

ESTUDIO SOBRE EL MARCO JURÍDICO AUDIOVISUAL EN LATINOAMÉRICA

PARTE 3: EL TRATAMIENTO JURÍDICO DEL AUTOR EXTRANJERO DE OBRA AUDIOVISUAL

preparado por el Sr. Aurelio Lopez-Tarruella¹

Proyecto piloto sobre el derecho de autor y la distribución de contenidos en el entorno digital
Comité de Desarrollo y Propiedad Intelectual
Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
2021

¹ Prof. Titular Derecho internacional privado (Universidad de Alicante, España), Director de la Cátedra OEI-UA de Cultura Digital y Propiedad Intelectual. Dirección de correo-e: Aurelio.Lopez@ua.es.

DESCARGO DE RESPONSABILIDAD

El presente estudio se encargó como parte del Proyecto Piloto sobre Derechos de Autor y Distribución de Contenido en el Entorno Digital² del Comité de la OMPI sobre Desarrollo y Propiedad Intelectual (CDIP). Este documento no tiene por objeto reflejar las opiniones de los Estados Miembros ni de la Secretaría de la OMPI.

TABLA DE CONTENIDO

I. INTRODUCCIÓN	2
II. LAS DIVERGENCIAS ENTRE LEGISLACIONES Y LA EXPLOTACIÓN INTERNACIONAL DE LA OBRA AUDIOVISUAL	4
A. La autoría y titularidad originaria de la obra audiovisual.....	5
B. El contenido de los derechos sobre la obra audiovisual y su afectación por el contrato... 7	
C. Explotación internacional de las obras audiovisuales y <i>lex loci protectionis</i>	9
III. LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DEL AUTOR EN LA CONTRATACIÓN CUANDO LA PRODUCCIÓN AUDIOVISUAL TIENE CARÁCTER INTERNACIONAL.....	11
IV. MEDIDAS DESTINADAS A FAVORECER LA PROTECCIÓN DEL AUTOR EXTRANJERO DE OBRA AUDIOVISUAL	15
1. El papel de las sociedades de gestión colectiva	15
2. El refrendo legal de un derecho de simple remuneración en ciertas legislaciones nacionales	17
V. CONCLUSIONES	19

I. INTRODUCCIÓN³

1. Existe un consenso internacional, reflejado en los convenios internacionales en la materia, de que los autores de obra audiovisual merecen ser adecuadamente protegidos. No obstante, dicho consenso no es tan amplio en relación con la manera en la que estos autores deben ser retribuidos por la explotación de la obra. Esto provoca que, en ocasiones, los autores de obra audiovisual argumenten que la remuneración recibida no resulta equitativa. Este problema, reportado con carácter general⁴, también se observa en América Latina y, con algunas excepciones, puede igualmente aparecer en los ordenamientos que son objeto de análisis en el presente estudio: Argentina, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Perú y Uruguay⁵.

El problema se acrecienta en aquellos supuestos en los que las obras se explotan en mercados diferentes al del Estado de origen de la obra de manera simultánea o sucesiva. Esta circunstancia no es, ni mucho menos, excepcional. En los últimos años, el mercado audiovisual

² Estudios disponibles en: https://dacatalogue.wipo.int/projects/DA_1_3_4_10_11_16_25_35_01

³ El presente trabajo ha sido realizado a partir de las entrevistas mantenidas con los siguientes expertos: German Gutierrez (ARGENTORES, Argentina), Eduardo de Freitas (AGADU, Uruguay), Ramiro Rodriguez (SENADI, Ecuador), Federico Duret (UNIARTE, Ecuador), Paula Siqueiros (GEDAR, Brasil), Ana Grettel Coto (Costa Rica), Martin Moscoso (Peru), Fernando Zapata (Colombia), Maria Mateo (SGAE, España), Leonardo de Terlizzi (CISAC). Quiero expresar mi agradecimiento a todos ellos. Cualquier comentario o inexactitud es responsabilidad exclusiva del autor.

⁴ XALABARDER, R. (2018), *International legal study on implementing an unwaivable right of audiovisual authors to obtain equitable remuneration for the exploitation of their works*, CISAC, p. 3., disponible en <https://es.cisac.org/Universidad-CISAC/Biblioteca/Estudios-y-guias/Estudio-de-remuneracion-audiovisual>

⁵ Un análisis del marco normativo nacional e internacional aplicable a la explotación de la obra audiovisual en estos países puede encontrarse en la Parte 2 publicada conjuntamente con el presente estudio.

se está viendo rápidamente transformado por la llegada de las tecnologías digitales y los servicios en línea. Si bien las tradicionales ventanas de explotación y calendarios de apertura nacionales siguen vigentes, la disponibilidad inmediata de contenidos audiovisuales a nivel mundial a través de internet no para de crecer. Las plataformas de video a la carta (Netflix, Amazon, HBO...) están proliferando y, generalmente, ofrecen sus servicios a nivel internacional. En el momento actual, todo tipo de contenidos pueden ser accedidos gratuitamente, a cambio de publicidad, bajo suscripción o bajo sistemas de pago por visión, lo que ha llevado a la doctrina a plantearse cuanto más pueden durar los modelos de explotación tradicionales⁶.

Si bien es cierto que las producciones de obras audiovisuales exigen grandes inversiones y conllevan elevados riesgos⁷, la explotación de contenidos sin límites geográficos conlleva un incremento exponencial de los ingresos que estas plataformas pueden obtener por la explotación de esas producciones. Se ha denunciado que esto no se ve necesariamente reflejado en un aumento de la remuneración de los autores proporcional al incremento de la explotación de sus obras. El problema no se limita exclusivamente a la explotación en medios digitales. Los autores tampoco son adecuadamente remunerados por la representación de sus obras en cines, o en canales de televisión por cable o radiodifusión, o por el alquiler de sus obras. Generalmente, los autores reciben un pago único por la cesión de todos sus derechos y, en la mayoría de casos, no participan en los ingresos generados por la posterior explotación de la obra⁸.

2. El objetivo del presente estudio es, por un lado, analizar las razones que dificultan la protección del autor de obra audiovisual cuando la obra es objeto de explotación a nivel internacional; y, por otro, determinar la eficiencia de las medidas implementadas por los sistemas nacionales de derechos de autor para favorecer esta protección.

Como se expone en el siguiente epígrafe las principales razones puestas de manifiesto por los representantes de los autores son dos: las divergencias existentes entre las legislaciones nacionales de propiedad intelectual; y las facilidades que encuentran las plataformas para eludir las normativas de protección de los autores en la contratación cuando la relación adquiere un carácter internacional.

Las medidas implementadas en los ordenamientos objeto de análisis para favorecer la protección de los autores de obra audiovisual serán tratadas en el epígrafe III. Como se explicará, las sociedades o entidades de gestión colectiva (en adelante SGC) están jugando un papel importante en este sentido. No obstante, estas no están presentes en todos los Estados objeto del presente estudio. Un segundo elemento de protección introducido en algunas legislaciones consiste en la adopción en algunas legislaciones nacionales de un derecho de simple remuneración por la reproducción y comunicación pública de las obras audiovisuales irrenunciable y de gestión colectiva obligatoria.

Antes de empezar a explicar las causas, debe advertirse que el presente trabajo se centra en la figura del autor de obra audiovisual, si bien muchas de las conclusiones a las que se llegan

⁶ La pregunta ahora es en que momento estos servicios dominarán el mercado audiovisual en detrimento de los modelos de negocio de retransmisión audiovisual tradicionales.

⁷ HUGENHOLTZ, P. B., POORT J., (2020), "Film Financing in the Digital Single Market: Challenges to Territoriality", IIC, vol 51, pp. 167 – 186.

⁸ XALABARDER, R (2018), p. 10.

podrían ser aplicables analógicamente a otros titulares de derechos como, por ejemplo, los intérpretes.

