

La obra *Performativa*, como ya se ha apuntado, se manifiesta mediante acciones ejecutadas por el artista utilizando básicamente el cuerpo humano (pero no sólo) como medio artístico. Esta obra *Performativa* puede estar compuesta de una escenografía, un texto – guión (instrucciones orales – escritas), una coreografía (cuerpos humanos, luces, vestuario, pinturas,

Museum NYC June 1. 2010,) Video by Aleksandar KOSTIC in association with Kreemart en <https://www.youtube.com/watch?v=C56uWtfT4Bg> , para otras obras performativas véase en <http://pastexhibitions.guggenheim.org/abramovic> y <https://www.artsy.net/artist/marina-abramovic-1> ; SPENCER TUNICK en (<http://spencertunick.com/installations-/urban-2>). FAUSTINO, Didier & SIEGAL Richard: “*Still Life*”; HUBERMAN, Martin: “*Cuelgue Colectivo*” ; VON BERNER, Darya : “ (Nu) en Segway”; URCULO, Luis: “*Covers / Versiones*” ; ECHEZARRETA, Pilar: “*Agenciamiento con Aire*”; JAQUE, André: “*Ikea Disobedients*”; ZAMORA Héctor: “*Errante*”; VIVES, Bestué: “*Acciones en casa*”, en *El Arte es Acción*, IV Encuentro Internacional, Performance & Arquitectura, 10 nov. 2011 véase para los videos y documentación (<http://www.mcu.es/MC/2012/ArteAccion/Performances.html>).

⁶ PONTBRIAND, Chantal, “Un manifiesto para PER/FORM” en AAVV, *PER/FORM, How to Do things with [out] words – Cómo hacer cosas con [sin] palabras*, CA2 , Centro de Arte Dos de Mayo, Comunidad de Madrid, 2014, Sternberg Press, 2014 págs 10 a 34, Véase:

[<http://www.ca2m.org/es/historico/item/1292-per-form>] y la publicación en <http://www.ca2m.org/es/documentos/publicaciones/publicaciones-2014/catalogos-2014/824-catalogo-per-form/file>

⁷ Véase, la definición de Performance art en el Glosario del Tate Art Museum (Britain): “*Performance art is where an artist uses their own body as a art medium and the artwork takes the form of actions performed by the artist*” en <http://www.tate.org.uk/learn/online-resources/glossary/p/performance-art>

música, ruidos, sonidos, objetos múltiples y variados) constituyendo una forma de manifestación artística de carácter efímero⁸.

Así descrita, la obra *Performativa* se encuadra dentro de las obras enumeradas por la Ley de Propiedad Intelectual como “*obras dramáticas y dramático-musicales, coreografías, pantomimas y, en general, obras teatrales*” del apartado (c) párrafo (1) del artículo 10 de la LPI.

Como tal obra dramática - coreográfica, el artículo 10 (1) de la LPI requiere como condición única para su protección por el Derecho de autor que esta obra *Performativa* sea original en su forma de expresar las ideas / sensaciones⁹. En este sentido, la obra *Performativa* protegida debe ser una obra perceptible original.

(a) Obra perceptible

Aunque la LPI no exige fijación para su protección, la perceptibilidad implica que las ideas / sensaciones de la obra *Performativa* sean expresadas por cualquier medio o soporte tangible (documento, fotografía, medio audiovisual) o intangible (representación en directo - improvisación), actualmente conocido o que se invente en el futuro. Es irrelevante para la protección de la obra *Performativa* que ésta esté totalmente acabada siendo suficiente para su protección por el Derecho de autor que la obra parcialmente realizada sea original.

(b) Obra original

La obra *Performativa*, para estar protegida por el Derecho de Autor, requiere ser original en la forma de expresar las ideas o sensaciones. Esto es y, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, único órgano competente para la interpretación del criterio de originalidad derivado de la Directiva *infosoc*¹⁰, la obra debe ser una manifestación de la personalidad del autor. Para su apreciación, el citado Tribunal, desde el *Caso Infopaq*, en

⁸ Véase, junto con las anteriores de la cita nº 2, en 1969, la exposición de SZEEMANN, H., “*Live in your head. When Attitudes Become Form*”, realizada en la Kunsthalle de Berna <http://www.contemporaryartdaily.com/2013/09/when-attitudes-become-form-at-kunsthalle-bern-1969/>

⁹ Art. 10. (1) LPI 1/1996 y no se exige fijación de conformidad con el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas y en especial su art. 2 (2) “*Sin embargo, queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de establecer que las obras literarias y artísticas o algunos de sus géneros no estarán protegidos mientras no hayan sido fijados en un soporte material*”.

¹⁰ STJCE (Gran Sala) 03.09.2014, *Caso Johan Deckmyn y Vrijheidsfonds VZM contra Helena Vandersteen y otro*, Asunto C-201/13. Ponente PRECHAL A., reitera en su apartado 14 que “*Procede recordar que, según, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se desprende de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad que el tenor de una disposición de Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión Europea de una interpretación autónoma y uniforme que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de dicha disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar*” . Esta sentencia remite a la sentencia *Padawan contra SGAE*, STCE (Sala Tercera) 21.10.2010, Asunto C- 467/08, (Ponente, MALENOVSKÝ, J), en su apartado 32 y jurisprudencia citada.

su sentencia de 16 de julio de 2009 pasando por el *Caso SAS*, en su sentencia de 2 de mayo de 2012, reitera el criterio comunitario del test de la libre elección del autor¹¹. Este criterio comunitario que, difiere del criterio mayoritariamente utilizado por el Tribunal Supremo español¹², consiste en comprobar y, ésta es tarea encomendada a los órganos jurisdiccionales nacionales, la existencia de una libertad de elección del autor al realizar su obra.

Esta libertad debe ser apreciada en dos niveles diferenciados. En un primer nivel, se encomienda al correspondiente órgano jurisdiccional nacional la tarea de evaluar la interacción entre la forma de expresar las ideas/sensaciones de la obra, en este caso, de la obra *Performativa* y la función que esta obra está llamada a realizar. Por lo tanto, el órgano nacional jurisdiccional tiene delegada la tarea de constatar, en cada caso concreto, si la forma que presenta la obra viene dictada por consideraciones técnicas, reglas o exigencias que no dejan lugar a la libertad creativa. Se trata, en definitiva, de verificar, en cada caso, si la función de la obra condiciona su expresión de tal modo que forma e idea se fusionan hasta el punto que el autor no pueda realizar ninguna o escasa elección en la forma de manifestar sus ideas/sensaciones.

Una vez demostrada la libertad entre la forma de expresión y la función de la obra, se entiende superado el primer nivel del test y se procede a controlar su segundo nivel.

¹¹ STJCE (Sala Cuarta) 16/07/2009 *Caso Infopaq* (asunto C-5/08), apartados 33 a 51 para extractos de artículos de prensa. STJCE (Gran Sala) 02/05/2012, *Caso SAS* (Asunto C-406/10) para manuales de programación. Consagra el criterio fijado por STJCE, Sala Tercera, 22/12/2010, Asunto C-393/09, *Caso BSA* para las Interfaces gráficas de usuario; STJCE (Gran Sala), 4 /10/2011, *Caso Football Association Premier League* (Asuntos C-403/08 y C-429/08) para partidos de fútbol; STJCE (Sala Tercera) 1 /12/ 2011 *Caso Painer* (asunto C-145/10) para la obra fotográfica; STJCE (Sala Tercera) 1/03/2012 *Caso Football Dataco y otros* (Asunto C-604/10) para las Bases de Datos; véase para el valor del criterio de originalidad de origen comunitario y para un examen pormenorizado de las sentencias del TJUE., HERNANDO COLLAZOS, I “Patrimonio Fotográfico. Originalidad y Dominio Público. Una aproximación desde el Derecho de autor en España” *RIIPAC* nº2, 2013, [en línea: <http://www.eumed.net/rev/riipac/02/index.htm>] págs, 86-97. Igualmente, HERNANDO COLLAZOS, I. “DISEÑO – MODA como Expresión Cultural: Derechos de Autor y Diseño Comunitario.”, *RIIPAC*, nº 3, 2013 [en línea: <http://www.eumed.net/rev/riipac/03/derechos-autor.pdf>] , págs. 23. - 52

¹² Así, salvo raras excepciones, el Tribunal Supremo desde su sentencia de 26 de octubre de 1992 mantiene y utiliza criterios de novedad y mérito en la apreciación de la originalidad, véase, STS. (Sala Civil) 26/10/1992, (Ponente, GONZALEZ POVEDA, Pedro) (RJ\1992\8286), *Caso CARRERA Y CARRERA S.A contra HIJOS DE JOSEF SA.*, en su Fundamento Jurídico tercero. Véase sobre el criterio de las audiencias y Tribunal Supremo de España las sentencias en, HERNANDO COLLAZOS, I “Patrimonio Fotográfico. Originalidad y Dominio Público. Una aproximación desde el Derecho de autor en España” *RIIPAC* nº2, 2013, [en línea: <http://www.eumed.net/rev/riipac/02/index.htm>] págs,97 a 104. Igualmente, siguiendo la doctrina del TS, la SAP Madrid, (Sección 20), núm 96/2005, 17.02.2005, rec.695/2003, Ponente, GUTIERREZ SANCHEZ, J.V., (AC2005\426), sobre el carácter original de una Propuesta de Memoria/ proyecto de Programa de Concurso de Televisión Titulada “*El Concurso del Siglo*” y su utilización en el Programa –Concurso titulado “El Gran Concurso del Siglo” emitida por las cadenas de televisión como coproducción de Televisión Española con Europroducciones S.L. Aunque fuera del ámbito de las artes coreográficas, véase, igualmente, SAP Madrid (sección 28), núm 195/2014, 16.06.2014, rec, 770/2012, Ponente GOMEZ SANCHEZ, P., (AC\2014\1573)

En este segundo nivel, el órgano jurisdiccional nacional examina si el autor en la forma de manifestar sus ideas/sensaciones ha tomado decisiones libres, esto es, decisiones en las que puede dejar su “impronta personal”. A este nivel, el análisis se hace caso por caso, en atención a cada obra concreta.

Así, volviendo a la obra *Performativa*, como obra dramático – coreográfica, el órgano jurisdiccional nacional debe constatar en cada caso específico los diferentes momentos y formas en los que el autor ha adoptado estas decisiones libres en las que ha dejado su impronta personal:

- Vestuario: elección respecto a los materiales, color, pinturas corporales, vacío de pinturas y de cualesquiera otras cualidades formales
- Escenografía: elección respecto del lugar de representación, de la iluminación, de la técnica de luces o de ausencia de las mismas, de decorado, de esquemas – dibujos de elementos escénicos y cualesquiera otros elementos escénicos formales de la obra
- Coreografía: elección respecto a la técnica a utilizar, el movimiento o ausencia de movimiento, y de cualesquiera otros elementos formales de la obra.
- Argumento, guiones e instrucciones orales / escritas
- Cualesquiera otros elementos formales de expresar las ideas / las sensaciones propias de la obra.

Verificado el segundo nivel del test y una vez comprobada la existencia de la impronta personal del autor sin utilizar criterios adicionales de novedad o de altura creativa, se considera original la obra *Performativa*, luego, protegida por el derecho de autor.

1.2.- Representaciones /Performances

En el Arte *Performativo*, junto a la obra *Performativa* es necesario identificar y separar como objeto protegido por la LPI las *Performances* – representaciones de estas obras. En este caso, el objeto de protección son las actuaciones efectuadas por los artistas, intérpretes al representar, cantar, leer, recitar, interpretar en cualquier forma las obras *Performativas*. Estas actuaciones, representaciones de los artistas – intérpretes generan los denominados derechos afines o conexos a los derechos de autor específicos para las *Performances*, regulados en los artículos 105 a 123 de la LPI¹³, para los que no se precisa ningún requisito adicional.

A la vista de lo expuesto se aprecia como en el Arte *Performativo* y, con respecto a las denominadas *Performances* pueden concurrir diversos titulares de derechos de Propiedad Intelectual.

¹³ Igualmente denominados Derechos Afines, vecinos o derivados. Véase, CABANILLAS SUAREZ, Antonio, “Comentario al artículo 105” en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord.. BERCOVITZ RODRIGUEZ- CANO, Rodrigo, Tecnos 1997, págs. 1547 y ss.

2.- TITULARES DE DERECHOS EN EL ARTE PERFORMATIVO

Iniciamos este epígrafe con una reproducción parcial, a título de ejemplo, de la Ficha del Archivo Virtual de Artes Escénicas correspondiente a la obra Performativa “*Still distinguished*” de La Ribot¹⁴ en la que se puede comprobar la diferenciación realizada entre creación e interpretación (Tabla número 1).

Como se puede apreciar bajo la rúbrica Creación en la que se especifica como tipo de creación - Guión Coreografía Dirección- se identifica a la autora, en este caso, La Ribot. Separadamente, se identifican a los Intérpretes que en este supuesto es igualmente La Ribot, coincidiendo así la autora de la obra Performativa “*Still distinguished*” con la intérprete de la *Performance*.

OBRAS <i>Still distinguished</i>
<p>Creación:</p> <p>» <i>La Ribot</i> Guión Coreografía Dirección</p> <p>Ubicación: Reino Unido > Londres</p> <p>Ficha Técnica: Intérpretes: <i>La Ribot</i></p> <p>Colaboradores: Iluminación y sonido: Daniel Demont. Banda sonora: Clive Jenkins. Música: Fragmentos de Belmonte, de Carles Santos; Moral Morph and Jealous Guy by LB/ Atom tm; Max, de Paolo Conte; 55 291, de Velma. Altavoces: Simon Jobin. Edición en vídeo: Stéphane Noel.</p> <p>Producción: Producido por La Ribot – 36 Gazelles, London, Gran Bretaña en co-producción con Theatre de la Ville, Paris. Con el apoyo del INAEM Ministerio de Educación y Cultura, España, London Arts Board, Gran Bretaña, Dance4: Body Space Image and Future Factory, Nottingham, Gran Bretaña, y los propietarios distinguidos. Proyecto en asociación con Artsadmin, Londres, Gran Bretaña.</p> <p>(...)</p>

Tabla nº 1. Ficha técnica Archivo Virtual de Artes Escénicas

En el Arte *Performativo* pueden coexistir diferentes categorías de titulares de derechos de Propiedad Intelectual: entre otros, autores, intérpretes, productores de grabaciones audiovisuales. Esta contribución está centrada principalmente en los dos primeros. A este efecto, se distinguen los derechos de los autores de la obra *Performativa* de los derechos de los intérpretes sobre la representación de la obra (*Performance*)¹⁵. Se trata de derechos distintos plenamente compatibles entre sí, tal como aparece expresamente establecido en la LPI, en su artículo 3, para los derechos de autor: “*Los derechos de*

¹⁴ Véase la ficha completa en <http://artesesencnicas.uclm.es/index.php?sec=obras&id=303>, Véase igualmente la ficha técnica de la obra “*Frankesteing*” de ARLANDIS Vicente y Losqueuedan en el Archivo virtual de Artes Escénicas en <http://artesesencnicas.uclm.es/index.php?sec=obras&id=1749>

¹⁵ Aunque no se trata de obra *performativa*, para la distinción véase. SAP Pontevedra, Sección 1ª, S.196/2006, 06.04.2006, rec 192/2006, Ponente ALMENAR BELENGUER, Manuel, (LA LEY 38390/2006), se trata de un caso de utilización no autorizada del repertorio de obras musicales administradas por la SGAE con ocasión de actos culturales organizados por la Comisión de Fiestas “Santa Marina del Cabral” (en realidad Asociación “Irmandade de Festas Santa Mariña de Cabral” de Vigo) para la celebración de las fiestas en honor de Santa Mariña.

autor son independientes, compatibles y acumulables con: 3.º Los otros derechos de propiedad intelectual reconocidos en el Libro II de la presente Ley " y, en su artículo 131 para los derechos conexos: "Cláusula de salvaguardia de los derechos de autor. Los derechos reconocidos en este Libro II se entenderán sin perjuicio de los que correspondan a los autores".

2.1. Derechos del autor sobre la obra Performativa

En el Derecho de Autor español, al autor le pertenecen los derechos morales y los derechos de explotación sobre la obra *Performativa* por el sólo hecho de la creación de la misma (artículo 1(1) LPI).

De conformidad con la LPI, autor es una persona natural, sin olvidar no obstante a las personas jurídicas¹⁶ en el caso de concurrir los requisitos de la obra colectiva regulada en artículo 8 de la LPI en los siguientes términos:

"Se considera obra colectiva la creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica que la edita y divulga bajo su nombre y está constituida por la reunión de aportaciones de diferentes autores cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma, para la cual haya sido concebida sin que sea posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra realizada. Salvo pacto en contrario, los derechos sobre la obra colectiva corresponderán a la persona que la edite y divulgue bajo su nombre."

Para la titularidad de los derechos, el autor no requiere ninguna formalidad adicional siendo voluntaria la inscripción de la obra *Performativa* en el Registro de la Propiedad Intelectual. Este registro de la obra no reviste un carácter constitutivo limitándose su valor a probar en el momento del registro los derechos de explotación de quien dice ser autor y/o titular sobre la obra declarada¹⁷. Esta inscripción admite prueba en contrario.

2.1.1. Derechos morales sobre la obra Performativa

Al autor sobre su obra *Performativa* protegida le corresponden los derechos morales especificados en el artículo 14 de la LPI :

- 1.º Decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma.*
- 2.º Determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente.*
- 3.º Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra.*

¹⁶ Art. 1 (2) LPI "No obstante, de la protección que esta Ley concede al autor se podrán beneficiar personas jurídicas en los casos expresamente previstos en ella"

¹⁷ Art. 145 LPI: "1.Podrán ser objeto de inscripción en el Registro los derechos de propiedad intelectual relativos a las obras y demás producciones protegidas por la presente Ley. 3. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo"

4.º *Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación.*

5.º *Modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural.*

6.º *Retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación. Si, posteriormente, el autor decide reemprender la explotación de su obra deberá ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular de los mismos y en condiciones razonablemente similares a las originarias.*

7.º *Acceder al ejemplar único o raro de la obra cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda. Este derecho no permitirá exigir el desplazamiento de la obra y el acceso a la misma se llevará a efecto en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor, al que se indemnizará, en su caso, por los daños y perjuicios que se le irroguen”.*

Todos estos derechos son irrenunciables e inalienables siendo, en el ámbito de la obra *Performativa*, los derechos de divulgación (artículo 14(1) LPI), de atribución de autoría (artículo 14(3) LPI)¹⁸ y de respeto a la integridad de la obra (artículo 14(4) LPI), los derechos morales en los que existe un mayor riesgo de conflictividad¹⁹.

