

ESTUDIO SOBRE EL MARCO JURÍDICO AUDIOVISUAL EN LATINOAMÉRICA

PARTE 2: EL MARCO JURÍDICO DEL AUDIOVISUAL EN EL ENTORNO

DIGITAL *preparado por la Sra. Marta García León*

DESCARGO DE RESPONSABILIDAD

El presente estudio se encargó como parte del Proyecto Piloto sobre Derechos de Autor y Distribución de Contenido en el Entorno Digital¹ 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

1. 1.INTRODUCCIÓN.....	3
2. 2.EL CONTENIDO AUDIOVISUAL.....	4
2.1 Los distintos contenidos audiovisuales disponibles en Internet	4
2.1.1 La delimitación del contenido audiovisual para los fines del estudio.....	5
3. LAS PARTES INTERESADAS	6
a) Autores	6
b) Artistas, intérpretes y ejecutantes	8
Actores.....	9
Dobladores.....	9
Bailarines y músicos intérpretes	10
c) Productores	10
d) Sociedades de gestión colectiva.....	11
e) Organismos de radiodifusión	12
f) Plataformas digitales y servicios OTT	12
g) Agregadores de contenido.....	14
h) Mercados, festivales y eventos	15
i) Autoridades Nacionales	16
4. EL MARCO JURÍDICO.....	16
4.1 Introducción	16
4.2 El marco jurídico aplicable a las obras audiovisuales y los derechos de los creadores... 17	17
4.1.2 Implicaciones legales del uso de obras audiovisuales en entornos en línea	22
4.2 EL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL.....	24
4.2.1 Cuestiones preliminares: el principio de territorialidad y el mercado en línea	24
4.2.2 Tratados internacionales aplicables	27
4.2.3 Tratados supranacionales y regionales sobre propiedad intelectual.....	37
4.2.4 Tratados bilaterales de libre comercio.....	40
4.2.5 Otros tratados supranacionales relevantes en materia audiovisual	44
4.3 El Marco Jurídico de acuerdo con la legislación nacional.....	45
4.3.1 Introducción.....	45
4.3.2 Definiciones aplicables a la obra audiovisual o una fijación audiovisual	46
4.3.3 Autores, intérpretes y productores de la obra audiovisual	46
4.3.4 Derechos reconocidos.....	47

¹ Estudios disponibles en: https://dacatalogue.wipo.int/projects/DA_1_3_4_10_11_16_25_35_01

4.3.5 Duración de la protección de las obras e interpretaciones audiovisuales	51
4.3.6 Cuestiones relevantes en materia de excepciones y limitaciones	53
4.3.7 Cesión de derechos patrimoniales y otros contratos.....	53
4.3.8 Gestión colectiva aplicable a obras y prestaciones audiovisuales.	56
4.3.9 Dominio público y obras huérfanas.....	57
4.3.10 El registro y el depósito legal de obras audiovisuales	57
4.3.11 Resumen de la normativa por país	58
5. CONCLUSIONES.....	58

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo y ámbito del presente estudio es ofrecer información tanto sobre el mercado en su estado actual como sobre el marco jurídico nacional y supranacional aplicable a la explotación en línea de contenidos audiovisuales en Argentina, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Perú y Uruguay.

Como se verá, los mercados de los distintos países objeto de estudio tienen realidades diferentes y mercados de producción y explotación audiovisual heterogéneos, en los que no es infrecuente que las producciones audiovisuales que se llevan a cabo encuentren problemas para acceder a canales de distribución digital en condiciones de igualdad con contenidos producidos en otros lugares, especialmente grandes producciones extranjeras.

En este análisis intentaremos determinar el tratamiento legal de los derechos de autor y derechos conexos en el entorno digital y los sistemas de licenciamiento aplicados, así como las indefiniciones, retos y oportunidades para la circulación multiterritorial de contenidos en Latinoamérica, considerando en especial la situación legal en Argentina, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Perú y Uruguay.

En los últimos años, la producción audiovisual en Latinoamérica ha aumentado de forma notable y genera creciente interés en otros territorios. Al mismo tiempo, se ha producido un importante aumento en la demanda de contenidos audiovisuales en todos los formatos. Sin embargo, la explotación de contenidos audiovisuales en línea, a través de plataformas digitales, dispositivos móviles, Internet, redes sociales u otros, aunque parece claro que se perfila como el modo principal de difusión, presenta aún retos importantes, tanto para la difusión de contenidos producidos en la región como de contenidos procedentes de otros países. Por otra parte, debido a la expansión de esta forma de difusión se está produciendo un cambio en la organización de la producción y financiación de estos contenidos, tanto en relación con la creación de nuevas dinámicas y procesos como en relación con su propia estructura y, desde luego, con el consumidor.

Es un hecho contrastado que las barreras que encuentra la distribución y exhibición de producciones nacionales, especialmente cinematográficas, se extiende a la inexistencia de un mercado regional latinoamericano como tal, en el que se contaría con la ventaja del español como lengua compartida entre todos los países a excepción de Brasil². Por otra parte, aunque existen organismos de que contribuyen a la coordinación regional de la distribución de contenidos, estos son asimismo insuficientes.

² Ver, por ejemplo, “*Derecho de Autor en el Ámbito Audiovisual y su Aplicación al Entorno Digital en Seis Países de América Latina*”, publicado en Agosto de 2015 por el Ministerio de Cultura de Colombia como parte del proyecto Plataforma de Coordinación Regional para la Distribución Audiovisual, y coordinado por Viana Rodríguez Escobar

A la inexistencia de un mercado regional latinoamericano se añade, como veremos, una normativa heterogénea en materia de propiedad intelectual y distintas regulaciones aplicable a la distribución de contenidos audiovisuales, que afecta de forma similar a los contenidos procedentes de otros países.

El desarrollo e implantación de plataformas de difusión en línea (u otros sistemas semejantes) en estos mercados permite (o debería permitir) el acceso a contenidos que, de otra forma, resultarían de más difícil localización, especialmente para el público que busca contenido audiovisual latinoamericano, y que de otra forma tendría que recurrir (o recurre) a contenidos publicados de manera ilícita.

2. EL CONTENIDO AUDIOVISUAL

2.1 LOS DISTINTOS CONTENIDOS AUDIOVISUALES DISPONIBLES EN INTERNET

Existen, en este año 2021, tantos contenidos audiovisuales disponibles en Internet como autores, productores, intérpretes, creadores hay. Las posibilidades que ofrece la tecnología digital a la hora de crear contenidos audiovisuales son solo comparables a las posibilidades que brinda Internet para su difusión. Hasta hace no muchos años, la producción de contenidos audiovisuales – de cualquier tipo- era (a) muy cara (b) muy compleja, (c) muy lenta.

Hoy, con un simple teléfono móvil y una aplicación instalada en el mismo, cualquiera de nosotros, sin una formación especial, dinero, costosos materiales o grandes equipos de técnicos cualificados, podemos escribir, interpretar, dirigir y producir una obra audiovisual. Será más o menos digna, pero es posible llevarla a buen fin. Además, gracias a Internet, podremos difundir nuestra creación en todo el mundo. Hace muy poco tiempo esto era, sencillamente, imposible.

Cuando hablamos de contenido audiovisual en Internet, nos estamos refiriendo a muy diversos tipos de contenidos, que podríamos dividir en dos grandes bloques en función de su procedencia: por un lado, puede hablarse de obras y grabaciones audiovisuales de naturaleza profesional, y por otro de las producidas fuera de las estructuras profesionales establecidas y que a menudo se denominan, en su terminología en inglés, “*user-generated contents*”.

Tanto los contenidos “profesionales” como los generados por los consumidores abarcan una gran cantidad de tipos de obras audiovisuales: desde obras cinematográficas a series, mini-series, tv-movies, documentales y otros contenidos protegidos como obras audiovisuales por las leyes de propiedad intelectual. Por ejemplo, videoclips, tanto “profesionales” como creados por los usuarios de la red. Otro ejemplo: clips audiovisuales, muchos de ellos paródicos. “Series” cuyos capítulos duran uno o dos minutos, más parecidos en su concepto a las tiras de comic que publican los periódicos que a las clásicas series de televisión...

Además de obras audiovisuales, existen otros contenidos audiovisuales no considerados “obras” de conformidad con las normativas aplicables en materia de propiedad intelectual. De hecho, toda la producción que llevan a cabo las televisiones es contenido audiovisual: programas de entretenimiento, concursos, *reality shows*, informativos, magazines... y, por supuesto, los deportes, del que merece mención especial la explotación audiovisual del fútbol, ya que constituye un universo jurídico y económico en sí misma. Todos estos contenidos están también protegidos por la propiedad intelectual, como grabaciones audiovisuales y, en la medida en que corresponda, como señales de radiodifusión.

En definitiva, existen muchos distintos tipos de contenidos audiovisuales que podrían ser explotados de maneras muy distintas y por plataformas con modelos de negocio distintos. No

obstante, a pesar de la diversidad de contenidos existentes, el presente estudio se centrará en algunos de ellos, como veremos a continuación.

2.1.1 La delimitación del contenido audiovisual para los fines del estudio

En general, se entiende por obra audiovisual una creación basada en una serie de imágenes asociadas, con o sin sonido, destinadas a su comunicación al público mediante su proyección o cualquier otro medio de comunicación pública de la imagen y/o del sonido (tales como la televisión, el video bajo demanda, Internet u otros), con independencia del soporte material en el que se incorporen.

Los contenidos audiovisuales que no se consideran “obras” bajo la perspectiva de las leyes en materia de propiedad intelectual, están protegidos como grabaciones audiovisuales. Entre ellas están todos los contenidos producidos para televisión, desde magazines a informativos, reportajes o programas deportivos.

Como veremos, las definiciones tanto de obra audiovisual como de grabación audiovisual contenidas en las legislaciones de los países objeto de estudio varían en mayor o menor grado.

Para los fines de este estudio nos centraremos fundamentalmente en obras audiovisuales creadas de forma profesional.

Obras audiovisuales

Pueden ser de largo, medio o corto metraje, aunque esta categorización no forma parte de la normativa en materia de propiedad intelectual.

Dentro de las muy distintas obras audiovisuales que existen, es necesario mencionar que el mercado y las regulaciones en materia de audiovisual normalmente diferencian los siguientes tipos de manera especial:

- **Cinematográficas:** a efectos de este estudio, entendemos por obras cinematográficas aquellas que están principalmente o prioritariamente destinadas a su explotación en salas cinematográficas, aunque no únicamente³.

En función de su contenido, se puede hablar de obras cinematográficas de ficción, documentales y de animación. En función de su duración, de largometrajes, medimetrajes y cortometrajes.

Estas distinciones son relevantes de cara a las distintas regulaciones nacionales en materia de ayudas públicas, así como para determinar tanto sus costes medios como las posibles vías de financiación y mercado potencial para cada tipo de obra.

- **Seriadas:** dentro de las obras audiovisuales seriadas, podemos distinguir igualmente entre obras de ficción, documentales y de animación, existiendo una enorme variedad en cuanto a su tipología y formatos. De hecho, como se mencionaba más arriba, podemos encontrar mini-series de unos pocos capítulos de duración superior a la hora, series de

³ En los últimos años mucho se ha discutido sobre el alcance (o incluso su razón de ser) de esta distinción, atendiendo a la transversalidad del consumo y la importancia que la producción directa para televisión o sistemas en línea tienen estos días.

cientos de capítulos de duración inferior a los diez minutos, series por “temporadas” de trece o de veintiséis capítulos de media hora o de una hora...