II. LAS DIVERGENCIAS ENTRE LEGISLACIONES Y LA EXPLOTACIÓN INTERNACIONAL DE LA OBRA AUDIOVISUAL

3. Las legislaciones sobre propiedad intelectual presentan diferencias por cuanto cada una de ellas responde a objetivos de política legislativa propios de cada país, y a circunstancias socioeconómicas y tradicionales culturales especiales. Con carácter general, es habitual distinguir entre los ordenamientos del sistema de Derecho continental (o *droit d'auteur*), y los de sistema anglosajón (o *copyright*).

Estas diferencias legislativas se acentúan más todavía en lo que se refiere a la regulación de la obra audiovisual. La razón de ello reside en la complejidad que reviste la producción y explotación de esta categoría de obras, como consecuencia de una serie de factores:

- a) Su producción exige la participación de una pluralidad de personas que llevan a cabo diversas contribuciones de carácter creativo, técnico, comercial o empresarial. El resultado es que una producción audiovisual da lugar a una pluralidad de objetos de protección (obra audiovisual, las interpretaciones, la grabación audiovisual) y titulares de derechos (autores, intérpretes y productores)
- b) La producción de una obra audiovisual requiere de una fuerte inversión que lleva a cabo el productor, y su explotación está sujeta a elevados riesgos por cuanto puede ser difícil prever, de antemano, si la obra tendrá o no éxito comercial y, por lo tanto, generará ingresos⁹.
- c) A su vez, la producción audiovisual y sus diferentes elementos (banda sonora, guiones, etc...) es susceptible de ser explotados en diversas modalidades y, al contrario de lo que ocurre con otras categorías de obras, en una pluralidad de mercados.

Dependiendo de la ponderación que cada Estado otorga a los intereses de las diferentes personas involucradas en la producción y explotación de la obra audiovisual, la regulación varía dando lugar a importantes diferencias en las legislaciones nacionales¹⁰. A efectos expositivos, estas diferencias pueden dividirse en dos grupos: las referidas a la autoría y titularidad originaria de la obra; y las relativas al contenido de los derechos del autor de obra audiovisual y cómo estos pueden resultar afectados por los contratos¹¹.

⁹ HUGENHOLTZ, P. B., POORT J., (2020), p. 169.

¹⁰ SAIZ GARCIA, C. (2002), *Obras audiovisuales y derechos de autor*, Madrid, Thomson Aranzadi, p. 26.

¹¹ En relación con el objeto de protección, con base en el concepto amplio de obra cinematográfica acogida en el Convenio de Berna (art. 2.1: "las obras cinematográficas a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía") todos los ordenamientos objeto de estudio garantizan la protección de todas las categorías de obras audiovisuales. También existe una regulación armonizada en lo que respecta al término de protección (70 años), si bien el sistema de cómputo de dicho plazo varía: en unos casos desde el fallecimiento del último autor (Costa Rica, Uruguay), en otros desde la publicación de la obra (Brasil, Ecuador, Perú). Argentina es la excepción a la regla por cuanto el plazo de protección alcanza los 50 años tras el fallecimiento del último autor. Tampoco se aprecian diferencias importantes que puedan afectar a la explotación internacional de la obra audiovisual por lo que respecta al régimen de excepciones. Con la excepción de Perú, ninguno de los países recoge la excepción al derecho de reproducción para uso privado (en Perú existe incluso la excepción para comunicación pública dentro de un ámbito privado). El Código ingenios de Ecuador recoge una larga lista de excepciones y una excepción genérica de "usos justos" que, en cualquier caso, deben respetar la regla de los tres pasos. También cabe mencionar en la legislación de este país de licencias obligatorias (legales) que se pueden solicitar a la autoridad nacional sobre obras

4. Los convenios internacionales garantizan un cierto grado de armonización de dichas legislaciones, y un ámbito de protección básico de los autores más allá de su país de origen. No obstante, no son útiles para superar los obstáculos que se derivan de estas divergencias legislativas para la explotación de las obras audiovisuales y la protección de los autores en el extranjero¹². Ello es debido a la dificultad para superar el principio de territorialidad que impregna la regulación de la materia, y justifica la adopción de la norma de conflicto *lex loci protectionis* (ley del lugar de protección) para determinar la ley aplicable en supuestos de explotación internacional de las obras.

A. LA AUTORÍA Y TITULARIDAD ORIGINARIA DE LA OBRA AUDIOVISUAL

5. Las regulaciones nacionales sobre la autoridad y titularidad originaria de la obra audiovisual pueden dividirse en dos grupos¹³. Uno primero, habitual de los sistemas de *copyright*, en los que todos los derechos de explotación se concentran en la persona física o jurídica que actúa como productor. Bajo la doctrina del “*work made for hire*” dicha persona es considerada autor y titular originario. Es el sistema adoptado, por ejemplo, en Estados Unidos, Australia o China. De esta manera se facilita enormemente la explotación de la obra, pues todos los derechos se concentran en una misma persona.

Un segundo grupo de países, correspondiente a los países de tradición “*droit d’auteur*” califica las obras audiovisuales como obras colectivas o en colaboración, y todas las personas que contribuyen creativamente a la obra son considerados co-autores. Estas legislaciones contienen una lista de personas que pueden ser consideradas autores: generalmente el director, el guionista y el compositor de la música creada especialmente para la producción audiovisual. No obstante, estas listas pueden incluir otras personas que varían de una legislación a otra. Estas regulaciones vienen acompañadas de una presunción *iuris tantum* según la cual estos autores otorgan al productor la cesión en exclusiva de los derechos de explotación sobre la obra. Con ello se pretende facilitar la explotación de la obra concentrando todos los derechos en una sola persona.

6. Las legislaciones de propiedad intelectual de América Latina, y en particular las de los países objeto del presente estudio, pertenecen al segundo grupo. En principio, esta circunstancia facilita la explotación de la obra en varios países de la región. No obstante, pueden aparecer dos tipos de problemas.

Por un lado, debido a que las listas de personas que pueden ser consideradas autores son taxativas, puede ocurrir que una persona que es reconocida como autor en un país no lo sea en otro. Así, por ejemplo, en Argentina el compositor únicamente es considerado autor si se trata de una película de género musical. En este país y en Costa Rica el productor es considerado co-autor y, por lo tanto, recibe el mismo tratamiento que el autor de obra

audiovisuales que no estén disponibles en el mercado nacional. (en este sentido, véase la Parte 2 del estudio publicada conjuntamente con el presente estudio).

¹² SAIZ GARCIA, C. (2002), pp. 111 ss.

¹³ Si bien, como señala A. Gonzalez Gozalo es posible encontrar “sistemas híbridos”. GONZALEZ GOZALO, A (2001), *La propiedad intelectual de la obra audiovisual*, Granada, Comares, pp. 102-1123.

audiovisual¹⁴. En cambio, en estos países no se reconoce esta condición al diseñador de los dibujos de una obra audiovisual animada. Es decir, esta persona es considerada autor, pero no de obra audiovisual, reconocimiento que si recibe en las legislaciones de los otros países objeto de estudio. En fin, en Perú, Ecuador y Uruguay se considera autor de obra audiovisual al autor de la obra preexistente, cosa que no ocurre en el resto de ordenamientos¹⁵.

Por poner un ejemplo hipotético, un diseñador uruguayo de dibujos de una obra audiovisual animada es considerado autor audiovisual en su país y, por lo tanto, tiene un derecho de remuneración simple. No obstante, no recibirá esta calificación en Argentina por lo que sus derechos no son de gestión colectiva obligatoria. A su vez, un productor argentino, en la medida en que no es reconocido como autor en Uruguay, no tiene derecho de remuneración simple por la explotación de sus obras en este país.

7. Por otro lado, también resulta problemática la relación de estas legislaciones con los ordenamientos del sistema *copyright*. Los problemas aparecen cuando autores de países latinoamericanos celebren contratos con productores estadounidenses o de otros países de sistemas *copyright*. Generalmente, dichos contratos, que suelen presentar un contenido standard, establecen que la autoría y titularidad originaria de los derechos sobre las obras corresponden al productor. Asimismo, estos contratos pueden incluir una cláusula de elección de ley del país de domicilio del productor para garantizar la aplicación de la normativa contractual de ese país y, en particular, la doctrina del “*work made for hire*”.

