

S

REUNIÓN REGIONAL DE LA OMPI PARA LOS PAÍSES DE AMÉRICA LATINA SOBRE LOS TRATADOS DE BEIJING Y MARRAKECH

SANTO DOMINGO, 8 A 10 DE JULIO DE 2014

Sesión 11.-

EL CONSENTIMIENTO DEL ARTISTA PARA LA FIJACIÓN DE SU ACTUACIÓN EN UNA FIJACIÓN AUDIOVISUAL Y LA CESIÓN, TITULARIDAD Y EJERCIO DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES SOBRE LA MISMA – LAS INTERPRETACIONES O EJECUCIONES PROTEGIDAS POR EL TRATADO DE BEIJING.

Abel Martín Villarejo
Secretario General LATIN ARTIS

El Tratado de Beijing es el tercero que se adopta para la protección de los denominados “*derechos conexos*” de los artistas intérpretes o ejecutantes, siendo los dos primeros la Convención de Roma de 1961 y el Tratado de la OMPI sobre interpretaciones o ejecuciones y fonogramas (WPPT). Ahora bien, aunque los tres instrumentos están referidos a derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, sus respectivos ámbitos de aplicación – o, con mayor propiedad, el ámbito de los dos primeros (Roma y WPPT) se diferencian del tercero (Beijing) desde el momento mismo en el que el artista intérprete o ejecutante consiente la primera fijación de su interpretación o ejecución. Así, si dicha fijación es estrictamente sonora, en un fonograma, serán de aplicación los dos primeros y, por el contrario, si la fijación es audiovisual (*i.e.* de imágenes en movimiento, con o sin sonido – en los términos que veremos a continuación) será el Tratado de Beijing el que dispense la protección reclamada.

Esta circunstancia no cambia por el mero hecho de que la fijación sonora preexistente se incorpore en un momento posterior en la fijación audiovisual, habida cuenta que dicha incorporación (o, en términos estrictamente jurídicos, dicho acto de reproducción) se ha llevado a cabo al amparo de las disposiciones del artículo 7.1.c) de la Convención de Roma¹ y del artículo 7 del WPPT². Es decir, la incorporación del fonograma en una fijación audiovisual supone un acto de explotación de dicho fonograma, que podrá ser llevado a cabo por el propio artista intérprete o ejecutante, cuando no haya cedido previamente su derecho exclusivo de reproducción, o por su cesionario, en ambos casos en los términos y condiciones que el titular de dicho derecho pacte con el productor de la fijación audiovisual.

Sobre esta cuestión volveremos más adelante, concretamente en relación con el artículo 12 del Tratado, en relación con la cesión de los derechos al productor de la fijación audiovisual, pero sin embargo conviene dejar apuntado desde el principio que la definición de artista intérprete o ejecutante lleva aparejada una declaración concertada que fue negociada y acordada durante la Conferencia Diplomática de Beijing – conforme a la recomendación del Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la OMPI (SCCR, junio de 2011), adoptada por la Asamblea General de dicho año – cuando acordó la continuación de la citada conferencia:

Queda entendido que la definición de «artistas intérpretes o ejecutantes» incluye a aquellos que interpreten o ejecuten obras literarias o artísticas que han sido creadas o fijadas por primera vez durante la interpretación o ejecución.

La inclusión de una nueva declaración concertada en relación con la definición de artista intérprete o ejecutante contenida en artículo 2.a) provisionalmente acordado en 2000 fue solicitada por Brasil, durante la vigesimosegunda sesión del SCCR (junio 2011).

¹ La protección prevista por la presente Convención a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes comprenderá la facultad de impedir (...) (c) la reproducción, sin su consentimiento, de la fijación de su ejecución (...).

² Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción directa o indirecta de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma.

En su primera propuesta, de 31 de enero de 2011³, Brasil abogaba por una formulación más precisa de las definiciones contenidas en el Tratado, debiendo revisarse el artículo 2.a) «*a fin de garantizar que la protección que confiere el tratado beneficiará únicamente a los intérpretes y ejecutantes profesionales*», indicando, además, que «*una definición amplia podría suponer un impedimento de la futura gestión de los derechos conferidos por el nuevo tratado*».