- **De ficción/documentales:** Las obras audiovisuales de ficción, como se menciona más arriba, pueden adoptar distintos formatos, siendo los más típicos los largometrajes, los cortometrajes y las series, ya sean con personajes “de carne y hueso” o animados. Las obras audiovisuales de tipo documental, como su propio nombre sugiere, están basadas en personas o acontecimientos reales (no inventados, por contraposición con las obras de ficción) y habitualmente contienen al menos declaraciones de personas (p.ej., entrevistas) y documentación visual y sonora (material de archivo periodístico, fotográfico o de cualquier otro tipo). Al igual que las obras de ficción, pueden adoptar distintos formatos -largo, corto, series...

3. LAS PARTES INTERESADAS

Una descripción detallada del mercado audiovisual y en particular sobre las plataformas over-the-top (OTT) actuantes en Latinoamérica está disponible en la Parte 1 del estudio publicado conjuntamente con el presente documento. Como se puede observar en dicho estudio, el mercado audiovisual en su configuración actual es, como poco, muy heterogéneo, en el que se desdibujan las fronteras entre productores, organismos de radiodifusión, distribuidores, cableoperadores, servicios over-the-top (OTT), de telecomunicaciones y plataformas, concurren en no pocas ocasiones los servicios que ofrecen unas y otras, lo que hace difícil identificar a las partes interesadas solo por una actividad.

Sin ánimo de hacer una descripción exhaustiva, trataremos en este apartado de identificar a las distintas partes interesadas de la cadena de derechos del contenido audiovisual:

A) AUTORES

Al hablar de las partes interesadas en el mercado de explotación digital del audiovisual es necesario comenzar hablando de los autores de los contenidos audiovisuales, pues son el eje creativo sobre el que pivota la existencia misma de esos contenidos, su producción, explotación y consumo. En definitiva, es necesario identificar en primer lugar quiénes son los autores, como titulares de derechos de propiedad intelectual sobre sus creaciones.

La complejidad propia de los contenidos audiovisuales, integrados por las (diversas) aportaciones de (diversas) personas, exige un mínimo esfuerzo de sistematización para tratar de trazar un mapa comprensivo de las personas que pueden ostentar derechos de propiedad intelectual sobre dichos contenidos. Derechos que el productor deberá adquirir de todas ellas para poder llevar a cabo su explotación.

Autores de obras preexistentes

Las obras audiovisuales a menudo están basadas en otras creaciones protegidas por las leyes de propiedad intelectual, tales como una obra literaria (novelas o comics por ejemplo), otras obras audiovisuales (tal es el caso de las precuelas, las secuelas, los remakes o los llamados *spin-offs*)...

También es habitual que las obras audiovisuales se basen en hechos reales, no protegidos por la propiedad intelectual pero cuyo uso puede estar protegido por otras leyes, notablemente las relativas a la protección del honor, la intimidad y la imagen. Aunque los titulares de estos

derechos de naturaleza personalísima, normalmente de rango constitucional, no son “autores”, deben ser tenidos en cuenta como parte interesada en producciones de este tipo.

Además de las obras preexistentes *en las que se basa* la obra audiovisual, esta puede incorporar otras obras preexistentes. Entre ellas, destacan las obras musicales, como veremos más abajo.

En algunos, la exclusividad de las licencias otorgadas para llevar a cabo la transformación de estas obras preexistentes en obras audiovisuales está limitada por ley a una duración máxima.

Autores de las obras audiovisuales

Ya sean “originales” o estén basadas en hechos reales o en creaciones preexistentes, no es dudoso que (1) las obras audiovisuales se protegen por las leyes de propiedad intelectual como obras originales, ya estén reguladas de manera específica o no, y (2) las obras audiovisuales se llevan a cabo a partir de las aportaciones creativas de diversas personas.

En general, puede decirse que toda obra audiovisual cuenta, al menos, con un creador cuya aportación se entiende imprescindible e inseparable de la misma: el director.

Pero en la elaboración de una obra audiovisual es también fundamental la aportación creativa de la guionista, del compositor de la banda sonora original, del creador de los dibujos y diseños en obras de animación, de los diseñadores de arte y vestuario, de los directores de fotografía, de los artistas intérpretes y ejecutantes...

En el caso de guionistas, compositores de banda sonora original y diseñadores gráficos, de arte y vestuario, también puede decirse que sus creaciones son tan parte de la obra audiovisual como independientes de la misma. Así, por ejemplo, en el caso de un guion para un largometraje, ese guion es simultáneamente una obra literaria y la estructura misma de ese largometraje; un texto dramatizado y los diálogos interpretados por los actores. Así, los guionistas se consideran como coautores de la obra audiovisual, además de ser autores de un texto literario independiente.

De forma semejante, la música original de una obra audiovisual es tan parte esencial de la misma como una composición que puede interpretarse y comunicarse de forma independiente a esa obra audiovisual. Lo mismo sucede con los dibujos en los que se basa una película o serie de animación.

También, aunque no se trate de aportaciones creativas explotables por separado, son muy relevantes creativamente las de los directores de fotografía y de los productores.

Sin embargo, las leyes de propiedad intelectual aplicables en los países objeto de este estudio - y en la mayor parte de los países del mundo- no consideran “autores” de la obra audiovisual a las mismas personas. La Parte 3 de ese estudio evalúa esas diferencias desde el punto de vista práctico.

La consideración de un creador como autor (o co-autor) de una obra audiovisuales tiene implicaciones jurídicas importantes, ya que a dicho creador se le reconocerán en ese caso una serie de derechos patrimoniales y morales sobre esa obra que afectan a su difusión y explotación, y que analizaremos más adelante. Por otra parte, dependiendo del régimen de derecho de autor aplicable, un mismo creador puede ser considerado -o no- como autor de la obra audiovisual, lo que tiene reflejo en las prácticas contractuales del sector.

Autores de otras obras incorporadas en las obras audiovisuales: autores de canciones, coreografías y otras obras

Además de los autores señalados en los apartados anteriores, las obras audiovisuales incorporan otras creaciones protegidas cuyos autores no son considerados coautores de la obra audiovisual, pero cuya autorización (a) es imprescindible para poder llevar a cabo la explotación de la obra audiovisual, y (b) no se presume otorgada por ley, como ocurre con otro tipo de contribuciones. Nos estamos refiriendo a todas y a cualquiera de las múltiples obras protegidas que habitualmente se incorporan o aparecen retratadas en la obra audiovisual. Por ejemplo, fotografías, cuadros, posters o cualquier otro tipo de obra gráfica que puede formar parte de un decorado. Las coreografías que se interpreten por bailarines. Fragmentos de otras obras audiovisuales (o de videojuegos) que se insertan en alguna secuencia...

Entre todas ellas, destacan las obras musicales preexistentes. Es muy habitual que las obras audiovisuales incorporen canciones, a menudo conocidas, para cuyo uso es imprescindible obtener las pertinentes autorizaciones, tanto de los autores de las obras musicales (o, en su caso, de las editoras musicales) como de las casas discográficas dueñas de las grabaciones de esas obras musicales que se vayan a utilizar en la obra audiovisual (los productores fonográficos).

Para llevar a cabo la explotación en línea de obras audiovisuales que incorporen obras y/o grabaciones de este tipo será necesario que el productor recabe la autorización expresa de autores y editores y de productores fonográficos -tanto para la incorporación de la obra o grabación de que se trate en la obra audiovisual como para la explotación de esta última.

Es posible que alguna de estas obras (o alguno de los usos mencionados) pueda estar administrada por una sociedad de gestión colectiva de derechos. Habrá que analizar cada caso individualmente para determinar a quién o quiénes haya que solicitar esa autorización y la extensión de la misma, considerando el país en el que se produce la obra audiovisual, así como el lugar donde se produce el uso de la obra y/o grabación incorporada en aquella. Para más información sobre la experiencia de una productora en la gestión de derechos pre-existentes ver el estudio de caso 2 publicado con el presente estudio: el clearance de derechos.

B) ARTISTAS, INTÉRPRETES Y EJECUTANTES

Todo contenido audiovisual de ficción cuenta con artistas intérpretes, actores y actrices que dan vida a los personajes y diálogos creados por los guionistas y modelados de acuerdo con las instrucciones y la visión de la directora.

Pero no son los únicos: merecen también mención los dobladores, los bailarines y los artistas ejecutantes (músicos) que participan en las grabaciones de obras musicales que forman parte de las bandas sonoras originales de las obras audiovisuales.

De acuerdo con la legislación de cada país, los artistas intérpretes y ejecutantes tendrán una serie de derechos patrimoniales ("conexos") sobre sus interpretaciones y prestaciones. El productor, igual que sucede en el caso de los autores de los contenidos audiovisuales, deberá adquirir todos los derechos sobre tales prestaciones para poder llevar a cabo su explotación⁴.

Además, como en el caso de los autores de obras audiovisuales, los artistas intérpretes tienen reconocidos derechos morales. En particular, los derechos a exigir el respeto a la integridad y la

⁴ En algunos casos, en particular en cuanto se refiere a la explotación en línea de contenidos audiovisuales, la obtención de los derechos sobre las prestaciones de los artistas puede implicar a una o varias entidades de gestión colectiva de derechos, y/o conllevar para los actores un derecho de simple remuneración.

paternidad de las interpretaciones, en relación con los que cobra especial relevancia el doblaje en la explotación en línea de contenidos audiovisuales.

A la hora de llevar a cabo la explotación de contenidos audiovisuales, es preciso asegurar el respeto a tales derechos morales, especialmente en aquellos casos en los que pueda alterarse la interpretación u omitirse el nombre del artista de los créditos (como ocurre, por ejemplo, con el doblaje hecho por actor distinto al intérprete original, o cuando a ese actor-doblador no se le incluye en los títulos de crédito de la obra audiovisual de que se trate).

Actores

Los actores, intérpretes artistas y/o ejecutantes, son titulares de derechos de propiedad intelectual sobre sus interpretaciones incorporadas en la obra audiovisual. Como en el caso de los autores, tales derechos son de naturaleza patrimonial y también, como a aquellos, se les reconocen ciertos derechos morales sobre sus interpretaciones en muchos países⁵. En particular, los derechos a exigir el respeto a la integridad y la paternidad de las interpretaciones, en relación con los que cobra especial relevancia el doblaje en la explotación en línea de contenidos audiovisuales.

Para llevar a cabo la explotación de la obra audiovisual, igual que sucede en el caso de los autores, es necesario que los intérpretes transmitan sus derechos a la productora.

Otra cuestión relevante, del mismo modo que sucede con los autores de las obras audiovisuales, es la relativa a la remuneración. En este sentido, cabe mencionar dos aspectos importantes: en primer lugar, la posible participación de sindicatos o asociaciones profesionales en el establecimiento de salarios mínimos, o incluso la imposición legal de que la contratación se haga a través de contratos de naturaleza laboral⁶. En segundo, la existencia o no en los distintos países de derechos de remuneración administrados por sociedades de gestión colectiva.

Dobladores

Los dobladores juegan un papel importante, tanto para la explotación transnacional de contenido audiovisual en el mercado latinoamericano, por las razones lingüísticas apuntadas -es habitual distribuir obras audiovisuales dobladas- como por el creciente mercado de animación. En ocasiones, regulaciones para el beneficio de las personas con discapacidad (visual, por ejemplo) pueden igualmente exigir la disponibilidad de versiones en el idioma local.