El ejercicio de parte de estos derechos morales subsiste en el caso de fallecimiento del autor. Así, los mencionados derechos de atribución de autoría y de respeto a la integridad de la obra pueden ser ejercidos sin límite de tiempo una vez fallecido el autor, si existiera testamento, por las personas naturales o jurídicas designadas expresamente para ello por el autor y, si no hubiera una expresa designación o testamento, por sus herederos²⁰. Esta misma situación se produce con el ejercicio del derecho de divulgación en

¹⁸ Véase para el reconocimiento como autor de la versión dramática del libreto de Calderón de la Barca en SAP Madrid (Sección 28), número 10/2010, 22.01.2010, rec 12/2009, Ponente: GARCIA GARCIA, E., (AC\2010\742).

¹⁹ Como ejemplo ilustrativo de conflicto, aún cuando no se trata de obra *performativa*, el conflicto suscitado por la obra “*Training Ground for Democracy*” del artista Christoph Büchel contra el Massachusetts Museum of Contemporary Art que si bien se llegó a un acuerdo entre las partes, este acuerdo se adoptó después de la sentencia de 27 de enero de 2010 dictada por *United States Court of Appeals (First Circuit) (No 08-2199)* en la que se resolvió a favor del autor por infracción de los derechos de divulgación y de respeto a la integridad de la obra. Para el conflicto véase en <http://caselaw.findlaw.com/us-1st-circuit/1500091.html#sthash.ix0U5ogR.dpuf>. Igualmente, Elizabeth M. Bock., NOTE, “Using Public Disclosure as the Vesting Point for Moral Rights Under the Visual Artists Rights Act”, *Michigan Law Review*, 2012, [Vol. 110:153-173]. Para una visión de la obra, véase: en The New York Times Art & Design. http://www.nytimes.com/slideshow/2007/05/21/arts/20070522_MUSE_SLIDESHOW_1.html; y la nueva presentación de la obra en el Art Basel Miami Beach 2007 Hauser & Wirth en <http://vernissage.tv/2007/12/21/christoph-buchel-training-ground-for-training-ground-for-democracy-hauser-wirth-art-basel-miami-beach/>

²⁰ Art. 15 (LPI) y art.16 LPI: *Sustitución en la legitimación «mortis causa»:* “Siempre que no existan las personas mencionadas en el artículo anterior, o se ignore su paradero, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales y las instituciones públicas de carácter cultural estarán legitimados para ejercer los derechos previstos en el mismo”.

relación con la obra no divulgada en vida del autor sólo que, en este supuesto, el ejercicio del derecho tiene una duración de setenta años contados desde la muerte o declaración de fallecimiento del autor²¹.

2.1.2. Derechos de explotación sobre la obra *Performativa*

Junto con los derechos morales, el autor es titular en exclusiva de los derechos de explotación sobre su obra *Performativa* y, en especial, de los enumerados en el artículo 17 de la LPI, reproducción, distribución, comunicación pública y transformación.

Estos derechos de explotación sobre las obras *Performativas* creadas con posterioridad a la LPI /1987²² duran toda la vida del autor y setenta años después de su muerte o declaración de fallecimiento²³. Para las obras *Performativas* creadas con anterioridad a la LPI/1987 se reconoce por la Audiencia de Madrid en su sentencia de 14 de octubre de 2004²⁴ a los autores vivos de una obra coreográfica y a sus derechohabientes la recuperación de los derechos de explotación que entraron en el dominio público por falta de inscripción de la obra en el Registro de Propiedad Intelectual cuando ésta era constitutiva de derechos de conformidad con la antigua LPI de 1879. La duración de los derechos en estos casos es de ochenta años contados desde la muerte o declaración de fallecimiento del autor²⁵:

“Sobre la eficacia de la inscripción de la obra en el Registro General de la Propiedad Intelectual, en cuyo acto se apoya igualmente el demandante para fundamentar su autoría de la obra, quien con efectos de 22 de enero de 2002, ha inscrito en calidad de autor la coreografía de la expresada obra, es necesario señalar que la titularidad de las obras

²¹ Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 40 LPI: *“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”*

²² Ley 22/1987 de 11 de noviembre. de Propiedad Intelectual, (BOE, nº 275, 17.11.1987) (BOE-A-1987-25628)

²³ De conformidad con el art.26 LPI para un autor conocido. Es difícil encontrar obras *performativas* anónimas aunque pueden existir bajo seudónimo en cuyo caso la duración de la protección es la estipulada en el art. 27 (1) LPI: *“Los derechos de explotación de las obras anónimas o seudónimas a las que se refiere el artículo 6 durarán setenta años desde su divulgación lícita. Cuando antes de cumplirse este plazo fuera conocido el autor, bien porque el seudónimo que ha adoptado no deje dudas sobre su identidad, bien porque el mismo autor la revele, será de aplicación lo dispuesto en el artículo precedente”*. Igualmente, si la obra *Performativa* hubiera sido elaboración por varios autores en colaboración de conformidad con el art.7 de la LPI, en este supuesto los derechos de explotación de conformidad con el artículo 28 de la LPI *“durarán toda la vida de los coautores y setenta años desde la muerte o declaración de fallecimiento del último coautor superviviente”*.

²⁴ Para la obra coreográfica, SAP Madrid (Sección 12), núm. 688/2004, 14.10.2004, rec. 212/2003, Ponente: ALIA RAMOS, MJ (AC\2005\127) en su Fundamento de Derecho Quinto

²⁵ Véase, HERNANDO COLLAZOS, I. "Patrimonio Fotográfico. Originalidad y Dominio Público. Una aproximación desde el Derecho de Autor en España". *RIIPAC*, nº2, 2013, páginas 74 a 104 [en línea: <http://www.eumed.net/rev/riipac/02>]

no viene determinada por su inscripción en dicho Registro creado al efecto, sino que el derecho a la propiedad intelectual del autor se reconoce y tutela por el solo hecho de la creación de la obra, no sujeto a requisitos formales, facultándose a su titular, sólo como medio especial de protección y salvaguarda, para que proceda a su inscripción, estableciendo la Exposición de Motivos del Real Decreto 733/1993 de 14 de mayo (RCL 1993, 1823 y 2123), por el que se aprueba el Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual, como rasgo principal del Registro «la voluntariedad y el carácter no constitutivo de las inscripciones para la protección que la Ley otorga a los derechos de propiedad intelectual», a diferencia de la normativa anterior, vigente y de aplicación al caso, que otorgaba carácter constitutivo a tal inscripción registral, debiendo la misma realizarse en el plazo de un año, a contar desde el día de la publicación de la obra, para gozar de los beneficios de la LPI (RCL 1996, 1382_ (artículo 36 LPI 1879), si el autor no la inscribía, aunque se publicara la misma, caducaban sus derechos y la obra podía entrar en el dominio público si en el plazo de doce años (un año del art. 36, diez años del art. 38 y un año más del art. 39), el autor ni sus derechohabientes hubieran inscrito la obra en el RPI, en virtud de tales preceptos, como quiera que el actor no inscribió su obra coreográfica hasta el año 2002, aquella en lo que a él afecta habría entrado en el dominio público en noviembre de 1992, habiéndole caducado la acción. Ahora bien, en las disposiciones transitorias primera y segunda de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre (RCL 1987, 2440), de Propiedad Intelectual, se establece el respeto a los derechos adquiridos. En la primera, apartado uno, se dispone que «las modificaciones introducidas por esta Ley que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación anterior, no tendrán efecto retroactivo, salvo lo que se establece en las siguientes disposiciones», y, entre estas, en la segunda se subraya que «los autores cuyas obras estuvieran en dominio público, provisional o definitivamente de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 38 y 39 de la Ley 10 de enero de 1879, les será de aplicación lo dispuesto en la presente Ley sin perjuicio de los derechos adquiridos por otras personas al amparo de la legislación anterior». La LPI/1987 distingue las facultades derivadas del derecho moral de autor (artículos 14 a 16) –las cuales no se hallaban recogidas en la legislación de 1879, habiendo sido desarrollado tal derecho por vía jurisprudencial–, de las derivadas del derecho patrimonial de autor (artículos 17 y siguientes), reconoce ambos en el artículo 2, y suprime el carácter constitutivo de la inscripción en el RPI de acuerdo con el art. 130, en virtud del cual se elaboró el Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual –RD 733/1993– ya citado. Con la Ley de 1987 desaparecen las reglas de caducidad existentes en la Ley de 1879. La LPI/1996 mantiene la redacción de la Disposiciones Transitorias 1ª y 2ª de la LPI/1987. Por tanto, de todas estas normas se llega a la conclusión de que el legislador ha querido facilitar a los autores vivos, como a sus derechohabientes y siempre sin perjuicio de los derechos adquiridos de tercero, la recuperación de los derechos de explotación que entraron en el dominio público por la falta de inscripción en su día de la obra en el RPI”.

Por lo tanto, salvo en los casos exceptuados por la Ley de Propiedad Intelectual, al autor le corresponde en exclusiva el ejercicio en cualquier forma de los derechos de explotación. Es preciso señalar que la LPI regula la infracción de estos derechos por terceros no autorizados en la que se prevén, entre otras acciones, el cese de la actividad ilícita y la indemnización de daños y perjuicios²⁶. Si esta infracción es realizada además con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio de tercero, constituye una conducta tipificada en el Código penal sancionada con pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses²⁷.

(a) Derecho de Reproducción

El derecho de reproducción está definido en el artículo 18 de la Ley de Propiedad Intelectual como *“la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias”*.

Salvo en los casos previstos en la LPI, la reproducción de una obra *Performativa* precisa del consentimiento de su autor o, en su caso, del titular de este derecho. Dentro del ámbito de las artes escénicas, aun cuando no se trata de una obra *Performativa*, la Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia de 7 de abril de 2003, considera reproducción no autorizada la utilización sin consentimiento en la representación teatral de la obra *“Mis juguetes en el desván”* de los diseños de vestuario y escenografía de la autora de un proyecto de obra titulada *“El desván de los juguetes”*. La Audiencia condena a la empresa *“Teatro Metabole”* al pago de una indemnización por los daños patrimoniales y morales causados a la autora²⁸.

Por último señalar que en la actualidad aparecen y se multiplican las *representaciones / performances* reproducidas en libros, CDs, camisetas, pinturas y en toda suerte de materiales que incluyen fotografías de estas

²⁶ Arts.138 a 143 LPI

²⁷ Conducta básica tipificada en el artículo 270. (1.) Código Penal *“Será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses el que, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya, comunique públicamente o de cualquier otro modo explote económicamente, en todo o en parte, una obra o prestación literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios”*. Para la responsabilidad civil derivada véase art. 272 Código Penal: *“La extensión de la responsabilidad civil derivada de los delitos tipificados en los dos artículos anteriores se regirá por las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual relativas al cese de la actividad ilícita y a la indemnización de daños y perjuicios”*.

²⁸ SAP Madrid, (Sección 10), 07.04.2003, (nº rec. 313/2001), Ponente GORDILLO ALVAREZ-VALDES, J.L., (LA LEY 66338/2003). Reproducción no autorizada mediante la utilización de diseños de vestuario y escenografía de la autora por TEATRO METABOLE S.L. en la obra *“Mis juguetes en el desván”* omitiendo además en la obra representada finalmente tal autoría. *Se confirma la sentencia de instancia y se condena a la sociedad a “abstenerse de usar los diseños e ilustraciones cuya autoría corresponde a la autora ... y a pagar a la autora la cantidad de 1.300.000 pesetas en concepto de indemnización por daños patrimoniales y morales causados a la actora , e intereses legales incrementados en dos puntos desde la presente resolución y, a pagar las costas..”*

representaciones. Son las llamadas obras relacionadas con las *Performances* que entran dentro de la órbita de este derecho de reproducción. En éstas manifestaciones, salvo que se esté ante uno de los usos exceptuados por la LPI, junto con el consentimiento de los artistas/intérpretes intervinientes, se precisa la autorización previa de los autores de la obra *Performativa*.

(b) Derecho de *Distribución*

Como en el derecho anterior, “*la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra Performativa, en un soporte tangible, mediante su venta alquiler²⁹, préstamo o de cualquier otra forma*” constituye el derecho de distribución que corresponde en exclusiva al autor de conformidad con el artículo 19 LPI. Así, salvo en los casos autorizados por la LPI, el préstamo, la venta, alquiler de obras *Performativas* o de sus reproducciones precisan del consentimiento del autor.

En el caso de la venta o transferencia de propiedad, el párrafo 2 del artículo 19 establece que: “*Cuando la distribución se efectúe mediante venta u otro título de transmisión de la propiedad, en el ámbito de la Unión Europea, por el propio titular del derecho o con su consentimiento, este derecho se agotará con la primera, si bien sólo para las ventas y transmisiones de propiedad sucesivas que se realicen en dicho ámbito territorial*”.

Este artículo 19 de la LPI es una transposición del Derecho de la Unión (art. 4 (2) de la Directiva 2001/29) así como del artículo 6 del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) de 20 diciembre de 1996 sobre derecho de autor³⁰ que dispone :

“1) *Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de sus obras mediante venta u otra transferencia de propiedad.*

2) *Nada en el presente Tratado afectará [a] la facultad de las Partes Contratantes de determinar las condiciones, si las hubiera, en las que se aplicará el agotamiento del derecho del párrafo 1 después de la primera venta u otra transferencia de propiedad del original o de un ejemplar de la obra con autorización del autor.”*

Ahora bien, esta regla de agotamiento del derecho de distribución no se aplica, según la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de enero de 2015 en el caso *Art&Allposters International BV y Stichting Pictoright*, a una situación en la que una reproducción de una obra protegida, tras haber sido comercializada en la Unión Europea con el consentimiento del titular del

²⁹ Según art. 19 (3) LPI “*Se entiende por alquiler la puesta a disposición de los originales y copias de una obra para su uso por tiempo limitado y con un beneficio económico o comercial directo o indirecto. Quedan excluidas del concepto de alquiler la puesta a disposición con fines de exposición, de comunicación pública a partir de fonogramas o de grabaciones audiovisuales, incluso de fragmentos de unos y otras, y la que se realice para consulta in situ*”

³⁰ Tratado aprobado en nombre de la Comisión Europea mediante Decisión 2000/278/CE del Consejo de 16 de marzo de 2000 (DOCE L89, pag.6), art. 6 del Tratado de la OMPPI

derecho de autor, *“ha sido objeto de una sustitución de su soporte, como por ejemplo, la transferencia sobre un lienzo de tal reproducción, que aparecía en un poster de papel, y ahora se comercializa de nuevo con esa nueva forma”*³¹.

Con respecto al préstamo, el artículo 19 (4) LPI regula que: *“Se entiende por préstamo la puesta a disposición de originales y copias de una obra para su uso por tiempo limitado sin beneficio económico o comercial directo ni indirecto, siempre que dicho préstamo se lleve a cabo a través de establecimientos accesibles al público”*³².

Un ejemplo de préstamo de obra *Performativa* es el de la obra *Time* (1970) del autor David Lamelas adquirida por la Tate Gallery en el 2005³³. La obra *Performativa Time* fue activada, bajo la dirección del autor, el día 19 de octubre de 2007, en la calle Príncipe, en el exterior del Museo de Arte Contemporáneo de Vigo (MARCO), durante la inauguración de la muestra *Tiempo al tiempo/Taking Time*³⁴. Según Agar LEDO, el MARCO solicitó en el 2007 en préstamo a la Tate Gallery la referida obra *Performativa* recibiendo una respuesta afirmativa junto a las instrucciones para su representación que se reproducen a continuación³⁵.

“Esta pieza puede ser activada un máximo de tres veces durante las veinticuatro horas que dura un día. En el contexto de una exposición, debe considerarse un evento permanente durante el tiempo de la muestra. La pieza puede ser activada en el espacio interior o exterior. Una línea debe extenderse por el suelo, usando cinta adhesiva o tiza. La longitud de la línea dependerá del espacio, con un mínimo de 8 metros para aproximadamente 20 personas; puede ser paralela a la pared o discurrir en diagonal. La fotografía de la presentación original se puede exhibir en el espacio. Un aviso debe indicar en qué momentos la pieza será reactivada. Se invita a un número de visitantes a que participen en el evento. Los participantes permanecerán quietos sobre la línea, hombro con hombro, orientados todos hacia el mismo lugar. Se les explica el significado y el funcionamiento de la obra. La persona señalada como

³¹ STJUE, (Sala Cuarta), 22.01.2015, Caso *Art&Allposters International BV y Stichting Pictoright*, Asunto C-419/13.

³² Según el art. 19 (4) LPI.” (...) “Se entenderá que no existe beneficio económico o comercial directo ni indirecto, siempre que dicho préstamo se lleve a cabo a través de establecimientos accesibles al público. Se entenderá que no existe beneficio económico o comercial directo ni indirecto cuando el préstamo efectuado por un establecimiento accesible al público dé lugar al pago de una cantidad que no exceda de lo necesario para cubrir los gastos de funcionamiento. Esta cantidad no podrá incluir total o parcialmente el importe del derecho de remuneración que deba satisfacerse a los titulares de derechos de propiedad intelectual conforme a lo dispuesto en el artículo 37.2. Quedan excluidas del concepto de préstamo las operaciones mencionadas en el párrafo segundo del apartado 3 y las que se efectúen entre establecimientos accesibles al público”

³³ Véase, para la pieza *Times* de David Lamelas <http://www.tate.org.uk/context-comment/video/david-lamelas> y el video <http://www.tate.org.uk/art/artworks/lamelas-time-p79205>.