En estos supuestos cabe plantearse si las personas que tienen la condición de autores de acuerdo con la legislación de su país de origen (del sistema *droit d’auteur*) pierden esa condición por el hecho de haber renunciado a la autoría de acuerdo con una ley extranjera (de sistema *copyright*) que lo permite.

La doctrina se decanta por ofrecer una respuesta negativa a esta cuestión¹⁶. Las partes del contrato de producción audiovisual tienen libertad contractual para regular los aspectos contractuales de la relación, pero no los aspectos de propiedad intelectual. Es decir, el contrato no puede determinar quién puede ser considerado autor o titular originario de la obra. Se trata de una cuestión que debe determinar la ley que rigen el derecho de propiedad intelectual, es decir, la *lex loci protectionis*. Así lo establece expresamente el art. 14bis.2 a) CB, al que nos referiremos más tarde¹⁷. Esto implica que, si la obra es explotada en varios países, será la normativa de cada uno de esos países la que determine quien es considerado autor o titular originario de la obra audiovisual. Lo mismo ocurre con la determinación de las creaciones que

¹⁴ En ambos casos, se interpreta que únicamente puede ser considerado co-autor el productor persona física. En este sentido véanse tablas de legislación de Argentina y Costa Rica. Parte 2: Estudio sobre el marco jurídico audiovisual en el entorno audiovisual.

¹⁵ Se puede encontrar una comparación de estas legislaciones en la Parte 2: Estudio sobre el marco jurídico audiovisual en el entorno audiovisual.

¹⁶ GOLDSTEIN, P. / HUGENHOLTZ, P. B. (2010), *International Copyright: Principles, Law and Practice*, OUP, Oxford, p. 130; DESBOIS, H, FRANÇON A, KÉRÉVER, A.,(1976) *Les conventions internationales du droit d’auteur et des droits voisins*, Dalloz, París, p. 152.

¹⁷ Como explica A. Gonzalez Gozalo, en la medida en que constituía una cuestión conflictiva, en la Conferencia de Estocolmo se decidió evitar una regulación material de la cuestión y optar por esta norma de conflicto que otorga plena libertad a los Estados miembros para atribuir la titularidad de la obra audiovisual a quien estimen oportuno. GONZALEZ GOZALO (2013), “Arts. 14 y 14 bis”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R (Coord.), *Comentarios al Convenio de Berna*, Madrid, Tecnos, 1137-1213, esp. 1180. Se puede consultar también RYCKETSON, S. / GINSBURG, J. (2005), *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, Oxford University Press, par. 7.32.

son susceptibles de protección, o del contenido del derecho de exclusividad: todas son cuestiones a determinar por la *lex loci protectionis*, no por la *lex contractus*.

Por lo tanto, con independencia de lo que diga el contrato, la persona que ha contribuido a la creación de la obra será considerada autor en todos aquellos países en los que la obra sea explotada, si es que recibe dicha consideración en la ley de ese país.

B. EL CONTENIDO DE LOS DERECHOS SOBRE LA OBRA AUDIOVISUAL Y SU AFECTACIÓN POR EL CONTRATO

8. Con carácter general, todas las legislaciones de países de América Latina, y en particular las analizadas para el presente estudio, reconocen al autor o titular originario de obra audiovisual todos los derechos patrimoniales, incluido el de puesta a disposición en Internet¹⁸. No obstante, a partir de aquí se aprecian algunas diferencias que es importante señalar.

9. En primer lugar, en Argentina, la gestión de los derechos de exclusividad sobre la obra audiovisual es de gestión colectiva obligatoria. Las SGC correspondientes (Argentores para los guionistas, DAC para los directores y SADAIC para compositores de bandas sonoras¹⁹) tienen el monopolio legal sobre la explotación de los derechos. Por consiguiente, el productor debe negociar la cesión de los derechos con estas sociedades. Gracias a ello, los autores salen fortalecidos por cuanto no se ven obligados a negociar en condiciones de inferioridad con los productores, y a renunciar a sus derechos a cambio de una cantidad a tanto alzado. La negociación se lleva a cabo en atención a contratos modelo predispuestos por la SGC, por lo que la remuneración de los autores queda asegurada²⁰. Del mismo modo, los usuarios también deben abonar una remuneración por la explotación de las obras a estas entidades, a partir de tarifas establecidas por el gobierno.

El carácter irrenunciable de estos derechos y su gestión colectiva obligatoria son dos aspectos importantes de esta regulación. Al contrario que en Argentina, en Brasil se ha introducido la gestión colectiva de los derechos de exclusividad, pero se considera que los autores pueden renunciar por contrato a todos sus derechos²¹. De confirmarse esta interpretación, la efectividad de la medida disminuiría por cuanto las SGC, para solicitar una remuneración por la explotación de la obra, se verían obligadas a probar que el autor se reservó dichos derechos en el contrato con el productor. En tal caso, la posición del autor no mejoraría pues los productores podrían seguir obligándole a renunciar a todos sus derechos y la gestión colectiva perdería su efectividad. Del mismo modo, la medida no beneficiaría a los autores de obras cuya explotación se rige por contratos ya vigentes en los que el productor se quedó con todos los derechos. La gestión de los derechos sobre estas obras no podría ser cedida a una SGC salvo que se modificara el contrato.

A pesar de los beneficios de la legislación argentina, ésta presenta una limitación: la obligación de gestión colectiva está referida únicamente a la explotación de los derechos en territorio argentino. Es decir, los autores están protegidos en lo que respecta a la explotación de sus derechos en Argentina. Pero para la cesión de los derechos de explotación sobre la obra para

¹⁸ Y ello aunque Brasil todavía no haya ratificado el TODA.

¹⁹ SADAIC Desde 2004 dejó de percibir el derecho de comunicación pública por la música incluida en obras audiovisuales, por una decisión judicial ('Sociedad Argentina de Autores y Compositores c/ Andesmar S.A.CSJS, S. 129. XXXVII, 23 de marzo de 2004').

²⁰ El contrato modelo de Argentores puede consultarse en <https://argentores.org.ar/cine/contrato-tipo-cinematografico/>

²¹ Véase la Tabla sobre la legislación brasileña que acompaña este estudio.

otros países, rige la libertad contractual por lo que los productores pueden imponer sus condiciones y solicitar, por ejemplo, la cesión de la totalidad de los derechos.

A su vez, estas divergencias legislativas resultan perjudiciales para los productores por cuanto deben tener en cuenta que, aunque el autor les haya cedido todos los derechos, la explotación de la obra en Argentina debe ser autorizada por las SGC correspondientes, circunstancia que puede conllevar conflictos entre productores y usuarios por cuanto estos últimos pueden entender que una vez pagado el productor, ya no deben realizar más pagos para explotar la obra.

10. En segundo lugar, además de los derechos de exclusividad, algunas legislaciones nacionales otorgan al autor un derecho de remuneración simple por la comunicación pública de la obra de carácter irrenunciable y de gestión colectiva obligatoria. Es el caso, de Uruguay²² que introdujo este derecho para guionistas y directores en diciembre 2019, si bien todavía no se ha empezado a recaudar²³. En Ecuador también se recoge este derecho de remuneración simple pero únicamente por el alquiler de la obra y por su exhibición en lugares públicos con precio de entrada²⁴. La ley peruana reconoce un derecho de simple remuneración por la transferencia de la interpretación a un medio distinto, pero no parece que esté implementado²⁵.

El carácter irrenunciable y de gestión obligatoria de este derecho, implica que la cesión de derechos por el autor al productor no le alcanza. Al igual que en el caso anterior, si bien es un derecho que no está obligado a pagar el productor, se pueden producir situaciones conflictivas en las relaciones con los usuarios de la obra: el contrato celebrado con el productor por la explotación de la obra no les exime de pagar el derecho de remuneración en aquellos países que los establezcan.

También se debe tener presente que el derecho de simple remuneración presenta una limitación: se calcula, exclusivamente, a partir de la explotación de las obras en el territorio del Estado cuyo ordenamiento lo establece, no en relación con la explotación de la obra a nivel mundial.

