

The background of the cover is a black and white photograph of a professional studio microphone on a boom arm. A large, semi-transparent red rectangle is overlaid on the left and center of the image. The text is white and positioned within this red area.

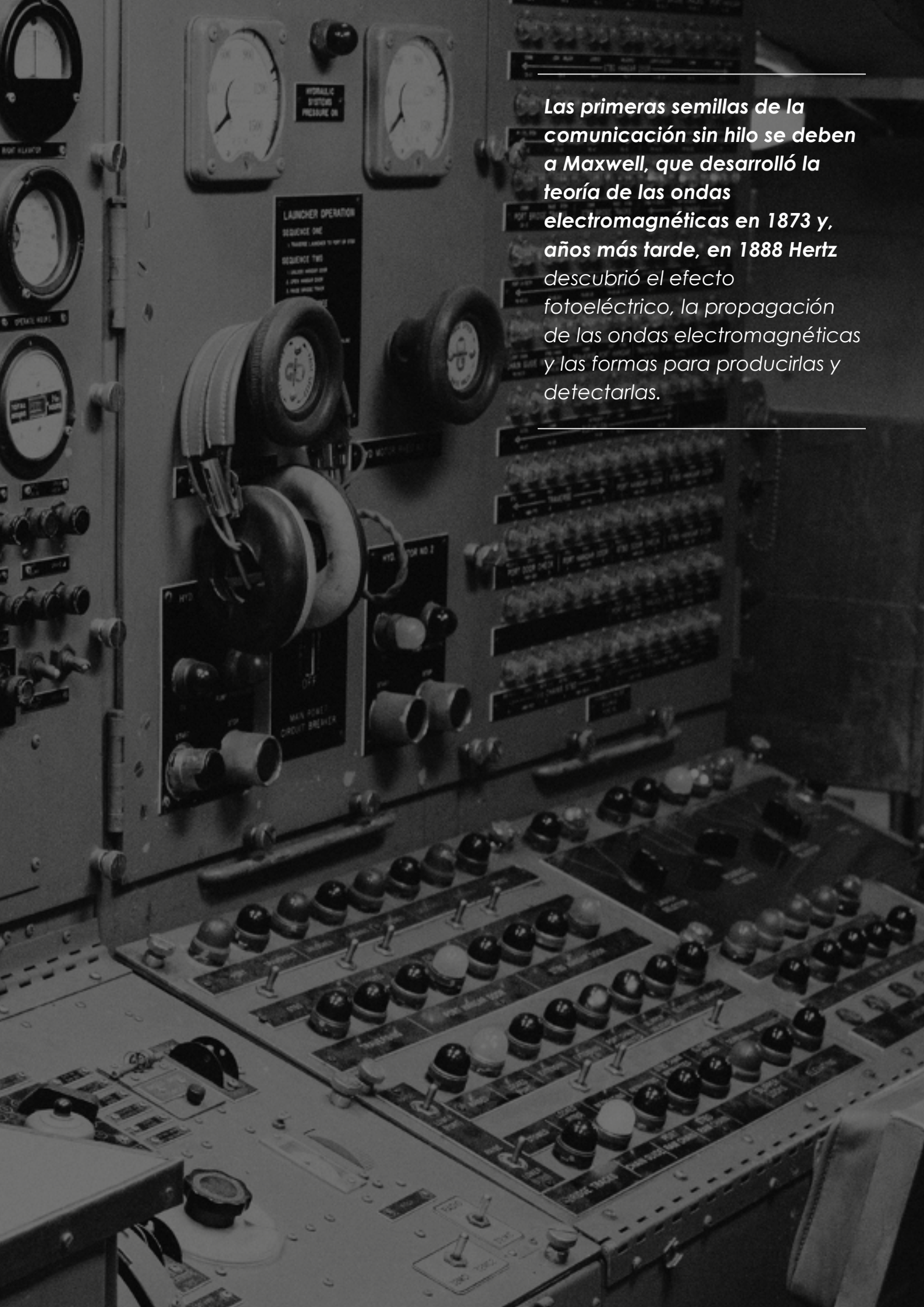
ECIJA

PODCAST: ASPECTOS JURÍDICOS Y DE MERCADO

2022

Índice

1.	Consideraciones generales.	01
	1.1. De la radio al podcast	
	1.2. Del podcast como programa de radio al podcast como formato independiente	
	1.3. Diferentes usos y temáticas del podcast. Plataformas y programas más populares en la actualidad	
	1.4. Definición y consideración jurídica del podcast como fonograma	
2.	Implicaciones legales en la producción de podcasts.	10
	2.1. Introducción	
	2.2. Cadena de derechos (chain of title)	
	2.3. Protección del título del podcast	
	2.4. Patrocinio y Publicidad	
	2.5. El podcast como medio de creación de contenido (vloggers, influencers, streamers)	
3.	Implicaciones legales en la explotación del podcast.	27
	3.1. Modalidad de explotación	
	3.2. Financiación y distribución del podcast en el mercado. Producción propia y producción por encargo. Explotación en otros formatos	
	3.3. Gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual sobre el podcast	
4.	Resumen.	34



Las primeras semillas de la comunicación sin hilo se deben a Maxwell, que desarrolló la teoría de las ondas electromagnéticas en 1873 y, años más tarde, en 1888 Hertz descubrió el efecto fotoeléctrico, la propagación de las ondas electromagnéticas y las formas para producirlas y detectarlas.

1. Consideraciones generales

1.1. De la radio al podcast.

Las comunicaciones sonoras sin hilo se remontan al siglo XIX, con el surgimiento de la radio. **Las primeras semillas de la comunicación sin hilo se deben a Maxwell, que desarrolló la teoría de las ondas electromagnéticas en 1873 y, años más tarde, en 1888 Hertz descubrió el efecto fotoeléctrico, la propagación de las ondas electromagnéticas y las formas para producirlas y detectarlas. Así, ambos desarrollaron la base para la invención de la radio.**

No obstante, en puridad la invención de **la radio se atribuye, por una parte, a Nikola Tesla**, que en 1891 creó la "Bobina de Tesla" que, a su vez, le ayudó a inventar, en 1895, un sistema para transmitir mensajes de voz sin hilos **y, por otra parte, a Guillermo Marconi** que en 1899 utilizó el invento de Tesla para realizar la primera comunicación sin cables enviando un mensaje entre Dover (Inglaterra) y Boulougne (Francia), a una distancia de 48 kilómetros. Un par de años más tarde, en 1901, amplió esa distancia y realizó la primera transmisión que cruzó el océano Atlántico. En 1904, Marconi registró la patente de la radio, sin embargo, a la vista de los antecedentes expuestos, en el año 1943, la Corte Suprema de Estados Unidos reconoció a Nikola Tesla como el inventor de la radio y le devolvió la patente en poder de Marconi hasta ese momento.

Ya en España y dejando al margen la radio telegrafiada, el comandante castellonense **Julio Cervera** inventó en 1902 lo que podemos denominar la "radio hablada", consiguiendo **la primera transmisión de voz, de palabras, entre el Cabo de la Nao (Alicante) e Ibiza**, haciéndolo en los dos sentidos, emisor y receptor, para una distancia de, aproximadamente, 90 kilómetros.

*Sin embargo, **la primera retransmisión radiofónica de la historia se produjo en Nochebuena de 1906, cuando desde la Brant Rock Station (Massachusetts) se pudo escuchar la canción 'Oh Holy Night', interpretada por Fessenden, además de algunos versos de la Biblia.***



En la comunicación sonora, se parte de un **primer período predigital, en el que imperaba la radio exclusivamente hertziana**. Así, por ejemplo, durante la Guerra Civil española cada bando disponía de una emisora para emitir sus respectivas arengas, durante el Franquismo se primaba una radio institucional formada por la Red de Emisoras del Movimiento (REM), la Cadena Azul de Radiodifusión (CAR), la Cadena de Emisoras Sindicales y la COPE. A partir de los años sesenta, la cadena SER adquirió protagonismo en la radio española y, también a través de este medio, el 23 de febrero de 1981, la sociedad española pudo escuchar en directo el golpe de Estado del Coronel Tejero.



En los primeros años de la era digital, a mediados de los noventa, la comunicación vía audio llega a la red con la penetración de las grandes cadenas de radio que **empiezan a utilizar Internet** como punto de acceso diferenciado a la misma programación que ya se emitía vía analógica. En este punto, **la web funcionaba como repetidor digital de los contenidos** de las emisoras. Se trataba de una digitalización prehistórica en la que la conexión continuaba siendo por cable, muy lejos de las conexiones completamente inalámbricas que tenemos hoy en día.

En una **segunda fase de desarrollo de la radio digital**, los portales que soportaban la emisión online de estas grandes cadenas comienzan a complementar sus contenidos con elementos informativos contruidos en lenguajes diferentes al sonoro (imágenes,

infografías, etc.) y abren espacios de participación del usuario mediante la inclusión de comentarios. Paralelamente, nacen numerosos proyectos de radio exclusivamente digital, sin ningún tipo de soporte hertziano. En esta fase, **los usuarios ya disponen de dispositivos inalámbricos que se conectan a la Red y que, sin necesidad de tener un cable, pueden escuchar la radio, ver la televisión y comunicarse entre ellos con un equipo básico**.