Según declaró la delegación brasileña, especialmente durante la Ronda Abierta de Consultas Informales celebrada en Ginebra a tal efecto los días 13 y 14 de abril de 2011, la propuesta de limitar el ámbito del Tratado a los artistas intérpretes o ejecutantes «*profesionales*» obedecía a un doble objetivo: por un lado perseguía dejar sentado que el ámbito del Tratado estaba limitado a los artistas intérpretes o ejecutantes directamente vinculados en la producción de la fijación audiovisual (es decir, aquellos que llevan a cabo su actuación en virtud de un acuerdo o contrato concluido directamente con el productor de la fijación audiovisual); y por otro lado, habida cuenta la inclusión de las expresiones del folclore en la definición, se pretendía garantizar que los miles de participantes en los carnavales brasileños – cuyas actuaciones son fijadas y transmitidas a todos los rincones del planeta – no encontrarán en este nuevo instrumento herramienta alguna para reclamar derechos.

Por su parte, y durante la vigésimo segunda sesión del SCCR, la delegación india expresó su preocupación ante una eventual limitación de dicha definición, incluso por la vía de una declaración concertada. La preocupación de la India tenía que ver con la protección de los múltiples bailarines que habitualmente participan en las producciones cinematográficas de dicho país – el fenómeno comúnmente conocido como «*Bollywood*».

Durante esa misma sesión del SCCR, y estando ya muy avanzados los debates sobre el artículo 12, relativo a la cesión de los derechos (y, por tanto, a la relación entre artista intérprete o ejecutante y productor de la fijación audiovisual), ambas delegaciones, la brasileña y la india, se mostraron dispuestas a matizar la definición del artículo 2.a) por la vía de una declaración concertada, y sin necesidad de limitar especialmente su ámbito – habida cuenta que sus respectivas inquietudes se veían satisfechas con las disposiciones

³ Documento WIPO/CR/CONSULT/GE/11/1/3, de 31 de enero de 2011 – disponible en http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/wipo_cr_consult_ge_11_1/wipo_cr_consult_ge_11_1_3.doc

introducidas en el artículo 12, de las que se deducía que, en relación con las interpretaciones o ejecuciones fijadas en una fijación audiovisual, la protección dispensada por el Tratado únicamente alcanzaría a los artistas intérpretes o ejecutantes directamente vinculados con el productor de dicha fijación – ya sea mediante contrato escrito, o por la mera prestación de su consentimiento a la fijación de su actuación.

Así las cosas, el debate sobre la nueva declaración concertada se limitó a perseguir la fórmula más adecuada para dejar sentado que las improvisaciones también están amparadas por el Tratado, cuyas disposiciones alcanzan igualmente a aquellos artistas intérpretes o ejecutantes que, con su actuación [improvisación], crean una obra. Es decir, no es requisito que las modalidades de actuación previstas en el artículo 2.a) estén referidas a una obra literaria o artística preexistente.

Pero el precepto que mejor ilustra esta circunstancia es el artículo 12 del Tratado, precisamente el único sobre el que no hubo consenso durante la Conferencia Diplomática de 2000 – y que no se retomó hasta transcurridos doce años, una vez las Partes lograron acordar el texto definitivo de dicho precepto (SCCR/22 de junio de 2011), finalmente adoptado en Beijing en 2012:

Artículo 12.- Cesión de derechos

- 1. Una Parte Contratante podrá disponer en su legislación nacional que cuando el artista intérprete o ejecutante haya dado su consentimiento para la fijación de su interpretación o ejecución en una fijación audiovisual, los derechos exclusivos de autorización previstos en los artículos 7 a 11 del presente Tratado pertenecerán o serán cedidos al productor de la fijación audiovisual o ejercidos por este, a menos que se estipule lo contrario en un contrato celebrado entre el artista intérprete o ejecutante y el productor de la fijación audiovisual, conforme a lo dispuesto en la legislación nacional.*
- 2. Una Parte Contratante podrá exigir, respecto de las fijaciones audiovisuales producidas en el marco de su legislación nacional, que dicho consentimiento o contrato conste por escrito y esté firmado por ambas partes o por sus representantes debidamente autorizados.*
- 3. Independientemente de la cesión de los derechos exclusivos descrita supra, en las legislaciones nacionales o los acuerdos individuales, colectivos o de otro tipo se podrá otorgar al artista intérprete o ejecutante el derecho a percibir regalías o*

una remuneración equitativa por todo uso de la interpretación o ejecución, según lo dispuesto en el presente Tratado, incluyendo lo relativo a los artículos 10 y 11.

A los efectos que ahora nos ocupan, i.e. delimitar el verdadero ámbito de aplicación del Tratado, es necesario interpretar la condición básica contenida en el primer párrafo del citado artículo 12: «cuando el artista intérprete o ejecutante haya dado su consentimiento para la fijación de su interpretación o ejecución en una fijación audiovisual».