11. En tercer lugar, el alcance de las presunciones de cesión de derechos al productor varía de un ordenamiento a otro. Así, en Uruguay, Costa Rica o Perú la cesión se refiere a la totalidad de los derechos patrimoniales sobre la obra cinematográfica, mientras que en Ecuador la cesión está referida a algunos de esos derechos (en particular, los de reproducción, distribución y comunicación pública), por lo que la explotación de la obra en cualquier otra modalidad (p. ej. transformación) exigiría la autorización de los autores. Esta situación se presenta también en Brasil, de cuya legislación se interpreta que la cesión tiene carácter no exclusivo y se concede para la explotación de obras audiovisuales en su medio principal de explotación (circunstancia que conlleva la necesidad de estar al caso concreto)²⁶. Debe recordarse que estas presunciones sólo entran en juego en defecto de pacto en contrario, circunstancia que hace más necesaria, si cabe, la utilización de contratos modelo unificados

²² También se establece en otros países de la región como Colombia y Chile.

²³ Dado lo reciente de la ley, por el momento AGADU sólo administra este derecho en relación con los autores de obra musical.

²⁴ (Art. 154 incisos 5 y 6 COESC. En Ecuador, al igual que otros países como Perú, Costa Rica o Brasil, si se establece este derecho para productores y artistas audiovisuales.

²⁵ Al respecto, la Parte 2: Estudio sobre el marco jurídico audiovisual en el entorno audiovisual.

²⁶ Art. 81., Parte 2: Estudio sobre el marco jurídico audiovisual en el entorno audiovisual.

por parte de los productores para establecer un régimen uniforme de la explotación internacional de la obra.

12. En cuarto lugar, todos los países objeto de estudio reconocen, en mayor o menor medida, derechos morales a todas las categorías de autores de obra audiovisual y establecen su carácter inalienable, irrenunciable e intransferible. La excepción sería Costa Rica que sólo reconoce estos derechos al director²⁷. La legitimación para hacer valer estos derechos varía de un ordenamiento a otro: en algunos países, su ejercicio se atribuye en exclusividad al director (Brasil) o conjuntamente con el productor (Brasil, Perú y Uruguay, salvo disposición en contrario)²⁸. Esta circunstancia puede suponer un obstáculo insalvable en el supuesto hipotético de que un productor y los autores que no son directores quisieran hacer valer judicialmente los derechos morales sobre la obra audiovisual de manera unitaria – es decir, no en relación con cada una de sus aportaciones – en una pluralidad de Estados. Podrían estar legitimados en unos países, pero no en otros.

C. EXPLOTACIÓN INTERNACIONAL DE LAS OBRAS AUDIOVISUALES Y *LEX LOCI PROTECTIONIS*

13. Las diferencias legislativas anteriormente expuestas no generan problemas en aquellos supuestos (excepcionales) en los que la obra se explota exclusivamente en el país de origen. Los conflictos aparecen cuando la obra es objeto de exportación a otros países. En estos casos, como es conocido, la protección de los autores se articula a partir de cuatro principios previstos en los tratados internacionales:

- a) Standard mínimo de protección (art. 5.1 y art. 19 CB, art. 1.1 ADPIC) si bien, como se ha visto, la armonización de mínimos que establecen los tratados internacionales no es suficiente para evitar los problemas que se derivan de las divergencias legislativas.
- b) Principio de territorialidad (art. 5.2 CB), según el cual las leyes de propiedad intelectual de un país determinado se aplican únicamente a la protección y explotación de la obra intelectual en el territorio de dicho país.
- c) Principio de trato nacional (art. 5.1 CB y art. 3.1 ADPIC), que obliga a los Estados contratantes de los convenios internacionales a ofrecer a los autores de obras originarias de otros Estados contratantes el mismo trato que a sus nacionales.
- d) Principio de independencia (Art. 5.2 CB), que garantiza que la protección de una obra no se hace depender de la protección que ésta pueda tener en su país de origen.

Todos estos principios conllevan que la norma de conflicto aplicable en supuestos de explotación internacional de las obras sea la *lex loci protectionis* o ley del lugar para el que se reclama la protección. Así viene establecida en el art. 5.2 CB (“[...] *la extensión de la protección así como los medios procesales acordados al autor para la defensa de sus derechos se regirán*

²⁷ Si bien el productor tiene la obligación de citar en los créditos a todos los autores de la obra audiovisual, lo que, aunque defectuoso, constituye un reconocimiento del derecho de paternidad de estos.

²⁸ La comparación la obtengo de Parte 2: Estudio sobre el marco jurídico audiovisual en el entorno audiovisual.

exclusivamente por la legislación del país en que se reclama la protección) y en los sistemas nacionales y supranacionales de Derecho internacional privado²⁹. Esta norma de conflicto conlleva, además, que cuando la obra se explota en una pluralidad de Estados, la ley de cada uno de esos Estados resulta aplicable para la explotación de la obra en su territorio³⁰.

14. Algunos Estados han ofrecido soluciones conflictuales diferentes para regular cuestiones particulares de esta explotación. Así, por ejemplo, en Bélgica la determinación del titular originario del derecho de propiedad intelectual se rige por la ley más estrechamente vinculada³¹, solución que evita la aplicación de una pluralidad de leyes. Del mismo modo, en más de una ocasión la jurisprudencia francesa³² y la estadounidense³³ se han decantado por la aplicación de la ley de origen de la obra para la determinación de esta misma cuestión. En fin, el art. 67 de la Ley griega de derechos de autor establece la aplicación de la ley del Estado de primera publicación de la obra para todas las cuestiones excepto la protección de la obra³⁴.

Estas soluciones favorecen la explotación internacional de las obras en la medida en que la persona que es considerada autor en el Estado de origen no pierde esta condición cuando la obra es explotada en otros países. No obstante, se pueden generar problemas de coherencia normativa derivados del hecho de que cuestiones íntimamente relacionadas con la titularidad de un derecho y su protección estén reguladas por leyes diferentes. Del mismo modo, estas normas de conflicto generan inseguridad jurídica e incrementan los costes de información de los usuarios, por cuanto la autoría y titularidad de las obras explotadas en un mercado nacional vendría establecida por la ley de origen de cada una de ellas³⁵.

15. Estas razones conllevan que la solución generalmente aceptada a nivel internacional sea la *lex loci protectionis*. Y ello a pesar de los problemas que genera. Es más, como se ha indicado anteriormente, el art. 14.2 (a) CB rechaza cualquier otra solución que no sea esta a la hora de determinar la ley aplicable a la titularidad originaria de la obra audiovisual: *“la determinación de los titulares del derecho de autor sobre la obra cinematográfica queda reservada a la legislación del país en que la protección se reclame”*³⁶.

16. En definitiva, las divergencias legislativas y la aplicación de la *lex loci protectionis* provocan que la protección de los autores pueda resultar problemática cuando la obra es objeto

²⁹ En la Unión Europea, Art. 8.1 R. Roma II

³⁰ La posibilidad que ofrecen algunos sistemas de Derecho internacional privado de presentar una demanda en defensa de los derechos de autor en un Estado diferente a aquel donde se explota la obra o se produce la información, debe llevar a sostener que el Art. 5.2 señala como aplicable la ley del Estado *para cuyo territorio se reclama la protección*, y no la ley del Estado *en que se reclama la protección*. LOPEZ-TARRUELLA, A (2013, “Art. 5”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R (Coord.), *Comentarios al Convenio de Berna*, Madrid, Tecnos, pp. 393 ss, esp. 432.

³¹ Art. 93 Code Dipr belge: *“Les droits de propriété intellectuelle sont régis par le droit de l'Etat pour le territoire duquel la protection de la propriété est demandée.*

Toutefois, la détermination du titulaire originaire d'un droit de propriété industrielle est régie par le droit de l'Etat avec lequel l'activité intellectuelle présente les liens les plus étroits. Lorsque l'activité a lieu dans le cadre de relations contractuelles, il est présumé, sauf preuve contraire, que cet Etat est celui dont le droit est applicable à ces relations”.