Pero es con la llegada de la **radio digital a la carta**, que posibilita la descarga y escucha de contenidos en el momento y en el lugar que el usuario decide, cuando **se crea una pasarela perfecta para el surgimiento inicial del podcast**, hasta llegar al formato cuya protección e implicaciones jurídicas se analizan en esta guía.

1.2. Del podcast como programa de radio al podcast como formato independiente.

Sin perjuicio de que posteriormente se profundice en la definición jurídica del podcast, en términos generales, hoy en día podemos definir este medio como **una publicación de carácter digital, normalmente periódica, en formato de audio o vídeo, que se pone a disposición del público a través de una plataforma on line para su descarga o visionado en streaming**. De esta forma, los usuarios de internet, que constituyen un público mucho más evolucionado, formado y exigente que el de la era predigital, pueden personalizar su propia parrilla de programación y adaptar el consumo a sus hábitos, disponibilidad e intereses.

El término podcast nace de la unión en idioma inglés de los términos “broadcast” (emisión) y “iPod”, nombre comercial de un conocido reproductor de música en formato MP3 de la tecnológica Apple nacido en el año 2000, hoy ya obsoleto, y desplazado por los dispositivos móviles de última generación que han absorbido completamente sus funcionalidades.

La primera referencia conocida de uso del término *podcasting* se produjo en febrero de 2004 en un artículo de Ben Hammersly, en el que analizaba la entonces incipiente práctica de adjuntar ficheros de audio en los blogs. En España, el podcast tiene su avanzadilla en el cyber talk show “En caso de que el mundo se desintegre”, cuya primera emisión tiene lugar el 26 de febrero de 1999, que cuenta hoy en día con 5.260 episodios. Aunque no se le acuñó con el término podcast pues, como hemos adelantado, no es hasta 5 años más tarde cuando nace el término, el programa se emitía a través de un canal independiente a la radio habitual o a las páginas web de las radios.

Como se ha avanzado anteriormente, el origen y antecedente del podcast se encuentra en los programas de radio en internet que se emitían en “streaming” para su escucha en vivo por los radioyentes.

A partir de ahí, la existencia de conexiones a internet de banda ancha con tarifas planas de pago, la proliferación de los blogs y la posibilidad de descarga de contenidos de internet y la evolución de los dispositivos tecnológicos, como los “smartphones”, cada vez más pequeños, accesibles y de menor tamaño, supusieron el caldo de cultivo ideal para la explosión del podcast.

Pero el paso decisivo en el desarrollo y popularización del podcast es la introducción de los mecanismos de sindicación que permiten la **suscripción** a los contenidos y, por tanto, su **descarga automática**.

Por lo tanto, desde su nacimiento a principio de los 2000, el podcast se ha convertido en uno de los formatos de comunicación más universales ya que se suprimen absolutamente cualesquiera límites geográficos, temporales o espaciales. A la supresión de estas barreras, que ya permitía en cierta medida la radio en internet, se une ahora la interactividad, la suscripción y la movilidad adaptados a las necesidades de cada usuario muy alejado de las sincrónicas lineales de medios que permite, según se ha dicho, elegir a este lo que quiere ver y escuchar en cada momento y hacerlo cuántas veces quiera.

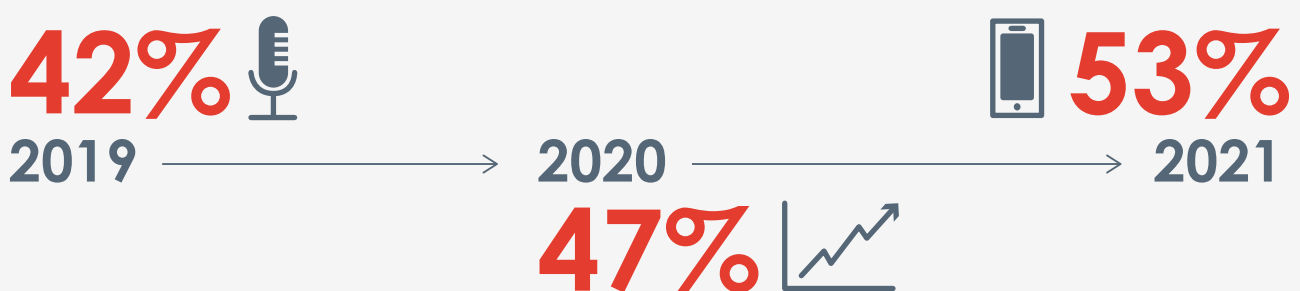
La pandemia provocada por el Covid-19 ha supuesto un nuevo impulso para los podcasts, al tener los usuarios que pasar más tiempo en sus casas, consumiendo masivamente contenido en internet en plataformas de audio y video, encontrando en el podcast, entre otros, un medio perfecto para entretenerse, formarse e informarse.

Por todo lo anterior, las posibilidades del podcast han aumentado exponencialmente y, como se verá a continuación, **hoy en día su utilidad abarca todo tipo de temas y contenidos, convirtiéndose en un formato de comunicación independiente que requiere de atención y protección autónoma desde un punto de vista jurídico.**

1.3. Diferentes usos y temáticas del podcast. Plataformas y programas más populares en la actualidad.

A nivel mundial, actualmente hay más de **330 millones de usuarios de podcast**, lo que supone el **16,5% de los usuarios de internet**. De igual manera, tal y como afirma el informe Global Podcast Listener Forecast 2021-2025, realizado por eMarketer, se estima que **a lo largo del año 2022 el número de oyentes crecerá un 11% más, porcentaje que aumentará hasta el 32% en los próximos tres años**, siendo además España uno de los países en los que más se notará ese crecimiento.

Por otra parte, según un estudio realizado por la consultora estratégica "Prodigioso Volcán", en 2021, por primera vez, más de la mitad de la población internauta consumió y escuchó en España el formato:





Sin perjuicio de las múltiples utilidades que el podcast puede tener, pueden destacarse como temáticas de escucha más comunes las siguientes:

ENTRETENIMIENTO	41,5% / 44,4%
HUMOR	35,0% / 34,6%
CULTURA	33,3% / 34%
MÚSICA	32,3% / 29,8%
DIVULGACIÓN	25,1% / 19,5%
TECNOLOGÍA / INNOVACIÓN	19,5% / 21,2%
DEPORTE	17,0% / 19,6%
RADIO OFFLINE	16,9% / 22,8%
FICCIÓN	11,8% / 12,1%
NOTICIAS, POLÍTICA, ACTUALIDAD	1,9% / 1,8%
OTROS	0,3% / 0,1%
NS/NC	1,1% / 0,2%

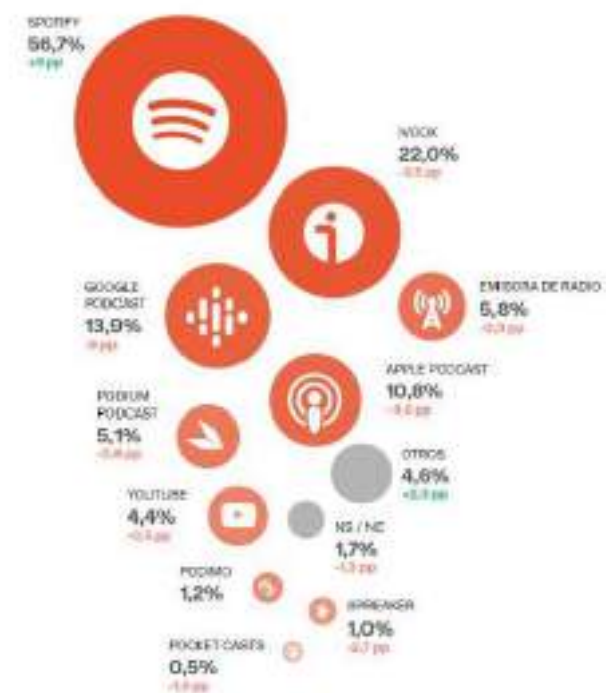
Fuente: Prodigioso Volcán

Es evidente que, dado el **auge exponencial** que experimenta este formato de comunicación, existe una diversidad increíble de plataformas de podcast dedicadas a todo tipo de contenidos y adaptadas a todos los gustos.

Como algunas de las plataformas más populares en España pueden mencionarse, entre otras:

- GOOGLE PODCAST
- SPOTIFY
- APPLE PODCAST
- PODCAST GO
- iVOOX
- PODIMO.
- Etc.

El III Estudio de voz y audio en España de 2021, elaborado también por la consultora Prodigioso Volcán, señala a **Spotify** como el medio más utilizado para escuchar podcast, congregando a un 56,7% de los usuarios:



Fuente: Prodigioso Volcán



Y como programas más escuchados en 2022, pueden destacarse:

“The Wild Project” de temas de actualidad, entrevistas, deportes, noticias etc.,

“Encuentra tu persona vitamina” de Marian Rojas Estapé sobre psicología, autoayuda y coaching.

“Estirando el chicle”, de humor y actualidad.

“Entiende tu mente”, también sobre psicología.

“Nadie sabe nada”, actualidad y humor con Berto Romero y Andreu Buenafuente.

“Por si las voces vuelven”, psicología, con Angel Martín.

“Crims”, presentado por Carles Porta, temática “true crime”.

“La Escómbula de la Brújula” sobre Historia.

“Tiempo de Juego”, Deportes.