³⁴ Para la muestra *Tiempo al tiempo / Taking Time*, véase <http://www.marcovigo.com/es/content/tiempo-al-tiempo-taking-time-cinco-anos-del-marco>

³⁵ La Institución adquirió por 20.000 Libras la pieza *Time*, véase en LEDO Agar, “*Sobre la Performance y el Arte Participativo en la Institución. Algunos ejemplos en el Marco*” en http://chamalle.webs.uvigo.es/documentos/5_ANL_Conferencia_Agar_ESP.doc.pdf

primero de la línea da la salida y, al minuto, se lo pasa a la persona siguiente en la línea. La persona recibe el tiempo, lo guarda por 60 segundos y entonces se lo pasa al participante siguiente. Así sucesivamente hasta que alcanza la última persona de la línea, que después de 60 segundos anuncia el final. Todos los participantes deben permanecer en la línea durante todo el evento. El tiempo puede ser anunciado en cualquier lengua. Declaración del artista: Trata sobre temas sociales. Podemos proceder de distintas culturas, ser de distinto color o religión, pero todos compartimos el tiempo único del presente”.

Como se puede apreciar según los datos referidos, en este caso, si se aplicara la LPI española, el titular de los correspondientes derechos de explotación es la Tate Gallery y la actividad de préstamo queda enmarcada dentro de la definición contenida en la propia LPI en el párrafo 4 del artículo 19 ya que se lleva a cabo a través de establecimientos accesibles al público y se trata de una puesta a disposición de originales y copias de una obra para su uso por tiempo limitado sin beneficio económico o comercial directo ni indirecto.

(c) Derecho de *Transformación – Adaptación*

El derecho de transformación, según el artículo 21 de la LPI, comprende su *“traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente”*. Este derecho de adaptación de derechos de autor no está armonizado en el Derecho de la Unión y se rige por el artículo 12 del Convenio de Berna³⁶: *“Los autores de obras literarias o artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar las adaptaciones, arreglos y otras transformaciones de sus obras.”*

La obra resultante de la transformación puede ser calificada de obra derivada recogida en el artículo 11 de la LPI³⁷ cuyos derechos de propiedad intelectual corresponderán al autor de esta última, *“sin perjuicio del derecho del autor de la obra preexistente de autorizar, durante todo el plazo de protección de sus derechos sobre ésta, la explotación de esos resultados en cualquier forma y en especial mediante su reproducción, distribución, comunicación pública o nueva transformación”*.

Por lo tanto, una versión adaptada constituye una obra derivada (artículo 11.1º de la LPI) que merece protección como obra original diferente de la originaria (cuyos derechos conserva su autor) como consecuencia de un proceso de transformación (artículo 21 de la LPI) de la obra preexistente. Se está, incluso, ante una obra derivada cuando la obra preexistente se haya incorporado al dominio público y no sea necesario en este supuesto obtener el previo consentimiento de los primitivos autores para poder acometer la adaptación. En este sentido, la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 22 de enero

³⁶ Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y artísticas (enmendado 28.09.1979) art. 12: (http://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/text.jsp?file_id=283700)

³⁷ Art. 11 de la LPI: *“Sin perjuicio de los derechos de autor sobre la obra original, también son objeto de propiedad intelectual: 1.º Las traducciones y adaptaciones. 2.º Las revisiones, actualizaciones y anotaciones. 3.º Los compendios, resúmenes y extractos. 4.º Los arreglos musicales. 5.º Cualesquiera transformaciones de una obra literaria, artística o científica”*

de 2010, reconoce derechos de autor a la adaptación del libreto (versión dramática) representada sin mencionar al autor y sin su consentimiento en el Teatro Real de Madrid de la Opera del barroco español estrenada en 1660, “Celos aun del aire matan” cuyo texto original es de Calderón de la Barca y música del compositor Juan Hidalgo³⁸.

Igualmente, la Audiencia Provincial de Cádiz, aunque no trata de una obra del Arte *Performativo*, en su sentencia de 22 noviembre de 1996³⁹ estima adaptación no autorizada el montaje flamenco de tres obras “*Charladramas*” o piezas destinadas a su escenificación tituladas “Rafael por Alegrías”, “... y Federico” y “Las coplas de Don Antonio” protegidas por el derecho de autor. La Audiencia prohíbe tanto individualmente como en su carácter de integrantes de un grupo teatral, la representación de las obras del demandante sin su consentimiento considerando que:

“(....) la obra representada por los demandados como integrantes del grupo «V.T.» en las ocasiones de autos ya citadas durante el año 1993 e inscritas en el Registro de la Propiedad Intelectual por el demandado señor M. como obras propias suyas (llega incluso a decir que se trata de una idea

³⁸ SAP Madrid (Sección 28), número 10/2010, 22.01.2010, rec 12/2009, Ponente: GARCIA GARCIA, E., (AC\2010\742).

³⁹ SAP Cádiz, (Sección 1), 22.11.1996, Caso José S.H. vs. Grupo Artístico V. Tablas y otros. Ponente Hera Oca, Manuel de la. (La LEY 15562/1996). Autor de la obra conocida como “Charladramas” de sus partes tituladas “Rafael por Alegrías”, “... y Federico” y “Las coplas de Don Antonio”. “1º) Con fundamento en los guiones o apuntes de clase formulados para la explicación de las lecciones a su cargo, el profesor don José S.H., conocido en el mundo teatral y literario como «J.S.», escribió unas piezas literarias con vocación de ser representadas teatralmente a las que dio el nombre genérico de «charladramas», y que se caracterizaban por ofrecer una semblanza de la vida y obra de un determinado poeta o prosista a través de una selección de sus propios textos engarzada al hilo de una narración. Algunos de tales «charladramas» fueron titulados como «Juan Panadero. -Rafael por alegrías!», dedicado a don Rafael Alberti Merello, «Las coplas de don Antonio» (que también había recibido una anterior denominación de «Caminante»), que lo estaba a don Antonio Machado, «Federico también llamaba así» a Federico García Lorca, y «-Mozo, un lactocafé!» a don Ramón María del Valle Inclán. 2º) En determinado momento, entre los años 1990 y 1992, -sin que se excluyan otras representaciones anteriores, al parecer realizadas ya en 1984 aproximadamente-, don José S., al haber dado ya a sus «charladramas» una redacción más o menos definitiva, produjo un montaje teatral sobre la base de algunas de las citadas piezas junto con Blanca G., Joaquín A., Lilí O. y Manuel M., quienes integraban el grupo de teatro «L.J.», representando en el colegio público «El Pichacho» de Sanlúcar «Las Coplas de don Antonio» el día 26 de febrero de 1991 (folios 284 y 285). En tales representaciones, don José S. actuaba como narrador, interpretándose los poemas de las selecciones correspondientes tanto en forma recitada como cantada conforme a determinado «palo» flamenco que se indicaba en los programas. El citado grupo, en sus últimos tiempos, recibía a su vez el nombre de «V.T.», sin que ostentara forma alguna que le confiriera personalidad jurídica ni constara con una estructura organizativa determinada”. La AP de Cadiz en su fallo declara: “ Por lo demás, es innegable que la explotación de la obra de S. sin su consentimiento, no sólo ha producido un beneficio a los que la representaron, sino también un perjuicio moral y económico al autor de la obra usurpada. El autor demandante ha señalado en la cantidad de ciento cincuenta mil pesetas por cada representación, suma que no ha sido contestada por los demandados sino para negar la procedencia de su pago, por lo que procede mantener esa suma solicitada, multiplicada por las cuatro representaciones probadas en las actuaciones, lo que eleva el monto total de la indemnización a la cantidad de seiscientas mil pesetas, que serán las que se concedan”.

original del mismo en la solicitud de inscripción), no son sino adaptaciones de la obra original del señor S. al incluir para su representación una determinada música ya disciplinada, empleando la voz «adaptación» precisamente en el sentido a que se refiere el art. 21.1 LPI, ya que las obras inscritas por M. se limitan a reproducir casi literalmente la selección de textos efectuada por S., su ritmo y su encaje en una narración de factura dramática y biográfica original en la que se resaltan aspectos vitales del escritor evocado, revelando aspectos no solo teatrales estricto sensu sino también didácticos y catárticos dirigidos al público”

La Audiencia describe, en este caso, en qué consiste la adaptación no autorizada:

“No se trata de una mera reproducción, sino de adaptación de la obra, en el sentido de que por M. se han encajado en la preceptiva musical los aires por los que se cantaban cada una de las composiciones poéticas enlazadas en el texto dramático, si bien ha de entenderse junto con el flamencólogo señor M.S. que no ha existido en puridad una transcripción musical de cada uno de los «palos» flamencos hasta la fecha, sino más bien una determinada forma de interpretarlos por parte de cada uno de sus cultivadores. Por lo tanto, al tratarse de adaptaciones, es preciso reconocer el derecho del autor de la obra original adaptada a autorizar no sólo la ejecución de la adaptación sino su divulgación y la representación de la obra teatral que contiene en su texto, y al no constar en modo alguno la autorización del autor para la realización de la adaptación ni para la difusión de la obra, se debe por lo tanto en aplicación del art. 27 LPI, prohibir la representación de las citadas obras a los demandados, actuando por sí o a través de la asociación «G.T.F.V.T.», en tanto no se obtenga para ello el permiso de su autor”.

Por último, es preciso señalar que este derecho de transformación y su distinción de la reproducción adquieren una notable relevancia en el Arte *Performativo* al existir en el mercado del arte un incremento de la demanda de “*Performances*” artísticas a través de películas – videos, medios plásticos y documentación fotográfica distribuida en forma de edición única o edición limitada. A estas obras resultantes, además de la LPI, es posible aplicar la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original⁴⁰ promulgada con ocasión de la transposición de la Directiva 2001/84/CE de 27 de septiembre de 2001 relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original⁴¹.

(d) Derecho de *Comunicación Pública*

Para finalizar, el derecho de comunicación pública está expresamente definido en el artículo 20 (1) de la LPI como: “*todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas*”.

⁴⁰ BOE. núm. 310, 25.12.2008.

⁴¹ DO, L 272/32, 13.10.2001.

Las representaciones/*Performances* de una obra *Performativa* son actos de comunicación pública de los especialmente considerados como tales por el artículo 20, párrafo 2, apartado a) de la LPI: “Especialmente, son actos de comunicación pública: a) “Las representaciones escénicas, recitaciones, disertaciones y ejecuciones públicas de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales mediante cualquier medio o procedimiento.”

Estas representaciones precisan del consentimiento del autor. Las autorizaciones que el autor concede a un empresario – cesionario para que pueda proceder a una comunicación pública de su obra, sin obligarse a efectuarla, se regirán en lo que les fuese aplicable por las disposiciones previstas en la LPI para el contrato de representación⁴².

Un ejemplo de reproducción y comunicación pública son las representaciones realizadas por Marina Abramovic intituladas “*Seven Easy Pieces*” en el Museo Guggenheim de New York en el 2005 en las que re-escenifica siete icónicas representaciones realizadas previamente por otros artistas como la obra *Performativa* de Bruce Neuman, “*Body Pressure*” representada por el autor en 1974⁴³, así como la obra de Joseph Beuys “*How to Explain Pictures to a Dead Hare*”, representada igualmente por su autor en 1965⁴⁴.

Como se puede apreciar en la *performance*/representación coexisten diferentes derechos de propiedad intelectual que no están concentrados en la persona del autor surgiendo, así, los derechos conexos sobre la *performance* que pertenecen a los intérpretes.

2.2. Derechos de los artistas/ intérpretes sobre las *Performances*

Protagonistas de las representaciones/*performances* son igualmente los artistas o intérpretes que están definidos en el artículo 105 de la LPI como la persona que representa, canta, lee, recita, interpreta o ejecuta en cualquier forma una obra⁴⁵. Añade el mencionado artículo al director de escena y en él se

⁴² Artículo 85 LPI. *Aplicación de las disposiciones anteriores a las simples autorizaciones.*

⁴³ Véase ABRAMOVIC, Marina “*Seven Easy Pieces*” The Solomon R. Guggenheim Museum, 9-15 November 2005 en <http://pastexhibitions.guggenheim.org/abramovic> se señala expresamente que constaba la autorización de los autores. Igualmente, para esta representación véase, WATANABE Shinya: “*Marina Abramovic “Seven Easy Pieces” at the Guggenheim Museum Looking for Others Whom You’ve Never Seen*” en el Guggenheim Museum, November 2005 como *performer* reproduciendo, entre otras, la obra *Performativa* “*Body Pressure*” representada por su autor, NEUMAN, Bruce, en 1974. en, <http://www.shinyawatanabe.net/en/writings/content57.html>

⁴⁴ Para la obra *Performativa* de BEUYS Joseph, “*How to Explain Pictures to a Dead Hare*” véase <http://www.wikiart.org/en/joseph-beuys/how-to-explain-pictures-to-a-dead-hare-1965-1>

⁴⁵ Véase, la definición de artistas, intérpretes y ejecutantes en el art.2 (a) del Tratado de Beijing sobre interpretaciones y ejecuciones audiovisuales (adoptado por la Conferencia Diplomática sobre la protección de las Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales, en Beijing el 24 de junio de 2012. (Tratado que todavía no ha entrado en vigor): “*todos los actores, cantantes, músicos, bailarines u otras personas que representen un papel, canten, declamen, interpreten o ejecuten en cualquier forma obras literarias o artísticas o expresiones del folclore*” en <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/beijing/>. Esta misma definición está prevista en el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o ejecución de Fonogramas (WPPT) adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996, art. 2 (a) : “*artistas intérpretes o ejecutantes*”, *todos los actores, cantantes, músicos, bailarines u otras personas que representen un papel, canten, reciten,*

incluirían a los improvisadores entendiendo por tales a los que interpretan /representan obras *Performativas* que han sido creadas o fijadas por primera vez durante la representación.

Todos tendrán los derechos reconocidos a los artistas en el Título I del Libro Segundo, esto es, los derechos conexos o afines, pudiendo distinguirse así múltiples y variadas situaciones entre las que distinguimos las siguientes:

(a) Intérprete / artista - autor de la obra *Performativa*

Esta primera situación consiste en la concentración en una misma persona de la creación y la representación de la obra *Performativa*. El intérprete de la *performance* es, a su vez, autor de la obra *Performativa* que representa. En este caso, las actividades desempeñadas como intérpretes/artistas son independientes y diferenciadas de las propias de la autoría de la obra.

Así, aún aglutinándose en una misma persona, es necesario gestionar clara y separadamente los derechos de autor como creador de la obra *Performativa* y los derechos conexos como intérprete/artista tal como se plasma, entre otras, en la sentencia de la Audiencia Provincial de León de 26 Octubre 2011⁴⁶ en un caso en el que se cuestionan los derechos devengados por las representaciones teatrales y actuaciones producidas en el marco de diversos actos de comunicación pública de obras del repertorio gestionado por la SGAE. En el supuesto, se representan en diferentes fechas y en los eventos y festejos organizados por la Administración, en este caso el Ayuntamiento de Bembibre, obras de los artistas contratados. La Audiencia, para una mayor precisión, declara lo siguiente:

“Por tanto, aún cuando se considere acreditado que un determinado artista que ha actuado en un espectáculo es a la vez el autor de la obra ejecutada, ello no permite afirmar sin más que los honorarios cobrados en concepto de intérprete incluyan los derechos de autor. Salvo que se acredite lo contrario, la contratación de un artista tan solo se refiere a la ejecución propiamente dicha, nunca a ese derecho de autor perfectamente diferenciable. La entidad demandada (en este caso el Ayuntamiento de Bembibre) no ha logrado probar que en el contrato se

declamen, interpreten o ejecuten en cualquier forma obras literarias o artísticas o expresiones del folclore” en http://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=295579

⁴⁶ SAP León, Sección 1ª, S. núm 353/2011. 26.10.2011, rec. 123/2011, Caso Sociedad General de Autores vs. El Ayuntamiento de Bembibre, Ponente: SER LOPEZ, Ana (La Ley 217860/2011) para esta distinción : “Es cierto que conforme al artículo 17 de la Ley de Propiedad Intelectual corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, pero consideramos que son derechos distintos los que corresponden al creador de una obra científica literaria o artística, de los que corresponden al intérprete, artista o ejecutante, que define el artículo 105 de la Ley de Propiedad Intelectual , como la persona que representa, canta, lea, recita, interpreta o ejecuta en cualquier forma una obra...”. Igualmente véase, SAP León, sección 1ª, S. núm 472/2009, 01.10.2009, rec 290/2008, Caso SGAE vs Ayuntamiento de Gordoncillo, Ponente, GARCIA PRADA, Manuel, (JUR\2009\470171) sobre representación de obras teatrales de forma gratuita sin autorización de los autores a pesar de la participación de los mismos como artistas /intérpretes.

pactaron expresamente unos honorarios que incluían los derechos de autor siendo ello posible por no estar cedidos en exclusividad.”

Esta situación se produce tanto si el autor representa su obra en solitario⁴⁷ como si interacciona en la *performance* con el público⁴⁸, con hologramas de personas conocidas vivas o fallecidas⁴⁹ o de personajes imaginarios⁵⁰, sin perjuicio en cada caso concreto, de la necesidad de recabar además las autorizaciones o acuerdos previos que fuera necesario conseguir de terceros tanto en materia de derechos de autor como de derechos de imagen⁵¹.

(b) Intérprete / artista no autor de la obra *Performativa*

Una segunda situación posible radica en la existencia de una dicotomía entre el intérprete de la *performance* y el autor de la obra *Performativa*. En este supuesto, el intérprete no es autor, su función consiste en representar un texto escrito previamente por el autor, en desarrollar una trama previamente propuesta por el autor o, en dar vida a un personaje creado por el autor.

Esta diferenciación de roles ha sido puesta de relieve por el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona, en su sentencia de 19 Octubre de 2006 en el

⁴⁷ Véase, a título de ejemplo de autor-intérprete, AZKONA Abel en su obra *Performativa "Searching for my identity in rubble"* en <http://www.abel-azcona.com/searching-for-my-identity>.