³² Sentencia Cour de Cassation 7 abril 1998, “SAAB Scania c. Soc. Diesel Tecnic”, RIDA, num. 177, p. 255.

³³ “Itar-Tass News Agency vs. Russian Kurier Inc.”, 153 F.3d 82.

³⁴ El texto puede consultarse en <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/gr/gr001en.pdf>

³⁵ FAWCETT, J / TORREMANS, J. (2011), *Intellectual Property and Private International Law*, Oxford, OUP, pp. 345 ss.

³⁶ En este sentido, como explica A. Gonzalez Gozalo, los Estados de la Unión de Berna pueden adoptar la *lex originis* en sus legislaciones nacionales para determinar cualquier tipo de obras excepto las audiovisuales. En este último caso, el Art. 14.2. a) CB prevalece. (GONZALEZ GOZALO (2013), p. 1196).

de explotación en un país diferente al de su origen. Piénsese, por ejemplo, en un guionista uruguayo de una película que tiene un gran éxito comercial en toda América Latina. Aunque el guionista sea reconocido como autor en todos los países objeto de estudio, obtendrá una remuneración simple por la explotación de la obra en su país de origen, pero no por la explotación en países como Perú o Ecuador, donde no se reconoce este mismo derecho.

También puede producirse el supuesto inverso, es decir, que un autor esté protegido o reciba un trato más beneficioso en el extranjero que en el Estado de origen de la obra. Esta circunstancia es consecuencia del principio de independencia: aunque un director peruano no obtenga una remuneración proporcional por la explotación de la obra en su país, tendrá derecho a recibir una compensación por la explotación en Uruguay o en Argentina. Del mismo modo, una persona que otorga la autoría de la obra al productor en un contrato regulado por la ley de California (Estados Unidos), seguirá siendo considerado autor (y por lo tanto estará protegido) en, por ejemplo, Perú, Brasil o Argentina, es decir en aquellos Estados en los que la autoría es intransferible. En estos casos, el principio de trato nacional viene al auxilio de la regla *lex loci protectionis*.

Ahora bien, el reconocimiento legal de protección del autor extranjero en estos supuestos no garantiza, por sí solo, su efectividad práctica. Para que el autor reciba una cantidad dineraria en concepto de remuneración proporcional por la explotación de su obra, es preciso habilitar mecanismos de cooperación que pasan necesariamente por la intervención de las SGC. A estos mecanismos nos referiremos en el último apartado del estudio.

III. LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DEL AUTOR EN LA CONTRATACIÓN CUANDO LA PRODUCCIÓN AUDIOVISUAL TIENE CARÁCTER INTERNACIONAL

17. Las divergencias legislativas derivadas del principio de territorialidad no sólo afectan a los autores. También afectan a los productores porque la producción audiovisual puede involucrar autores residentes en diferentes Estados. Además, generalmente, el objetivo del productor, reflejado en el contrato, será explotar la obra resultante en una pluralidad de Estados. Para superar los obstáculos derivadas de las divergencias legislativas, los productores recurren a contratos modelos en los que se unifica los términos de la producción y explotación de la obra con independencia de los mercados donde se lleve a cabo³⁷.

18. En principio, el recurso a contratos modelos por parte de los productores no es criticable. De hecho, debe ser bienvenido por cuanto hasta cierto punto unifica el régimen jurídico aplicable a la explotación internacional de la obra, favoreciendo, así, la aparición de un mercado audiovisual regional del que pueden resultar beneficiados muchos colectivos (los propios autores, las cadenas de televisión nacionales, los consumidores finales, todas aquellas personas que trabajan para productoras audiovisuales, etc...), y que puede enriquecer culturalmente a la región³⁸.

Pero estos contratos pueden devenir problemáticos cuando en ellos se introducen cláusulas que perjudican los intereses de los autores y no garantizan una remuneración proporcional a la explotación real de la obra. Las asociaciones representantes de los autores suelen poner como

³⁷ R. XALABARDER (2018), 20.

³⁸ Parte 2: Estudio sobre el marco jurídico audiovisual en el entorno audiovisual.

ejemplo las llamadas cláusulas “*buy-out*”. En ellas, a cambio de una remuneración a tanto alzado, el autor cede al productor los derechos de explotación sobre la obra para cualquier modalidad conocida o por conocer, para el mundo entero y por el espacio de tiempo que dure la protección. Estas cláusulas facilitan enormemente al productor la explotación de la obra en diferentes mercados nacionales, en cualquier modalidad, y a lo largo del tiempo por cuanto no necesita volver a negociar con los autores. No obstante, los autores han denunciado que estas cláusulas pueden resultar injustas: si la obra resulta un éxito, los autores no resultarán beneficiados aunque dicho éxito sea debido a su aportación creativa³⁹. Esta circunstancia puede resultar especialmente injusta en el momento actual, por cuanto los medios digitales ofrecen la posibilidad de explotar internacionalmente la obra, incrementando sus posibilidades de éxito, con escasos costes añadidos.

19. La negociación colectiva mediante sindicatos o entidades de gestión puede ayudar a aliviar estos problemas. Pero, para ello se necesitan sindicatos de representación de los autores poderosos, cosa que sólo sucede en un puñado de países del *Common Law* como Estados Unidos⁴⁰. Las SGC pueden jugar un papel importante en este sentido ya sea negociando con los productos en representación de los autores, ya sea apoyando a los autores en dicha negociación a partir de la promoción de cláusulas modelo que garanticen una adecuada protección de sus intereses. Así, por ejemplo, algunas SGC ponen a disposición de sus representados cláusulas modelo por las cuales los autores se reserven ciertos derechos de exclusividad cuya gestión puede posteriormente ser cedida a SGC – las cláusulas “*carve-out*” –. No obstante, no parece que en la región existan sindicatos, asociaciones de autor o SGCs con un poder negociador suficiente como para imponer estas cláusulas a los productores.

La excepción es Argentina. En este caso, en la medida en que los derechos de exclusividad de los autores audiovisuales son de gestión colectiva obligatoria, las productoras deben negociar directamente con las SGCs a partir de contratos modelo. No obstante, como se ha advertido anteriormente, incluso en este caso, cuando la productora es extranjera o el contrato prevé la explotación de la obra en el extranjero, la negociación se lleva a cabo entre el autor y el productor.

20. Una segunda vía para evitar que el autor resulte perjudicado consiste en el establecimiento de normas relativas a las cesiones de derechos destinadas a proteger al autor como parte débil de estas transacciones. Estas normas son habituales en los ordenamientos pertenecientes al sistema de *droit d’auteur*; pero no en los del sistema de *copyright*, en los que se considera que las cesiones de derechos se rigen por el principio de libertad contractual y la normativa general de la contratación⁴¹.

Todos los ordenamientos objeto del presente estudio pertenecen al sistema de *droit d’auteur*, si bien sus normativas presentan ciertas diferencias. Así, existen leyes que obligan a que el contrato mencione expresamente cada una de las modalidades de explotación transferidas⁴² (reservando para el autor, aquellas que no se lo son), o que prohíben la transmisión de los

³⁹ XALABARDER, R. (2018), p. 3.

⁴⁰ XALABARDER, R. (2018), p. 13.

⁴¹ VON LEWINSKY, S. (2008), *International Copyright and Policy*, OUP, pars. 3.70-3.72.

⁴² Art. 89 DL 822 de Perú; arts 167 y 168 COESC de Ecuador.

derechos sobre obras futuras⁴³, o sobre modalidades de explotación no existentes en el momento de celebrar el contrato⁴⁴. En el caso de la ley uruguaya, el art. 32 indica que si el productor no explota la obra, el autor o sus causahabientes pueden requerirle a que lo haga y, si pasado un año, éste no cumple, el autor recupera sus derechos⁴⁵. En fin, otras leyes establecen que la duración de la cesión de derechos está limitada en el tiempo: 10 años en la ley brasileña⁴⁶, o 15 tras la muerte del autor en la uruguaya⁴⁷.