En los últimos tiempos, y presente en algunos de los ejemplos anteriores, puede comprobarse cómo **se están produciendo diferentes sinergias entre diversos formatos** y, lo que empezaba como un podcast sobre una serie, una película, un libro o un programa de televisión, evoluciona a una adaptación de esa obra literaria o audiovisual a este formato podcast como una obra completamente diferente, llegando a ver incluso cómo algunos programas de podcast dan el salto al formato audiovisual, libro o teatro, pasando de lo digital a lo analógico.

1.4. Definición y consideración jurídica del podcast como fonograma.

Como toda manifestación artística, la producción y creación de un podcast encuentra su ámbito de protección en la legislación vigente de **propiedad intelectual**.

No obstante, como se ha indicado anteriormente, dentro del concepto “podcast” se incluyen una serie de creaciones que pueden tener diferente grado de originalidad.

Así, por ejemplo, hoy en día incluimos se tiende a incluir dentro de este concepto tanto una creación sonora consistente en un **mero noticiario o en una serie de entrevistas** sobre un determinado tema de actualidad (como podrían ser, por ejemplo, los podcasts “The Wild Project” o “Tiempo de Juego”) como un podcast de ficción con un guion previo (como sería el caso de “Guerra 3” o “Crims”).

Aclarado la anterior, y si bien cuando se promulgó la actual Ley de Propiedad Intelectual (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, en adelante, LPI) el podcast no había desembarcado aún en España, esta legislación sí se enfrentó a un problema similar en

relación con las obras sonoras que eran explotadas a través de la radiodifusión, distinguiendo entre las denominadas como “obras radiofónicas” -reguladas en el artículo 94 LPI- y los “fonogramas” -contempladas en los artículos 114 y siguientes de la LPI-. Además, en aquellos casos en los que el objeto de la radiodifusión es una obra literaria, dramática o dramático-musical, en virtud del artículo 84 de la LPI se aplicarán las disposiciones correspondientes al contrato de representación teatral y ejecución musical.

*No obstante, la clave en el caso del podcast es que estamos ante la **fijación, interpretación y/o lectura de una obra o soporte literario preexistente, que está destinado a la comunicación al público en la modalidad de explotación inicial de puesta a disposición “on line”, y, en algunos casos, de reproducción para descarga temporal o permanente.***

En consecuencia, los podcasts no se crean para su radiodifusión, sino para su puesta a disposición mediante un soporte tecnológico y, sin perjuicio de que nos encontramos ante un mercado incipiente que puede evolucionar de diferentes formas y dar lugar a distintas teorías, planteamientos e interpretaciones jurídicas, todo parece apuntar a que nos encontramos ante un nuevo tipo de fonograma en los términos definidos en el artículo 114.1. de la LPI como “*toda fijación exclusivamente sonora de la ejecución de una obra o de otros sonidos*”.

Así, como se ha adelantado, el único requisito para que un podcast reciba la protección contemplada para los fonogramas será que tenga lugar su acto de fijación en algún tipo de soporte, **recibiendo protección jurídica como fonograma desde el momento de su grabación**, con independencia de su contenido y originalidad, así como del procedimiento empleado para realizar dicha grabación y del soporte en el que ésta tenga lugar.

También define el artículo 114 de la LPI (en su apartado segundo) a la figura de “productor fonográfico”, indicando que éste será *“la persona natural o jurídica bajo cuya iniciativa y responsabilidad se realiza por primera vez la mencionada fijación”*.

La definición de **productor** de un fonograma cobra especial importancia dado que es a dicha persona (física o jurídica) **a quien la legislación** española -en

los artículos 115, 116 y 117 LPI- **otorga la titularidad de los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública y distribución sobre el fonograma**.

Por lo tanto, será el productor, como titular de estos derechos, quien tendrá la facultad de autorizar o prohibir la explotación del fonograma en el mercado sin perjuicio, como se verá, cuando procedan, de los derechos exclusivos, morales y remuneratorios de los autores, editores, artistas, intérpretes, ejecutantes o, en su caso, entidades de radiodifusión, previstos en la LPI.



Y, por último, el artículo 119 de la LPI establece que estos derechos exclusivos que le corresponden al productor expirarán 50 años después del momento en el que se haya hecho la grabación. No obstante, si el fonograma se publica lícitamente durante dicho período, los derechos expirarán 70 años después de la fecha de la primera publicación lícita. Y si durante el citado período no se ha efectuado publicación lícita alguna pero el fonograma se ha comunicado lícitamente al público, los derechos expirarán 70 años después de la fecha de la primera comunicación lícita al público.

Los derechos expirarán 70 años
después de la fecha de la
primera comunicación lícita al
público.



2. Implicaciones legales en la producción de podcasts.

2.1 Introducción

Como se ha adelantado, la **titularidad de los derechos** de propiedad intelectual sobre la grabación o fijación del podcast (fonograma) corresponden a su **productor**.

Sin embargo, durante su proceso de producción también intervienen otros participantes con una evidente labor creativa. Así, desde su concepción -con la elaboración de su idea original, formato o, simplemente, con la decisión sobre la temática a tratar- hasta la fijación de su montaje final, en su creación concurren múltiples personas bajo la mirada y coordinación de su productor (**guionistas, directores-realizadores, compositores, locutores, intérpretes, montadores, técnicos de sonido, estudios de grabación, músicas, etc.**).

*De este modo, la primera pregunta que deberá realizarse el productor de un podcast será **¿qué derechos están involucrados en la participación de cada una de estas personas y qué licencias/autorizaciones se necesitan para poder difundir lícitamente el podcast en el mercado?***

Además, la denominación genérica que se dé al podcast podrá estar protegida por derechos de autor y/o por derechos de marca. La **protección por derechos de autor** tiene su amparo en el artículo 10.2 de la LPI, protegiendo aquellos títulos de obra que sean originales, pero siempre unido intrínsecamente a la obra, como parte de ella. La **protección por la vía marcaria** implica, previamente, valorar si hay infracción de los derechos de terceros. También ha de tenerse muy en cuenta la publicidad o los patrocinios que se puedan realizar no solo con el podcast, sino dentro del podcast para anunciar o promocionar unos productos o servicios. Y, en general, todos aquellos aspectos que sirvan para una mejor protección jurídica del podcast como producto.



2.2 Cadena de derechos (chain of title).

Cuando se habla de **cadena de derechos** o **chain of title** se hace referencia a todos los **documentos, autorizaciones y cesiones** que el **productor** debe suscribir o recopilar, como persona que asume la iniciativa, responsabilidad e inversión de la producción del podcast, **para poder acreditar que es el titular de todos los derechos relacionados con el podcast y con cada uno de sus elementos.**

Bajo esa perspectiva, el podcast es una creación compleja en la que se engloba el resultado del trabajo de multitud de personas con distintas aportaciones artísticas o creativas. Por ello, **para poder asegurar su titularidad sobre el podcast y explotar el mismo en el mercado de una manera lícita**, será esencial que el productor obtenga previamente la oportuna cesión/autorización de derechos de todos estos partícipes cuya aportación o trabajo pueda ser generador de algún tipo de derecho protegible por la legislación vigente.



A continuación, se analizan las **distintas categorías de partícipes** involucrados en el proceso de producción del podcast, y los derechos derivados de su participación, a fin de que el productor pueda recabar las autorizaciones y cesiones necesarias para configurar una correcta cadena de derechos en la producción de su podcast.

Creaciones literarias previas (argumento, formato, guion o adaptación):

Como se avanzó en el apartado 1.4. anterior, dentro del término general de "podcast" puede diferenciarse entre distintos tipos de grabaciones, según la originalidad o altura creativa de su contenido.

De esta forma, puede distinguirse entre, por un lado, los podcasts que consisten en **un mero noticiario, una simple conversación o en una entrevista** sobre, por ejemplo, temas de actualidad, deportes, política, etc. (como podrían ser los podcasts "The Wild Project", "Charlando Tranquilamente", "Tiempo de Juego", "Hoy en EL PAÍS" o "EL MUNDO al día") y, por otro, los podcasts que incluyen una **obra literaria previa -ya un**

argumento, un formato, un guion o una adaptación de una obra literaria, audiovisual o dramática preexistente- (como ejemplo pueden citarse los podcasts “El Gran Apagón” o “Guerra 3”).

Así, en esta segunda categoría de podcasts, **el productor deberá adquirir la cesión de derechos de propiedad intelectual sobre las creaciones literarias previas de sus autores** (argumentista, guionista, adaptador, etc.).

Cabe puntualizar que, conforme a la legislación española vigente, existen dos tipos de derechos exclusivos que los autores tienen sobre su obra: a) los **derechos de explotación** y b) los **derechos morales**.

a) Derechos de explotación

Están ligados, como su nombre indica, a la **utilización o explotación de la obra en el mercado** de tal forma que ésta no puede ser realizada sin la autorización previa de sus titulares, salvo en los casos previstos en la ley. Entre ellos, destacan los **derechos de reproducción** (artículo 18 LPI), **distribución** (artículo 19 LPI), **comunicación pública** (artículo 20 LPI) y **transformación** (artículo 21 LPI).

Como derechos patrimoniales, estos derechos de explotación **son transmisibles** de tal forma que, aunque su titularidad originaria pertenezca a su autor, **éste podrá libremente cederlos al productor del podcast**.