En tanto que artistas intérpretes, ostentan los mismos derechos que cualquier otra actriz sobre sus interpretaciones, con lo que son de aplicación las observaciones hechas más arriba. Incluidos, claro está, los derechos morales. En particular, en relación con la difusión de contenidos audiovisuales en línea, los actores-dobladores, ya se trate de doblaje de contenidos de animación o de obras extranjeras, tienen derecho moral a que su nombre figure en los títulos de crédito de esos contenidos.

⁵ Los derechos morales están igualmente reconocidos en el Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales, administrado por la OMPI.

⁶ Para un análisis de la situación contractual de los actores, aunque realizado hace algunos años, se puede consultar como referencia LANG, K, "Examen de la OMPI de las consideraciones contractuales en el sector audiovisual", OMPI 2013, publicado en <https://www.wipo.int/publications/es/details.jsp?id=366&plang=ES>

Por otra parte, dependiendo de la legislación de cada país, como veremos más adelante, y de la normativa interna de las propias entidades de gestión, algún uso de sus doblajes puede estar sometido a un derecho de simple remuneración.

Bailarines y músicos intérpretes

En la medida en que participen como intérpretes o ejecutantes en las propias obras audiovisuales (como “musicales” con secuencias bailadas, o en las que aparezca una orquesta tocando en vivo, por poner dos ejemplos), los bailarines y los músicos tendrán la consideración legal de tales intérpretes o ejecutantes, con idénticos efectos jurídicos, y será asimismo necesaria su autorización para llevar a cabo la explotación de la obra audiovisual.

Idéntica consideración merecen las interpretaciones o ejecuciones de obras preexistentes fijadas en grabaciones, audiovisuales o sonoras, que se incorporan a la obra audiovisual.

C) PRODUCTORES

El productor audiovisual es quien se responsabiliza de financiar la producción de la obra audiovisual y asume el riesgo económico que ello implica. Una vez producida la obra audiovisual, es el productor quien se encarga de llevar a cabo su difusión y explotación, para lo que necesita haber obtenido todos los derechos de propiedad intelectual de todos y cada uno de los titulares mencionados más arriba: autores de las obras audiovisuales, de las obras preexistentes incorporadas en esas obras (que pueden ser muchas y muy diversas), actores, compositores, músicos, bailarines, diseñadores... y, en general, de cualquier persona que haya hecho una aportación creativa a la obra audiovisual.

Es el productor quien, contando con todos los derechos sobre la obra audiovisual, determina cuál será la mejor explotación a dar a la misma, naturalmente considerando su necesidad de amortizar la inversión económica realizada, así como las mejores posibilidades para su mejor difusión. Para ello, el productor puede explotar la obra audiovisual mediante su licencia de formas distintas: por territorio, por tiempo, por formato... y habitualmente mediante una combinación de las tres. Es lo que se conoce como “ventanas de explotación”, en las que la obra se explota en un territorio determinado por formatos sucesivos durante un tiempo determinado de forma exclusiva: en primer lugar en salas de cine durante unos meses, posteriormente en VOD, y así sucesivamente.

Desde un punto de vista jurídico, las compañías productoras de contenido audiovisual, del tipo que sean, ostentan derechos de propiedad intelectual sobre las grabaciones audiovisuales, aunque, como veremos, no existe un instrumento internacional que les reconozca tales derechos de manera homogénea en la región -o internacionalmente, con lo que hay que estar a lo que disponen las legislaciones de cada país.

Existen distintos modelos de producción de contenidos audiovisuales, que en lo esencial pueden consistir en lo siguiente:

- Producción *in house* con recursos y equipos propios del organismo de radiodifusión, cableoperador o plataforma OTT.
- Co-desarrollo y co-producción entre productoras independientes y las anteriores entidades.
- Desarrollo independiente y adquisición de todos los derechos sobre los contenidos por buy-out (sistema aplicado a menudo en relación con la producción de series de ficción).
- Licencia de derechos de explotación a distintos usuarios en diversos territorios, para la que se articulan diferentes períodos de exclusividad

La alteración de las preferencias de consumo y la naturaleza transnacional de la explotación digital en línea de contenidos audiovisuales ha alterado los modelos de financiación de los mismos, antes basados en el sistema de ventanas.

d) Sociedades de gestión colectiva⁷

Las sociedades de gestión colectiva (SGCs) están llamadas a jugar un papel relevante en la distribución de contenidos audiovisuales en línea en Latinoamérica, especialmente en los casos en que se produce un uso masivo de las obras o prestaciones protegidas dado el difícil control de su uso de manera individual⁸. Pueden facilitar el control de sus obras y prestaciones a los titulares. Por otra parte, en la medida en que agrupan la totalidad o una gran parte de los repertorios -nacionales y extranjeros- disponibles en cada territorio para cada grupo de titulares, contribuyen a simplificar la obtención de las múltiples autorizaciones necesarias para los diversos usuarios (organismos de radiodifusión, OTTs, salas de cine...)⁹.

Además de sus funciones principales, esto es, licenciar los repertorios que representan, establecer tarifas por su uso, y recaudar y repartir las retribuciones que corresponden a creadores, artistas y, en su caso, productores de los contenidos (audiovisuales o de otro tipo), de acuerdo con tales tarifas, el sistema de gestión colectiva también permite agrupar “...*los intereses económicos y políticos de los asociados, lo cual significa que la gestión colectiva permite que se pueda hacer una defensa gremial del derecho de autor o conexo ante las autoridades estatales, el legislador, consumidores de obras y productores, entre otros.*”¹⁰ Pueden también mencionarse funciones de tipo promocional de las actividades de sus miembros y de sus colectivos. A nivel regional, en relación con el mercado audiovisual, es reseñable la participación (institucional y/o económica) de las SGC en mercados y festivales de cinematografía y contenidos audiovisuales¹¹.

⁷ En relación con la regulación de las sociedades de gestión en Latinoamérica, puede consultarse el reciente estudio “*Panorama de la gestión colectiva del derecho de autor y derechos conexos en Latinoamérica*”, publicado por el Centro Regional para el fomento del Libro en América Latina y el Caribe - CERLALC, bajo el auspicio de la Unesco, Julio 2018, disponible en <https://cerlalc.org/wp-content/uploads/2019/01/Panorama-de-la-gestión-colectiva-final-1.pdf>

⁸ Ver, entre otros “*La gestión colectiva del derecho de autor y derechos conexos*”, Mihály Ficsor, OMPI, 2005.

⁹ Además existen organismos de ámbito internacional y regional que apuntalan el sistema de las SGCs. De ámbito internacional deben mencionarse la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores, CISAC, y SCAPR (*Societies' Council for the Collective Management of Performers' Rights*, en sus siglas en inglés). Ambas organizaciones tienen como objetivo principal la defensa de los derechos de los creadores y los artistas, y el desarrollo de la cooperación entre SGCs a nivel práctico, mediante, entre otras cosas, la estandarización de las herramientas para la identificación de repertorios. De ámbito regional en Latinoamérica, cumplen una importante función FILAIE y Latin Artis. La primera agrupa esencialmente a asociaciones y a SGC de derechos de artistas intérpretes y ejecutantes en obras y grabaciones musicales, y la segunda, de más reciente creación, en obras y grabaciones audiovisuales.

¹⁰ *Panorama de la gestión colectiva...* op. cit., pag. 14 *in fine*.

¹¹ Las SGC, que suelen estar configuradas como asociaciones privadas sin ánimo de lucro, con la notable excepción de Costa Rica-, en no pocas ocasiones cumplen también funciones de tipo mutualista y social (también llamadas “funciones asistenciales”), posibilitando o permitiendo que sus miembros estén cubiertos por seguros médicos, capitalicen parte de sus retribuciones en planes de pensiones, y prestaciones semejantes, de un innegable valor para los respectivos colectivos a los que representan.

E) ORGANISMOS DE RADIODIFUSIÓN

El papel de los organismos de radiodifusión, especialmente los televisivos, en el desarrollo de un mercado audiovisual de ámbito latinoamericano ha sido y es, sin duda, muy relevante en la producción y la difusión de contenidos audiovisuales. Los organismos de radiodifusión tienen un rol esencial en la creación y producción de contenidos, tanto para televisión como de naturaleza cinematográfica.

Los avances tecnológicos han modificado de forma significativa la televisión tradicional y la radiodifusión, en términos generales, así como los hábitos de consumo de contenidos audiovisuales. Los organismos de radiodifusión se han adaptado a estos avances, ofreciendo nuevas modalidades de televisión al consumidor, entre las que destacaron la televisión por cable primero, y la televisión a través de internet (IPTV) más recientemente. Además, muchos de estos están a su vez migrando hacia su conversión en plataforma digital OTT: las radiodifusoras -y los cableoperadores- están también operando en el mercado en línea, ofreciendo contenidos en sistemas de vídeo bajo demanda e IPTV y otras modalidades de televisión de pago, en las que existen múltiples canales, en coexistencia con servicios “*over the top*”, (servicios OTT), cuyo crecimiento en los últimos años ha sido exponencial.

Sin perjuicio de los cambios en la tecnología televisiva y en materia de telecomunicaciones, y su consiguiente impacto en los hábitos de consumo, los organismos de radiodifusión tradicionales continúan siendo muy relevantes, en particular por cuanto mantienen una dimensión fundamentalmente local.

F) PLATAFORMAS DIGITALES Y SERVICIOS OTT

Existen diversos servicios, de distintas características, que se agrupan bajo la común denominación “plataformas digitales”, que se superponen y/o coexisten con la televisión tradicional y que, en muchas ocasiones, forman parte de servicios combinados en los que los organismos de radiodifusión ofrecen también servicios y contenidos en línea, y las plataformas y servicios OTT dan acceso a los contenidos de las cadenas de televisión. A su vez, el consumo de contenido audiovisual en línea ofrece distintos modelos de negocio. Todo ello, amparado jurídicamente bajo una única modalidad de explotación “legal”, la puesta a disposición de contenidos en línea”.

Como consecuencia de todo lo anterior, la terminología que se maneja para referirnos a estos distintos servicios y modelos de negocio es muy diversa, está en constante evolución. Es por tanto conveniente, a efectos de este estudio, aclarar el significado de los términos empleados más a menudo¹².

Por un lado, encontramos definiciones de sistemas o medios a través de los cuales se difunden contenidos audiovisuales en internet.

- Servicio OTT: servicio *over-the-top*, consistente en la difusión de contenidos a través de Internet sin participación de servicios de operadores de cable o satélite, o de telecomunicaciones. Estos servicios pueden ofrecer distintos contenidos (audiovisuales, música) y también otros servicios (tiendas de aplicaciones o almacenamiento, por ejemplo). Se asimila al concepto “plataforma digital”.

¹² Ver, por ejemplo, el informe elaborado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores de España en el que definen los distintos servicios OTT con bastante claridad. https://blog.cnmc.es/wp-content/uploads/2015/01/DOC_OTT_1_12.pdf

- IPTV: Internet Protocol televisión, o televisión sobre protocolo IP en español, que identifica la difusión de contenidos por Internet a través de banda ancha sobre el protocolo IP, organizada y controlada por un operador de cable o satélite y/o (principalmente) de telecomunicaciones. Se define habitualmente por contraposición a los servicios OTT. Los operadores de IPTV suelen ofrecer el contenido en abierto de las cadenas de televisión por ondas, así como otros canales que pueden encontrarse típicamente en los servicios de cable o satélite. Generalmente, exige un descodificador o una aplicación para que los contenidos puedan verse en pantalla.