Nótese que tanto la *Variante E* de la Propuesta Básica de 2000 como la primera propuesta combinada de Estados Unidos, México y la India (durante el SCCR/22, en junio de 2011) se referían al consentimiento [del artista intérprete o ejecutante] para la «*incorporación*» o «*inclusión*» de la interpretación o ejecución en una fijación audiovisual.

Resulta evidente que el acto de «*fijar*» difiere sustancialmente del de «*incorporar*» o «*incluir*», puesto que mientras que el primero se refiere exclusivamente a la primera fijación de la interpretación o ejecución hasta entonces no fijada⁴, los segundos pueden referirse tanto a las interpretaciones o ejecuciones aún no fijadas como a aquellas ya fijadas o preexistentes y que posteriormente se incorporan a otra fijación (en este caso audiovisual).

Ello es lógico, además, habida cuenta que los derechos objeto de cesión son los que *este* (y ningún otro) Tratado reconoce a los artistas intérpretes o ejecutantes, («los derechos **exclusivos de autorización** previstos en los artículos 7 a 11 del presente Tratado»), y que la base jurídica de la cesión al productor es,

⁴ La fijación supone la primera incorporación de la obra y/o prestación artística en un soporte material (según se deduce, entre otros, del artículo 2.2 del Convenio de Berna - «*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*»). Seguramente el término empleado en la *Variante E* de 2000, así como en la primera propuesta combinada de los Estados Unidos, México y la India (2011), «*incorporación*» e «*inclusión*» respectivamente, obedecía al hecho de que la definición de fijación audiovisual contenida en el artículo 2.b del Tratado se refiere a la «*incorporación*» de la prestación artística, «*a partir de la cual pueda percibirse, reproducirse o comunicarse mediante un dispositivo*», y no a la voluntad de incluir en el ámbito del Tratado las interpretaciones y ejecuciones fijadas previamente.

precisamente, el vínculo (generalmente contractual) entre aquellos y éste. Vínculo que se manifiesta en una relación, ya sea laboral o mercantil, a cuya virtud el productor remunera al artista y éste, a su vez, lleva a cabo la interpretación o ejecución que será objeto de «fijación». **Por tanto, es obvio que el Tratado únicamente ampara aquellas interpretaciones o ejecuciones llevadas a cabo frente a la cámara o dispositivo de grabación - es decir, aquellas interpretaciones o ejecuciones realizadas expresamente para su primera incorporación (i.e. fijación) en la fijación audiovisual**⁵.

Avala esta tesis el hecho de que fuera precisamente LATIN ARTIS la que, durante el SCCR/22, propusiera la sustitución del término «inclusión» por «fijación» en la propuesta combinada presentada por los Estados Unidos, México y la India al sector privado allí representado. Así, los representantes de LATIN ARTIS explicaron a dichas delegaciones gubernamentales, así como al resto de ONGs presentes (FIA, MPAA, FIAPF, AEPO-ARTIS) que debía quedar claro que la cesión de derechos únicamente debía operar por el consentimiento para la «fijación», en el sentido arriba señalado, de existencia de relación directa entre el artista intérprete o ejecutante [beneficiario de la protección dispensada por el Tratado] y el productor de la fijación audiovisual **para la primera incorporación (o fijación) de la interpretación o ejecución en la fijación audiovisual**. Todos los presentes manifestaron expresamente que esa era, en realidad, la lectura que siempre habían dado a cualquier posible fórmula de cesión (incluidas las previstas en la Propuesta Básica de 2000), pero que, en aras de una mayor claridad y seguridad jurídica, estaban dispuestos a adoptar la propuesta de LATIN ARTIS.

Es más, en idéntico sentido y en un momento posterior, a solicitud del sector privado, se acordó excluir del elenco de derechos objeto de cesión el previsto en el artículo 6 (el derecho de fijación), entendiendo que su ejercicio frente al productor de la fijación audiovisual lo agota - la primera incorporación de una interpretación o ejecución sólo tiene lugar una vez, precisamente con su fijación. Este argumento del agotamiento es igualmente aplicable a las fijaciones preexistentes (i.e. previas a la fijación audiovisual), en el sentido de que cuando un artista intérprete o ejecutante consiente la fijación de su actuación en un soporte, cualquier acto posterior de incorporación o inclusión de dicha fijación en otra habrá de ser objeto de autorización por parte de quien ostente el derecho exclusivo de autorizar la reproducción (que no la fijación).

⁵ Véase la nota anterior.