De esta forma, el productor se convertirá en el nuevo titular de estos derechos y podrá utilizar estas creaciones literarias (argumento, formato, guion, adaptación, etc.) en su podcast.

Los derechos exclusivos de explotación de estas creaciones literarias tienen una duración máxima equivalente a **toda la vida del autor y setenta años¹ después de su muerte o declaración de fallecimiento** (artículo 26 LPI). En caso de ser varios los autores, el cómputo se inicia a partir de la muerte del último de los coautores (artículo 28 LPI).



¹El cómputo de este plazo se inicia el 1 de enero siguiente a la fecha del fallecimiento.

b) Derechos morales

Por el contrario, los **derechos morales** están estrechamente vinculados a la **personalidad del autor** y, como tales, son **irrenunciables e inalienables** a esta persona (artículo 14 LPI).

En consecuencia, la cesión de derechos de propiedad intelectual otorgada por los autores de este material literario previo al productor del podcast podrá abarcar todos sus derechos de explotación, pero nunca sus derechos morales.

Los derechos morales recogidos en la legislación española a favor del autor son los siguientes:

- Decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma.
- Determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente.
- Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra.
- 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.
- Modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural.

- 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.

- 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.

Como derechos personalísimos, los derechos morales de estas creaciones literarias **durarán toda la vida de su autor, extinguiéndose a su muerte**, con excepción de los derechos morales de reconocimiento de su condición de autor de la obra y de exigir el respeto a la integridad de ésta, que pervivirán sin límite de tiempo alguno.

A estas dos categorías de derechos (derechos de explotación y derechos morales), habría que añadir un tercer grupo, los **derechos irrenunciables de simple remuneración**, que se abordan en el apartado 3 de esta guía.

En definitiva, **en los podcasts donde se incluya obra literaria previa** -ya un argumento, un formato, un guion o una adaptación de una obra literaria, audiovisual o dramática previa-, **el productor deberá asegurarse de haber obtenido previamente la oportuna cesión de los derechos de sus titulares que amparen su utilización en el podcast.**

Locutores (presentadores, intérpretes, ejecutantes, entrevistados, etc.):

En un segundo estadio nos encontramos con todos los **profesionales que ponen voz al podcast**. Nuevamente, **las funciones de estos partícipes pueden abarcar diferentes facetas dependiendo del contenido de cada podcast**.

Así, el cometido de estos profesionales irá desde las labores de **presentador/a** de programas hasta las de **interpretar o ejecutar un guion previo**, pasando por la mera **manifestación de opiniones, la narración de textos** (novelas) o la **simple comunicación de información** (noticiarios).

En consecuencia, los derechos involucrados en la participación de estas personas variarían dependiendo de la actividad realizada por éstos:



I.- Por un lado, nuestra legislación de propiedad intelectual otorga a los locutores que puedan ser considerados como **intérpretes o ejecutantes** una serie de **derechos de propiedad intelectual sobre su actuación**.

Así, el artículo 105 de la LPI define al intérprete o ejecutante como la persona *“que represente, **cante, lea, recite, interprete o ejecute** en cualquier forma una obra”*.

Como se puede observar, por tanto, debe entenderse que quedarán dentro de esta categoría quienes interpreten o ejecuten un guión u obra literaria previos, o lleven a cabo una lectura dramatizada de su contenido.

En consecuencia, lo **relevante será si el texto previo que estos profesionales “cantan, leen, recitan, interpretan o ejecuten” en el podcast tiene la originalidad y altura creativa necesaria para ser considerado como obra según la legislación vigente de derechos de autor.**

De este modo, a todos estos locutores que tengan la consideración de intérprete o ejecutante les corresponderán una serie de **derechos de explotación sobre su actuación** que el productor deberá adquirir de cara a poder reproducir, comunicar o distribuir lícitamente el podcast con la actuación del artista en él fijada (artículos 106, 107 y 108 LPI).

Estos derechos de explotación tienen una duración de **50 años**, a contar desde el día 1 de enero del año siguiente al de la interpretación o ejecución (artículo 112 LPI).

Además, a estos intérpretes o ejecutantes les pertenecerán, sin límite de tiempo, los siguientes **derechos morales** sobre su actuación (artículo 113 LPI):

- Derecho al reconocimiento de su nombre sobre sus interpretaciones o ejecuciones, excepto cuando la omisión venga dictada por la manera de utilizarlas.
- Derecho a oponerse a toda deformación, modificación, mutilación o cualquier atentado sobre su actuación que lesione su prestigio o reputación.
- Derecho a autorizar el doblaje de su actuación en su propia lengua.

II.- Por otro lado, es importante destacar que el **derecho a la propia imagen** -recogido en la Ley Orgánica 1/1982, relativa al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (en adelante, **LO 1/1982**)- comprende no solo la protección del uso de la imagen o apariencia física del individuo sino también de su nombre y **su voz**.

Así, esta legislación protege estos elementos (imagen, nombre y voz del individuo) frente a su **captación y posterior utilización con fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga** que no cuenta con la autorización o consentimiento previo de su titular.

En consecuencia, y al amparo de la LO 1/1982, **será necesario que todos los locutores que participen en el podcast** sean o no considerados como intérpretes o ejecutantes, **autoricen la captación y, posterior, utilización de su voz en el podcast para que el productor pueda explotar lícitamente el podcast** en el mercado y, por ello, la cesión de la explotación de la voz es un elemento esencial del contrato de locución sin el cual éste no sería suficiente.

Obras musicales:

Ya sea en su cabecera, como pieza final de despedida, como sonido de fondo en la narración de la historia o en cualquier otro momento, **seguramente el productor también quiera incluir alguna obra musical en el podcast que está desarrollando.**

En estos casos, **el productor deberá contar con la oportuna cesión de derechos de propiedad intelectual de todos los titulares implicados** (autores, editores, interpretes, discográficas, etc.) **para poder incluir estas canciones o melodías en el podcast de una manera legal.** Todo ello a no ser que alguna de estas obras musicales esté en dominio público o exista alguna excepción legal que ampare su uso en el podcast sin la obtención de la autorización de sus titulares (como sería el caso de, por ejemplo, la parodia o el pastiche).

A diferencia de la mayoría de las creaciones, las canciones son un tipo de obra en la que, por naturaleza, concurren **distintos titulares de derechos:**

1) En primer lugar, el productor deberá contactar con los **titulares de los derechos sobre la composición musical**, es decir, de los titulares sobre la **música y la letra** de una canción.

De manera originaria los derechos sobre las composiciones musicales corresponderán a sus **autores**, pero lo más habitual en la industria musical es que éstos hayan cedido sus derechos a una **editorial musical** para que esta última promocie y promueva la explotación de la composición en el mercado.

2) Pero, además, si el productor quiere utilizar en el podcast, la **grabación de una concreta interpretación de esta composición musical por un determinado artista** (por ejemplo, pensemos en la interpretación de Shakira y Rauw Alejandro de la composición musical "Te felicito"), también tendrá que adquirir la oportuna **cesión de los titulares sobre esa concreta grabación e interpretación de la composición.** El titular de este derecho es siempre el productor fonográfico.

No obstante, esta segunda cesión sobre la grabación de una concreta interpretación de la canción no será necesaria si la intención del productor del podcast es realizar él mismo una **nueva grabación de la composición musical con la interpretación de los propios artistas del podcast.**

En este caso, el productor del podcast deberá adquirir directamente los derechos de estos artistas sobre su interpretación y ejecución de la composición **musical, además de la cesión previa sobre la composición musical para la realización y explotación de esta nueva grabación.**



Adaptación de obras previas:

De manera adicional, tenemos que hacer referencia a aquellos podcasts que **utilizan una obra previa -una novela, un comic, una serie de televisión, un largometraje o una obra teatral-** ya sea adaptándola o simplemente reproduciéndola literalmente en este nuevo formato sonoro.



En este tipo de podcasts, el primer paso inexcusable que deberá realizar el productor será **adquirir los derechos de propiedad intelectual necesarios sobre la obra previa** para poder realizar su adaptación y/o explotación en formato sonoro.