⁴⁸ Véase, a título de ejemplo de autor-intérprete, AZKONA Abel en su obra *Performativa "My Body My Rules"* 2013, performance art "Innocent Way" proceso experimental dentro del trabajo performativo "Innocent". Performance Art realizada en Pamplona el 1 de Junio de 2013 en <http://www.abel-azcona.com/#innocent-way>

⁴⁹ Sobre la posibilidad técnica de crear obras *performativas* en las que el artista/ejecutante además interactúe en plataformas de 3D – HOLOGRAMAS, con recreaciones de personas vivas o fallecidas, véase, a título de ejemplo en Estados Unidos de América, la representación "holográfica" de Tupac Shakur cantante de rap fallecido en 1996 en el recital junto con los raperos Dr. Dre y Snoop Doff en el Festival de Música y Artes de Coachella 2012, en Los Angeles, en <http://elcomercio.pe/tecnologia/1402488/noticia-raperoresucito-concierto-convertido-holograma-tridimensional> y para la técnica en http://digitaldomain.com/performance_capture_studio

⁵⁰ Sobre la posibilidad técnica de crear obras *performativas* en las que el artista/ejecutante además interactúe en plataformas de 3D – HOLOGRAMAS, con personajes-creaciones, véase, a título de ejemplo, aun cuando no se trata de obras *performativas*, las representaciones, en Japón del personaje-creación Hatsune Miku (3D) a la que se ha denominado la primera cantante holográfica en <http://www.youtube.com/watch?v=gkKzAm3Zak0>

⁵¹ Con respecto al público o a personas vivas o fallecidas reproducidas mediante hologramas podrían generarse derechos de imagen que precisarán consentimiento previo según Ley Orgánica 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» núm. 115, de 14/05/1982) artículo 7 (5). "La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos": " En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá: a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público. c) La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria". Sin olvidar igualmente la excepción del artículo 8 , Uno. "No se reputará, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante".

caso de la obra de teatro “La Torna”⁵². En este asunto, el Juzgado ante la discusión acerca de la intervención de los artistas – intérpretes en la elaboración de la obra determina que, autor es el que define el formato de la obra. Para ello, el Juzgado hace la siguiente valoración:

“¿Cuál era el sistema utilizado por Els Joglars? Ambas partes aceptan que para la elaboración de una obra la compañía no parte de un texto escrito previamente, sino de una idea, sobre la que se van proponiendo y desarrollando ciertas escenas: La obra se elabora desde los ensayos con los actores. La discusión se centra en la importancia jurídica, desde el punto de vista de los derechos de propiedad intelectual, tienen en ese proceso de creación las aportaciones del director de la compañía Sr. Boadella y las aportaciones de los intérpretes. Para los demandantes todas ellas han de valorarse equivalentes en ese proceso creativo, mientras que el demandado sostiene que el único creador de la obra es el Sr. Boadella, sin dejar de reconocer la importancia de las aportaciones de los actores, pero como meros intérpretes de la obra no como sus autores, art. 105 LPI . Los demandantes sostienen que los temas sobre las obras, las escenas, el desarrollo de la obras, etc, eran decididos por el grupo, mientras que el demandado mantiene que es él quien tenía en todo momento el poder de decisión sobre el desarrollo de todos los elementos de la obra.”

“En definitiva, de los medios prueba practicados resulta imposible declarar probado que en el proceso de elaboración de La Torna fuera el grupo y no el director, Albert Boadella, el que seleccionara y descartara las aportaciones de cada uno de los actores para definir el formato definitivo de la obra.

Pero es que además, para poder valorar las aportaciones de cada uno de los demandantes, con el fin de poder decidir si tienen la originalidad necesaria para ser considerados creadores en el sentido que señala el citado art. 10 LPI , hubiera sido necesario que se identificaran esas aportaciones, cosa que ni tan siquiera se ha intentado.

En nuestro caso, si el actor-intérprete se "limita", dicho sea con los

⁵² Sentencia Juzgado de lo Mercantil (núm. 4) Barcelona de 19.10. 2006, proc. 533/2005. nº de Sentencia: 228/2006, Ponente: RODRÍGUEZ VEGA, Luis. (LA LEY 186852/2006). En el caso de la obra de teatro “La Torna” FD 14, 15 “Los demandantes en su demanda y en la audiencia previa reconocieron que el Sr. Baodella era el director de la compañía y de los ensayos en los que se iba elaborando la obra, que la idea original de La Torna fue suya y que fue él quien aportó el material con el que trabajar, en concreto se entrevistó con el abogado de Heinz Chez y obtuvo de éste una copia del sumario”. Para las obras de teatro. **5.** Así pues, la obras en colaboración son las que resultan de las aportaciones o contribuciones de varios autores. El resultado de esa colaboración puede ser cualquier creación original literaria, artística o científica expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, en el presente caso el resultado de aquella colaboración sería una obra de teatro. Para que una persona pueda considerarse autor de una obra es necesario que haya sido su creador, ya que el art. 5 LPI , dice que: *Se considera autor a la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica.***6.** A su vez es necesario que esa creación sea original, tal y como exige el art. 10 LPI

respetos que merece dicha las dificultades propias de dicha profesión, a desarrollar una idea previamente propuesta por el dramaturgo, dando vida a un personaje ideado por el autor, no creo que su interpretación pueda ser considerada como una aportación original. Ahora bien, si esa aportación fuera original por haber sido ideada por el actor o por haber superado en creatividad la idea inicial, entiendo que podríamos hablar de obra en colaboración.

El intérprete de una obra escénica tiene su específica protección en el art. 105 y siguientes de la LPI , que reconoce derechos diferentes de los que se reconocen al autor. Para que el intérprete sea además autor de una obra en colaboración debe de aportar al menos un nivel de creatividad original similar al del autor de la obra escénica”.

Admitida la dualidad artista/ autor, un ejemplo de la misma puede ser la *Performance* realizada en el año 2010, en el MoMA de New York, titulada “*The Artist is present*” de Marina Abramovic, en la que nuevos intérpretes representan cinco obras *Performativas* retrospectivas de la autora, en especial, se reescenifica la obra “*Imponderabilia*” representada por la propia autora en colaboración con Ulay (Uwe Layspien) en Bolonia en 1977⁵³ . Igualmente esta división está presente en la *Performance* de la obra “*Kiss*” de Tino Sehgal representada en el MoMA de Chicago en 2007 por dos intérpretes que siguen las instrucciones coreográficas del autor, a su vez, basadas en conocidas obras de arte, entre otras, de Rodin, Brancusi y Klimt⁵⁴.

Diferenciados así de la obra *Performativa*, los actos de interpretación, de realización de la *Performance* suponen una creación personal, propia del intérprete que conlleva el reconocimiento de derechos morales y de derechos de explotación sobre su “*Performance*”.

2.2.1. Derechos morales sobre las Performances

Los artistas /intérpretes de las *Performances* / representaciones gozan de los derechos morales enunciados en el artículo 113 de la LPI sin perjuicio de la aplicación de los restantes derechos morales reconocidos a los autores en el artículo 14 de la LPI en la medida que sean aplicables.

⁵³ ABRAMOVIC, Marina, “*The artist is present*”, MoMA Museum 1 junio 2010 (Closing day / night of Marina Abramovic exhibition "The Artist is Present " in MoMA Museum NYC June 1. 2010.) Video by Aleksandar KOSTIC in association with Kreemart en <https://www.youtube.com/watch?v=C56uWtfT4Bg> , Véase, ABIGAIL, Levine, “*Being protected*”, abril, 2015 en <http://blog.art21.org/2015/04/01/being-protected/>. Para la performance de la obra “*Imponderabilia*” en “Ulay & Abramović” “*Imponderabilia*” [1977]” en <https://www.youtube.com/watch?v=QgeF7tOks4s>

⁵⁴ <http://www2.mcachicago.org/exhibition/tino-sehgal-kiss/> Obra basada entre otras obras en las siguientes : “ *El Beso*” (1889) de Auguste RODIN, véase en (http://en.wikipedia.org/wiki/The_Kiss_%28Rodin_sculpture%29), “*El Beso*” (1908) de Constantin, BRANCUSI, véase en (http://en.wikipedia.org/wiki/The_Kiss_%28Br%C3%A2ncu%C8%99i%29) , “*El Beso*” (1907-1908) de Gustav KLIMT, véase en (http://en.wikipedia.org/wiki/The_Kiss_%28Klimt%29)

(a) Derecho de Atribución

El primero de los derechos morales reconocidos al artista/intérprete es el derecho al reconocimiento de su nombre *sobre sus interpretaciones o representaciones, excepto cuando la omisión venga dictada por la manera de utilizarla* (artículo 113 (1) LPI).

Este derecho se aplica tanto a las representaciones en directo como a las fijadas en medios audiovisuales como así lo estipula, por otra parte, el artículo 5 (1) (i) del Tratado de Beijing⁵⁵ del que España es miembro signatario:

“Con independencia de los derechos patrimoniales del artista intérprete o ejecutante, e incluso después de la cesión de esos derechos, el artista intérprete o ejecutante conservará, en lo que atañe a sus interpretaciones o ejecuciones en directo o sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales, el derecho a: i) reivindicar ser identificado como el artista intérprete o ejecutante de sus interpretaciones o ejecuciones, excepto cuando la omisión venga dictada por la manera de utilizar la interpretación o ejecución”

(b) Derecho a la Integridad

El segundo de los derechos morales del intérprete es el derecho *a oponerse a toda deformación, modificación, mutilación o cualquier atentado sobre su actuación que lesione su prestigio o reputación* (artículo 113(1) de la LPI).

Como en el derecho anterior, la oposición a cualquiera de las actuaciones enunciadas que suponen una vulneración de la integridad de la *performance* se aplica tanto a las *performances* en directo como a las representaciones fijadas en medios audiovisuales tomando, en este último supuesto, debidamente en cuenta la naturaleza de las fijaciones audiovisuales tal como indica expresamente el artículo 5 (1) (ii) del citado Tratado de Beijing⁵⁶.

Ambos derechos, el derecho de atribución y el derecho a la integridad, son irrenunciables e inalienables y son mantenidos sin límite de tiempo después del fallecimiento del artista /intérprete correspondiendo su ejercicio en ese caso a la persona natural o jurídica a la que el artista expresamente se lo haya

⁵⁵ Art. 5 (1) Tratado de Beijing 2012 cit.

⁵⁶ Art. 5 (1) (ii) del Tratado de Beijing, cit., : *“ Con independencia de los derechos patrimoniales del artista intérprete o ejecutante, e incluso después de la cesión de esos derechos, el artista intérprete o ejecutante conservará, en lo que atañe a sus interpretaciones o ejecuciones en directo o sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales, el derecho a: ii) oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de sus interpretaciones o ejecuciones que cause perjuicio a su reputación, tomando debidamente en cuenta la naturaleza de las fijaciones audiovisuales”*. Véase en Francia, el caso TF1 et autres /Dailymotion, en la sentencia del TGI de París, 3ème chambre, 4ème Section, Jugement 13.09.2012, (Legalis, 17.09.2012) por la difusión en el sitio de albergue Dailymotion de contenidos audiovisuales, entre otros, del espectáculo de Gad Elmaleh “L’autre c’est moi” quien reclama, entre otras, por infracción de su derecho al nombre como autor y como intérprete así como por infracción al respeto a sus obras y a sus interpretaciones que son presentadas sobre Dailymotion con cortes arbitrarios que no tienen consideración la continuidad de las historias y con una mala calidad de imagen de talla reducida.

confiado por disposición de última voluntad o, en su defecto, a sus herederos. En caso de no existir estas personas o de ignorarse su paradero, el Estado, las comunidades autónomas, las corporaciones locales y las instituciones públicas de carácter cultural están legitimadas para ejercer ambos derechos⁵⁷.

(c) Derecho al Doblaje de su actuación

El derecho del artista al doblaje de su actuación en su propia lengua es el último de los derechos morales reconocidos en el artículo 113 (2) de la LPI a los artistas – intérpretes. Este derecho dura toda la vida del artista. En consecuencia el doblaje por un tercero de la actuación del artista – intérprete en su propia lengua está subordinado a la autorización expresa del intérprete – artista.

Con respecto a este derecho, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su sentencia de 4 de noviembre de 2004⁵⁸ reconoce que:

“resulta innegable que el hecho de que un tercero actúe en el propio idioma del artista, doblando su voz, supone un descrédito. El artista tiene derecho a actuar en su propia lengua, lo que incide en la reputación artística del mismo”.

Ahora bien, los términos “en su propia lengua” siguiendo la sentencia de 4 de noviembre de 2004, no son asimilables al idioma o lengua de la interpretación originaria realizada por el artista – intérprete. Según el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el doblaje por un tercero a la propia lengua usada en la representación originaria sin la autorización del artista no se considera infracción de su derecho moral si este idioma no fuera coincidente con el suyo propio (considerado “propio” en atención a su nacionalidad) por mucho que el artista controle y domine la lengua de la interpretación originaria.

⁵⁷ El art. 5 (2) del Tratado de Beijing cit., establece un mínimo: “Los derechos reconocidos al artista intérprete o ejecutante de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1, serán mantenidos después de su muerte, por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales, y ejercidos por las personas o instituciones autorizadas por la legislación de la Parte Contratante en que se reivindique la protección. Sin embargo, las Partes Contratantes cuya legislación en vigor en el momento de la ratificación del presente Tratado o de la adhesión al mismo no contenga disposiciones relativas a la protección después de la muerte del artista intérprete o ejecutante de todos los derechos reconocidos en virtud del párrafo anterior, podrán prever que algunos de esos derechos no sean mantenidos después de la muerte del artista intérprete o ejecutante”.

⁵⁸ Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 5ª, Sentencia 751/2004, 4.11.2004, Rec. 3462/2004, Ponente: HERNANI FERNÁNDEZ, María Begoña. (LA LEY 230354/2004). En el caso, la intérprete – artista (de nacionalidad croata) interviene en la obra cinematográfica “Los Novios Búlgaros” representando un personaje de nacionalidad búlgara y hablando en castellano con acento búlgaro. Con posterioridad su personaje es doblado por otra actriz de nacionalidad búlgara. Demandados los estudios de producción audiovisual por infracción del derecho del artículo 113 (2) LPI, se desestiman las pretensiones ya que, en este caso, el propio idioma de la actriz es el serbocroata y no el castellano con acento búlgaro, idioma de la interpretación originaria.

2.2.2. Derechos de explotación sobre las Performances

Como los autores, los artistas – intérpretes gozan de los derechos exclusivos de carácter patrimonial regulados en la LPI (artículos 106 a 112) sobre sus *Performances* en vivo y sobre sus fijaciones.

(a) Derechos de explotación sobre las Performances en vivo

Con respecto a las *Performances*, la LPI reconoce a los artistas- intérpretes los derechos exclusivos de autorizar la primera fijación de sus actuaciones⁵⁹ y su comunicación pública “salvo cuando dicha actuación constituya en sí una actuación transmitida por radiodifusión o se realice a partir de una fijación previamente autorizada”⁶⁰.

En general, se entiende por fijación de una representación en vivo original su “captura”, grabación por primera vez en un medio, ya sea analógico o digital, a partir de la que se puede disfrutar o reproducir mediante un dispositivo. También se conoce como fijación el resultado final de dicha captura. Por su parte, el Tratado de Beijing, define la “fijación audiovisual” en su artículo 2(b) como : “ *la incorporación de imágenes en movimiento, independientemente de que estén acompañadas de sonidos o de la representación de éstos, a partir de la cual puedan percibirse, reproducirse o comunicarse mediante un dispositivo*”⁶¹. La fijación, en realidad, es una manifestación del derecho de reproducción que, en este caso, se refiere a la primera reproducción – fijación de la representación-*Performance* del artista – intérprete.

Para ambos derechos (derecho de fijación y de comunicación pública), las autorizaciones deben ser necesariamente otorgadas por escrito por los artistas-intérpretes.

(b) Derechos de explotación sobre las Fijaciones de las Performances

Junto con los anteriores derechos, la LPI atribuye en exclusiva a los artistas – intérpretes, una serie de derechos patrimoniales sobre las fijaciones de sus *Performances*:

- (i) Derecho de Reproducción. Según el artículo 107 de la LPI, el artista – intérprete goza del derecho exclusivo de autorizar o prohibir la reproducción de las fijaciones de sus actuaciones /*Performances*. La

⁵⁹ Artículo 106 (1) y (2) LPI. Igualmente, en el art. 6 (ii) del Tratado de Beijing, cit., “*Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo a autorizar, en lo relativo a sus interpretaciones o ejecuciones: ii) la fijación de sus ejecuciones o interpretaciones no fijadas*”.

⁶⁰ Artículo 108 (1) (a) LPI. Véase, SAP Almería (Sección 1), núm 186/2003, 20.06.2003, Ponente: GARCIA LARAÑA, Rafael, (JUR\2003\178578). Igualmente, en el art. 6 (i) del Tratado de Beijing, cit., “*Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo a autorizar, en lo relativo a sus interpretaciones o ejecuciones: i) la radiodifusión y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas, excepto cuando la interpretación o ejecución constituya por sí misma una ejecución o interpretación radiodifundida*”;

⁶¹ Art. 2 (b) Tratado Beijing, cit., nota 45.

reproducción es definida de conformidad con el artículo 18 de la LPI como la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio (sobre CDs, DVDs, incluido el digital) y en cualquier forma - , en este caso, de las *Performances* fijadas o de parte de ellas, que permitan su comunicación o la obtención de copias⁶².

Las autorizaciones referidas a este derecho deben otorgarse por escrito.

- (ii) Derecho de Distribución. Como en el derecho anterior, el artículo 109 (1) de la LPI estipula que el intérprete – artista goza respecto de la fijación original de sus *Performances* del derecho exclusivo a autorizar su distribución⁶³.

La definición de distribución es similar a la realizada en el artículo 19 de la LPI entendiéndose por tal la puesta a disposición del público del original de la fijación de la *Performance* o de sus copias, en un soporte tangible, mediante su venta⁶⁴ alquiler, préstamo o de cualquier otra forma.

Por alquiler de las fijaciones de las *Performances* se entiende según el artículo 109 (3) LPI la puesta a disposición de las misma para su uso por un tiempo limitado y con un beneficio económico o comercial directo o indirecto⁶⁵.