21. El problema de estas normas es que la protección que dispensan al autor se desmorona desde el momento en que el contrato de producción audiovisual adquiere carácter internacional. Efectivamente, incluso si estas normas poseen un carácter imperativo (es decir, que no son derogables por contrato), la introducción de una cláusula de elección de ley extranjera conllevará la inaplicación de dichas normas. En su lugar se aplicarán, si es que existen, las normas de protección del autor establecidas en la ley elegida. Si dicha ley pertenece al sistema de *copyright*, la protección sencillamente desaparece.

22. Para garantizar que la normativa de protección del autor no pueda ser burlada mediante la elección de una ley extranjera, los Estados pueden optar por dotar a esa normativa de un carácter internacionalmente imperativo. Es decir, se debe establecer expresamente que las normas de protección de los autores protegen un interés fundamental para el ordenamiento jurídico en cuestión, y por lo tanto resultan aplicables aún si las partes han elegido una ley extranjera⁴⁸.

Un ejemplo de lo que decimos lo encontramos en el ya citado Art. 32 de la ley uruguaya que declara el carácter de orden público de la disposición⁴⁹. No obstante, la disposición no establece su ámbito espacial de aplicación, es decir, a qué contratos internacionales se aplica. Si bien ese ámbito puede extraerse implícitamente de su finalidad y contenido, resulta preferible establecerlo expresamente para evitar la inseguridad jurídica que se deriva de la dificultad de determinar la aplicación de la norma en casos concretos⁵⁰.

Así, por ejemplo, el art. 32.a de la Ley alemana de propiedad intelectual regula el derecho del autor para solicitar judicialmente la revisión de la remuneración a tanto alzado prevista en el contrato cuando no resulte ajustada a la explotación real de la obra. El art. 32.b establece la aplicación imperativa de esta disposición si, en defecto de elección de ley, el Derecho aplicable

⁴³ Art. 167 COESC. El art. 51 de la Ley 9.610/98 de Brasil determina que “[l]a cesión de derechos de autor sobre obras futuras abarcará un máximo de cinco años.”

⁴⁴ Art. 167. II COESC.

⁴⁵ Art. 32.

⁴⁶ Art. 81.1

⁴⁷ Art. 33.

⁴⁸ Se puede encontrar un concepto de norma internacional en el art. 9.1 Reglamento 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I): “Una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato [...]”. También se puede consultar el art. 2543 Código civil y comercial de Argentina.

⁴⁹ “Esta disposición es de orden público, y el adquirente sólo podrá eludirla por causa de fuerza mayor o caso fortuito que no le sea imputable”.

⁵⁰ Este podría ser el caso, por ejemplo, del art. 47 de la LPI española en el que se regula la acción de revisión por regulación no equitativa. En atención a la finalidad de la norma (proteger los intereses de los autores) y el hecho de que el art. 55 establece el carácter irrenunciable de esta facultad, se pueden defender que constituye una ley de policía que resultaría aplicable incluso cuando la ley aplicable al contrato fuera extranjera. HERNANDEZ RODRIGUEZ, A (2002), *Los contratos de edición en Derecho internacional privado español*, Granada, Comares, pp. 101 ss..

al contrato fuera el alemán o, en caso contrario, cuando el contrato estuviera referido a actos de explotación a llevar a cabo en el territorio de Alemania.

23. En cualquier caso, la atribución de un carácter internacionalmente imperativo a las normas de protección del autor no garantiza por sí sola su eficacia. En primer lugar, porque obliga al autor a reclamar sus derechos ante un órgano jurisdiccional, lo cual implica importantes costes que, por lo general, los autores, por sí solos no se pueden permitir. Para ello deberían contar con la ayuda de las SGC o asociaciones profesionales.

En segundo lugar, porque ese órgano jurisdiccional será, generalmente, extranjero.

Efectivamente, además de la cláusula de elección de ley, estos contratos suelen incluir un acuerdo de elección de tribunales que, habitualmente atribuye la jurisdicción a los del Estado de domicilio del productor⁵¹. En tal caso, debe recordarse que las normas de protección del autor son consideradas leyes de policía por el Estado que las promulga, pero pueden no serlo para el Estado ante cuyos tribunales hay que presentar la demanda. Como es lógico pensar, si los tribunales designados son los de un estado del sistema de *copyright*, difícilmente dichos tribunales van a hacer prevalecer las normas internacionalmente imperativas de un tercer Estado sobre la regulación prevista en la ley designada por el contrato.

Lo mismo ocurrirá, en principio, en aquellos supuestos en los que el contrato modelo incluya una cláusula arbitral: por lo general, los árbitros harán primar la autonomía de la voluntad de las partes, expresada en el contrato. Únicamente en aquellos supuestos en los que se corra el riesgo de adoptar un laudo que resulte anulable o irreconocible en el Estado donde debe de ser ejecutado los árbitros podrían tomar en consideración lo que dicen esas normas⁵².

24. La única manera de garantizar el cumplimiento de esta normativa es estableciendo una norma de jurisdicción inderogable mediante contrato por la que se atribuya al autor la facultad de presentar la demanda ante los tribunales del país de origen de la obra. Hasta donde conocemos dicha norma no existe en ningún sistema de Derecho internacional privado, y no parece una solución acertada por cuanto contravendría el principio de libertad contractual, podría ser visto por los productores como una sobreprotección de los autores nacionales, y podría desincentivarles iniciar proyectos audiovisuales en el país que la establezca.

25. En fin, una última razón por la que no se considera adecuado el recurso a normas internacionalmente imperativas reside en que su proliferación dificultaría la explotación internacional de las obras. Al no ser derogables mediante contrato, el productor audiovisual que quisiera explotar la obra a nivel internacional no podría unificar el régimen de explotación mediante contrato, por cuanto debería tomar en consideración las leyes de policía existentes en cada uno de los Estados en los que se va a explotar la obra. El aumento en costes de información y la inseguridad jurídica que ello conlleva podría desincentivar a los productores a

⁵¹ En algunos casos, las grandes productoras actúan en la región a partir de filiales establecidas en determinados Estados. En tales casos, los contratos suelen otorgar la competencia a los tribunales del Estado de establecimiento de la filial; o bien, como se explica más adelante, se establecen cláusulas arbitrales.

⁵² Y ello porque, de llegar a considerarse que las normas de protección de autor forman parte del contenido del orden público de un ordenamiento, el laudo arbitral podría resultar anulable en atención a la causa de anulación relativa a la contrariedad con el orden público; y podría no ser ejecutable en un país extranjero por incurrir en la causa de denegación de contrariedad con el orden público, prevista en el art. VII del Convenio de Nueva York de 1958.

explotar sus producciones en un mercado regional. Se perderían, así, los beneficios que la creación de ese mercado conlleva.

IV. MEDIDAS DESTINADAS A FAVORECER LA PROTECCIÓN DEL AUTOR EXTRANJERO DE OBRA AUDIOVISUAL

26. Analizadas las razones que explican las razones que explican porqué el autor pueden resultar desprotegido cuando la obra audiovisual es explotada a nivel internacional, en este último epígrafe se pretende analizar las medidas que se están implementando a nivel nacional para aliviar este problema. Dichas medidas consisten en la cooperación entre SGC de diferentes países; y el refrendo legislativo, en algunos casos, del derecho de simple remuneración por explotación de la obra audiovisual.

1. EL PAPEL DE LAS SOCIEDADES DE GESTIÓN COLECTIVA

27. Con carácter general, las entidades o sociedades de gestión colectiva (SGC) juegan un papel fundamental para garantizar la protección de los autores⁵³. En particular, resultan esenciales para asegurar al autor una remuneración por la explotación de la obra en aquellos países extranjeros cuyas legislaciones recogen ese derecho.

En América Latina, estas instituciones tienen un fuerte arraigo en el sector musical. No así en el sector audiovisual. Con la excepción de Argentina, donde ARGENTORES (guionistas) y DAC (directores) está consolidadas desde hace tiempo, las entidades de gestión de los autores de obra audiovisual son de aparición reciente. Es el caso de AGADU en Uruguay; UNIARTE en Ecuador; y GEDAR (guionistas), MUSIMAGEM (compositores), DBCA (directores) y ABCA (cine de animación) en Brasil. Solo en dos de los países objeto de análisis (Perú y Costa Rica) no existen todavía SGC para los autores de obras audiovisuales, si bien no se descarta que puedan establecerse en el futuro.