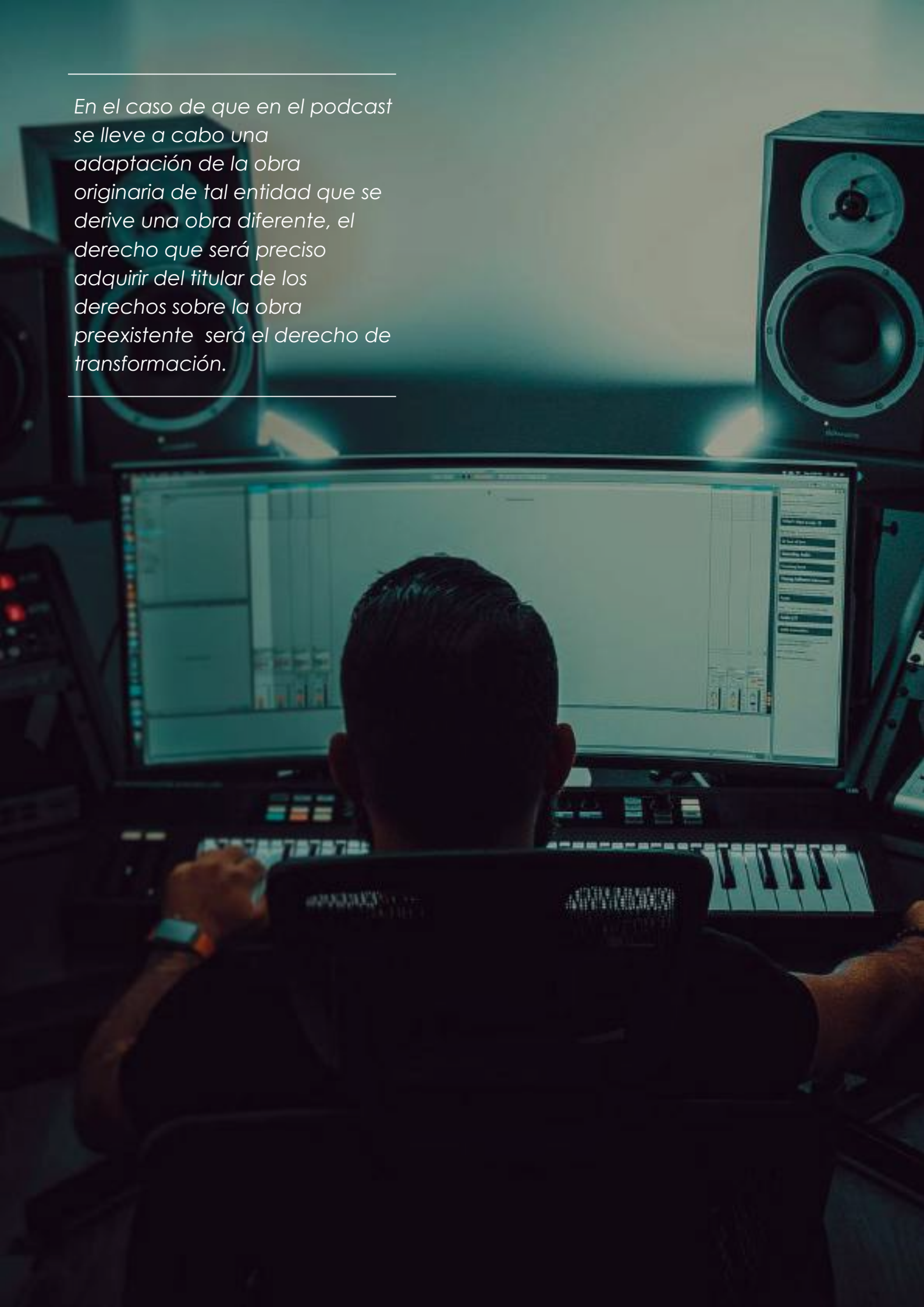
De este modo, en el caso de que en el podcast se lleve a cabo una adaptación de la obra originaria de tal entidad que se derive una **obra diferente**, el derecho que **será preciso adquirir del titular de los derechos sobre la obra preexistente** (que, según cada caso, podrá ser su productor, distribuidor, editor o, directamente, su autor) será el **derecho de transformación**.

Por el contrario, en aquellos casos en los que la **modificación o adaptación de la obra previa no tenga la suficiente originalidad o altura creativa** para poder considerar la

existencia de una nueva obra diferente, el derecho que será preciso adquirir del titular de la obra preexistente será el **derecho de reproducción, distribución o comunicación pública**, dependiendo del **medio de difusión** en el que se vaya a explotar el podcast. Este sería el caso de los podcasts consistentes en una mera lectura, incluso dramatizada, de una novela (audiolibro).

En cualquier caso, hay que advertir que la adquisición de estos derechos sobre la obra preexistente será totalmente independiente de los derechos de propiedad intelectual del **profesional que haya realizado la adaptación** de esta obra previa al podcast a través de un nuevo guion (**el adaptador**), los cuales también deberán ser adquiridos por el productor para poder llevar a cabo una explotación lícita del podcast.

En el caso de que en el podcast se lleve a cabo una adaptación de la obra originaria de tal entidad que se derive una obra diferente, el derecho que será preciso adquirir del titular de los derechos sobre la obra preexistente será el derecho de transformación.



2.3 Protección del título del podcast.

Según se ha avanzado ya, el título de un podcast puede **estar protegido por derechos de autor y, además, por derechos de marca**. Será protegido por derechos de autor cuando éste sea original y, en cualquier caso, quedará protegido como parte de la obra. También se podrá proteger el título del podcast como marca, en este caso, la protección puede estar unida a la obra, pero ampliar su ámbito de protección por ejemplo a productos y/o servicios complementarios.

La marca es el signo que sirve para distinguir en el mercado o comercio los productos y/o servicios de una empresa, respecto de los de otra. Su función es la de diferenciar e individualizar unos productos o servicios de otros productos o servicios idénticos o similares. En resumen, identificar el origen empresarial y que, éste, no sea confundible con otro.

Como señala la OMPI en la publicación Principios básicos de la Propiedad Industrial: “(...) los objetos de propiedad industrial consisten en signos que transmiten información, en particular a los consumidores, en relación con los productos y servicios disponibles en el mercado. La protección tiene por finalidad impedir toda utilización no autorizada de dichos signos, que pueda inducir a error a los consumidores, así como toda práctica que induzca a error en general.”²

El artículo 4 de la Ley de Marcas de España define como marcas a “aquellos signos, especialmente las palabras, incluidos los nombres de personas, los dibujos, las letras, las cifras, los colores, la forma del producto o de su embalaje, o los sonidos, a condición de que tales signos sean apropiados para: a) distinguir los productos o los servicios de una empresa de los de otras empresas y b) ser representados en el de manera tal que permita determinar el objeto claro y preciso de la protección otorgada a su titular”.

Siguiendo con la definición anterior, ¿podría ser el título de un podcast protegido como marca? Sí, pero no solo el título, sino también cualquier otro signo que sirva para diferenciar a dicho podcast de otras obras similares. Entre otros, la música de inicio o un logotipo.

Es decir, una marca tiene por objeto identificar y distinguir un producto o servicio de cualquier otro, de manera que facilita al usuario identificar el origen empresarial de cada producto y, en consecuencia, atribuir características de calidad a los productos o servicios comercializados por el mismo titular.

²Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2016). Principios básicos de la propiedad industrial (N.o 895S). OMPI. https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_895_2016.pdf



2.3.1 Aspectos generales. Uso y registro del podcast como marca.

Como se ha mencionado anteriormente, una marca puede estar constituida por cualquier signo, palabra, letra, número, forma, color o una combinación de todos los anteriores.

España forma parte de aquellos países que autorizan marcas con otras formas no tradicionales, tales como signos tridimensionales (en el que la marca consiste en la forma), sonoros (consistentes únicamente en un sonido), multimedia (que incluye una combinación de imágenes y sonidos), de posición (aquellas que se encontraran siempre en una posición en el producto), hologramas, entre otros.

Es importante mencionar que, con carácter general, **los derechos de propiedad intelectual se protegen desde su creación**, es decir, no es necesario realizar ningún acto con el objeto de adquirir protección sobre un derecho, si bien existe un Registro de la Propiedad Intelectual, el mismo es de carácter declarativo.

Por el contrario, **los derechos de propiedad industrial, como lo son las marcas, se constituyen por medio de su registro**, es decir, el derecho sobre una marca no se adquiere hasta que la misma ha sido inscrita en el Registro del territorio correspondiente.

Así, los titulares de marcas obtienen un derecho exclusivo a utilizar la marca y a prohibir que terceros, sin su consentimiento



o autorización utilicen el signo que le pertenece (art. 34 de la Ley de Marcas), pudiendo ejercitar cuantas acciones judiciales considere oportunas para proteger su derecho (art. 40 de la Ley de Marcas).

Con relación al Podcast, en 2021, según el II Estudio de Audio ONLINE presentado por la

IAB, en relación con los hábitos de consumo del usuario, se ha establecido que la música es la protagonista del audio digital, sin embargo, como se ha expuesto, el podcast abarca las temáticas más diversas tratando sobre humor, deportes, opinión y debates o cine, entre otros.



Para los propietarios de un producto como el podcast, es esencial que el público objetivo identifique y distinga el mismo de otros por sus características esenciales, las que en su conjunto pueden ayudar a construir su fama comercial, dicha construcción puede protegerse por medio de una marca.

De forma preferencial la solicitud de inscripción debe realizarse previo al uso público de la misma. Sin embargo, es usual que no se solicite la inscripción de la marca previo al lanzamiento del producto o servicio y como consecuencia de lo anterior no pueda ejercer el derecho ante terceros. Por lo que, en su defecto y si el momento idóneo ya ha pasado, **es recomendable solicitar protección a la mayor brevedad posible.**

2.3.2 Licencias

La marca puede ser objeto de enajenación, es decir, su titular se puede desprender de ella, esto es, transmitirla a un tercero (ya sea a título oneroso o gratuito); pero, también, podrá ser objeto de licencia, es decir, realizar un **contrato por medio del cual el titular de una marca otorga autorización a un tercero para que haga uso de la misma bajo ciertas condiciones**.

Dichas licencias estarán sujetas a las mismas características del registro inicial de la marca objeto de la licencia, es decir, el titular como es natural solo podrá otorgar una licencia en relación con el territorio, vigencia y productos o servicios de la marca acorde a como fue otorgada en su momento.

Por lo general las condiciones en las que se otorga la licencia sobre una marca varían acorde a lo pactado por el titular de marca y su licenciatario. Sin embargo, el artículo 48 de la Ley de Marcas establece lo que la ley presume en caso de no haberlo estipulado expresamente en el contrato de licencia de marca.