Del concepto de alquiler están excluidas la puesta a disposición con fines de exposición, de comunicación pública a partir de grabaciones audiovisuales y la que se realice para consulta “in situ”⁶⁶ siempre que medien contratos de producción de grabaciones audiovisuales o contratos de cesión o transferencia del derecho de alquiler.

⁶² Véase, igualmente, en el art. 7 del Tratado de Beijing, cit., “Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo a autorizar la reproducción directa o indirecta de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales, por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma”.

⁶³ Véase, para este derecho en el Tratado de Beijing, cit., el art. 8 intitulado Derecho de distribución con el siguiente tenor: “1. Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo a autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales, mediante venta u otra transferencia de propiedad”

⁶⁴ Art. 109 (2) LPI: “Cuando la distribución se efectúe mediante venta u otro título de transmisión de la propiedad, en el ámbito de la Unión Europea, por el propio titular del derecho o con su consentimiento, este derecho se agotará con la primera, si bien sólo para las ventas y transmisiones de propiedad sucesivas que se realicen en dicho ámbito territorial”. Para este derecho en el Tratado de Beijing, cit., véase el art. 8 intitulado Derecho de distribución con el siguiente tenor: “2. Nada de lo dispuesto en el presente Tratado afectará a la facultad de las Partes Contratantes para determinar las condiciones, si las hubiera, en las que se aplicará el agotamiento del derecho mencionado en el párrafo 1 después de la primera venta u otra transferencia de propiedad, con autorización del artista intérprete o ejecutante, del original o de un ejemplar de la interpretación o ejecución fijada”. Para el agotamiento del derecho, véase la STJUE (Sala Cuarta) 22.01.2015, Caso *Art&Allposters International BV y Stichting Pictoright* , Asunto C-419/13 cit, supra nota 31.

⁶⁵ Igualmente estos derechos en la Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del consejo de 12 de diciembre de 2006 sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual (versión codificada), (DO. L.376/28, 27.12.2006)

⁶⁶ Art. 109 (4) LPI.

El préstamo de las fijaciones de las actuaciones/*Performances* se define en el artículo 109 (4) de la LPI como su puesta a disposición para su uso por tiempo limitado sin beneficio económico o comercial directo o indirecto, siempre que dicho préstamo se lleve a cabo a través de establecimientos accesibles al público y entendiendo que no existe beneficio económico o comercial directo ni indirecto cuando el préstamo efectuado por estos establecimientos dé lugar al pago de una cantidad que no exceda de lo necesario para cubrir sus gastos de funcionamiento.

- (iii) Derecho de Comunicación Pública. Igualmente, la LPI en su artículo 101 (1) estipula que corresponde a los artistas – intérpretes el derecho exclusivo de autorizar la comunicación pública, en cualquier caso, de las fijaciones de sus *Performances* mediante su puesta a disposición del público por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija, de conformidad todo ello con el artículo 20 (2) (i) de la LPI⁶⁷.

Este derecho patrimonial puede adquirir una gran repercusión en la medida que la puesta a disposición de las representaciones /*Performances* puede efectuarse a través de plataformas digitales interactivas (internet, teléfonos móviles, ..)⁶⁸.

Todos estos derechos de explotación sobre las *Performances* reconocidos a los artistas- intérpretes, según el artículo 112 de la LPI, tienen una duración de cincuenta años computados desde el día 1 de enero del año siguiente al de la interpretación. No obstante, si, dentro de dicho período, se publica o se comunica lícitamente al público una grabación de la interpretación, los mencionados derechos expiran a los cincuenta años computados desde el día 1 de enero del año siguiente a la fecha de la primera publicación o la primera comunicación pública, si ésta es anterior.

Es necesario subrayar que las mencionadas autorizaciones sobre los derechos de explotación deben ser otorgadas por escrito por los artistas - intérpretes. En el supuesto que los artistas participen colectivamente en una misma actuación/*Performance*, las autorizaciones pueden ser otorgadas por su representante designado para el otorgamiento de las mismas. Para tal designación, que debe formalizarse por escrito, vale el acuerdo mayoritario de los intérpretes. Esta obligación no alcanza a los intérpretes- solistas ni a los directores de escena⁶⁹.

Para finalizar es preciso señalar que las infracciones a estos derechos por terceros no autorizados están reguladas en la LPI en la que se prevén entre otras acciones, el cese de la actividad ilícita y la indemnización de daños y

⁶⁷ Igualmente, artículo 108 (1) LPI: “*Cuando la comunicación al público se realice vía satélite o por cable y en los términos previstos, respectivamente, en los apartados 3 y 4 del artículo 20 y concordantes de esta ley, será de aplicación lo dispuesto en tales preceptos*”

⁶⁸ Igualmente, véase los artículos 10 y 11 del Tratado de Beijing, cit., nota 31

⁶⁹ Artículo 111 LPI *Representante de colectivo*.

perjuicios⁷⁰. Si las infracciones son además realizadas con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio de tercero, constituyen conductas tipificadas en el Código penal sancionadas con pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses⁷¹.

Ahora bien, todos estos derechos de explotación no son absolutos y están sometidos a una serie de limitaciones y excepciones que afectan en el Arte *Performativo* tanto a los intérpretes de las *Performances* como a los autores de las obras *Performativas*

2.3. Límites y Excepciones a los derechos de explotación sobre la obra *Performativa* y las *Performances*

En general, se entiende por límites y excepciones a los derechos de explotación una serie de usos (de la obra *Performativa* protegida y de las *Performances*) que la ley autoriza a un tercero sin necesidad de obtener la previa autorización de los titulares (autor, intérprete o sus derechohabientes) de los correspondientes derechos de explotación.

Estas limitaciones y excepciones están expresamente reguladas para los autores en los artículos 31 a 40 bis de la LPI que por remisión del artículo 132 de la LPI se aplican igualmente en lo pertinente a los intérpretes / artistas⁷².

Con respecto a éstos últimos, para la determinación de las limitaciones y excepciones, el Tratado de Beijing, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 9 del Convenio de Berna que extiende su aplicación a todos los derechos, incorpora en su artículo 13 la “regla de los tres pasos”. Según los términos del Tratado:

“1. las Partes Contratantes podrán prever en sus legislaciones nacionales, en relación con la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los mismos tipos de limitaciones o excepciones que contenga su legislación nacional respecto de la protección del derecho de autor de las obras literarias y artísticas. 2. Las Partes Contratantes restringirán toda limitación o

⁷⁰ Arts.138 a 143 LPI

⁷¹ Conducta básica tipificada en el artículo 270. (1.) Código Penal “Será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses el que, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya, comunique públicamente o de cualquier otro modo explote económicamente, en todo o en parte, una obra o prestación literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios”. Para la responsabilidad civil derivada véase art. 272 Código Penal: “La extensión de la responsabilidad civil derivada de los delitos tipificados en los dos artículos anteriores se regirá por las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual relativas al cese de la actividad ilícita y a la indemnización de daños y perjuicios”.

⁷² Artículo 132 LPI *Aplicación subsidiaria de las disposiciones del Libro I.* “Las disposiciones contenidas en el artículo 6.1, en la sección 2.ª del capítulo III, del Título II y en el capítulo II del Título III, salvo lo establecido en el párrafo segundo del apartado segundo del artículo 37, ambos del Libro I de la presente Ley, se aplicarán, con carácter subsidiario y en lo pertinente, a los otros derechos de propiedad intelectual regulados en este Libro”

excepción impuesta a los derechos previstos en el presente Tratado a ciertos casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la interpretación o ejecución, ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del artista intérprete o ejecutante”⁷³.

Dentro de las múltiples limitaciones y excepciones previstas para los autores e intérpretes, en la presente exposición se han seleccionado aquéllas que pueden presentar en el Arte *Performativo* una mayor incidencia.

2.3.1. Límites al Derecho de Reproducción de Obras Performativas / Performances

(a) Copia privada

La primera limitación que afecta al derecho de reproducción de los autores e intérpretes - artistas es el de la copia privada prevista en el artículo 31 (2) de la LPI⁷⁴. Según este precepto, una persona física no necesita autorización del autor ni del intérprete / artista, para la reproducción, en cualquier soporte, sin asistencia de terceros, de obras ya divulgadas y *Performances* igualmente divulgadas (en forma de videogramas o de otros soportes visuales o audiovisuales) cuando concurren simultáneamente las circunstancias, constitutivas del límite legal de copia privada

- Que la reproducción se efectúe por la persona física exclusivamente para su uso privado, no profesional ni empresarial, y sin fines directa ni indirectamente comerciales.
- Que la reproducción se realice a partir de obras a las que haya accedido legalmente desde una fuente lícita. A estos efectos, según la LPI, se entiende que se ha accedido legalmente y desde una fuente lícita a la obra o a la *Performance* divulgadas únicamente en los siguientes supuestos:

“1.º Cuando la reproducción se efectúa directa o indirectamente, a partir de un soporte que contiene una reproducción de la obra o de la Performance autorizada por su titular, comercializado y adquirido en propiedad por compraventa mercantil.

2.º Cuando se realiza una reproducción individual de obras o Performances fijadas a las que se haya accedido a través de un acto legítimo de comunicación pública, mediante la difusión de la imagen, del sonido o de ambos, y no habiéndose obtenido dicha reproducción mediante fijación en establecimiento o espacio público no autorizada.”

En este último supuesto, de conformidad con la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de noviembre de 2014 (Caso

⁷³ Art. 13 del Tratado de BEIJING, cit., “La declaración concertada relativa al artículo 10 (sobre limitaciones y excepciones) del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) también se aplica *mutatis mutandis* al artículo 13 (sobre limitaciones y excepciones) del Tratado.

⁷⁴ Similar al art. 5 (2) (b) Directiva 2001/29/CE

Technische Universität Darmstat c. Eugen Ulmer KG), como reproducción se podrán incluir los actos de impresión en papel o el almacenamiento en una memoria USB de las obras e interpretaciones /*Performances* fijadas, efectuados por los usuarios a partir de los terminales especializados instalados en las bibliotecas accesibles al público, mencionadas en el artículo 37 (3) de la LPI siempre que concurren las circunstancias del presente artículo 31(2) LPI⁷⁵. Estos actos no se verán afectados, por otra parte, por la exclusión estipulada en el párrafo 3 (a) del artículo 31 de la LPI⁷⁶.

- Por último, que la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, ni de distribución mediante precio. En este sentido el almacenamiento de la copia (de la obra o de la *Performance*) en la nube mientras reúna las dos condiciones y se mantenga para uso privado del beneficiario entraría dentro de la excepción.

Esta limitación al derecho de reproducción origina no obstante una compensación equitativa por copia privada cuyos beneficiarios son los autores de las obras explotadas públicamente en alguna de las formas mencionadas en el párrafo 1 del art. 25 conjuntamente y en los casos y modalidades de reproducción en que corresponda, con los artistas intérpretes cuyas actuaciones/*performances* hayan sido fijadas.

Este derecho de compensación, irrenunciable para los autores y los artistas - intérpretes, se realiza con cargo a los Presupuestos Generales del Estado y está dirigida a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejan de percibir por razón del límite legal de copia privada. El pago se realiza a través de las correspondientes entidades de gestión colectivas (como la SGAE para los autores y AISGE para los artistas / intérpretes)⁷⁷.

(b) *Cita, reseñas y juicio crítico*

El segundo de los límites al derecho de reproducción de los autores e intérpretes – artistas de las obras y *performances* es el de derecho de cita, reseñas y juicio crítico con fines educativos o de investigación científica contemplado en el artículo 32 (1) de la LPI.

De conformidad con este precepto es lícita la inclusión de fragmentos de una obra *Performativa* ajena (de naturaleza escrita o audiovisual) y/o de una *Performance* (de naturaleza audiovisual) en una obra propia, siempre que se trate de obras y /o actuaciones – *performances* fijadas ya divulgadas y, su

⁷⁵ En este sentido, STJCE (Sala Cuarta) 11.11.2014, (Caso Technische Universität Darmstat c. Eugen Ulmer KG), asunto C-117/13, (TJCE\2014\300) para el artículo 5, apartado 3, letra n), de la Directiva 2001/29 en relación con el art.5 apartado 2, letras a) o b).

⁷⁶ Art. 31 (3) LPI. Quedan excluidas de lo dispuesto en el anterior apartado: a) Las reproducciones de obras que se hayan puesto a disposición del público conforme al artículo 20.2.i), de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija, autorizándose, con arreglo a lo convenido por contrato, y, en su caso, mediante pago de precio, la reproducción de la obra.

⁷⁷ Véase infra pág.xx

inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico. Tal utilización sólo puede realizarse con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra y/o del intérprete de la *performance* utilizadas⁷⁸.

(c) Reproducción por Museos – Bibliotecas y otros

Para finalizar, otra limitación al derecho de reproducción de los titulares (autores, intérpretes o derechohabientes) está prevista en el artículo 37 (1) de la LPI en beneficio de los museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos de titularidad pública o integrados en instituciones de carácter cultural o científico.

Esta excepción es la correlativa a la regulada en el artículo 5 (2) (c) de la Directiva *infosoc*⁷⁹ y autoriza las denominadas reproducciones masivas y/o preservaciones masivas realizadas sin ánimo de lucro de las obras (*Performativas*) y actuaciones / *Performances* fijadas, con fines exclusivamente de conservación e investigación.

En concreto, según la sentencia del Tribunal de la Unión Europea de 11 de noviembre de 2014 (Caso Technische Universität Darmstadt c. Eugen Ulmer KG)⁸⁰, la finalidad de investigación incluida en el precepto autorizaría a los citados beneficiarios la digitalización masiva de las obras (obras *Performativas*) y de las interpretaciones – *Performances* fijadas como acto necesario para poner tales obras y *Performances* a disposición de los usuarios, a través de terminales cerrados especializados, en los locales de esos establecimientos de conformidad con el artículo 37(3) de la LPI. Según el Tribunal:

“El artículo 5, apartado 3, letra n), de la Directiva 2001/29, puesto en relación con el artículo 5, apartado 2, letra c), de dicha Directiva, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que un Estado miembro conceda a las bibliotecas accesibles al público, mencionadas en dicha disposición, el derecho de digitalizar las obras que figuren en sus colecciones, si este acto de reproducción es necesario para poner tales obras a disposición de los usuarios, a través de terminales especializados, en los locales de esos establecimientos”.

2.3.2. Límite al Derecho de Préstamo - Distribución de obras *Performativas* y *Performances*

Según el artículo 37 (2) de la LPI los museos, archivos, bibliotecas, filmotecas de titularidad pública o que pertenezcan a entidades de interés general de

⁷⁸ Véase igualmente, art. 5 (3) (d) Directiva 2001/29/CE.

⁷⁹ Art. 5 (2) (c) Directiva 2001/29: “Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el artículo 2 en los siguientes casos: c) en relación con actos específicos de reproducción efectuados por bibliotecas, centros de enseñanza o museos accesibles al público, o por archivos, que no tengan intención de obtener un beneficio económico o comercial directo o indirecto”;

⁸⁰ En este sentido, STJCE (Sala Cuarta) 11.11.2014, (Caso Technische Universität Darmstadt c. Eugen Ulmer KG), asunto C-117/13, cit., nota 75..

carácter cultural, científico o educativo sin ánimo de lucro, o a instituciones docentes integradas en el sistema educativo español no precisan autorización de los titulares de derechos por los préstamos que realicen de las obras *Performativas* o de las fijaciones de las *Performances* – actuaciones.

Los titulares de los anteriores establecimientos, no obstante, deben remunerar a los autores y a los artistas por los préstamos que realicen de las obras *Performativas* y de las *Performances* grabadas⁸¹ en la cuantía que se determine mediante Real Decreto⁸², siendo las correspondientes entidades colectivas de gestión de los derechos de propiedad intelectual las encargadas de hacer efectiva esta remuneración.

Ahora bien, los establecimientos de titularidad pública que prestan servicio en municipios de menos de 5.000 habitantes quedan eximidos de la obligación de remuneración así como las bibliotecas de las instituciones docentes integradas en el sistema educativo español.

2.3.3. Límite al Derecho Comunicación Pública de Obras Performativas y Performances

Como excepción al derecho de comunicación pública de los autores y de los intérpretes – artistas, el artículo 37(3) LPI recoge la limitación prevista en el artículo 5 (3) (n) de la Directiva *infosoc*.

En este sentido, la LPI estipula que los museos, archivos, bibliotecas, hemerotecas, fonotecas o filmotecas de titularidad pública o que pertenezcan a entidades de interés general de carácter cultural, científico o educativo sin ánimo de lucro, o a instituciones docentes integradas en el sistema educativo español no precisan autorización para la comunicación o puesta a disposición de las obras *Performativas* y representaciones – *Performances* fijadas cuando se realicen mediante una red cerrada e interna a través de terminales especializados instalados a tal efecto en los locales de los establecimientos beneficiarios⁸³.

⁸¹ El art. 132 LPI expresamente señala que: “*Las disposiciones contenidas en el (...) y en el capítulo II del Título III, salvo lo establecido en el párrafo segundo del apartado segundo del artículo 37, ambos del Libro I de la presente Ley, se aplicarán, con carácter subsidiario y en lo pertinente, a los otros derechos de propiedad intelectual regulados en este Libro*”. Véase, infra pág xxx

⁸² Art. 37 (2) párrafo 4 LPI: “*El Real Decreto por el que se establezca la cuantía contemplará asimismo los mecanismos de colaboración necesarios entre el Estado, las comunidades autónomas y las corporaciones locales para el cumplimiento de las obligaciones de remuneración que afecten a establecimientos de titularidad pública*”

⁸³ Véase igualmente, el art. 5(3) (n) de la Directiva 2001/29/CE (Directiva *infosoc*): “*Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones a los derechos a que se refieren los artículos 2 y 3 en los siguientes casos: n) cuando el uso consista en la comunicación a personas concretas del público o la puesta a su disposición, a efectos de investigación o de estudio personal, a través de terminales especializados instalados en los locales de los establecimientos mencionados en la letra c) del apartado 2, de obras y prestaciones que figuran en sus colecciones y que no son objeto de condiciones de adquisición o de licencia;*”

Esta excepción presenta un ámbito restringido de aplicación ya que la comunicación pública o puesta a disposición de las obras *Performativas* y *Performances* grabadas debe ser realizada a personas concretas del público y sólo a efectos de investigación.