Imaginémonos una interpretación o ejecución fijada con anterioridad. En este caso el artista intérprete o ejecutante habrá consentido esa fijación concreta, de tal suerte que si el productor de una fijación audiovisual desea «*incluir*» o «*incorporar*» esa fijación [preexistente] en su fijación audiovisual, deberá recabar la debida autorización, ya sea del artista intérprete o ejecutante o del licenciatarario correspondiente. Dicha autorización será la que, en su caso, habilite al productor para llevar a cabo los actos de explotación a que se refiere el Tratado, y no el consentimiento del artista intérprete o ejecutante a la primera fijación de su interpretación o ejecución.

Así lo entiende, además, la doctrina más autorizada, entre otros FICSOR⁶, quien ha publicado lo siguiente:

(...) El consentimiento del artista intérprete o ejecutante es necesario para dicho acto de fijación, por virtud del derecho exclusivo establecido en el Artículo 6(ii) del Tratado – cuyo objeto es la interpretación o ejecución aún sin fijar del artista intérprete o ejecutante.

*De ello se sigue (i) que **todos los derechos previstos en los Artículos 7 a 11 del Tratado cubren aquellas interpretaciones o ejecuciones que estaban sin fijar y que son fijadas por vez primera en una fijación audiovisual**, y (ii) que, en el Artículo 12 del Tratado, el texto “cuando el artista intérprete o ejecutante haya dado su consentimiento para la fijación de su interpretación o ejecución en una fijación audiovisual” se refiere al **consentimiento del artista intérprete o ejecutante que – en ejercicio de su derecho exclusivo previsto en el Artículo 6(ii) del Tratado – ha consentido la fijación, en una grabación audiovisual, de su interpretación o ejecución aún sin fijar**. (En otro orden de cosas, cuando el consentimiento para la primera fijación de una interpretación o ejecución en vivo en una grabación audiovisual se presta para la producción final – en particular de una obra audiovisual – dicho consentimiento implica los subsiguientes actos de reproducción necesarios para realizar la producción final).*

(El resaltado es nuestro)

Cumple advertir, igualmente, que durante el SCCR/22, con ocasión de la inclusión del último inciso en el tercer párrafo del artículo 12, relativo a la

⁶ FICSOR, M.J., *Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales (BTAP): primera valoración del tercer “Tratado Internet” de la OMPI*, de 3 de julio de 2012 – versión original en inglés, disponible en <http://www.copyrightseesaw.net/>

posibilidad de que las Partes Contratantes reconozcan a los artistas intérpretes o ejecutantes un derecho de remuneración por la puesta a disposición de sus interpretaciones o ejecuciones audiovisuales (por remisión expresa al artículo 10 del Tratado – a petición de la delegación brasileña, como se ha expuesto *supra*), la industria discográfica, representada por la RIAA estadounidense (y apoyada la IFPI), contactó con la delegación estadounidense, mostrando su más firme oposición a dicha posibilidad. La delegación estadounidense trasladó este incidente al sector privado audiovisual, cuyos representantes (incluidos los de los productores –MPAA – y los de los artistas – LATIN ARTIS y FIA –) explicaron a los representantes de la industria discográfica que **en modo alguno cualquier derecho reconocido en este Tratado iba a poder ser exigido por la explotación de fonogramas preexistentes incorporados en una fijación audiovisual**, y ello habida cuenta la redacción definitiva del artículo 12 y las consideraciones más arriba realizadas en torno a su ámbito. La ausencia de conexión material entre este Tratado y el WPPT explican aún más dicha conclusión.

Por tanto, y a modo de conclusión, puede afirmarse que el consentimiento del artista intérprete o ejecutante previsto en el artículo 12 del Tratado opera, no sólo como desencadenante de los mecanismos de cesión, titularidad o ejercicio de los derechos patrimoniales sobre la interpretación o ejecución, sino, además, como elemento definitorio de las interpretaciones o ejecuciones cubiertas por este instrumento. Así, ya hemos dicho que ese consentimiento (verbal o por escrito, expreso o tácito, etc.) lo presta el artista intérprete o ejecutante beneficiario del Tratado *al productor de la fijación audiovisual, y para esa fijación audiovisual*. No cabe, entonces, aplicar las disposiciones de este tratado a otras interpretaciones o ejecuciones previamente fijadas en soporte distinto, a cuyo productor fue al que, en su caso, consentiría el artista intérprete o ejecutante. La incorporación y posibles rendimientos de estas fijaciones preexistentes se regirán, en su caso, por las disposiciones de la licencia correspondiente.