Las licencias sobre marcas **pueden ser exclusivas o no exclusivas**, las licencias exclusivas conllevan que un tercero puede usar con exclusividad la marca de un titular (incluyendo en algunos casos al propio titular de las marcas), o no exclusivas, que conlleva muchos menos derechos sobre la marca. En cualquier caso, se entiende que la licencia otorgada es no exclusiva, salvo que se establezca expresamente lo contrario.

El titular de una licencia como regla general no puede cederla a terceros ni conceder

sublicencias, a no ser que se haya convenido lo contrario en el contrato de licencia correspondiente.

Respecto del uso, la Ley presume que, el titular de una licencia tendrá derecho a utilizar la marca durante toda la duración del registro, incluidas las renovaciones, en todo el territorio nacional y en relación con todos los productos o servicios para los cuales la marca esté registrada, salvo que en contrato se establezca lo contrario.

Usualmente es el **titular de registro** de marca el que tiene la legitimación para realizar **acciones judiciales**, sin embargo, existen ciertos casos en los que el titular de una licencia exclusiva tiene legitimación para hacer reclamaciones, incluso de carácter judicial, ante terceros.

Es importante mencionar que el titular de las marcas puede **ejercer los derechos frente a cualquier licenciatario** que viole alguna de las disposiciones del contrato de licencia relativas a su duración, a la forma protegida por el registro, a la naturaleza de los productos o servicios, al territorio en el cual pueda ponerse la marca o a la calidad de los productos fabricados o de los servicios prestados por el licenciatario.

En consecuencia, cuando se trate de terceros que se dedican a realizar y crear contenido, como en el caso del podcast, y se mencionen o utilicen marcas, habrá que haber obtenido la **autorización de sus titulares**. Piénsese, por ejemplo, en un podcast en el que se traten las mejores maneras de realizar café. En este caso, el productor habrá debido de obtener autorización de los titulares de las marcas de café para evitar cualquier riesgo de reclamación por su parte.

2.4. Patrocinio y Publicidad.

2.4.1 Patrocinios

Los patrocinios se caracterizan por aquellas **actividades que realiza una marca o una entidad en orden de ayudar a un tercero a cumplir con una función en el desarrollo de sus funciones, a cambio de la contraprestación de obtener publicidad**. Dichas actividades pueden consistir en diferentes acciones, como proporcionar un producto o un servicio que el tercero necesita o abonar directamente una contraprestación económica por la publicidad.

Las marcas propiedad de un tercero otorgan a su titular el derecho exclusivo sobre la misma, y, en consecuencia, la facultad de prohibir el uso de un tercero, sin embargo, en los casos de patrocinios es al titular de la marca al que le interesa que esta sea mostrada en los términos y condiciones plasmados en el contrato de patrocinio.



En consecuencia, la marca de un tercero puede utilizarse siempre que se tenga autorización de su titular y, en el caso de los patrocinios, se impondrá además una **obligación de uso de la misma bajo ciertas condiciones**. Sin embargo, en el caso del podcast, podría haber renuencias por parte del productor del mismo a suscribir este tipo de contratos de patrocinio, ya que por medio de los mismos se otorga una **licencia no exclusiva del uso de la marca** pero, si se incumple con el resto de condiciones que se hayan pactado en el contrato, el titular de la marca, dependiendo del tipo de incumplimiento de que se trate, podría iniciar acciones de carácter legal en base, no solamente al mencionado incumplimiento, sino también en virtud de su derecho de uso exclusivo, otorgado por los derechos de propiedad industrial.

Adicionalmente, es importante que el titular de un podcast tenga en cuenta la normativa de publicidad desarrollada a continuación.

2.4.2. Publicidad en el podcast. Aspectos generales a tener en cuenta.

Al hablar de publicidad en el podcast es difícil no hablar de transformación digital y nuevas posibilidades de mercado. El podcast, por sus características de contenido personalizado, permite a la publicidad llegar a un **mercado objetivo** de manera sencilla.

Sin embargo, al cambiar la tecnología y el contexto respecto de otros formatos más tradicionales, el perfil medio del usuario del podcast también ha cambiado y reclama más transparencia. El reto es generar contenido eficiente, con rasgos publicitarios, pero sin perder confianza de los clientes y no dañar el derecho del consumidor.

La publicidad está regulada en varios cuerpos normativos, de forma muy dispersa y dependiendo del tipo de uso de la publicidad, deben tomarse en cuenta diferentes normas aplicables.

Asimismo, es importante resaltar el carácter extraterritorial de la publicidad digital. **En materia de publicidad aplican dos principios:**

a) Principio del control en el destino:

Este principio establece que debe protegerse al usuario que recibe el mensaje publicitario y se regula por la legislación donde se encuentre el usuario; y

b) Principio del control en el origen:

Este principio establece que debe imperar el lugar donde está ubicado el servidor y desde donde se difunde la campaña. Este principio se encuentra establecido en la Directiva 2000/31, en su artículo 3.1. *“Todo Estado miembro velará por que los servicios de la sociedad de la información facilitados por un prestador de servicios establecido en su territorio respeten las disposiciones nacionales aplicables en dicho Estado miembro que formen parte del ámbito coordinado”.*

Adicionalmente, es importante tener en cuenta lo mencionado por la Ley de Servicios de la Sociedad de información en cuanto que entiende por “prestador de servicios” a la persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información (LSSI- Exposición de motivos).

Es decir, se consideran prestadores de servicios de la sociedad de la Información: (i) los operadores de telecomunicaciones; (ii) los proveedores de acceso a Internet; (iii) los portales; (iv) los motores de búsqueda y (v) cualquier sujeto que disponga de un sitio en Internet.

En consecuencia, **la explotación y puesta a disposición del podcast siempre se llevará a cabo por un prestador de servicios de la sociedad de información**. Así, a un prestador de servicios se le exige la obligación de garantizar que su contenido publicitario no infringe ninguno de los supuestos concretos de publicidad ilícita que se recogen en la Ley general de publicidad y en la Ley de competencia desleal. Entre ellos:

-
- **Publicidad desleal:** aquél que sea contrario a las exigencias de la buena fe en relaciones con consumidores y usuarios o que pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio. (art 4 LCD).
-
- **Publicidad subliminal:** aquélla que actúa sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida. (art 4 LGP).
-
- **Publicidad engañosa:** aquélla que puede inducir a error a los destinatarios. (art 5 y 7 LCD)
-
- **Publicidad confusionista:** aquélla que genera una confusión en el destinatario del producto (riesgo de asociación) con (productos o servicios, marcas registradas, nombres comerciales y otras marcas distintivas de un competidor) (art 6 LCD).
-
- **Publicidad agresiva:** aquélla que incluye dentro de la misma, el acoso, coacción, uso de la fuerza, o influencia indebida, la libertad de elección o conducta, en relación con el bien o servicio. (art 8 LCD)
-
- **Publicidad comparativa:** aquélla que hace alusión explícita o implícita a un competidor. En España está permitida al cumplir con ciertos requisitos relacionados con el producto tenga la misma finalidad del producto y la comparación se realice de manera objetiva entre características esenciales y pertinentes. (art 10 LCD) Por ejemplo, aquellos casos en los que se comparan objetivamente dos productos atendiendo a sus materiales de calidad.
-
- **Publicidad de imitación:** aquélla que resulta idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno. Básicamente consiste en imitación de prestaciones de un tercero con el objeto de engañar al consumidor.
-

El resultado que genera dicha publicidad en el usuario, es que suele alterar su comportamiento económico, generando una ventaja competitiva injustificada.

2.5. El podcast como medio de creación de contenido (vloggers, influencers, streamers)

El podcast, por sus propias características, tiene por objeto compartir contenido online en diferentes plataformas de internet. Asimismo, abre espacios nuevos y aplicaciones que permiten el intercambio de información entre personas y/o empresas mediante la creación de contenido personalizado, lo cual puede ser muy llamativo para una marca ya que adquiere una percepción positiva por parte del usuario.

En este orden de ideas, **el objetivo esencial es captar interés del usuario sin invadir ni interrumpir su experiencia**. Sin embargo, es muy importante identificar el contenido publicitario para evitar que pueda ser considerado como publicidad ilícita por ser encubierta, engañosa o desleal.

La forma correcta de identificar la publicidad al objeto de evitar cualquier forma de publicidad ilícita debe ser incluir la mención al anunciante o la marca y, en su caso, la inclusión de hashtags, tales como #promo, #publi, #publicidad, etc.

Adicionalmente debemos tomar en cuenta las **condiciones de uso de la plataforma** mediante el cual se transmite el contenido. Por ejemplo, plataformas como Instagram, YouTube, Twitter o Facebook, entre otras, prohíben en sus condiciones legales las publicaciones comerciales no indicadas adecuadamente.

El objetivo de todo lo anterior es informar a los usuarios adecuadamente y evitar la existencia de publicidad encubierta. Como ejemplo de lo anterior, una resolución de Autocontrol de 28 de noviembre de 2019 en el que se califica la publicidad realizada por la influencer Paulika Eriksson en la red social "Instagram" como "publicidad encubierta", especialmente porque la *influencer* hizo una referencia a unos auriculares inalámbricos de la marca "Urbanista",



alabando las características y prestaciones del producto, sin hacer mención clara y precisa en su publicación de que se trataba de un contenido publicitario e incumpliendo así el Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol y su principio de autenticidad recogido en el artículo 13 del mismo.