Del ámbito de aplicación de esta excepción, según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su citada sentencia de 11 de septiembre 2014, estarían excluidos los actos tales como la impresión en papel de las obras o su almacenamiento en una memoria USB, efectuados por los usuarios a partir de los terminales especializados instalados en las bibliotecas accesibles al público⁸⁴.

Esta excepción del artículo 37(3) LPI está además subordinada a las dos condiciones siguientes:

- Que las obras y *performances* fijadas figuren en las colecciones del propio establecimiento y
- Que no sean objeto de condiciones de adquisición o de licencia.

El concepto de «*condiciones de adquisición o de licencia*» que, figura por otra parte en la Directiva *infosoc*, ha sido objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la citada sentencia de STJCE de 11 de septiembre 2014⁸⁵ considerando que el concepto “*implica que el titular de los derechos sobre la obra de que se trate y un establecimiento mencionado en dicha disposición, tal como una biblioteca accesible al público, han celebrado un contrato de licencia o de utilización de dicha obra en el que se especifican las condiciones bajo las cuales el establecimiento puede utilizarla*”.

Esta excepción da lugar, por otra parte, al derecho del autor y del intérprete a percibir una remuneración equitativa.

2.3.4. Límites a los Derechos de Reproducción, Distribución y Comunicación Pública de obras *Performativas* /*Performances*

(a) *Ilustración con fines educativos*

Dentro de este grupo de límites, esta primera excepción tiene como finalidad la de ilustración con fines educativos o de investigación científica.

En este caso, de conformidad con el artículo 32 (3) de la LPI⁸⁶, los beneficiarios de la excepción son el profesorado de la educación reglada impartida en

⁸⁴ Véase STJCE (Sala Cuarta) 11.11.2014, (Caso Technische Universität Darmstadt c. Eugen Ulmer KG), asunto C-117/13, cit., notas 75 y 80 que los incluye, sin embargo, en la excepción regulada en el artículo 31(2) de la LPI como ya se ha señalado nota 75

⁸⁵ STJCE (Sala Cuarta) 11.11.2014, (Caso Technische Universität Darmstadt c. Eugen Ulmer KG), asunto C-117/13, cit., .

⁸⁶ Art. 32 (3) LPI cuya entrada en vigor está prevista para el 5 de noviembre de 2015 de conformidad con la Disposición final 5 (a) de la Ley 21 / 2014 de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto

centros integrados en el sistema educativo español y el personal de Universidades y Organismos Públicos de investigación en sus funciones de investigación científica. Estos beneficiarios no necesitan autorización del autor ni del intérprete para realizar actos de reproducción, distribución y comunicación pública de pequeños fragmentos de obras (obras *Performativas*) o actuaciones – *Performances*, cuando, no concurriendo una finalidad comercial, se cumplen simultáneamente las siguientes condiciones:

- a) *“Que los actos de reproducción, distribución y comunicación pública se hagan únicamente para la ilustración de sus actividades educativas, tanto en la enseñanza presencial como en la enseñanza a distancia, o con fines de investigación científica, y en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida.*
- b) *Que se trate de obras (performativas) y/o actuaciones – performances fijadas, ya divulgadas.*
- c) *Que las obras no tengan la condición de libro de texto, manual universitario o publicación asimilada,*
- d) *Que se incluyan el nombre del autor y la fuente, salvo en los casos en que resulte imposible”.*

A los efectos de esta excepción, la LPI entiende por pequeño fragmento de una obra y/o de una actuación – *Performance* fijada, un extracto o porción cuantitativamente poco relevante sobre el conjunto de la misma.

En este supuesto, los autores, los intérpretes – artistas y editores no tienen derecho a remuneración alguna.

(b) Informaciones de actualidad

La segunda de las excepciones es la prevista en el párrafo 1 del artículo 35 de la LPI, y afecta a la utilización de las obras y de las *Performances* con ocasión de informaciones de actualidad.

Según la LPI, cualquier obra *Performativa* y/o actuación - *Performance* susceptible de ser vista u oída con ocasión de informaciones de actualidad puede ser reproducida, distribuida y comunicada públicamente *“si bien sólo en la medida que lo justifique dicha finalidad informativa.”* El concepto finalidad informativa debe interpretarse, según sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de junio de 2005, en un sentido amplio pudiendo ser cultural, social, política y religiosa⁸⁷.

Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE-A-2014-11404). Véase, igualmente, el art.5 (3) (a) de la Directiva 2001/29/CE.

⁸⁷ SAP Barcelona, (Sección 15) 30.06.2005, Ponente, SANCHO GARGALLO, I. (JUR\2007\227644).

Esta excepción ha sido utilizada e interpretada fuera del ámbito de la obra *Performativa* por la Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia de 17 de julio de 1997, (Caso VEGAP Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos contra el Real Automóvil Club de España)⁸⁸. En este caso se trata de la reproducción fotográfica (ocho fotografías) de ocho cuadros del pintor Paul Klee en un reportaje titulado “*Paul Klee: la razón emocionada*” publicado en la revista Autoclub y distribuida de forma gratuita entre los socios del RACE. El reportaje se emite al tiempo de la celebración en las salas del BBVA de Madrid, de una exposición de 57 cuadros y dibujos del pintor de la colección Guggenheim de Nueva York. En el contenido del reportaje se hace una reseña de la vida y obra del autor y en el encabezamiento del mismo se informa de la oferta cultural pictórica de Madrid y se participa que la precitada exposición será exhibida en la ciudad de Bilbao.

La Audiencia Provincial de Madrid aplica la excepción y establece una ponderación entre el derecho de propiedad intelectual y el derecho a la información y acceso a la cultural que en este supuesto se caracteriza por la existencia de un acontecimiento o evento público, un acceso limitado por un número limitado y concreto de personas, realizado sin motivación económica o crematística alguna, y con un número reducido de reproducciones⁸⁹.

2.3.5. Limitación al Derecho de Transformación de obras performativas /performances

Por último, como excepción al derecho de transformación, la LPI recoge en su art. 39 la parodia aplicada en este caso a la obra *Performativa* y a la actuación – *Performance* divulgadas, mientras no implique riesgo de confusión con las mismas ni se infiera un daño a la obra original (y/o a la actuación – *Performance* originaria) y a su autor y/o intérprete – artista.

⁸⁸ SAP.Madrid, (Sección 13), 17.07.1997, Ponente, GIL SAEZ, J.M (AC\1997\1746). (VEGAP Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos contra el Real Automóvil Club de España).

⁸⁹ Una excepción similar es la alegada en el segundo caso que se plantea ante el del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Se trata de la sentencia el 10 de enero de 2013 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Ashby Donald y otros contra Francia [STEDH, 10.01.2013 (TEDH\2013\7] en el que se contraponen la protección de los derechos de los demás, (artículo 11 del CEDH) en este caso, los derechos de autor de los diseñadores de moda (derecho reconocido en el artículo 1 del Protocolo Adicional 1) y el derecho a la libertad de expresión (artículo 10 del CEDH). La excepción alegada por los demandantes junto con la invocación del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) es la del artículo L.122-5 9 del Código de la Propiedad Intelectual francés “*por la que el autor no puede prohibir la reproducción o representación de una “obra de arte gráfica, plástica o arquitectónica” con el objetivo exclusivo de informar inmediatamente y en relación directa con esto último*”. En el caso concreto se trata de la condena de unos fotógrafos por la difusión de las creaciones de alta costura mediante la publicación en internet de las fotografías tomadas por ellos en los desfiles de moda de París sin la autorización de las casas de alta costura. El objetivo de los demandantes es ante todo comercial y la finalidad de la publicación en Internet de las fotografías es venderlas o permitir el acceso previo pago. Por todo ello, el TEDH estima que existe una infracción de los derechos de autor y que la injerencia al artículo 10 de la Convención estaba prevista en la Ley, y era “*necesaria en una sociedad democrática*”.

El concepto de parodia como concepto autónomo del Derecho de la Unión⁹⁰ ha sido objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 3 de septiembre de 2014⁹¹.

Según el Tribunal, la parodia tiene por características esenciales, por un lado, “evocar una obra existente, si bien diferenciándose perceptiblemente de ésta”, y, por otro, “ plasmar una manifestación humorística o burlesca”.

El Tribunal prosigue que: “*el concepto de «parodia», en el sentido de dicha disposición, no se supedita a requisitos que impliquen la necesidad de que la parodia tenga un carácter original propio, más allá de la presencia de diferencias perceptibles con respecto a la obra original parodiada, pueda razonablemente atribuirse a una persona que no sea el propio autor de la obra original, incida sobre la propia obra original o mencione la fuente de la obra parodiada*”.

En este contexto, de acuerdo con el TJCE, la aplicación en una situación concreta de la excepción por parodia debe respetar un justo equilibrio entre, por un lado, los intereses y derechos de las personas contempladas en los artículos 2 y 3 de la Directiva 2001/29/CE (autores e intérpretes, entre otras) y, por otro, la libertad de expresión del usuario de una obra protegida o *Performance* que invoque la excepción por parodia

3.- LOS CONTRATOS EN EL ARTE PERFORMATIVO

Fuera de los supuestos exceptuados, en el Arte Performativo, los derechos de explotación del autor y de los artistas -intérpretes dan lugar a sólidos contratos de derechos de autor en los que se incorporan las cláusulas necesarias para la descripción del proceso de desarrollo de la obra *Performativa* y, en su caso, de la *Performance*.

En estos contratos, como sucede en los contratos tradicionales del Derecho de autor, en primer lugar, es necesario clarificar e identificar la titularidad real del cedente (autor o derechohabiente si ya hubiera mediado una previa transmisión) sobre los derechos de explotación que pretende transmitir al cesionario - adquirente. Esta clarificación es fundamental para que el autor de una obra *Performativa* o su derechohabiente pueda transmitir – ceder por

⁹⁰ Véase igualmente art. 5 (3) (k) Directiva 2001/29/CE, sentencias *Padawan*, EU, C:2010:620 apartado 36 y *ACI Adam* y otros, C-435/12 apartado 49.

⁹¹ STJCE (Gran Sala) 03.09.2014, *Caso Johan Deckmyn y Vrijheidsfonds VZM contra Helena Vandersteen y otro*, Asunto C-201/13. Ponente PRECHAL A., “*El artículo 5, apartado 3, letra k), de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «parodia» que figura en dicha disposición constituye un concepto autónomo del Derecho de la Unión*”. (,,) En todo caso, “*corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar, habida cuenta de todas las circunstancias del litigio principal, si la aplicación de la excepción por parodia conforme al artículo 5, apartado 3, letra k), de la Directiva 2001/29, suponiendo que el dibujo controvertido en el litigio principal responda a las mencionadas características esenciales de la parodia, respeta ese justo equilibrio*”.

actos «inter vivos» tanto a título gratuito⁹² como a título oneroso sus derechos de explotación.

A esta conclusión llega la Audiencia Provincial de Sevilla en su sentencia de 16 de septiembre de 2013⁹³ al declarar que:

“En definitiva, la demandada no acredita que los autores de las obras le cediesen los derechos de explotación sobre las mismas, ni que estos autores se los tuviesen cedidos a las compañías teatrales con las que la productora demandada concertó los contratos de creación, producción, ensayos, puesta en marcha y escenificación de las representaciones de las diversas obras teatrales. A la demandada lo que se le cedió en los contratos fueron los derechos de reproducción, difusión y comunicación pública de las representaciones de las obras, no los derechos de autor sobre las propias obras literarias y musicales, que es lo que se reclama en la demanda origen de estas actuaciones.”

En este caso, la entidad demandada "General de Producciones y Diseños S.A." se alza contra la Sentencia de instancia que le condena a satisfacer a la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) el importe reclamado correspondiente al pago de los derechos de autor de obras intelectuales y musicales, por las representaciones de las obras "Agua", "Sueños de agua", "La voz se me hace agua" y "Fabulas de agua", representadas en el Teatro Arbolé del Botánico de Zaragoza el año 2008. La entidad demandada alega que en la cláusula tercera de los contratos firmados por ella con las Compañías de teatro "La Industrial Teatrera", "La Sal Teatro S.L." "Teatro Arbolé S.L.", y "La Mar de Marionetas", se acordaba la cesión de los derechos regulados en el Libro I Título 2, capítulo III de la Ley de Propiedad Intelectual a la Productora, comprendiendo todos los derechos, incluidos los patrimoniales o de explotación existentes sobre las obras, y con la única exclusión de los derechos morales. La apelante aduce, en definitiva, que es la titular de los derechos de explotación de las obras y de los derechos conexos y derivados de la ejecución de las mismas.

La Audiencia en este punto declara que: *“tras el examen y valoración de los contratos aportados por la demandada (...), no podemos compartir las conclusiones de la apelante de que en virtud de tales contratos le fuesen cedidos los derechos de explotación de las obras (arts. 17 a 23 de la LPI)”. La Audiencia prosigue en lo que nos interesa: “Los contratantes no pueden dar, ceder, transmitir o renunciar en el contrato más derechos que aquellos de los que sean titulares. Los cuatros contratos que nos ocupan fueron suscritos por la demandada con cuatro compañías teatrales , las cuales se comprometían*

⁹² Aunque no es objeto de análisis en la presente contribución, se podría considerar la utilización de las licencias *creative commons* como licencias de transmisión a título gratuito de determinados derechos de explotación en la medida que fuera posible su aplicación por su encaje un tanto dificultoso dada la peculiaridad de la obra *Performativa* <https://creativecommons.org/licenses/>

⁹³ SAP Sevilla, Sección 5ª, núm. 411/2013. 16.09.2013, Rec. 5674/2012, Ponente: Sanz Talayero, Fernando. (LA LEY 195340/2013)

con la Productora a la creación, producción, ensayos, puesta en marcha y escenificación de las representaciones de las diversas obras teatrales . Y cedían a la Productora (estipulación tercera) "los derechos de reproducción de imagen, difusión y comunicación pública de la obra descrita en el expositivo, y en general de todos los detallados en el Libro I, Título 2, Capítulo III, sección 2ª de la Ley de Propiedad Intelectual , durante el plazo de dos años".

A la vista de los contratos celebrados entre las partes, la Audiencia dictamina:

"Pues bien, las compañías teatrales contratantes, no pueden ceder aquellos derechos que no tienen, y como ninguna de ellas es, obviamente, autora de las obras (es autor la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica, dice el art. 5 LPI), y no consta que los autores de las obras les cediesen sus derechos de explotación de las mismas, es evidente que la cesión de derechos que hicieron en la estipulación tercera de los contratos, sólo puede referirse a aquellos derechos de los que sí eran titulares, es decir, exclusivamente, como muy bien ha entendido el Juez a quo , a los de la representación artística de la obra. La producción, puesta en marcha y escenificación de una representación de cualquier obra literaria, dramática o musical constituye un trabajo intelectual de creación de un modo o forma de representación escénica de la obra creada por otro. Y esta tarea creativa de la representación produce igualmente unos derechos intelectuales protegidos por la comunicación pública, proyección o exhibición de la representación escénica interpretada por artistas y ejecutores de la obra literaria y musical. Estos derechos no pueden confundirse con los que corresponden a los del autor de la obra literaria o musical que es objeto del montaje representativo".

Así, como se puede apreciar, una vez identificados, los derechos de explotación sobre las obras *performativas* y las *Performances* son transmisibles y negociables. Estas cesiones o transferencias, aún realizadas de forma oral, de conformidad con la LPI (artículo 45), deben ser formalizadas por escrito⁹⁴ y estarán limitadas al derecho o derechos cedidos, al tiempo y ámbito territorial que se determinen en el contrato⁹⁵ y a las modalidades de explotación expresamente previstas que deben formalizarse en documentos independientes.

Con respecto a estas últimas, a tenor de la LPI, en el supuesto de no expresar en el contrato específicamente y de modo concreto las modalidades de explotación de la obra *Performativa* y de las *Performances* la cesión queda limitada, a aquella que se deduzca necesariamente del propio contrato y sea indispensable para cumplir la finalidad del mismo.

A la vista de cierta praxis existente en el Arte *Performativo*, es necesario puntualizar que existen contratos que con independencia de la denominación y terminología usada no implican cesión o licencia alguna de derechos de

⁹⁴ Art. 45 LPI "Toda cesión deberá formalizarse por escrito. Si, previo requerimiento fehaciente, el cesionario incumpliera esta exigencia, el autor podrá optar por la resolución del contrato"

⁹⁵ Art. 43 (1) LPI y (2): "La falta de mención del tiempo limita la transmisión a cinco años y la del ámbito territorial al país en el que se realice la cesión"

autor estando más próximos, en realidad, a los conocidos como contratos de patrocinio, regulados en el artículo 22 de la Ley 34/1988 General de Publicidad⁹⁶, aplicados a las obras *Performativas*⁹⁷.

A título de ejemplo, la praxis que más se acerca a esta situación es la de los denominados “Distinguidos propietarios” que se acompaña a las “Piezas Distinguidas” de *La Ribot*. Según sus propios términos⁹⁸, las “Piezas Distinguidas” son una serie de cortas “performances” que La Ribot comienza a crear en 1993 y acaba en 2003. El contexto dramático de estas piezas consiste en una pieza realizada por un solo de La Ribot de una duración de 30 segundos a 7 minutos. El contenido y la duración es negociado con cada “distinguido propietario” (persona física o jurídica) que “adquiere” cada Pieza Distinguida.

En la tabla número 2 ofrecida a continuación se ofrece el listado de los “Distinguidos propietarios” tal como aparece en la propia información de La Ribot⁹⁹.