Se trata un servicio de televisión de pago mediante suscripción típicamente mensual, que a menudo ofrece también alquiler y/o descarga de contenidos.

- M3U (software), M3U8, W3U: es el nombre de extensión de archivo que se da a las listas de selección de contenidos hechas por los usuarios, y que se utilizan para acceder a los contenidos de IPTV y de servicios OTT en general. Estas listas incluyen las direcciones IP para acceder a las emisiones de televisión IP de miles de canales. El contenido al que se accede muchas veces no es lícito, como ocurre navegando a través de internet. Se comercializan diversos dispositivos que, conectados a la televisión o el ordenador, organizan el contenido de estas listas para comodidad del consumidor.

Por otro lado, encontramos términos que definen la forma en que se explotan los contenidos audiovisuales en alguno o varios de los sistemas descritos:

- VOD: vídeo on demand (en sus siglas en inglés) o “video bajo demanda”, también llamado a veces “vídeo a la carta”. Es un sistema de explotación de contenido audiovisual en el que el consumidor puede acceder a los contenidos desde el lugar y en el momento en que lo desee. Ofrece distintos modelos de explotación, muchas veces combinados entre sí en las plataformas digitales y/o los servicios OTT. En el concepto VoD se engloban prácticamente todos los modelos de negocio aquí descritos.
- VoD clásico: Se trata de servicios de pago, pago que suele adoptar una de dos formas, en las que se basan distintos modelos de explotación audiovisual: pago puntual por el contenido en concreto de que se trate para su visionado (único, o permitiendo un número ilimitado de visionados en un corto período de tiempo, típicamente 24 o 48 horas).
- SVoD: *subscription video on demand*, sistema de vídeo a la carta basado en el pago de una cuota de suscripción periódica, generalmente mensual, a cambio del cual el consumidor tiene libre acceso a diversos contenidos ofrecidos por la plataforma o servicio, para su visionado de forma ilimitada.
- TVoD: *transactional video on demand*, sistema en el que el consumidor paga de manera puntual para acceder a un contenido concreto sin necesidad de abonar una suscripción, ya sea para su visionado durante un período de tiempo concreto (que generalmente las OTTs denominan “alquiler”), y/o para descargar una copia de ese contenido con acceso ilimitado (*electronic sell-through* o EST), normalmente más caro que el alquiler. También se denomina pago por visión o *pay per view*, PPV.
- AVoD: *advertisement video on demand*, consistente en la puesta a disposición en línea de contenidos de forma gratuita para el consumidor pero difundidos con publicidad al inicio del contenido o incrustada sobre él. Por ejemplo, YouTube. La publicidad genera ingresos para la plataforma o servicio, de los que normalmente un porcentaje revierte en el productor licenciante del contenido.
- FVoD: *free video on demand*, consistente en la puesta a disposición de contenidos audiovisuales de forma gratuita para el consumidor. La plataforma o servicio obtiene

ingresos por la publicidad emitida a través de la plataforma -no con o sobre el contenido mismo-, y normalmente no se generan rendimientos de explotación para el productor.

- NVoD: *near video on demand*, o casi vídeo a la carta, es un sistema híbrido entre el video bajo demanda y la programación televisiva de parrilla tradicional. En él, el servicio o la plataforma programan la emisión a diversas horas (muy cercanas entre sí) de un mismo contenido de forma tal que el consumidor puede acceder a él, desde el lugar que elija, a la hora de emisión que le resulte más conveniente.

En los últimos años la evolución de plataformas digitales y servicios OTT ha sido espectacular en la región. De acuerdo con un informe elaborado por BB Visión, en el año 2018 casi 260 servicios OTT¹³, pertenecientes a organismos de radiodifusión, cableoperadores y empresas de servicios OTT, operaban en Latinoamérica.

Si bien los diversos estudios y análisis que mencionábamos en el apartado anterior evidencian una tendencia clara al crecimiento de los servicios OTT en la región, y en concreto en los países objeto de estudio, la falta de uniformidad normativa es un límite claro al desarrollo de un mercado de contenido audiovisual multiterritorial, por todas las razones arriba apuntadas.

A ello se suma que la penetración de banda ancha en los hogares en la región es también heterogénea, lo que dificulta el desarrollo de un mercado audiovisual regional por motivos tecnológicos evidentes. De acuerdo con los datos publicados por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)¹⁴, el avance de la implantación de Internet es evidente, aunque se detectan problemas relacionados tanto con la calidad como con el acceso mismo a Internet, especialmente en zonas rurales.

Existen no obstante iniciativas públicas de servicios OTT, como el portal de distribución online “Retina Latina”, plataforma de cine gratuito que ofrece producciones de Bolivia, Colombia, Ecuador, México, Perú y Uruguay, generado por estos países con el fin de crear una nueva ventana de explotación de las producciones nacionales en América Latina, o SPCINE en Brasil.

Paralelamente, en relación con la producción de contenidos, los servicios OTT, especialmente internacionales, están comenzando a llevar a cabo una importante labor de producción, de manera semejante a la que venían desarrollando las televisiones..

G) AGREGADORES DE CONTENIDO

Una nueva figura que juega (y jugará) un importante papel en el desarrollo de un mercado de contenido audiovisual latinoamericano es la del agregador de contenido audiovisual digital.

Estos nuevos agentes en la industria audiovisual contribuyen a facilitar el tránsito de los contenidos audiovisuales por los distintos modelos de explotación por las plataformas de video bajo demanda y servicios OTT. En concreto, su función es la de intermediar entre estas (múltiples) plataformas, que generalmente obtienen licencias para la explotación de esos contenidos de forma no exclusiva, y los titulares de derechos de los contenidos (especialmente pequeños productores o distribuidoras que carecen de la infraestructura necesaria para llevar a cabo tales negociaciones y contrataciones).

¹³ Guía OTT 2018, publicada por PRODU, en la que se incluye el informe “*Multiplataformas y contenidos digitales en Latinoamérica*”, elaborado por BB Visión, p. 39 y ss. y accesible en https://issuu.com/producom/docs/gui_a_ott_2018

¹⁴ *Estado de la banda ancha en América Latina y el Caribe 2017*, publicado en Abril de 2018, https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43365/1/S1800083_es.pdf

Normalmente, se establecen contratos por los que el titular de derechos licencia al agregador la explotación de la película o contenido de que se trate en sistemas de vídeo bajo demanda, por tiempo limitado y para territorios concretos, y el agregador suele proporcionar un plan de marketing o posicionamiento del contenido en las distintas plataformas en las que pueda ubicar el contenido de que se trate. Se trata de una figura híbrida entre el distribuidor, el agente de ventas internacional y el titular de derechos.

Por un lado, se ha producido un considerable incremento en el número de producciones, tanto de carácter profesional como las creadas por usuarios particulares como youtubers, o por colectivos independientes (como las series web) que han aplicado fórmulas distintas de financiación -por ejemplo, el *crowdfunding*- y de distribución al margen de la industria -por ejemplo, en YouTube, a través de redes sociales o por correo electrónico. Por otro, han proliferado las plataformas que ofrecen contenido audiovisual. En ese complejo conglomerado de oferta y demanda, el agregador de contenidos audiovisuales cada vez cobra más importancia en la difusión de contenidos audiovisuales a través de internet internacionalmente, lo que igualmente cierto en relación con a la región.

Podemos citar algunos ejemplos de agregadores en los países objeto de este estudio, como Under the Milky Way (Brasil), Promovere (Argentina), y agregadores de contenido en desarrollo, como es el caso de WePlot y Sensecontents. En el estudio de caso publicado con el presente estudio se discute la experiencia del agregador *Sofá Digital* en el mercado latino.

H) MERCADOS, FESTIVALES Y EVENTOS

Los eventos y festivales, y sobre todo los mercados audiovisuales juegan un papel muy relevante para el encuentro de las distintas partes interesadas en la industria audiovisual. Como tal punto de encuentro, su importancia se está demostrando reforzada al haber proliferado distintos modelos de producción, financiación y difusión de contenidos audiovisuales, especialmente en cuanto se refiere a la explotación en plataformas digitales.

En el marco de los mercados suelen llevarse a cabo también festivales cinematográficos y diversos eventos destinados a analizar el estado del sector, acercar a titulares de contenidos y a distribuidores y plataformas o televisoras, etc.

Entre ellos, en la región, pueden citarse los de Guadalajara¹⁵, Ventana Sur¹⁶, el BAM de Bogotá¹⁷, el Rio2C de Rio de Janeiro¹⁸ o el Mercado Audiovisual de Centro América y el Caribe -MAUCC¹⁹.

También los festivales de cinematografía, aunque en menor medida, sirven como punto de reunión de los diversos agentes de la industria, en los que desde un tiempo a esta parte ya se llevan a cabo negociaciones sobre producción y distribución de contenido audiovisual enfocadas hacia lo digital. En Latinoamérica se celebran varios de los más importantes del mundo, y algunos de ellos se celebran con ocasión de los mercados -como es el caso del Festival de Cine de Guadalajara. Por ejemplo, Habana Film Festival, Festival de Mar del Plata, el BAFICI, Cartagena de Indias, Lima o Morelia, Río de Janeiro, Guayaquil... Existen muchos festivales diferentes, esenciales junto con los mercados sobre todo para las producciones de corte más independiente.

¹⁵ <https://ficg.mx/35/public/>

¹⁶ <https://ventana-sur.com/>

¹⁷ <https://www.bogotamarket.com/>

¹⁸ <https://www.rio2c.com/en/>

¹⁹ <http://www.maucc.net/>

I) AUTORIDADES NACIONALES

Es necesario mencionar también el importante rol que juegan las autoridades en el mercado de la difusión online de contenidos audiovisuales. Desde los organismos reguladores en materia de propiedad intelectual y derechos de autor a los de telecomunicaciones, pasando por las autoridades laborales o los institutos de cinematografía y audiovisual, entre otros, todos ellos contribuyen a definir los límites en los que la producción, explotación y difusión de contenidos audiovisuales pueden llevarse a cabo en cada país.

En directa relación con el objeto del presente estudio, baste aquí mencionar que las agencias y autoridades públicas en materia de propiedad intelectual y derechos de autor definen un marco jurídico y los márgenes en los cuales la industria audiovisual y todos los agentes que operan en el sector, incluidas las entidades de gestión colectiva de derechos, se basan para crear y explotar contenidos audiovisuales, otorgar licencias, celebrar acuerdos y llevar a cabo contrataciones.

4. EL MARCO JURÍDICO

4.1 INTRODUCCIÓN

El universo de la producción y comercialización de contenidos audiovisuales abarca diversos tipos de obras y grabaciones en las que participan muy diferentes agentes. Como hemos visto antes, las películas cinematográficas presentan particularidades frente a las, por ejemplo, series de televisión. Dentro de estas últimas, existen series de televisión de carácter independiente, mini-series, telenovelas... puede tratarse de obras de ficción o no...