La experiencia demuestra que la aparición de estas SGC depende, en buena medida, de la evolución del mercado audiovisual nacional, y de la generación de una masa crítica de personas que deciden asociarse para defender sus derechos. Las particularidades de cada mercado nacional también conllevan que dichas SGC puedan representar exclusivamente a autores o que incluyan a otros titulares de derechos. Es el caso por ejemplo de Ecuador, donde UNIARTE representa a autores e intérpretes audiovisuales, y podría ser el caso de otros países⁵⁴.

28. La creación de estas SGC no sólo está promovida por esa masa crítica conformada por los autores audiovisuales nacionales. Su creación también resulta de interés para las SGC extranjeras, pues de esta manera se facilita la protección de los intereses de sus representados cuando la obra audiovisual es explotada en el extranjero. No es por ello de extrañar que sean las SGC extranjeras las que impulsen la creación de estas entidades en otros Estados. Así ha

⁵³ XALABARDER, R. (2020), "La remuneración equitativa de los autores audiovisuales mediante un derecho de remuneración irrenunciable de gestión colectiva", en C. Saiz García / R. Evangelio Llorca, *Propiedad intelectual y mercado único digital*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 475-510, esp. 489.

⁵⁴ Un ejemplo de cómo el mercado afecta a la constitución o no de SGC nos lo ofrece Perú. La regla general por mucho tiempo ha sido que los directores creaban sus propias productoras para producir sus películas. Por lo tanto ambas titulares de derechos recaían en las mismas personas lo que hacía innecesario crear dos SGC. Por un tiempo se intentó que EGEDA (productores) aglutinara también autores audiovisuales si bien finalmente se desechó.

ocurrido en el pasado en relación con la gestión de otros derechos con las sociedades españolas EGEDA o SGAE.

La existencia de intereses comunes también explica la aparición de asociaciones supranacionales como la Federación de sociedades de Autores audiovisuales latinoamericanos (FESAAL)⁵⁵, que impulsa la creación de estas SGC en aquellos países donde todavía no existen. La formación de estos organismos internacionales debe ser bienvenida pues favorece la cooperación entre SGC beneficiando, en última instancia, a los autores.

29. La colaboración entre SGC se articula de manera muy sencilla a través de acuerdos de representación recíproca. Hasta donde hemos podido conocer, dichos acuerdos presentan una estructura similar por cuanto están basados en un contrato modelo de CISAC que, si bien actualmente ya no está auspiciado por esta entidad, en la práctica se sigue utilizando en la región.

30. La creación de una SGC en un Estado beneficia a los autores de ese país incluso si la legislación nacional no les otorga una protección adecuada. Ello es así porque la cooperación entre SGC va a permitir que estos autores reciban una remuneración por la explotación de la obra en países extranjeros. Así, por ejemplo, los guionistas representados por GEDAR todavía no reciben una remuneración por la explotación de sus obras en Brasil. No obstante, gracias al acuerdo de representación recíproca con DAC, sí que obtienen una remuneración por la explotación de sus obras en Argentina. Del mismo modo, los autores brasileños representados por GEDAR podrían beneficiarse del derecho de simple remuneración previsto en la legislación uruguaya gracias al acuerdo que esta sociedad pudiera llegar a tener con AGADU.

Estos ejemplos permiten constatar: a) el respeto que los Estados y las SGC otorgan al principio de trato nacional, en la medida en que éstas reparten regalías a autores nacionales de países extranjeros que no conceden regalías a los autores de la nacionalidad de la SGC; b) la eficiencia del principio de independencia contemplado en el Convenio de Berna pues, gracias a la cooperación entre estas entidades, un autor audiovisual puede resultar más protegido en un país extranjero que en su propio país.

31. Los acuerdos de representación recíproca permiten identificar a los autores representados por cada SGC, pero la manera de calcular la tasa de uso de las obras de cada uno de ellos en el territorio de cada Estado corresponde determinarla a cada SGC.

Esta tarea resulta complicada en relación con las modalidades tradicionales de explotación (televisión, exposición en cines) por cuanto se debe confiar en las declaraciones ofrecidas por los operadores, sin que existan mecanismos infalibles para comprobar la veracidad de los números ofrecidos. No obstante, la digitalización de las obras audiovisuales y la generalización de su explotación por medios electrónicos facilita este cálculo y su control por las SGC y las autoridades competentes⁵⁶. En última instancia, esta circunstancia favorece a los autores por cuanto recibirán remuneraciones más ajustadas a la explotación real de sus obras, y con mayor celeridad.

Esta mayor facilidad para calcular el uso de las obras en el entorno digital, unido al incremento en la explotación multiterritorial de las obras audiovisuales, son dos argumentos de peso para que las SGC profundicen en sus esquemas de colaboración, habilitando sistemas que permitan

⁵⁵ Información disponible en <https://www.fesaal.org>

⁵⁶ Sobre el particular puede consultarse la Parte 5: la identificación y el uso de metadatos en las obras audiovisuales.

centralizar la gestión colectiva de los derechos a nivel regional. En este sentido resulta aconsejable estudiar la posibilidad de implementar un sistema, similar al existente en el sector musical con Latinautor⁵⁷, mediante el cual: a) a modo de ventanilla única, los usuarios pudieran negociar de manera unitaria la explotación de las obras para varios países, si así lo desearan; b) se pudieran calcular, de manera eficiente y haciendo uso de los sistemas informáticos más sofisticados, el uso que se hace de la obra por cada usuario en cada Estado y calcular la regalía que corresponde regionalmente a cada autor. El sistema, como puede observarse, está basado en la centralización de la negociación, pero las licencias a otorgar siguen siendo nacionales y emitidas por cada SGC. La idea no es adoptar un sistema de licencias multiterritoriales como el existente en la Unión Europea⁵⁸.

La adopción de este tipo de sistema de gestión centralizada favorecería la aparición de un mercado audiovisual regional, pues aquellos usuarios que lo desearan podrían negociar en un sólo sitio las licencias que necesita para la explotación de la obra en varios mercados nacionales. A su vez, se favorecería a los autores por cuanto las SGC tendrían acceso a sistemas informáticos, a los que de manera individual difícilmente podrían tener acceso muchas de ellas, para calcular de manera eficiente cual ha sido el uso de las obras y la remuneración proporcional que les correspondería por cada país.

2. EL REFRENDO LEGAL DE UN DERECHO DE SIMPLE REMUNERACIÓN EN CIERTAS LEGISLACIONES NACIONALES

32. Los beneficios que la cooperación entre SGC conlleva no pueden esconder que resultan limitados en aquellos Estados que no otorgan por ley una remuneración equitativa de los autores audiovisuales nacionales o extranjeros por la explotación de la obra audiovisual en sus territorios.

Esta circunstancia es cada vez menos habitual. Ante la ineficacia de las normativas nacionales sobre contratación para proteger a los autores, en muchos países se ha optado por la introducción de un derecho de remuneración simple en favor de los autores de obra audiovisual. El último ejemplo es Uruguay que, como ya se ha mencionado, introdujo el derecho en 2019. De los ordenamientos objeto del presente estudio, es el único donde se regula con carácter general. Ahora bien, también existe en otras legislaciones de la región, como la colombiana⁵⁹, la mexicana⁶⁰ y la chilena⁶¹, o de Europa, como la española⁶². Asimismo, en otros países objeto del presente estudio, como Perú o Ecuador, está previsto para artistas e intérpretes.

No puede descartarse que, en los próximos años, la maduración de los mercados audiovisuales nacionales, unido al impulso de los autores nacionales de obra audiovisual, sus

⁵⁷ DE FREITAS, E. (2020), "Latinautor. Los licenciamientos regionales. El rol de las entidades de gestión colectiva manteniendo su jurisdicción en el territorial nacional", A. Díez Alfonso (dir.) *Cuadernos jurídicos: Instituto de Derecho de Autor 15º aniversario*, pp. 223-227.