Aunque pueda pensarse que esta regulación está pensada para plataformas de internet que ponen a disposición del público contenido exclusivamente audiovisual, lo cierto es que la misma debe **adaptarse y aplicarse por analogía** a la puesta a disposición de cualquier contenido a través de internet y, por tanto, debe ser igualmente tenida en cuenta y respetada por aquellos prestadores de servicios destinados a la difusión y explotación del podcast.

3. Implicaciones legales en la explotación del podcast.

3.1. Modalidad de explotación.

Como ya se ha avanzado en el apartado anterior, los derechos de explotación sobre una obra de propiedad intelectual son las facultades patrimoniales que permiten, en exclusiva, al autor de la misma obtener rendimientos económicos por su utilización y son los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública que aparecen recogidos en los artículos 18 a 21 de la Ley de Propiedad Intelectual.

En términos generales, y sin perjuicio de otros derechos remuneratorios sobre los que se volverá con posterioridad, pueden definirse los derechos patrimoniales exclusivos de propiedad intelectual de la siguiente manera:

a) El derecho de reproducción es la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, permitiendo su comunicación o la obtención de copias.

b) El derecho de distribución es la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma.

c) El derecho de comunicación pública es 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 y siempre que no se produzca dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo. Así, solo a título de ejemplo y sin carácter limitativo, son actos de comunicación pública la puesta a disposición de la obra mediante representaciones escénicas, exhibición cinematográfica, espectáculos públicos, emisión, transmisión o retransmisión por cualquier vía alámbrica o inalámbrica o la exposición pública de obras de arte o sus reproducciones.

d) El derecho de transformación comprende la traducción, adaptación o cualquier modificación de la obra en su forma de manera que se derive una obra diferente.



Centrándose ya en el formato del podcast, su explotación comercial siempre se llevará a cabo mediante un acto de comunicación pública en cuanto que se trata de la puesta a disposición de la obra, en este caso de un fonograma, o de una obra reproducida en un fonograma, a través de una plataforma de internet.

Por lo tanto y sin perjuicio del derecho de transformación sobre el que se hablará más detalladamente en el punto siguiente, la modalidad de explotación que afecta al podcast es la definida en el artículo 20.2.i) de la LPI, que establece que especialmente serán actos de comunicación pública

“la puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.”

3.2. Financiación y distribución del podcast en el mercado. Producción propia y producción por encargo. Explotación en otros formatos.

A la hora de producir un podcast, tan importante será para el productor determinar sus **aspectos creativos** como definir correctamente su **plan de financiación**. En otras palabras, de poco le servirá al productor haber cerrado los elementos artísticos necesarios (temática, guion, talento, etc.) si, a su vez, no tiene a su disposición el **músculo financiero** necesario para llevar a cabo su creación.

Así, la **primera decisión** que tendrá que tomar el productor será si lleva a cabo la producción del podcast **con sus propios medios económicos** (“Producción Propia”), si consigue financiación de terceros (“Productor Asociado”) conservando los derechos de explotación sobre el podcast a cambio de una contraprestación (por ejemplo, la cesión de alguna ventana de explotación o una participación porcentual en los beneficios) o si, por el contrario, decide **presentar el proyecto a una plataforma digital** (Audible, Podimo, etc.) para intentar conseguir que ésta le encargue la producción del podcast **y le brinde de los recursos financieros necesarios para ello** (“Encargo de Producción” o “Producción Ajena”). Además, el productor también tendrá que valorar si inicia este camino en solitario o si se asocia con otros productores con los que compartirá los derechos y las obligaciones derivadas de la producción del podcast en los términos pactados entre ellos en el contrato de coproducción.

No cabe duda de que **los modelos de producción antedichos cuentan con ventajas e inconvenientes** por lo que serán (i) los recursos del productor o coproductores, (ii) la naturaleza y características del proyecto y (iii) las oportunidades de negocio existentes en el mercado los que brinden al productor los elementos de juicio necesarios para optar por un sistema o por el otro.

Producción o Coproducción Propia y/o Financiación de Terceros:

La mayor ventaja de este sistema de producción la encontramos en que, con él, el productor o productores tendrán absoluta **libertad** para tomar todas las **decisiones** relacionadas con la creación y posterior distribución del podcast en el mercado, según su propio criterio empresarial.

Así, generalmente y salvo pacto en contra en el supuesto de financiación por terceros, será el productor o los coproductores quienes decidan, el presupuesto del podcast, su guion, su elenco artístico, sus proveedores o su calendario de producción, etc.

Además, sin perjuicio de los acuerdos de participación entre ellos, de lo que hayan pactado, en su caso con un tercer inversor o de las comisiones acordadas con otros terceros que intervengan en su comercialización, el productor o coproductores serán **titulares del 100% de los derechos de propiedad intelectual sobre el podcast**, así como de los **rendimientos económicos** derivados de su explotación.

En contrapartida, en un modelo de producción propia el productor o coproductores serán quienes **asuman todo el riesgo económico de la creación del podcast**, desembolsando los costes contemplados en su presupuesto con la incertidumbre de si en el futuro recibirán algún ingreso de su comercialización.

Fijados así los pros y contras de este tipo de producción, todo productor que se plantee seguir este modelo se preguntará cómo monetizar el podcast para intentar recuperar la inversión realizada y obtener beneficios con su explotación.

Además de las cantidades económicas procedentes de los distintos acuerdos de la **publicidad** que se pueda incluir en el podcast (**anuncios, product placement o patrocinio**), los ingresos del podcast vendrán derivados de su explotación en el mercado a través de los pactos alcanzados con las **plataformas digitales** interesadas en su difusión.

Para ello, el productor concederá una serie de licencias a estas plataformas (*Audible, Google Podcasts, iVoox, Spotify, Apple Podcasts-iTunes, Deezer, Podimo, Podium Podcast, etc.*) a través de las cuales éstas últimas adquirirán los derechos de explotación necesarios para la puesta a disposición del podcast en su plataforma. A cambio, **productor y plataforma compartirán los ingresos económicos derivados de la explotación del podcast en la plataforma.**

Así, en dicha **licencia** el productor y la plataforma acordarán, entre otras cosas, **(i)** durante cuánto **tiempo** se podrá difundir el podcast en la plataforma, **(ii)** en qué **territorios**, **(iii)** cómo se calcularán los **ingresos netos** de la explotación del podcast en la plataforma, **(iv)** si el reparto entre productor y plataforma será de esos ingresos netos o si, por el contrato, la plataforma

podrá deducir de manera preferente una serie de **gastos** de los ingresos netos (costes de publicidad, promoción, impuestos, pagos a entidades de gestión colectiva de derechos, etc.) y el productor y la plataforma se repartirán los **ingresos brutos** restantes, **(iv)** cuál será el **porcentaje de reparto de ingresos** entre el productor y la plataforma o **(v)** si la licencia se concede con **exclusividad** para la plataforma o sin ella.

En definitiva, con anterioridad a optar por este sistema, el productor deberá valorar correctamente los **riesgos económicos** derivados de la producción del Podcast en base a su presupuesto, los recursos financieros con los que cuenta y las expectativas de retorno de la inversión.



Producción o Coproducción por Encargo:

En cambio, en el modelo de producción por encargo **será la plataforma digital** quien, directamente, **le encomienda al productor o coproductores la creación de un Podcast** a través de la firma del acuerdo comúnmente denominado como **“production service agreement”**.

Así, la plataforma asumirá y desembolsará al productor la **totalidad del presupuesto del podcast sin que el productor o coproductores tengan que realizar ninguna aportación económica al respecto**.

Al contrario, dado que, con este sistema, **el productor o coproductores recibirán de la plataforma una determinada cantidad económica** como contraprestación por la prestación de sus servicios de creación del podcast (denominada como **“fee de producción”** o **“production fee”**), sin perjuicio del reparto de esa cuantía entre los

coproductores según su acuerdo de coproducción y las funciones y obligaciones adquiridos por cada uno de ellos en la producción.

Como contrapartida, en este modelo de producción, **el productor o coproductores se responsabiliza frente a la plataforma de la correcta entrega del podcast y del cumplimiento de una serie de obligaciones** durante su proceso de producción, viéndose **condicionada su libertad creativa y empresarial** en su creación.



Entre ellas, podemos destacar las obligaciones de **entrega de unos concretos materiales** con una determinada **calidad técnica**, el cumplimiento de un determinado **calendario de producción**, la necesidad de contratar una **póliza de seguro** que garantice la finalización de la producción (**"Errors & Omissions policy"**), la contratación de un determinado personal técnico-artístico o unas concretas instalaciones de grabación, la creación de un determinado **material promocional**, la realización de una **auditoria de costes**, etc.

Además, en el *production service agreement*, y dado que el podcast es producido bajo la inversión de la plataforma, ésta exigirá la **cesión a su favor de los derechos de propiedad intelectual sobre el podcast**. Ello sin perjuicio de que, fruto de la negociación entre las partes, la **productora o coproductoras consigan reservarse a su favor algún concreto derecho de propiedad intelectual sobre el podcast**.