Estas diferencias afectan, fundamentalmente, al modo en que se financian y producen. Sin embargo, todas ellas son obras audiovisuales que contienen interpretaciones o ejecuciones, tanto audiovisuales²⁰ como musicales, y están incorporadas en grabaciones audiovisuales, así como muchos otros contenidos. Tanto las obras como las interpretaciones y las grabaciones audiovisuales, y demás contenidos mencionados, están protegidas por la propiedad intelectual, sistema que prevé una serie de derechos patrimoniales y morales a determinados derechohabientes según el marco jurídico nacional. A partir de la existencia de esos derechos se articula la comercialización de los contenidos audiovisuales. En algunos casos, otros derechohabientes pueden ostentar derecho sobre las señales de radiodifusión portadoras de esos contenidos.

Este sistema jurídico determina quiénes son los titulares de los derechos exclusivos y morales sobre los contenidos (y, en su caso, los derechos de simple remuneración por su uso), la duración de la protección, las limitaciones y excepciones a esos derechos que permiten determinados usos sin necesidad de autorización, el modo de transmitir esos derechos a terceros a efectos de su licencia para poder comercializarlos y los medios para la defensa ante la vulneración de los mismos y los remedios existentes. También regula este sistema la función que cumplen las entidades de gestión colectiva, las obras en dominio público y el modo en que pueden utilizarse las denominadas “obras huérfanas”, entre otras cosas.

El marco jurídico aplicable a la distribución de contenidos audiovisuales en línea se basa de manera esencial, por tanto, en la regulación en materia de propiedad intelectual. Hemos

²⁰ Fundamentalmente obras de ficción, aunque también documentales.

analizado en el apartado 3 anterior los distintos agentes que participan en la creación y distribución de contenidos audiovisuales en línea. En este apartado trataremos de dar una visión panorámica sobre los derechos y obligaciones de tales agentes derivados de la regulación en materia de propiedad intelectual aplicable en los países analizados.

4.2 EL MARCO JURÍDICO APLICABLE A LAS OBRAS AUDIOVISUALES Y LOS DERECHOS DE LOS CREADORES

Definir el marco jurídico aplicable a los contenidos audiovisuales objeto de análisis resulta esencial, pues ello define el punto de partida de la “*chain of title*”: quiénes habrán de considerarse autores de las obras. Las legislaciones de los países que integran la región Latinoamericana y, en concreto, los que son objeto de este estudio, dan a las obras audiovisuales tratamiento jurídico de obras en colaboración, y no obras colectivas²¹. Ello implica que la obra audiovisual necesariamente tiene varios coautores, a partir de cuyas contribuciones creativas se forma la obra audiovisual. Todos ellos, de forma conjunta, ostentan derechos exclusivos de explotación de la obra audiovisual creada y, en ocasiones, derechos de simple remuneración, sin perjuicio de que es habitualmente el productor quien ostenta el conjunto de tales derechos de explotación exclusivos (ya sea por cesión presunta o expresa) de cara a la comercialización del contenido.

El reconocimiento de la condición de autor de una obra audiovisual a una persona determinada tiene como consecuencia automática que dicha persona ostentará derechos tanto morales como patrimoniales sobre dicha obra.

Ello implica que la divulgación y explotación de tal obra audiovisual requerirá de su previo consentimiento para cada uno de los usos que se pretendan llevar a cabo, al igual que ocurre con los intérpretes. Este consentimiento habitualmente se articula a través de contratos suscritos entre los autores y los productores, que se analizan con mayor detalle en la Parte 4 del presente estudio sobre las prácticas contractuales en el sector audiovisual. No obstante, no siempre es imprescindible la existencia de contrato: las distintas legislaciones en materia de derecho de autor establecen algunas presunciones legales de autorización de uso e incluso de cesión exclusiva de determinados derechos a favor del productor. Estas presunciones complementan y no pocas veces suplen los acuerdos específicos entre creadores y productores recogidos en contratos.

Por otra parte, es necesario tener en cuenta la existencia de diversas Sociedades de Gestión Colectiva de Derechos que administran los repertorios de distintos titulares en los países de la región, pues juegan un papel creciente en el mercado de distribución de contenidos online en la región.

a) Derechos patrimoniales y morales de los coautores de la obra audiovisual

La legislación de los países objeto de este estudio, como veremos, es relativamente homogénea en este punto, considerando que la obra audiovisual es una obra en colaboración cuyos coautores son personas físicas. A cada uno de los coautores se le reconocen derechos de naturaleza patrimonial sobre la obra audiovisual, que ostentan de forma solidaria – es decir, su consentimiento es imprescindible para poder llevar a cabo la explotación de dicha obra audiovisual a través de los distintos medios y formatos existentes, incluyendo de forma expresa

²¹ No sucede lo mismo en otros países, con la consecuencia jurídica inmediata de permitir que la titularidad de derechos de propiedad intelectual sobre la obra audiovisual *de manera originaria* corresponda a las compañías productoras (e incluso la condición de autoras, cumpliéndose ciertas condiciones).

la explotación en formatos digitales. También se les reconocen derechos morales que como mínimo comprenden el derecho a exigir la integridad de la obra y el reconocimiento de la autoría (o paternidad de la obra).

En relación al derecho moral, cualquier atentado a la integridad a la obra reclamable suele requerir que los intereses o la reputación del autor se vean negativamente afectados, cuestión que ha de determinarse, necesariamente, caso por caso y de acuerdo con la ley del país en el que se produce la vulneración²². Existen casos judiciales muy conocidos sobre este asunto, entre los que destaca el caso sobre *La jungla de asfalto* y la decisión que sobre el mismo adoptó el Tribunal de Casación (Supremo) de Francia²³.

Sobre el derecho de atribución o paternidad, esto es, el derecho a ser reconocido como coautor de la obra, es preciso mencionar sus dos vertientes: la positiva (que el nombre del autor figure en títulos de crédito y material promocional y publicitario, en su caso), y la negativa (el derecho a lo contrario, es decir, a que el nombre del autor *no* figure en ninguna parte, que tiene particular importancia en casos en los que la versión definitiva de la obra audiovisual no ha sido establecida por los coautores, quienes, una vez vista, pueden no desear “hacerse responsables”).

Son reconocidos como coautores de la obra audiovisual al menos el director y la guionista, pudiendo además reconocerse, entre otros, al compositor de la banda sonora original o al productor. Para más detalle, véanse las tablas adjuntas.

La figura de la directora principal o directores es especialmente relevante por cuanto la determinación de la versión definitiva de la obra audiovisual puede exigir -por ley- su participación en alguna medida, como veremos. El establecimiento de la versión definitiva de la obra audiovisual es crítico desde un punto de vista jurídico, puesto que es sobre esa versión definitiva sobre la que se generan los derechos de los coautores de la misma.

b) El papel de las Sociedades de Gestión Colectiva de Derechos

Considerando la complejidad jurídica de los contenidos audiovisuales y la multiplicidad de titulares de derechos que existen sobre los mismos (o partes de ellos), la gestión colectiva se perfila como una solución práctica razonable para la gestión de algunos derechos. En contra, se arguye que el licenciamiento a través de entidades de gestión podría comprometer los derechos exclusivos de los productores audiovisuales sobre esos contenidos, lo que potencialmente afectaría a los ingresos de éstos por su comercialización, y, además, a la financiación de los mismos, causando en última instancia un empobrecimiento de la calidad y la promoción de las producciones. Ello afectaría negativamente a los mercados audiovisuales y, particularmente, a los mercados en línea, en los que la competencia entre los distintos contenidos es particularmente agresiva pues están todos en pie de igualdad.

²² A la hora de llevar a cabo explotaciones de obras audiovisuales en el mercado audiovisual en línea, cabe plantearse la posibilidad de que las inserciones publicitarias tales como las que se realizan en plataformas tipo YouTube pudieran constituir una vulneración del derecho moral de integridad de los coautores de las mismas, aunque normalmente este tipo de conductas vienen reguladas en los contratos con las compañías productoras. No obstante, la comercialización de obras audiovisuales a través de plataformas de vídeo bajo demanda no plantea un problema específico, ya que las obras se ponen a disposición del público sin ninguna alteración.

²³ En este caso, Anjelica Huston demandó a Turner por la violación del derecho a la integridad de la obra de su padre, John Huston, por el coloreado de la película *La jungla de asfalto* sin su consentimiento (cuando se llevó a cabo, el director ya había fallecido). La demandante consideró que, a la vista de las manifestaciones hechas por John Huston en contra del coloreado de películas que se rodaron en blanco y negro, el Tribunal de Casación francés estimó que los actos de Turner dañaban los intereses y la reputación del autor y dio la razón a la demandante

No obstante, lo cierto es que la legislación de muchos países, y en concreto de varios de los que son objeto de este estudio, otorgan derechos de propiedad intelectual a creadores y artistas de obras audiovisuales, y también a los productores de grabaciones audiovisuales, además de a los autores y editores de obras musicales. Estos derechos a veces van acompañados de derechos de simple remuneración que, a menudo, se definen como de gestión colectiva obligatoria.

A modo de aclaración, y sin ánimo de hacer un análisis exhaustivo, señalar que los derechos patrimoniales de propiedad intelectual se suelen categorizar en “exclusivos” o “de simple remuneración” (o de remuneración “equitativa” o “compensatoria”, siendo las denominaciones equivalentes).

Los derechos exclusivos confieren a sus titulares un monopolio limitado en el tiempo para autorizar o prohibir determinados usos de sus obras (o interpretaciones, o grabaciones...). Estos derechos son transmisibles a terceros (incluyendo a entidades de gestión para su licenciamiento y administración).

Sin embargo, los derechos de simple remuneración no confieren ninguna facultad al titular con respecto a la explotación de su obra (o interpretación ...). Están configurados como un derecho de crédito (esto es, un derecho de cobro) en el que, normalmente, el obligado al pago es el usuario final de la obra (las operadoras de televisión, plataformas, salas de exhibición cinematográfica, etc.). La razón de ser de este tipo de derechos es doble: por un lado, el incremento sucesivo de valor de la misma, del que el autor o el intérprete normalmente no participa ya que suelen acordar contraprestaciones a tanto alzado cuando el éxito económico de la obra es incierto (su posición negociadora individual es, casi siempre, la más débil); por otro, la imposibilidad real de hacer efectiva a nivel individual una participación proporcional en los rendimientos de las obras e interpretaciones para autores e intérpretes.

Estos derechos de simple remuneración suelen estar configurados como derechos intransmisibles e irrenunciables (aunque no siempre), y es habitual que su gestión esté encomendada por ley a sociedades de gestión colectiva, por lo que se denomina “gestión colectiva obligatoria”. Nótese que, dada la naturaleza de los derechos de simple remuneración, la gestión colectiva obligatoria no implica un licenciamiento de la obra o la prestación.

Partiendo del hecho de que los colectivos mencionados ostentan derechos -exclusivos o de simple remuneración, de gestión colectiva obligatoria o no-, y que, como veremos a continuación, en alguna medida tienen conferida la administración y/o gestión de tales derechos a SGCs, parece claro que el licenciamiento colectivo de contenidos audiovisuales ofrece algunas ventajas prácticas innegables tanto para titulares de derechos como para usuarios de los repertorios.

Sin ánimo de ser exhaustivos, en los países objeto de estudio, pueden mencionarse SUGAI²⁴ en Uruguay, UNIARTE²⁵ en Ecuador, e Inter Artis Perú²⁶. Asimismo, en Brasil, junto a Inter Artis Brasil (creada en 2005), en diciembre 2019 se autorizó a dos nuevas entidades de gestión para la recaudación de derechos de autor para guionistas y directores de obras audiovisuales (DBCA y GEDAR).