⁵⁸ En relación con la adaptación del sistema europeo a la realidad de América Latina puede consultarse OLARTE COLLAZOS, J (2020), *Licencias multiterritoriales en la gestión colectiva del derecho de autor y los derechos conexos: Perspectiva desde la Unión Europea y la Comunidad Andina de las Naciones*, Madrid, Instituto Autor.

⁵⁹ Art. 98 de la Ley 23 de 1982

⁶⁰ Art. 26 bis ley federal de Derecho de autor

⁶¹ Ley 20.959 de 1016.

⁶² Art. 90 LPI

asociaciones de representación y las SGC conlleven la introducción de este derecho en otras legislaciones de la región.

33. Con carácter general, este derecho tiene las siguientes características. Se trata de un derecho de simple remuneración (no de exclusividad), que el autor de obra audiovisual disfruta, durante el plazo de protección de la obra audiovisual, por cualquier acto de explotación de la misma. Es un derecho de carácter irrenunciable e intransferible, y de gestión colectiva obligatoria⁶³. Las personas obligadas a subsanarlo son los usuarios de las obras.

34. La introducción de este derecho tiene importantes ventajas para los autores⁶⁴:

- a) El autor disfruta de este derecho con independencia del contenido del contrato con el productor (es irrenunciable) e independientemente de la remuneración a tanto alzado o proporcional que haya podido acordar con él. En este sentido, la posición negocial de inferioridad del autor deja de ser un problema.
- b) La gestión por las SGC facilita enormemente las cosas a los autores, por cuanto son estas entidades las que se encargan de su gestión. Además, el derecho asegura un flujo constante y directo de remuneración para los autores a lo largo de la vida de la obra, siempre y cuando se generen ingresos por su explotación.
- c) Se trata de un derecho que disfrutan los autores de obras audiovisuales creadas con posterioridad a su introducción legislativa y también los de obras ya existentes. No resulta necesario modificar los contratos que rigen la explotación de estas últimas obras para que sus autores disfruten del derecho.

35. En principio, el refrendo legal de este derecho de remuneración simple también tiene la ventaja de que no obliga a modificar los contratos de producción audiovisual ya existentes ni los futuros. Es decir, su introducción reglamentaria no obliga a los productores a modificar sus contratos ni al autor a pactar la reserva de derechos. La remuneración de los autores queda garantizada sin necesidad de revisar ni renegociar los contratos de producción.

Ahora bien, en la medida en que el derecho debe ser pagado por los usuarios de las obras, es lógico pensar que se produzcan cambios en las licencias de explotación celebradas entre éstos y los productores. Es igualmente lógico entender que éstos intentarán negociar una rebaja en el precio de la licencia justificada en la necesidad que tienen de hacer frente a esta remuneración simple⁶⁵. Las modificaciones que pudieran introducirse en las licencias de explotación podrían, en última instancia, repercutir en los autores, los cuales podría ver reducidas las cantidades que los productores se obligan a pagarles a tanto alzado antes de la producción de la obra en la medida en que van a participar en los ingresos que se deriven de su explotación comercial.

36. En fin, la introducción de este derecho de manera dispar de unos ordenamientos o otros puede generar obstáculos a la explotación internacional de las obras audiovisuales y, por

⁶³ Entre otros, XALABARDER, R. (2018); MATEO OROBIA, M (2015), *Derecho de remuneración de autor para la explotación en línea de obras audiovisuales y el sistema español como la mejor alternativa*, Granada, Comares, 2015.

⁶⁴ XALABARDER, R. (2020), p. 494

⁶⁵ No resulta convincente la explicación de R. Xalabarder, según la cual la introducción del derecho de simple remuneración también beneficia a los licenciatarios. La remuneración de los autores no supone un coste añadido para el licenciatario, sino una remuneración parcial por la licencia de derechos exclusivos obtenido del productor. Como indica R. Xalabarder, “si se deducen o no las cantidades de la licencia de derechos exclusivos depende de la elasticidad del mercado, así como del acuerdo entre el productor y el operador”, XALABARDER, R. (2020), p. 499.

consiguiente, dificultar la aparición de un mercado audiovisual regional con los beneficios que ello conllevaría.

Este último problema se puede salvar si el derecho de simple remuneración se introduce mediante una norma de carácter internacional (como ha ocurrido en el Tratado de Beijing para los intérpretes audiovisuales⁶⁶) o regional (como se intenta en la Unión Europea⁶⁷): como el derecho vendría establecido por todos los países de la región, el régimen jurídico de la explotación de la obra no variaría de un Estado a otro⁶⁸. Pero para crear esa norma supranacional hace falta el apoyo de la comunidad de autores audiovisuales⁶⁹ y voluntad política. En este sentido, llama la atención que la Decisión CAN 351 no haya sufrido cambios desde su adopción, y que los países miembros de la Comunidad Andina hayan desarrollado esta normativa básica de maneras divergentes: mientras Colombia ha reconocido este derecho, Ecuador lo ha hecho de manera muy reducida, y nada se establece en las legislaciones nacionales de Perú y Bolivia. También es significativo que, a pesar de la proliferación de acuerdos bilaterales celebrados por países de América Latina, en ninguno de ellos se haya abordado la cuestión. Todo ello parece indicar que esa norma internacional o regional que garantice una regulación armonizada de un derecho de simple remuneración resulte, por ahora, de difícil alcance.

V. CONCLUSIONES

37. Las divergencias en las regulaciones nacionales de derechos de autor provocan que el autor de obra audiovisual no resulte adecuadamente remunerado por la explotación de la obra en países diferentes al de origen.

Este problema se está acrecentando como consecuencia de la llegada de las plataformas digitales por cuanto el ámbito de explotación de las obras es regional o, incluso, mundial. Es lógico que estas plataformas utilicen contratos standards para unificar el régimen jurídico de la producción y explotación de las obras audiovisuales y, así, eludir los problemas que se derivan de esas divergencias legislativas. No obstante, dichos contratos pueden incluir cláusulas que acrecientan la deficiente protección de los autores cuando la obra es objeto de explotación internacional.

38. Resulta difícil encontrar soluciones regulatorias a este problema que satisfagan todos los intereses en presencia. Por un lado, se constata que las normativas nacionales sobre protección de los autores en la contratación son ineficaces cuando la producción y explotación de la obra audiovisual adquiere carácter internacional.

Por otro, la introducción de un derecho de simple remuneración en las legislaciones nacionales puede beneficiar a los autores; pero puede obligar a los productores a replantear las relaciones con los licenciarios, y puede dificultar la explotación internacional de las obras al acrecentarse las divergencias legislativas. Esto puede suponer un obstáculo a la aparición de

⁶⁶ Art. 12.3

⁶⁷ En Europa, el art. 18 de la Directiva 2019/790 obliga a los Estados a garantizar que “cuando los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes concedan licencias o cedan sus derechos exclusivos para la explotación de sus obras u otras prestaciones, tengan derecho a recibir una remuneración adecuada y proporcionada”. No obstante, el apartado 2 otorga libertad a los Estados miembros para alcanzar este objetivo. Sobre el particular, C. SAIZ (2020), “El principio de remuneración adecuada y proporcionada en la Directiva 2019/790/UE”, en en C. Saiz García / R. Evangelio Llorca, *Propiedad intelectual y mercado único digital*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 367 ss.

⁶⁸ Parte 2: Estudio sobre el marco jurídico audiovisual en el entorno audiovisual.

⁶⁹ En este sentido, debe citarse el Manifiesto de México auspiciado por Writes & Directors WorldWide. Disponible en <http://www.writersanddirectorsworldwide.org/mexico-manifesto/>

un mercado regional audiovisual. Una posible solución a este problema podría venir de la mano de la adopción de una normativa armonizada a nivel regional o internacional, la cual, en el momento actual no parece muy probable.

39. Por último, debe señalarse la importante labor que juegan las SGC en este escenario de divergencias legislativas e intereses contrapuestos, para asegurar, hasta donde les resulta posible, que los autores tienen acceso a una remuneración equitativa por la explotación de sus obras audiovisuales a nivel internacional.

[Final del documento]