<i>Distinguished Pieces</i>			
Number	Title	Propriétaire Distingué	City
2	fatelo con me	Daikin air conditions	Madrid
3	Sin titulo I		
4	de la vida violenta		
5	Eufemia		
6	Ya me gustaría a mi ser pez!	North Wind	Barcelona
7	Cosmopolita	Nacho van Aersen	Madrid
8	Capricho mio		New York
9	La Vaca Sueca	in memory of Peter Brown	
10	Hacia donde volver los ojos		Madrid
11	Sin Titulo II	Olga Mesa	Madrid
13	Para ti	Propriétaire Distingué	Ville

⁹⁶ Ley 34/1988 General de Publicidad (BOE nº 274, 15.11.1988) (última modificación 28.03.2014; ref. BOE-A-1988-261569) Artículo 22: “El contrato de patrocinio publicitario es aquél por el que el patrocinado, a cambio de una ayuda económica para la realización de su actividad deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole, se compromete a colaborar en la publicidad del patrocinador”. “El contrato de patrocinio publicitario se regirá por las normas del contrato de difusión publicitaria en cuanto le sean aplicables”.

⁹⁷ Véase, como ejemplo, CASTORIANO, Rapaël, “Kreemart, Marina Abramovic at MOMA Sponsored by Givenchy, LVMH, St.Ambroeus” en la obra “The Artist is present” https://www.youtube.com/watch?v=TpzV1_HI7c0 y supra nota 53

⁹⁸ ECIJA PORTILLA, Amparo, “Danza distinguida, las piezas de La Ribot”, Boletín Arte, Departamento de Historia del Arte, Universidad de Málaga, 2011, http://artesescenicas.uclm.es/archivos_subidos/textos/371/Danza%20distinguida.%20Las%20piezas%20de%20La%20Ribot.%20AmparoEcija.pdf . Igualmente, véase, OWEN, Louise, “Performing ‘risk’: neoliberalization and contemporary performance”, PhD Queen Mary, University of London, September 2009, en <https://qmro.qmul.ac.uk/jspui/bitstream/123456789/489/1/OWENPerformingRisk2010.pdf> . Para la obra de La Ribot, véase en <http://www.laribot.com/works>;

⁹⁹ <http://www.laribot.com/work/13> ; 34 Piezas Distiguadas creadas entre 1993 -2003 [13 performances que son *Piezas distinguidas* 1994, (<http://www.laribot.com/work/27>) *Más distinguidas* 1997 (comprende las performances nº 14 a 26 de la serie <http://www.laribot.com/work/25>) y *Still Distinguished*, 2000 [comprende las performances nº 27 a 34 de la serie <http://www.laribot.com/work/20>]

<i>Distinguished Pieces</i>			
Number	Title	Propriétaire Distingué	City
14	N 14	Lois Keidan	London
15	Numeranda	Blanca Calvo	Madrid
16	Narcisa		
17	Sin Titulo IV	Isabelle Rochat	Lausanne
18	Angelita	Malpelo	Barcelona
19	19 esquilíbrios y un largo	Marga Guergue	New York
20	Manual de Uso	Thierry Spicher	Lausanne
21	Poema Infinito	Julia y Pedro Nuñez	Madrid
22	Oh! Compositione	Robyn Archer	Adelaide- Australie
23	Sin título III	Gag Comunicación	Madrid
24	Missunderstanding	North Wind	Barcelona
25	Divana	De Hexe Mathilde Monnier	Montpellier
26	N26	Ion Munduate	San Sebastián
27	Another Bloody Mary	Franko B and Lois Keidan	London
28	Outsized Baggage	Mathiew Doze	Paris
29	Chair 2000	Arsenic	Lausanne
30	Candida Iluminaris	Victor Ramos	Paris
31	de la Mancha	R/B Jerome Bel	Paris
32	Zurrutada	Arteleku	San Sebastián
33	S liquide	Galería Soledad Lorenzo	Madrid
34	Pa amb tomàquet	Gerald Siegmund	Frankfurt

Tabla nº 2.- Lista de “Distinguidos Propietarios”

En estos contratos, el denominado “distinguido propietario” no adquiere ninguno derecho de propiedad intelectual sobre la obra o *Performance*. Adquiere parece ser el derecho de ver su nombre asociado a las *Performances* que se realicen de su “Pieza Distinguida” siendo informado de las mismas por la autora y recibiendo además copias de las grabaciones audiovisuales, al menos de la primera representación / *Performance*.

Para finalizar, hay que señalar, siguiendo la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de abril de 2013, que los contratos de cesión están claramente diferenciados del contrato de gestión celebrado entre el autor y la correspondiente Entidad de gestión colectiva¹⁰⁰:

“No debe perderse de vista que el denominado contrato de gestión (art. 153 LPI) entre el titular de los derechos y una entidad gestora de los mismos no es propiamente una forma de transmisión de derechos de las reguladas con carácter general en los artículos 43 y siguientes del TRLPI , sino que es objeto de una disciplina legal específica en el título IV del Libro III del TRLPI (que incluye, entre otros preceptos, alguno de los cuales significaremos, el mencionado artículo 153 del TRLPI), que no contiene remisiones a aquélla (por lo que debe aplicarse la regla de la que la norma especial desplaza a la general). La entidad de gestión, a diferencia del cesionario en sentido estricto (que integra en su patrimonio el derecho de explotación que le ha sido cedido, en determinadas condiciones y con

¹⁰⁰ Para la diferencia el contrato de representación y de gestión de la SGAE, véase la SAP Madrid, (Sección 28) núm 110/2013, 12.04.2013, rec. 150/2012, Ponente GARCIA GARCIA, E. (AC\2013\1217). Igualmente, a título de ejemplo, véase, para la licencias otorgadas por la SGAE bajo la rúbrica de Arte Performativo <http://www.sgae.es/clientes/escoge-tu-licencia/performing-arts-licenses/>

ciertos límites, con exclusión, incluso, del titular si la cesión fuese en exclusiva - artículo 48.1 del TRLPI), simplemente adquiere la obligación de actuar frente a terceros por cuenta y en interés del titular de los derechos (así lo explicita el artículo 147.1 del TRLPI), no siendo propiamente una cesionaria del régimen general sino una mandataria que actúa, en este campo de la denominada gestión voluntaria, en la administración de unos derechos ajenos (que pertenecen a su titular). Incluso si el mandato de gestión se hubiese conferido con carácter exclusivo, ello tendría un alcance meramente obligacional, carente de efectos reales, de manera que si el titular de los derechos de autor concediese o pactase autorizaciones por su cuenta a terceros aquél no interferiría en la validez de éstas, sin perjuicio de la responsabilidad interna que pudieran exigirse entre gestora y titular según los términos concretos de lo entre ellos convenido”.

Realizadas estas matizaciones, dentro de la multiplicidad de contratos, transferencias y licencias existentes, nuestra aproximación se limita a una breve descripción del contrato de representación que el autor – cedente de una obra *Performativa* puede realizar y de los derechos de remuneración que corresponden a los artistas – intérpretes por sus *Performances*.

3.1. *Contrato de Representación de la Obra Performativa*

El contrato de representación previsto en el artículo 74 de la LPI es perfectamente aplicable a la obra *Performativa*. El objeto de este contrato es la cesión del derecho de comunicación pública del art. 20 (2) (a), consistente en:

“a) Las representaciones escénicas, recitaciones, disertaciones y ejecuciones públicas de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales mediante cualquier medio o procedimiento”.

El contrato de representación se ciñe por lo tanto a las representaciones sin que formen parte del mismo los derechos de reproducción, distribución y transformación de la obra

Mediante este contrato, el autor o sus derechohabientes ceden a una persona natural o jurídica el derecho de representar, en este caso, una obra *Performativa*, mediante una compensación económica. Por su parte, el cesionario - adquirente (a título de ejemplo, un coleccionista, museo, teatro, ayuntamiento) se obliga, a llevar a cabo la comunicación pública de la obra en las condiciones convenidas y con sujeción a lo dispuesto en la ley.

Esta cesión puede ser convenida por un número determinado de comunicaciones al público (uno o varios actos de representaciones escénicas de las obras *Performativas*) o por un plazo cierto que no puede exceder de cinco años si la cesión es en exclusiva. Debido a la peculiaridad de las obras *Performativas*, es preciso poner de relieve la necesidad de determinar en el contrato las modalidades de representación ya que en caso de silencio sobre este aspecto y siguiendo la interpretación restrictiva propia del artículo 76 de la LPI, las modalidades pueden quedar limitadas a las de representación en

teatros, salas o recintos cuya entrada requiera el pago de una cantidad de dinero¹⁰¹.

En el contrato de representación, siguiendo el principio de autonomía de voluntad del Código civil (artículo 1255), el autor- cedente de la obra *Performativa* y el cesionario – adquirente son libres para convenir las cláusulas y condiciones que estimen pertinentes. No obstante, ambos están subordinados al cumplimiento de ciertas obligaciones previstas en los artículos 77 y 78 de la LPI que pasamos a describir a continuación.

3.1.1. Obligaciones del autor – cedente

Con carácter básico, el autor- cedente de la obra *Performativa* está sujeto al cumplimiento de las obligaciones de entrega y de garantía.

(a) Obligación de entrega de la obra *Performativa*

En primer lugar, el autor – cedente está obligado a la entrega de la obra, en este caso, de la obra *Performativa* según los términos del artículo 77 (1) de la LPI. Según el mencionado artículo, el autor debe “*entregar al empresario el texto de la obra con la partitura, en su caso, completamente instrumentada, cuando no se hubiese publicado en forma impresa*”.

Como se puede apreciar, la redacción del precepto no se acomoda a la especificidad de la obra *Performativa*. Para este tipo de obras, se puede estimar debidamente cumplida esta obligación mediante la entrega de un papel con instrucciones de las escenas y desarrollos acompañados, si es posible pero no necesariamente, de fotos a modo de documentación.

Un ejemplo de forma de entrega de obra es la correspondiente a la obra número 5 de la serie el *Susurro de Tatlin*, de Tania BRUGUERA que se adquiere por la Tate Gallery consistente en un papel con instrucciones y fotos como documentación en la que según sus propios términos¹⁰²:

“La obra y el nombre de la artista no son anunciados con anterioridad a la presentación de la obra, para tratar de proveer una frescura a la experiencia del espectador ligada a su memoria mediática y no a su memoria artística. La obra activa una situación policial que ejerce los límites de la autoridad y el poder sobre la sociedad civil y donde el público se convierte en ciudadano a través de su conducta. Dos miembros uniformados de la policía montada irrumpen en el espacio mientras practican técnicas de control de masas con los espectadores que están en el Museo. El público es acorralado por uno de los caballos, es dividido en dos grandes grupos, es re-agrupado y obligado a estar en una

¹⁰¹ Art. 76 LPI y Art.43 (2) LPI “La falta de mención (...) del ámbito territorial al país en el que se realice la cesión. Si no se expresan específicamente y de modo concreto las modalidades de explotación de la obra, la cesión quedará limitada a aquella que se deduzca necesariamente del propio contrato y sea indispensable para cumplir la finalidad del mismo”

¹⁰² Véase, BRUGUERA Tania , De la serie el *Susurro de Tatlin*, la número 5 en <http://www.taniabruquera.com/cms/478-1-El+Susurro+de+Tatlin+5.htm>

situación de hacinamiento mientras el círculo hecho por la policía montada se va achicando, es obligado a quedarse dentro o fuera del espacio al ser bloqueada la entrada por el cuerpo del caballo, entre otras técnicas. Los visitantes por lo general responden cediendo a las instrucciones verbales de los oficiales y a la imponente presencia física e histórica de los caballos utilizados como medios represivos”

Junto a esta obligación de entrega de la obra *Performativa*, el autor y el cesionario son libres de pactar las cláusulas que estimen adecuadas para la ejecución de la representación objeto del contrato.

Para los supuestos de inexistencia de pactos en contrario, la LPI aporta una serie de reglas aplicables entre las partes. Así por ejemplo, la LPI prevé que el autor y el cesionario están obligados a elegir de mutuo acuerdo los intérpretes principales y, tratándose de conjuntos artísticos, el director. A este respecto, es habitual en los contratos de representación de las obras *Performativas* el pacto por el que se acuerda que el autor sea él mismo el director o el intérprete de la *Performance* o, en su caso, sea el encargado de elegir el o los intérpretes de la *Performance* si él no lo fuera o hiciera falta un conjunto de intérpretes.

(b) Obligaciones de garantía

En segundo lugar, el autor – cedente está sujeto a las obligaciones de garantía previstas en el artículo 77 (2) LPI. Siguiendo este precepto, el autor – cedente debe garantizar al cesionario la autoría y originalidad de la obra *Performativa*. En este sentido, el autor debe garantizar que la obra entregada es su propia forma de expresar sus ideas y sensaciones, en definitiva, debe garantizar que en la misma ha plasmado su personalidad¹⁰³.

Además, según el citado precepto, el autor está igualmente obligado a responder ante el cesionario del ejercicio pacífico de los derechos cedidos en el contrato. El autor garantiza, en este sentido, la inexistencia de previos contratos que imposibiliten la actual transferencia del derecho de comunicación pública y su ejecución posterior.

Para ambas garantías, las partes son libres de pactar adicionalmente, entre otras cláusulas, las correspondientes a la asunción o distribución de los gastos ocasionados o derivados de reclamaciones extrajudiciales o procedimientos judiciales iniciados por o frente a terceros por incumplimiento o infracción de las obligaciones anteriores.

3.1.2. Obligaciones del cesionario – adquirente

Correlativamente, el cesionario – adquirente del derecho de comunicación pública previsto en el contrato de representación está sujeto a una serie de obligaciones básicas previstas en el artículo 78 de la LPI, entre las que cabe destacar las siguientes:

¹⁰³ Véase supra págs. 4 a 6

(a) *Obligación de llevar a cabo la comunicación pública de la obra*

En primer lugar, el cesionario está obligado a llevar a cabo la comunicación pública de la obra *Performativa* en el plazo convenido en el contrato.

En el contrato de representación, las partes deben convenir el plazo dentro del que debe llevarse a efecto la comunicación única o primera de la obra *Performativa*. No obstante, según el artículo 75 (2) de la LPI, este plazo, si es convenido, no puede ser superior a dos años contados desde la fecha del contrato o, en su caso, desde que el autor puso al empresario en condiciones de realizar la comunicación.

Por otra parte, la LPI prevé igualmente que, en defecto de pacto sobre este aspecto, el derecho se entienda otorgado por el plazo de un año. Ahora bien, en el caso de que el contrato tuviera por objeto la representación escénica de la obra, posibilidad ésta aplicable a la obra *Performativa*, el referido plazo por defecto es el de duración de la temporada correspondiente al momento de la conclusión del contrato.

El incumplimiento por el cesionario de esta obligación de llevar a cabo la comunicación pública de la obra conlleva la resolución del contrato por voluntad del autor. A esta misma consecuencia se llega en el supuesto de la interrupción de las representaciones públicas de la obra *Performativa* una vez iniciadas durante el período de un año si el cesionario es el adquirente en exclusiva de los derechos de comunicación.

Además, para los casos de incumplimiento de los plazos pactados y de conformidad con los artículos 1.152 y 1.153 del Código civil, las partes son libres de estipular en el contrato las cláusulas penales que estimen necesarias. Ahora bien, con respecto a estas cláusulas y, salvo que en el propio contrato no se hubiera pactado lo contrario, es necesario poner de relieve, de conformidad con la sentencia de 25 de abril de 2008 de la Audiencia Provincial de Madrid, que no es posible reclamar de forma cumulativa el importe derivado de dichas cláusulas y otra cantidad adicional indemnizatoria derivada de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato, en este caso, de la representación en el plazo convenido de la obra objeto del contrato¹⁰⁴.

La LPI prevé a los efectos de llevar a cabo la comunicación pública de la obra que, salvo que ambas partes hubieran convenido otra cosa, es obligación del cesionario la obtención de las copias necesarias para la comunicación pública de la obra. Copias que, por otra parte, deben ser visadas por el autor. De igual modo, la LPI estatuye que, salvo pacto en contrario, el autor y el cesionario vienen obligados a convenir sobre la redacción de la publicidad de los actos de comunicación.

¹⁰⁴ Véase, SAP Madrid, (sección 11), núm 128/2008, 25.04.2008, rec. 80/2006, Ponente: ALMAZAN LAFUENTE, F., (JUR\2008\215253) para el caso de no representación superado el plazo de un año de la danza y coreografía de la obra "Galiana" mediando contrato de representación teatral y ejecución musical.

Finalmente, la LPI regula que en el contrato de representación aplicable a la obra *Performativa*, ambas partes pueden convenir como causa de extinción del mismo que la obra *Performativa* sea rechazada claramente por el público. Esta causa de terminación requiere, no obstante, según el artículo 76 de la LPI, que la obra *Performativa* sea de estreno y su representación escénica la única modalidad de comunicación contemplada en el contrato.

(b) Obligación de respetar la integridad de la obra

Como segunda obligación, la LPI en su artículo 78 (2) regula que el cesionario viene obligado a efectuar la comunicación pública sin hacer en la obra variaciones, adiciones, cortes o supresiones no consentidas por el autor y en condiciones técnicas que no perjudiquen el derecho moral de éste.

Esta obligación múltiple responde por un lado, a la ausencia de cesión o autorización por parte del autor para realizar actos de modificación, adaptación de la obra específicos del derecho de transformación no comprendidos en el contrato de representación¹⁰⁵ y, por otro lado, a la subordinación de las condiciones técnicas elegidas por el cesionario para la comunicación de la obra al respeto del derecho moral a la integridad de la obra del artículo 14 (4) de la LPI correspondiente en todo caso al autor.

En este sentido, la LPI, como medio de verificación del cumplimiento de la obligación anterior, obliga al cesionario a garantizar al autor o a sus representantes la inspección de la representación pública de la obra *Performativa* y la asistencia a la misma gratuitamente¹⁰⁶.

La persistencia en el incumplimiento de estas obligaciones por parte del cesionario tras requerimiento del autor conlleva la resolución del contrato por voluntad del autor.

(c) Obligación de pagar la remuneración

Igualmente, de conformidad con el artículo 78 (4) de la LPI, el cesionario -adquirente está obligado a satisfacer puntualmente al autor la remuneración convenida¹⁰⁷. Atendida la peculiaridad de la obra *Performativa*, el autor y el cesionario pueden pactar una remuneración a tanto alzado¹⁰⁸ o una participación proporcional en los ingresos obtenidos de la explotación por el cesionario.