En Argentina, SAGAI existe desde el año 2006, y la asociación Directores Argentinos Cinematográficos, DAC, fue autorizada para operar como sociedad de gestión en 2009.

²⁴ Sociedad Uruguaya de Gestión de Artistas Intérpretes, creada en 2008 a instancias de la Sociedad Uruguaya de Actores, <https://sugai.org.uy/institucional/>

²⁵ Sociedad de Gestión de Artistas y Autores Audiovisuales del Ecuador, autorizada en el año 2015.

²⁶ Autorizada por INDECOPI en 2011, casi al mismo tiempo que la Sociedad Nacional de Intérpretes y Ejecutantes de la Música - SONIEM.

Inter Artis Costa Rica ha solicitado asimismo autorización para operar como sociedad de gestión colectiva en el territorio. La asociación Inter Artis Argentina, por su parte, se creó con el fin de impulsar la gestión de los derechos de los artistas del extranjero.

Todas ellas están integradas en alguna o varias organizaciones internacionales o regionales como CISAC²⁷, SCAPR²⁸, FILAIE²⁹ o Latin Artis³⁰.

Cabe asimismo destacar la presencia de filiales de algunas SGC españolas cuyos servicios también contribuyen al desarrollo del mercado audiovisual en la región. EGEDA, Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales, con sedes también en Ecuador, Perú y Uruguay³¹, gestiona determinados derechos de comunicación pública de los productores audiovisuales en régimen de gestión colectiva principalmente *voluntaria*. EGEDA también proporciona servicios de otro tipo, como el licenciamiento puntual de clips de obras y grabaciones audiovisuales o su digitalización, entre otros.

No hay que olvidarse de la gestión colectiva realizada en representación de los titulares de las obras incorporadas a las obras audiovisuales. El gran ejemplo en este caso es la gestión colectiva de la música y fonogramas incorporadas a la obra audiovisual por la explotación de esta. Siempre dependiendo del marco jurídico nacional, la gestión colectiva en relación con el audiovisual también implica a sociedades que representan a los autores musicales, artistas intérpretes y ejecutantes musicales y/o a los productores fonográficos.

Así, puede afirmarse que durante los últimos años se afianza en la región la tendencia a operar a través de SGCs, por las razones arriba apuntadas, especialmente en relación con el audiovisual. De hecho, durante los últimos años y con el decidido apoyo de las organizaciones regionales mencionadas, se han creado diversas sociedades para la gestión de derechos en varios países de la región que representan repertorios de titulares de derechos sobre contenidos audiovisuales, además de apoyar una defensa y promoción de sus derechos de manera conjunta³².

Todas estas SGC, así como las organizaciones internacionales y regionales mencionadas, impulsan el desarrollo y afianzamiento legal de los derechos de los creadores y de los artistas, tanto mediante el apoyo a la aprobación de normativa como a la implantación de nuevas sociedades en los diversos territorios. La posibilidad para los usuarios de adquirir las necesarias licencias para la explotación de contenidos audiovisuales en línea de una manera simplificada para grandes repertorios, a su vez debería contribuir al desarrollo mismo del mercado en línea.

²⁷ <https://es.cisac.org/>

²⁸ <https://www.scapr.org/>

²⁹ <http://www.filaie.com/>

³⁰ <http://www.latinartis.org/>

³¹ EGEDA tiene también presencia en Argentina, aunque no ha alcanzado el estatus de entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual.

³² Latin Artis expresa esta noción de manera muy precisa, en su página web, al respecto de las razones que impulsaron la creación de la plataforma en 2010, que transcribimos: “*La inevitable globalización en la producción y explotación de los contenidos audiovisuales, así como los bajos estándares de protección de los que gozan los actores y bailarines en la gran mayoría de países del ámbito latinoamericano y la exponencial incidencia de Internet en el modelo de negocio de los contenidos audiovisuales, son tres de las grandes razones que aconsejaban la constitución de una plataforma de amplio espectro técnico y político que facilite la unión y la concentración de fuerzas para poder afrontar estos retos, ya actuales.*”

Latin Artis se constituye, pues, como una plataforma de colaboración y cooperación entre entidades para la defensa y promoción de los derechos de los artistas; que contribuya a su reconocimiento normativo, tanto en el plano internacional como nacional, que fomente y facilite el intercambio transfronterizo de los derechos recaudados en cada territorio nacional, y que preste asistencia técnica en el desarrollo y consolidación de las entidades iberoamericanas que administran los derechos de los actores.”

Retos del sistema de gestión colectiva

Tal como hemos apuntado más arriba, en contra del sistema de licenciamiento de contenido audiovisual para los mercados en línea se argumenta, fundamentalmente por parte de los usuarios, que supone un encarecimiento innecesario de los contenidos audiovisuales, y por parte de los productores que implica una limitación al ejercicio de derechos exclusivos que sobre esos contenidos ostentan, haciendo peligrar en última instancia el medio fundamental de financiación de las producciones (bajo el sistema de ventanas, que por otra parte está algo anticuado a la luz de las nuevas plataformas que operan en el mundo y que ofrecen esos contenidos al público para su consumo simultáneo e inmediato en línea).

En todo caso, el hecho cierto es que las SGC están operando en el mercado y, aunque parece que hay una tendencia clara hacia el afianzamiento y desarrollo del sistema de gestión colectiva, éste aún presenta bastantes carencias. La más notable, sin duda, es la falta de homogeneidad normativa en los países de la región, particularmente por cuanto se refiere a los derechos que en concreto ostentan los distintos titulares de derechos sobre obras, interpretaciones y grabaciones audiovisuales, así como sobre otros contenidos incorporados en tales obras y grabaciones. Nos remitimos en este punto al apartado siguiente para un análisis detallado de la normativa existente en cada uno de los países estudiados.

Esta heterogeneidad hace que el licenciamiento de contenidos audiovisuales a nivel internacional o regional sea un reto muy complejo. Por una parte, la naturaleza territorial de los derechos de propiedad intelectual, que hace que los derechos de simple remuneración hayan de abonarse en cada uno de los países en los que se lleva a cabo una explotación en línea.

Además, es importante la ausencia en casi todos los casos de un sistema de “ventanilla única” para facilitar el proceso de recaudación de derechos de los distintos usuarios de un mismo contenido. Merece la pena mencionar la creación de una ventanilla única en Brasil, ECAD, sistema al que se tiende en todo el mundo, y que en algunos países está incluso mandatado por la ley.

Por otra, en aquellos casos en que los contenidos se licencian (por ejercer las SGC derechos patrimoniales *exclusivos*), nos encontramos dos situaciones: una, que no siempre existen SGC que representen derechos equivalentes en todos los países, con lo que el licenciamiento a través de acuerdos de representación recíproca deviene en ocasiones imposible; y dos, que no existe una norma legal de ámbito regional que ampare este tipo de licencias otorgadas por SGCs.

Así, a la hora de comercializar contenidos audiovisuales en mercados en línea en la región exige, de un lado, la autorización del productor -normalmente mediante un contrato por el que se licencia la explotación en línea -a una o varias plataformas, en exclusiva o no, y de otro, la autorización al usuario otorgada por parte de cada una de las SGC que operen en cada país en concreto por aquellos derechos exclusivos -o el simple cobro por los de “simple remuneración”- de los repertorios audiovisuales o de otro tipo que representen). Ello plantea una complejidad notable a la hora de adquirir los derechos necesarios para llevar a cabo una distribución en línea multiterritorial en la región. Se suma a este efecto la ausencia de información sobre las obras en una fuente única o por medio de una identificación que sea utilizada de manera uniforme en todo el mundo. Sobre ese desafío, la Parte 5 del estudio aborda la cuestión de la identificación de los contenidos audiovisuales.

Sin una norma legal de ámbito regional que articulase, por una parte, unos derechos homogéneos entre los distintos titulares, y que, de otra, validase un ámbito territorial supranacional para las licencias otorgadas por las SGC, este problema tiene difícil solución.

No obstante, al menos en lo que respecta al mercado musical, sí existen antecedentes normativos a los que se mira desde la región. En concreto, a la Unión Europea y su Directiva de 2014 relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior³³.

Por otra parte, las SGCs pueden contribuir a la identificación de titulares de derechos, en muchos casos muy complicada, e incluso al uso de contenidos audiovisuales, especialmente catálogos que incluyan contenidos más antiguos. En este sentido, las SGCs podrían participar en la gestión de los derechos de dominio público (pagante, en este caso) y de las obras huérfanas, lo que podría contribuir a su mayor difusión.

4.1.2 Implicaciones legales del uso de obras audiovisuales en entornos en línea

Sin ánimo de realizar un análisis exhaustivo de los derechos implicados *en general* en la producción y comercialización de contenidos audiovisuales, sí queremos mencionar las particularidades que afectan a la difusión de contenidos audiovisuales digitales en línea. De forma muy resumida³⁴, esta implica necesariamente una serie de actos que requieren de la previa autorización de los titulares de derechos sobre tales contenidos:

(1) la reproducción de esos contenidos, tanto para digitalizarlos cuando ese no sea su formato original, como para hacer copias de estos; en el proceso de difusión en línea -ya se trate de una difusión lícita o no- se producen, al menos, dos actos de reproducción esenciales.

Uno, el acto por el cual se “carga” una obra en, por ejemplo, una plataforma de vídeo a la carta o en una televisión IP (o en un sistema p2p) mediante la que esa obra se pone a disposición del público. Dependiendo del tipo de sistema, puede que se realice una reproducción de un contenido en la propia plataforma, o que aquella se aloje en un servidor de alojamiento o *hosting* y la plataforma facilite un enlace a la misma. En cualquiera de los dos casos, se produce un acto de reproducción que exige la previa autorización de los correspondientes titulares de derechos. Eso sin perjuicio de la discusión reciente en algunos países del mundo sobre la extensión de la excepción a la copia privada en algunos casos de reproducción en formato digital.

Dos, el acto por el cual se descarga esa obra en la computadora (o televisión digital, o teléfono móvil, etc.) -en cuyo caso se trata de una reproducción completa- o por el que se lleva a cabo un visionado de la misma, conocido como *streaming*, que suele requerir la reproducción temporal en la memoria caché de la computadora (o televisión digital, o teléfono móvil, etc.). En cualquiera de los dos casos, se produce un acto de reproducción que exige la previa autorización de los correspondientes titulares de derechos, aunque la reproducción transitoria suele permitirse o no se considera jurídicamente un acto de reproducción.

³³ Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32014L0026>

³⁴ Para un análisis más detallado sobre los derechos patrimoniales de propiedad intelectual de cara a la explotación digital de contenidos existe abundante literatura. Puede consultarse, por ejemplo, DE FREITAS, E., “*Los derechos patrimoniales en el entorno digital*”, Anuario Andino de Derechos Intelectuales. Año III - N.º 3. Lima, 2007, accesible en: <http://www.anuarioandino.com/Anuarios/Anuario03/Art07/ANUARIO%20ANDINO%20ART07.pdf>

(2) la puesta a disposición del público de los contenidos, de forma tal que todos los miembros del público puedan acceder a las obras audiovisuales en el momento y desde el lugar que cada uno de ellos elija.