Y, con el mismo fundamento, la plataforma será la exclusiva **titular del podcast y de los rendimientos de explotación del podcast en el mercado sin que el productor o coproductores tengan derecho a recibir ninguna cantidad al respecto** (publicidad, difusión en su plataforma, etc.).

En definitiva, este modelo será ideal para aquellos **productores que no cuentan con los recursos propios necesarios para afrontar la producción** del proyecto, así como para los que prefieran recibir una **cantidad fija** por prestar los servicios de producción (*production fee*) **en lugar de asumir un riesgo económico** basado en el éxito o un fracaso del producto en el mercado.



Explotación del podcast en otros formatos:

Y, si hablamos de distribución de podcast en el mercado, no puede finalizarse este apartado sin analizar una vía de explotación que está adquiriendo cada día mayor relevancia en el sector, esta es, su **adaptación a otros formatos**.

Así, recientemente hemos podido leer en prensa que el podcast **“Nadie sabe nada”** producido por El Terrat contará con una versión audiovisual de la mano de **HBO Max**.

Pero éste no es un caso aislado dado que existen numerosos casos similares en el mercado como la famosa serie audiovisual **“Homecoming”**, protagonizada por Julia Roberts y emitida en **Amazon Prime Video**, que tiene su origen en la adaptación del podcast con idéntico título creado por Eli Horowitz y Micah Bloomberg.

De este modo, no cabe duda de que esta nueva modalidad de explotación puede suponer una **vía adicional de ingresos** para el titular de los derechos sobre el podcast con la que, seguramente, no se contaba a la hora de iniciar el proceso de producción del podcast y elaborar su plan de financiación.

No obstante, para poder explotar esta vía el productor deberá constatar que cuenta con los derechos de propiedad intelectual necesarios sobre el podcast (incluyendo su **material literario previo -argumento, guion o formato-**) para permitir su adaptación a otros formatos.

En concreto, será la titularidad del **derecho de transformación** sobre el podcast (en inglés denominado como **“ancillary rights”** o **“allied rights”**) la que permita al productor la firma de acuerdos económicos con terceros para la realización y comercialización de adaptaciones de su producto a nuevos formatos.



3.3. Gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual sobre el podcast.

Los titulares de los derechos exclusivos enunciados en el apartado 3.1 anterior podrán llevar a cabo su gestión y administración directamente por sí mismos o, si lo prefieren, encomendarlas a una entidad de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, mientras que los denominados derechos irrenunciables de remuneración son de gestión colectiva obligatoria y, por mandato legal, deben administrarse siempre a través de una entidad de gestión.

En el caso concreto del podcast concebido como fonograma, como se ha expuesto al tratar de la cadena de título, dentro de las implicaciones legales de la producción del podcast, es necesario que le sean cedidos al productor fonográfico todos los derechos exclusivos de explotación de los diferentes partícipes que hayan contribuido a su creación o, en el caso de obras preexistentes, dichos derechos sobre la obra en su conjunto.

Más allá, por tanto, de estos derechos exclusivos que controla y gestiona directamente el productor, incluido el de comunicación pública, en su modalidad de puesta a disposición en internet que cede a las plataformas que son las que lo llevan a cabo de forma efectiva, están los **derechos de gestión colectiva obligatoria**, irrenunciables e intransmisibles, que, por imperativo legal, son gestionados siempre por las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual e imponen a los usuarios de una obra o prestación protegida en el marco de la Ley de Propiedad Intelectual, en este caso las referidas plataformas, la obligación de pago de la remuneración que proceda, de acuerdo con las tarifas generales establecidas por la correspondiente entidad de gestión en el marco de los criterios determinados expresamente en la LPI.

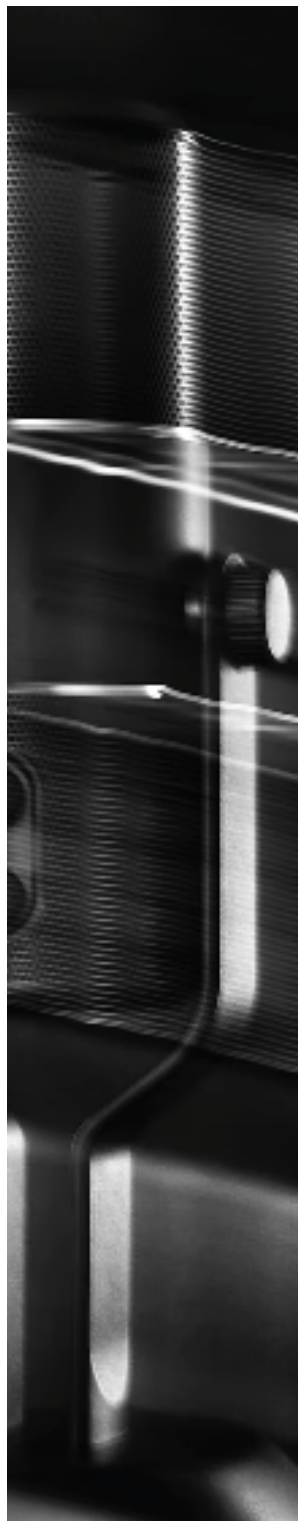
Respecto del podcast, dado que la única vía a través de la cual se puede llevar a cabo su explotación es la comunicación pública mediante su puesta a disposición en internet, en los términos que define el artículo 20.2.i) de la LPI, los únicos derechos de gestión colectiva obligatoria que concurren son los de remuneración equitativa a actores, intérpretes y ejecutantes que se definen en el artículo 108.3 de la LPI en relación con su apartado 1. b).

Efectivamente, conforme al precitado precepto el artista, intérprete, locutor, presentador o ejecutante que haya cedido al productor fonográfico de un podcast su derecho de puesta a disposición del público a través de internet, conservará ese derecho irrenunciable a obtener una remuneración equitativa de quien lleve a cabo tal puesta a disposición, y la gestión y recaudación correspondiente a ese derecho corresponde a las entidades de gestión que los representan y que, en nuestro país, son AIE (Sociedad de Artistas Intérpretes o Ejecutantes, que gestiona los derechos de remuneración de los artistas musicales y AISGE (Sociedad de Gestión de Artistas e Intérpretes, que gestiona los derechos de los intérpretes dramáticos).

Por último, cabe apuntar que el productor fonográfico titular, como hemos visto, del derechos exclusivo de puesta a disposición a través de internet de un podcast, no tendrá, sin embargo, derecho a percibir remuneración equitativa alguna por parte de las plataformas que exploten dicho Podcast porque el artículo 116.2 del TRLPI excluye expresamente de la obligación de pago esta modalidad concreta de explotación, manteniendo dicha obligación respecto del cualesquiera otras modalidades de comunicación pública.

4. Resumen

Recapitulando, a lo largo de la presente guía:



Se ha analizado el **origen y evolución del podcast** desde las formas más rudimentarias de radiodifusión hasta su actual puesta a disposición a través de plataformas de internet que permiten a los usuarios la elección de su contenido, que es de lo más diverso, y del tiempo y lugar en que van a escucharlo.

Se han aportado datos que demuestran el **auge** que está experimentando este formato en nuestra sociedad, cómo está aumentando su consumo, la proliferación de usos, temáticas y plataformas en las que se pone a disposición del público y, sobre todo, las previsiones, de lo más optimistas, sobre su desarrollo en el futuro.

En consonancia con lo anterior, se ha proporcionado una **definición legal del podcast** como fonograma y el encaje que tiene en la legislación vigente de propiedad intelectual para, por una parte, su protección jurídica como creación autónoma e independiente (aludiendo a las necesidad de contar con una adecuada "cadena de derechos") y, por otra parte, para su explotación en el mercado a través de su reproducción y comunicación pública mediante su puesta a disposición interactiva (detallando los derechos exclusivos y remuneratorios envueltos en la misma).

Asimismo, se ha abordado la **protección del título del podcast** por las dos vías existentes. Por un lado, su protección, junto con la obra, por derechos de autor y, por otro lado, como marca, protegiendo no solo el podcast como un servicio, sino protegiendo productos y/o servicios que estén relacionados con el podcast o que se pretenda su explotación junto con el formado. Además, dicha marca puede ser objeto de transmisión o licencia, para que terceros exploten la misma.

Especial atención ha de tenerse al hecho de que dentro del podcast **pueden promocionarse marcas de terceros** y/o hacer uso de las mismas lo cual, en todo caso, necesita autorización de terceros; o el hecho de que se puede hacer publicidad con el podcast y dentro del propio formato.

Sin perjuicio de lo anterior, hemos de ser conscientes de que nos encontramos ante un mercado incipiente en el que, desde un punto de vista jurídico, queda mucho por decir. No hay una regulación específica, ni apenas jurisprudencia o doctrina al respecto y, por ello, tampoco existe un criterio unánime y uniforme respecto a su tratamiento legal y a la gestión de los derechos de propiedad intelectual e industrial implicados en su creación, desarrollo y explotación.

Nos encontramos ante un debate abierto a distintas opiniones e interpretaciones jurídicas y, por tanto, el objetivo principal de esta guía, es clarificar algunos de sus conceptos más relevantes y poner el foco en las diferentes cuestiones jurídicas que pueden surgir en torno al mismo.



ECIJA



Área de TMT de ECIJA

Pº de la Castellana, 259C
Torre de Cristal
28046 Madrid, España
T. +34 917 816 160
info@ecija.com