En el caso de convenir la remuneración a un tanto alzado, si se produce una manifiesta desproporción entre la remuneración del autor y los beneficios obtenidos por el cesionario, la LPI prevé con carácter general que el autor

¹⁰⁵ Art. 21 LPI

¹⁰⁶ Art. 78 (3) LPI

¹⁰⁷ Véase a este respecto, SAP Madrid (sección 12), núm. 299/2014, 11.06.2014, rec.360/2013, Ponente, OLALLA CAMARERO, Ana María (LA LEY 119406/2014).

¹⁰⁸ Art.46 LPI (2) (a): “Podrá estipularse, no obstante, una remuneración a tanto alzado para el autor en los siguientes casos: a) Cuando, atendida la modalidad de la explotación, exista dificultad grave en la determinación de los ingresos o su comprobación sea imposible o de un coste desproporcionado con la eventual retribución”.

pueda pedir la revisión del contrato y, en defecto de acuerdo, acudir al Juez para que fije una remuneración equitativa, atendidas las circunstancias del caso. Esta facultad puede ser ejercitada dentro de los diez años siguientes al de la cesión.

Por otra parte, en caso de pactarse la remuneración proporcional, para el cálculo del reparto el cesionario viene obligado, de conformidad con el párrafo (5) del artículo 78 de la LPI, a presentar al autor o a sus representantes el programa exacto de los actos de comunicación pública así como una declaración de los ingresos obtenidos. Como garantía legal del cobro de esta remuneración por el autor, la LPI estipula en su artículo 79 que los empresarios de espectáculos públicos se considerarán depositarios de la misma y deberán tenerla semanalmente a disposición de los autores o de sus representantes¹⁰⁹.

Por empresario a los efectos de lo dispuesto en este artículo 79 y por lo tanto obligado al pago se debe entender, según la sentencia de 27 noviembre 2012 de la Audiencia Provincial de Ourense¹¹⁰:

“la persona, física o jurídica, que organiza los espectáculos en cuyo seno se produce la comunicación pública del repertorio protegido y es lo cierto que tal condición no se pierde por la circunstancia de que la material organización sea llevada a cabo por un tercero que, en definitiva, actúa como mero mandatario de la ahora demandada, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 1717 CC para el caso de que consideremos que estamos ante un mandato no representativo, pues la organización de los festejos alude a cosas propias del mandante, hoy demandado. En definitiva, el que el Ayuntamiento se valiera de tercero para llevar a cabo la organización de los festejos y la contratación de las orquestas que realizaron la comunicación pública de las obras protegidas, no le exime de su obligación de abonar las cantidades correspondientes conforme a lo preceptuado en el artículo 79 de la LPI”

Como en el supuesto de incumplimiento de la obligación precedente, los incumplimientos por el cesionario de su obligación de pago y de información conllevan la resolución del contrato por voluntad del autor si el incumplimiento del cesionario persistiera una vez requerido su cumplimiento por el autor y sin perjuicio, según la sentencia de 13 de enero de 2014 de la Audiencia Provincial de Sevilla, de que ante la imposibilidad de utilizar el criterio pactado de pago al autor, los tribunales puedan acudir a otros criterios “razonables,

¹⁰⁹ Art.79 LPI y véase SAP Madrid (Sección 28ª), núm. 110/2013, 12.04.2013, rec.150/2012. Ponente GARCIA GARCIA, E., (AC\2013\1217) caso Eduardo contra Fundación Antonio Gades y Tamirú Producciones Artísticas S.L.

¹¹⁰ SAP Ourense (Sección 1ª), num. 448/2012, 27.11.2012, rec 681/2011, Ponente ALAÑON OLMEDO, F., (JUR\2012\404679) la concertación de un contrato con la mercantil Espectáculos Orfeo Richard, S.L. que sería la persona que contrataría a las orquestas que llevarían a cabo la comunicación pública de las obras protegidas. Esta situación no priva al Concello de Castro Caldelas de su condición de empresario a los efectos de lo dispuesto en el artículo 79 de la LPI

ponderados y adecuados” que permitan fijar la concreta suma que el autor debe cobrar¹¹¹.

Para finalizar se puede apreciar como ejemplo de una praxis contractual en el Arte *Performativo*, la denominada “adquisición” por el Institut Valencià d’Art Modern (IVAM) de la obra *Performativa “El Susurro de Tatlin número 3”* de la autora Tania Bruguera. Según la información aportada por Agar Ledo, el IVAM procede a la adquisición en subasta (eBay) por un precio simbólico de una performance titulada en el momento de la adquisición “*Obra nueva que no existe –todavía*” de la citada autora.

Se reproducen a continuación los términos de la “adquisición de la obra” según la información de Agar Ledo¹¹²:

“La obra que se adquiere es una pieza única y se entrega acompañada de un certificado firmado por la artista y la galería, junto a la documentación referente a su realización previa e instrucciones para su futura presentación / El comprador adquiere los derechos sobre la realización de la performance / La obra será realizada por la propia artista durante un período de siete años que comienza a partir de la firma de este contrato y/o un máximo de diez presentaciones, exceptuando condiciones de fuerza mayor. Después de este período la performance será realizada por otras personas, después de preparación en colaboración con la artista / La artista tiene derechos sobre la integridad de la obra. La obra no puede ser modificada o alterada sin la autorización de la artista / La artista tendrá la primera opción de compra en caso de que el propietario (original o subsecuentes) decida poner la performance a la venta / La artista tendrá los derechos de Droit de Suit sobre la obra en las sucesivas y posteriores ventas que se realicen de la performance.”

Esta adquisición da lugar a la obra de título “*El Susurro de Tatlin número 3*” en la que en un podio con un micro se analiza el comportamiento de la gente cuando tiene acceso al poder y cuya *performance* fue realizada en el VI encuentro internacional de Performance, el 7 de marzo de 2008¹¹³.

¹¹¹ Véase, SAP Sevilla, (sección 5), núm 22/2014, 13.01.2014, rec. 9559/2012, Ponente: SANZ TALAYERO, F (La Ley 33046/2014) caso Shott Music S.L. contra Agrupación Teatral La CUADRA de Sevilla, S.A. sobre el pago de 11.340 Euros en concepto de los derechos de autor generados por 107 representaciones en el Reino Unido del espectáculo ecuestre denominado “*Imágenes Andaluzas para Carmina Burana*” en el cual la demandada incluyó música del autor Carl Orff, cuyos derechos patrimoniales de propiedad intelectual corresponden a la demandante en exclusiva. Se acude a la posibilidad de acudir a la utilización del cachet bruto cobrado por la demandada por las 107 representaciones en el Reino Unido como otro criterio “razonable, ponderado y adecuado” que permita fijar la concreta suma que la actora debe cobrar ante la imposibilidad de utilizar el criterio pactado. Véase la ficha técnica de la obra “*Imágenes andaluzas para Carmina Burana*” creación de La Cuadra de Sevilla en el archivo virtual de ARTES ESCENICAS <http://artescenicass.uclm.es/index.php?sec=obras&id=144>

¹¹² LEDO Agar: “*Sobre la performance y el arte participativo en la Institución. Algunos ejemplos en el MARCO*”, en

http://chamalle.webs.uvigo.es/documentos/5_ANL_Conferencia_Agar_ESP.doc.pdf

¹¹³ BRUGUERA, Tania, *El Susurro de Tatlin número 3* <https://masdearte.com/vi-encuentro-internacional-de-performance/>

3.2. *Derechos de Remuneración de los intérpretes – artistas por las Performances*

En lo que respecta a las *Performances*, los artistas – intérpretes tienen derechos de remuneración, distinguiéndose a este efecto dos tipos de remuneración: la “pactada” y la “legal”.

3.2.1. *Remuneraciones “pactadas” por las Performances*

Por remuneraciones “pactadas” se entiende las remuneraciones correspondientes a la labor realizada por el artista – intérprete en la representación de la *Performance* así como la relativa a la transferencia o cesión de los derechos de explotación que le corresponden sobre la misma ya que, como se ha señalado en las páginas anteriores, los artistas- intérpretes son titulares exclusivos de los derechos de explotación sobre sus *Performances*.

La característica de ambas remuneraciones es su encaje dentro del ámbito contractual negociado entre los artistas – intérpretes y los empresarios.

En efecto, en la praxis habitual, las interpretaciones, representaciones (*Performances*) son realizadas mediante la vinculación del artista – intérprete por un contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios con un empresario. A este contrato se refiere el artículo 110 de la LPI, cuando determina que, salvo estipulación en contrario, se entiende “*que el empresario o el arrendatario adquieren sobre aquéllas los derechos exclusivos de autorizar la reproducción y la comunicación pública previstos en este título y que se deduzcan de la naturaleza y objeto del contrato.*”

Así, con ocasión de la celebración de estos contratos, en el supuesto de los contratos de trabajo, la retribución pactada por la prestación artística o trabajo (*Performance*), será la negociada sobre la base mínima de los convenios salariales del sector¹¹⁴.

Ahora bien, con independencia de esta retribución, la cesión de los derechos de explotación que corresponden al artista – intérprete debe estar pactada en contrato independiente y debe dar lugar a una remuneración específica. En este sentido, se necesita el consentimiento expreso y por escrito del intérprete

¹¹⁴ Véase, Anexo I de la Resolución 29.03.2005 de la Dirección General del Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del II Convenio colectivo Estatal Regulador de las Relaciones Laborales entre productores de obras Audiovisuales y los Actores que prestan servicios a las mismas, (BOE nº 89, 14-04.2005). Igualmente, RD 1435/1985 de 1 de agosto por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos (BOE nº 194. 14.08.1986) (BOE-A-1985-17303); De igual modo, Véase Anexo I (retribuciones y Dietas) en Resolución de 30.04-2015, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Empleo, Turismo y Cultura, sobre registro, depósito y publicación del Convenio colectivo del Sector de Actores y Actrices de Madrid (código número 28005805011991) (BOCM nº 133, 6.06.2015) y Anexo I (retribuciones y dietas) en Resolución de 12.03.2014 de la Dirección General de Empleo, por la que se registran y publican las tablas salariales para el año 2014 del Convenio Colectivo de sector de obras audiovisuales y actores que prestan sus servicios en las mismas (BOE, nº 71, 24.03.2014). <http://www.uniondeactores.com/conocenos/convenios-y-tarifas/>

–artista para la grabación audiovisual de su *Performance* en cuyo acuerdo debe incluirse la remuneración correspondiente a los derechos de explotación cedidos (fijación de la *Performance*, reproducción, distribución y comunicación pública) siguiendo las pautas generales previstas en la LPI (a título enunciativo: modalidades de explotación, período y ámbito geográfico) y en la que se tenga en consideración una posterior explotación comercial tanto directa como indirecta de la *Performance* grabada.

Esta remuneración convenida, específica y diferenciada por los derechos de explotación cedidos es conforme con la redacción del artículo 110 de la LPI ya que, según este precepto, la presunción *iuris – tantum* de cesión afecta, con límites, a los derechos de reproducción y comunicación pública para los que no excluye su correspondiente remuneración y, en el que, por otro lado, nada mantiene sobre los derechos de fijación y distribución¹¹⁵.

Además, la percepción de estas remuneraciones “pactadas” por los artistas – intérpretes es independiente y compatible con la correspondiente por las remuneraciones “legales”.

3.2.2. Remuneraciones “legales” por las *Performances*

Este epígrafe hace referencia a las remuneraciones “legales” que los artistas – intérpretes tienen derecho a percibir por sus *Performances* que vienen estipuladas y definidas por la ley y que no proceden, como en el supuesto anterior de ningún contrato de servicios ni convenio colectivo que pudiera ser aplicado a la labor de los intérpretes – artistas.

Dentro de estas remuneraciones “legales” cabe distinguir las siguientes

(a) Remuneración por copia privada audiovisual (CPA)

Esta remuneración es la denominada compensación equitativa por copia privada regulada en el artículo 25 de la LPI aplicable en este caso a las copias privadas de las grabaciones audiovisuales de las *Performances*. Esta remuneración que es irrenunciable para los artistas - intérpretes está dirigida, de conformidad con la LPI, a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejan de percibir por razón del límite legal de copia privada previsto en el artículo 31 (2) de la LPI¹¹⁶.

La compensación se efectúa con cargo a los Presupuestos Generales del Estado siendo beneficiarios conjuntamente con los artistas, intérpretes de las *Performances* los autores de las obras *Performativas* y los productores de las grabaciones. El pago de la compensación se efectúa a través de las correspondientes entidades de gestión que, en el caso, de los artistas -

¹¹⁵ Véase, supra pág 25 y ss.

¹¹⁶ Véase, supra pág. 29 y ss

intérpretes de las Performances es AISGE (Artistas Intérpretes, Sociedad de Gestión)¹¹⁷.

(b) Remuneraciones equitativas (RE)

Los artistas – intérpretes, junto a las remuneraciones equitativas derivadas de las excepciones y límites a los derechos de explotación sobre las *Performances* ya analizadas previamente¹¹⁸, tienen derecho a percibir las remuneraciones equitativas derivadas de determinados actos de comunicación pública y alquiler de las grabaciones audiovisuales de sus *Performances* con independencia de las retribuciones o contraprestaciones percibidas por los contratos firmados con terceros.

En efecto, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 110 de la LPI, subsisten en el artista –intérprete los derechos de remuneración por los actos de comunicación pública (apartados 3 y 5 del artículo 108) y de alquiler (art.109) de las grabaciones audiovisuales de sus *Performances*.

Para finalizar, en la tabla nº 3 se ofrece una breve descripción de los actos en los que se pueden incluir las modalidades de comunicación y puesta a disposición de las grabaciones audiovisuales de las *Performances* propias de la explotación “on line” y del entorno digital (a título de ejemplo, servicios de “streaming”, video bajo demanda (VOD), plataformas de distribución “on –line”) generadores de derechos de remuneración equitativa para los artistas - interpretes¹¹⁹.

Artículo LPI	Titulares - Beneficiarios	Actos remunerados	Obligados al pago	Remuneración	Entidad gestora
Art.108 (3)	Intérpretes	Por la puesta a disposición del público de los originales o copias de las grabaciones audiovisuales de las fijaciones de sus actuaciones por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija. [art. 108 (1)(b) y art 20(2)(i)] (sin perjuicio de la existencia de un contrato de producción de grabación audiovisual entre el artista –interprete y productor en el que se presume, salvo prueba en contrario, que el artista intérprete ha transferido su derecho de puesta a disposición	Quien realice la puesta a disposición del público	RE	La correspondiente Entidad de Gestión de los derechos de Propiedad Intelectual (AISGE)

¹¹⁷ (Artistas Intérpretes, Sociedad de Gestión) entidad que gestiona en España los derechos de propiedad intelectual de los actores, dobladores, bailarines y directores de escena, véase en <http://www.aisge.es/>

¹¹⁸ Para el límite al derecho de préstamo - distribución de las performances del art. 37(2) LPI, véase, *supra* pág. 31; para el límite al derecho de comunicación pública de las performances del art. 37 (3) LPI, véase *supra* pág. 32; Igualmente dará lugar a remuneración equitativa la excepción prevista en el art. 32 (2) LPI.

¹¹⁹ Véase, AEPO-ARTIS/EuroFIA/FIM/IAO: Fair Internet for Performers. “A European Campaign for the fair treatment of performers in the digital environment”, (www.fair-internet.eu)

Artículo LPI	Titulares - Beneficiarios	Actos remunerados	Obligados al pago	Remuneración	Entidad gestora
		del público de las fijaciones de sus actuaciones)			
Art.108 (5) párrafo 1	Intérpretes y Productores	Actos de comunicación pública por la retransmisión por medios de satélite, hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, por entidad distinta de la de origen de la grabación audiovisual radiodifundida. [art. 20(2)(f)]	Usuarios de las grabaciones audiovisuales	Remuneración que proceda de acuerdo con las tarifas generales	La correspondiente Entidad de Gestión de los derechos de Propiedad Intelectual (AISGE) (EGEDA)
Art.108 (5) párrafo 1	Intérpretes y Productores	Actos de comunicación pública por la emisión o transmisión, en lugar accesible al público, mediante cualquier instrumento idónea de la grabación audiovisual radiodifundida. [art.20(2)(g)]	Usuarios de las grabaciones audiovisuales	Remuneración que proceda de acuerdo con las tarifas generales	La correspondiente Entidad de Gestión de los derechos de Propiedad Intelectual (AISGE) (EGEDA)
Art.108 (5) párrafo 2	Intérpretes	Actos de comunicación pública distintos a los anteriores de las grabaciones audiovisuales de las fijaciones de sus actuaciones (sin perjuicio de la existencia de un contrato de producción de grabación audiovisual entre el artista –interprete y productor en el que se presume, salvo prueba en contrario, que el artista interprete ha transferido su derecho de puesta a disposición del público de las fijaciones de sus actuaciones)	Usuarios de las grabaciones audiovisuales	RE	La correspondiente Entidad de Gestión de los derechos de Propiedad Intelectual (AISGE)
Art. 109 (3), párrafo 2, inciso 2º	Intérpretes	Actos de alquiler de los originales o copias de la grabación audiovisual de sus actuaciones (aún en el caso de transferencia o cesión del derecho de alquiler del intérprete al productor de las grabaciones audiovisuales)	Quienes realicen las operaciones de alquiler al público de las grabaciones audiovisuales	RE	La correspondiente Entidad de Gestión de los derechos de Propiedad Intelectual (AISGE)

Tabla nº 3. Derechos de remuneración “legal” de los intérpretes – artistas

CONCLUSIONES

Como conclusión se puede señalar como en el Arte *Performativo* confluyen una multiplicidad de titulares y objetos de protección generadores de derechos tanto morales como de explotación que es necesario identificar y clarificar para hacer frente a los retos planteados por la digitalización masiva de los contenidos y su comercialización a través de Internet, en especial, a través de los específicos contratos de representación para los autores de las obras *Performativas*.

En este ámbito del Arte, los artistas – intérpretes merecen una particular atención ya que, supeditados mayormente a contratos de trabajo y de servicios, una justa y equitativa reversión de los beneficios reales derivados por la comunicación pública y distribución de sus actuaciones – representaciones sólo será posible a través de eficientes y eficaces derechos de remuneración “legal” previstos en las normas nacionales e internacionales.