Es decir, la oferta al público de contenidos audiovisuales a través de plataformas, de sistemas de televisión IP, de páginas web, de redes sociales o de cualquier otro medio implica, jurídicamente, un acto de puesta a disposición del público que, de nuevo, requiere de la previa autorización de los titulares de este derecho exclusivo.

Estos dos derechos, y más concretamente la posibilidad de realizar reproducciones -temporales o no- y de poner a disposición del público esos contenidos no tiene una regulación totalmente homogénea en los países analizados. En concreto, como veremos, en ocasiones alguno -o ambos- de esos actos requieren de la autorización de entidades de gestión colectiva de derechos -como por ejemplo en lo que se refieren a la música preexistente incorporada en contenidos audiovisuales-. También, en alguna ocasión, por estos actos de difusión en línea de contenidos audiovisuales se generan derechos de simple remuneración a favor de algunos titulares de derechos, creadores o intérpretes, quedando los usuarios (por ejemplo, las plataformas) obligados a pagar las cantidades que determinen tales titulares, generalmente a través también de entidades de gestión colectiva de derechos.

También se ven afectados de manera importante los derechos morales de autores y de intérpretes y ejecutantes, de integridad y de paternidad fundamentalmente, cuando se producen modificaciones en las obras o las interpretaciones (por ejemplo al llevar a cabo la traducción de los diálogos o su doblaje), o cuando no se identifica adecuadamente a autores o intérpretes en los títulos de crédito, bien porque se recortan o porque no se incluyeron en primer lugar.

Por otra parte, es necesario tener también en consideración las limitaciones y excepciones aplicables, que, en su caso, permitan llevar a cabo alguno o varios de los usos mencionados sin necesidad de solicitar autorización. Por ejemplo, si se permite o no la realización de copias temporales “tecnológicamente neutras”, o si se consiente la realización de reproducciones para otros fines (educativos, de investigación, para uso privado...).

Además, considerando la tecnología implicada para llevar a cabo la difusión digital en línea de contenidos (audiovisuales o no), debe tenerse en cuenta que en no pocas ocasiones estos contenidos se difunden bajo suscripción o previo pago, codificados o no, y llevan consigo información necesaria para hacer seguimiento de la explotación de la obra de que se trate, normalmente como metadatos (véase la Parte 5 del presente estudio). Nos referimos a las medidas de protección tecnológica y la información sobre gestión de derechos que acompañan a las obras, y que pueden estar asimismo protegidas por las leyes de propiedad intelectual.

En la medida en que la difusión de contenidos audiovisuales en línea implica, casi por definición, la explotación transnacional de esos contenidos de forma simultánea y sencilla resulta imprescindible analizar también los medios de protección efectiva de los derechos frente a su vulneración en entornos digitales, en especial cuando ésta se produce de forma masiva a través de Internet. La piratería digital de contenidos audiovisuales supone una grave amenaza a la difusión lícita, tanto por su alcance como por su impacto económico.

La protección contra la vulneración de los derechos de propiedad intelectual comprende diversas acciones legales enmarcadas en diferentes jurisdicciones (administrativa, civil o penal) y, en algunos ordenamientos jurídicos prevé también distintos grados de responsabilidad para los intermediarios, esto es, los prestadores de servicios de Internet.

A la hora de llevar a cabo la difusión digital en línea de contenidos audiovisuales -o cualquier explotación de cualquier otro tipo de contenido protegido por la propiedad intelectual, sin

embargo, son de aplicación las leyes de cada uno de los países en los que se llevará a cabo. Así, la determinación de quiénes sean los titulares de qué derechos en concreto, las posibles excepciones o limitaciones y el alcance de la protección existente, habrá de determinarse país por país. A su vez, cada uno de los países en que se llevará a cabo la difusión de estos contenidos forma parte de convenios o tratados internacionales sobre propiedad intelectual que contienen una serie de estándares de protección que tienden a la homogeneización, al menos hasta un cierto punto, de las leyes nacionales.

Por otra parte, la explotación *lícita* de contenidos audiovisuales a través de sistemas en línea requiere, como hemos visto, la preceptiva autorización de los titulares de derechos sobre tales contenidos. Los titulares de derechos normalmente serán los productores de los contenidos, o los distribuidores, agentes de ventas o agregadores. O los organismos de radiodifusión o plataformas de contenidos cuando éstos son los productores audiovisuales.

Sin embargo, como hemos visto en el apartado anterior, los productores audiovisuales no ostentan todos los derechos exclusivos sobre los contenidos audiovisuales de manera originaria. De hecho, es imprescindible que adquieran los derechos necesarios de los autores y de los intérpretes, entre muchos otros, para poder llevar a cabo la explotación de tales contenidos de forma lícita. Ese conglomerado de contratos en los que se transmiten, ceden o licencian derechos de propiedad intelectual, se denomina habitualmente “cadena de titularidad de derechos” o “*chain of title*” en su denominación en inglés.

Así, nos encontramos con un marco jurídico sobre propiedad intelectual que, por una parte, presenta una faceta internacional y otra nacional, y por otra con una práctica contractual³⁵ que afecta a cada uno de los contenidos audiovisuales individualmente considerados, y que puede presentar particularidades específicas de cada país en función de sus respectivos ordenamientos y culturas jurídicas.

Además de la propiedad intelectual como eje normativo central para la difusión de contenidos audiovisuales digitales en línea, también existen normas, tanto a nivel nacional como internacional, destinadas a fomentar la producción, comercialización y/o conservación de contenidos audiovisuales, más típicamente cinematográficos, como pueden ser las leyes en materia de ayudas y subvenciones, o sobre patrimonio artístico y cultural. Este conjunto de normas, al que habitualmente se denomina “leyes sobre cinematografía”, complementan el sistema de propiedad intelectual.

Considerando el mercado y a los agentes implicados en la distribución de contenidos en línea, se deben tomar en consideración también la regulación en materia de telecomunicaciones y comercio electrónico, privacidad, competencia y sobre cuestiones fiscales.

A continuación analizaremos el marco jurídico normativo en materia de propiedad intelectual, mientras que la Parte 3 del estudio se enfocará en las prácticas contractuales.

4.2 EL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL

4.2.1 Cuestiones preliminares: el principio de territorialidad y el mercado en línea

³⁵ Práctica que incluye también acuerdos sobre otras materias no específicas de propiedad intelectual, como se verá.

Como hemos visto, el mercado audiovisual tiene, por definición y cada día más, un ámbito multiterritorial y los hábitos de consumo de contenidos audiovisuales parece que se enfocan más en el contenido mismo que en el medio, desdibujando fronteras y tiempos (o ventanas) de explotación. Desde un punto de vista jurídico, los contenidos audiovisuales mismos están protegidos -ya sea como obras o como grabaciones audiovisuales- por las leyes de propiedad intelectual.

Sin embargo, debido a que la propiedad intelectual se rige por el “principio de territorialidad” (es decir, las leyes de propiedad intelectual de un país determinado se aplican únicamente dentro de las fronteras de dicho país, lo que se conoce como *lex loci rei sitae*, rige la ley del país en el que los bienes se encuentran situados, o, en nuestro caso, el país donde se busca protección), nos encontramos con diversas regulaciones para los mismos supuestos en distintos países. Desde la duración de la protección al establecimiento de quiénes sean los autores de las obras audiovisuales, pasando por el tipo de derechos que ostentan o el modo en que éstos puedan ejercitarse, entre muchas otras cosas, la heterogeneidad normativa supone una barrera para el desarrollo de un mercado audiovisual en línea.

Además, como veremos en la Parte 4 del estudio, el principio de territorialidad plantea también algunas cuestiones muy relevantes en la práctica contractual. Entre otras, de forma muy significativa, los territorios para los que existe autorización para comercializar los contenidos, que en no pocas ocasiones se otorga país por país, o por grupos de países, y no de forma “regional”. Otra cuestión importante a la hora de llevar a cabo la distribución en línea de contenidos audiovisuales en más de un territorio o país es la determinación la legislación que resulta aplicable a esos contratos para su interpretación y ejecución, o la jurisdicción a la que las partes voluntariamente se someten en caso de conflicto.

En la práctica, ello supone, por ejemplo, que un contenido concreto se pueda comercializar en línea en varios países de una misma zona o solo en algunos, o que las mismas personas que participan en la creación de una película puedan ser consideradas autoras de la misma en un país y en otros, no. O, por ejemplo, que una misma serie de televisión entre en dominio público en unos países en un momento determinado, mientras que en otros continúa protegida.

Para el desarrollo de un mercado en línea de contenidos audiovisuales, son además especialmente relevantes las siguientes cuestiones relativas a propiedad intelectual:

- Si los titulares de derechos ostentan o no el derecho de puesta a disposición en línea de sus obras.
- Si los creadores y/o los intérpretes ostentan o no derechos de simple remuneración sobre sus obras y prestaciones o no.
- Si existe una protección legal adecuada contra la utilización no autorizada de contenidos audiovisuales que limite su explotación ilícita (piratería).

Se trata de cuestiones jurídicas muy complejas para las que cada país, de acuerdo con sus distintas tradiciones y culturas jurídicas, ofrece distintas respuestas. Esta diversidad regulatoria hace complejo para los agentes distribuidores de contenidos en línea el poder llevar a cabo la puesta a disposición de los mismos de manera simultánea en distintos territorios o incluso a nivel regional, limitando las posibilidades de desarrollar el mercado de este tipo de contenidos.

No obstante, existe una serie de tratados e instrumentos multinacionales que establecen una serie de estándares mínimos en materia de propiedad intelectual, aplicables en todos los países firmantes, y que contribuyen a homogeneizar las normativas -hasta un cierto punto- para la difusión de obras protegidas por la propiedad intelectual, como son los contenidos audiovisuales.

Argentina, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Perú y Uruguay son parte, salvo en algún caso, de estos tratados, que analizaremos en el siguiente apartado³⁶.

En todo caso, el análisis de la normativa en materia de propiedad intelectual en relación con el desarrollo de un mercado digital en línea para la difusión de contenidos audiovisuales debe realizarse tomando en consideración las nuevas y múltiples posibilidades que para tal difusión existen en el mercado. Es reseñable la inexistencia de una regulación internacional o regional en materia (esencialmente) de telecomunicaciones aplicable a organismos de radiodifusión, cableoperadores o proveedores de servicios de internet (desde IPTVs a OTTs), así como la heterogeneidad en las regulaciones de los países objeto de estudio.

Más allá de cada realidad nacional, aun considerando las diferencias normativas y tecnológicas que podemos encontrar entre los países objeto de estudio (y el resto de las naciones de la región), lo que hace unos años constituía grandes bloques o shares de audiencia puramente televisiva ahora está fragmentado. Audiencias que han pasado de estar concentradas de forma más o menos masiva alrededor del medio televisivo para estar enfocadas en una enorme cantidad de contenidos audiovisuales concretos, y ello independientemente del origen, nacionalidad o procedencia de los mismos o de los medios a través de los cuales sean accesibles (legal o *ilegalmente*).

Todo esto se produce en un contexto de producción y de consumo netamente internacional, pero para el que no existe en la región analizada una normativa homogénea en relación con propiedad intelectual, telecomunicaciones, comercio electrónico y otras cuestiones legalmente relevantes para que el mercado audiovisual que existe en potencia pueda llegar a desarrollarse de manera equilibrada.

La rápida irrupción en el mercado en los últimos años de múltiples servicios y plataformas OTT ha puesto de manifiesto un cierto desequilibrio entre las regulaciones de telecomunicaciones que afectan a las radiodifusoras, regulaciones ya heterogéneas de por sí, y de servicios OTT en la región Latinoamericana. Es por ello que, desde algunos sectores, se viene proponiendo redefinir los límites entre servicios que pueden llegar a considerarse intercambiables o sustituibles entre sí para los consumidores, como los de televisión de pago y los servicios OTT³⁷.

En cualquier caso, aún no se ha establecido una postura regulatoria clara, ni tampoco uniforme, aunque sí se observa una tendencia a revisar las legislaciones (o a realizar ajustes en las mismas) que afectan a este sector, en consideración a los factores antes mencionados. Cabe destacar que, a nivel nacional, se han adoptado reformas notables en los últimos años en Argentina, Uruguay, Ecuador y Brasil, aunque no todas en la misma dirección. La tendencia que parece afianzarse (salvo en algunos casos como Uruguay) sigue los pasos dados tanto en Estados Unidos como en la Unión Europea³⁸, es a regular de manera (más) uniforme los servicios OTT y los de radiodifusión.

³⁶ Para un análisis de la evolución histórica de la propiedad intelectual en Latinoamérica, véase por ejemplo https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122016000100002

³⁷ Véase, por ejemplo, el estudio elaborado por la Organización de Telecomunicaciones de Iberoamérica “*Experiencia regulatoria de mercado de contenidos audiovisuales en América Latina*”, publicado en 2016 por OTI, México, Cdmx, y accesible en <https://otitelecom.org/wp-content/uploads/2017/05/OTI-experiencia-regulatoria-de-mercado-de-contenidos-audiovisuales-en-america-latina.pdf>; <https://otitelecom.org/intehttps://otitelecom.org/sobre-nosotros/>

³⁸ Por ejemplo, con la Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. Esta Directiva hace referencia a los servicios de vídeo bajo demanda como servicios de comunicación audiovisual (como es la radiodifusión), si bien con determinadas normas aplicables únicamente a los

4.2.2 Tratados internacionales aplicables

a) *Derecho de los Autores*

- Convenio de Berna para la protección de obras literarias, artísticas y científicas (1886, última revisión 1979)

El Convenio de Berna³⁹, administrado por OMPI, es un instrumento internacional del que forman parte 187 países, que resulta fundamental para llevar a cabo la explotación internacional de obras audiovisuales (y de otro tipo) protegidas por la propiedad intelectual, pues regula los derechos que corresponden a los titulares, la duración de la protección, limitaciones y excepciones y otras cuestiones sustantivas importantes.

El Convenio de Berna proporciona un mecanismo transnacional para la protección de obras audiovisuales: aunque las normas de propiedad intelectual de un país establezcan otra cosa, las obras originadas en cualquier país firmante del Convenio deberán protegerse en todos los demás países parte del mismo *al menos* en los términos fijados por él.

Para lograr un mínimo de protección igual en todos los países, el Convenio establece la obligación para los países parte de establecer en sus respectivos territorios unos estándares mínimos de protección. De esta forma, se logra que *al menos* las obras tengan la protección sustantiva recogida en el Convenio de forma igual en todos los países parte del mismo. Naturalmente, ello no significa que cada país no establezca estándares de protección *mayores* a los establecidos en el propio Convenio (típicamente, la duración de la protección), lo que a la postre no resuelve la cuestión de la diversidad normativa a que nos referíamos antes.

En líneas generales, el Convenio de Berna establece que los autores de una obra serán titulares exclusivos -como mínimo- de los derechos patrimoniales de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, y los morales de atribución (paternidad) e integridad. Estos derechos tendrán, al menos, una duración de 50 años desde la fecha de fallecimiento del último de los co-autores de tales obras. Establece también el Convenio de Berna algunas limitaciones y excepciones a los derechos de propiedad intelectual, por ejemplo en el caso de citas (Artículo 10) o la la “regla de los tres pasos” para el derecho de reproducción en virtud del artículo 9.2.

Además, el Convenio regula de forma específica las obras cinematográficas -regulación que por asimilación se considera aplicable a todas las obras audiovisuales-. En primer lugar, en su artículo 14bis, permite que la determinación de quiénes sean los autores de la obra audiovisual, y, por ende, los titulares originarios de los derechos de propiedad intelectual sobre la misma, se regule por las leyes del país en el que se reclama la protección (esto es, el país en que se lleva a cabo la explotación de la obra) -y no por las leyes de su país de origen. Esta norma, cuyo análisis más detallado se lleva a cabo en la Parte 3 del estudio, implica que los autores de contenidos audiovisuales serán con bastante probabilidad distintos en cada uno de los países en los que se lleve a cabo su comercialización.

El propósito de esta norma es garantizar que los derechos individuales de los creadores se verán respetados en cada país en que se reconozcan tales derechos, habida cuenta de la dimensión

primeros dados las diferencias entre unos y otros. Puede accederse al texto en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32007L0065>

³⁹ Accesible, en su última redacción de 1979, en <https://wipolex.wipo.int/es/treaties/textdetails/12214>.

internacional de explotación de las obras cinematográficas y las distintas tradiciones jurídicas que existen en relación con esta cuestión. Así, de acuerdo con esta regla, cuando una película de nacionalidad, por ejemplo, Argentina se exhibe de forma ilícita en, por ejemplo, Perú, será la ley peruana la que determine quiénes son autores de esa película, y por tanto titulares originarios de los derechos sobre la misma, a la hora de entablar acciones legales en Perú para detener el uso ilícito.

Las implicaciones de esta norma son relevantes, tanto desde un punto de vista contractual como de gestión y licenciamiento de derechos, lo que cobra especial importancia en el marco de distribución digital que aquí analizamos⁴⁰. Como ya hemos resaltado, esas diferencias territoriales añaden complejidad en la obtención del “*chain of title*” y en la puesta a disposición masiva de contenidos internacionales en los distintos territorios, aunque por medio de una misma plataforma OTT.

Además, y en coherencia con lo anterior, el Convenio permite que la duración mínima de la protección de obras audiovisuales se compute de forma diferente a la regla general. Estas han de recibir protección en todos los estados parte del Convenio durante al menos 50 años desde su fecha de publicación (aunque el Convenio permite que este período de 50 años se compute desde la fecha de fallecimiento del último de los co-autores de la obra).

Este sistema implementado por el Convenio de Berna se articula en torno a tres principios esenciales: (i) el denominado principio de “tratamiento nacional” que establece el Convenio, consistente en que los contenidos originados en un país parte del Convenio⁴¹ deberán considerarse como creadas, para fines del nivel de protección, por personas nacionales en cada uno de los demás países parte del mismo. Así, una obra -digamos- uruguaya se protegerá en Ecuador como si fuera ecuatoriana, como brasileña en Brasil, y así sucesivamente; (ii) el principio de ausencia de formalidades para acceder a la protección⁴²; y (iii) el principio de protección será independiente de la existencia o no de protección en el país de origen de la obra⁴³.

El Convenio de Berna, sin embargo, no regula las consecuencias de la vulneración de estos derechos, quedando completamente abiertas a lo que la legislación de cada país determine, carencia que se suplió posteriormente en los Acuerdos ADPIC.

En todo caso, y a pesar de las limitaciones que presenta de cara al desarrollo de un mercado en línea para contenidos audiovisuales, se trata de la norma internacional básica más importante que existe a día de hoy al establecer un mínimo de protección a los autores, en base a la cual se articula la explotación internacional de contenidos audiovisuales, junto con el resto de los tratados internacionales a que haremos referencia a continuación.

- Acuerdos ADPIC (1995)

Los Acuerdos de 1994 de la Organización Mundial del Comercio (OMC o WTO en sus siglas en inglés)⁴⁴ sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el

⁴⁰ Quiénes sean los coautores de las obras normalmente va a determinar el plazo de duración de la protección sobre las mismas en cada uno de los países en los que se exploten, así como los derechos morales que ostentan, entre otras cuestiones relevantes.

⁴¹ Esto es, las obras creadas por un nacional o residente de un país miembro del Convenio, o que se hayan publicado por primera vez en un país del Convenio.

⁴² Aunque en el país en el que se explote la obra sí se requieran formalidades para las obras nacionales.

⁴³ A excepción de la regla de la duración más corta establecida en el artículo 7.8 del Convenio.

⁴⁴ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/trips_s.htm

Comercio⁴⁵⁴⁶ (ADPIC o TRIPS, en sus siglas en inglés), aunque destinado a establecer una serie de reglas internacionales destinadas a facilitar el comercio internacional, contempla importantes normas relativas a propiedad intelectual. En concreto, los Acuerdos ADPIC incorporan por referencia algunas disposiciones del Convenio de Berna y regulan de cierta manera lo que anteriormente estaba previsto en la Convención de Roma sobre derechos conexos para, entre otros, añadir el concepto de nación más favorecida.

Dada la interacción entre los Acuerdos ADPIC y el Convenio de Berna, administrado por OMPI, ambas organizaciones (OMPI y OMC) suscribieron un convenio específico a este respecto en el año 1995⁴⁷.

Además de contribuir a la estandarización de la protección de la propiedad intelectual en muchos países que, en el momento de su adopción en 1994, no formaban parte del Convenio de Berna⁴⁸, los Acuerdos ADPIC vinieron a complementar aquél con la inclusión de algunos derechos sustantivos que no recogía el Convenio de Berna (como la protección para programas de ordenador o las bases de datos) y, de forma muy relevante, en su Parte III de una serie de obligaciones para los estados parte del Acuerdo para garantizar la observancia *efectiva* de los derechos de propiedad intelectual, obligaciones inexistentes a nivel internacional hasta ese momento. En concreto, la Parte III de los Acuerdos ADPIC obliga a los estados miembros a establecer en sus legislaciones nacionales “...*procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual ... que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos de propiedad intelectual a que se refiere el presente Acuerdo, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones.* [...]” (artículo 41.1 ADPIC).

Los Acuerdos ADPIC no imponen la obligación de “...*instaurar un sistema judicial para la observancia de los derechos de propiedad intelectual distinto del ya existente para la aplicación de la legislación en general...*” (artículo 41.5), pero sí exigen que ha de garantizarse una protección adecuada contra vulneraciones de derechos de propiedad intelectual mediante procedimientos para su observancia justos y equitativos, que no sean innecesariamente complicados o gravosos, y que no comporten plazos injustificables o retrasos innecesarios (artículo 41.2).

Los Acuerdos ADPIC prevén asimismo la obligación para los estados parte de establecer acciones legales concretas -remedios-, civiles y administrativas, para las infracciones de derechos de propiedad intelectual, tales como las de cese y desistimiento o indemnizatorias por daños y perjuicios (Sección 2), así como medidas provisionales (Sección 3) y otros instrumentos procesales. Incluso la necesidad de establecer procedimientos penales para ciertos casos de piratería a escala comercial, con penas de prisión y sanciones económicas (Sección 5, artículo 61).

⁴⁵ Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, firmado en Marrakech, Marruecos, el 15 de abril de 1994, accesible en https://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=305906

⁴⁶ Un análisis detallado de los Acuerdos ADPIC excede los límites de este informe. Para mayor información relevante sobre la interacción con el Convenio de Berna y otros tratados internacionales en materia de propiedad intelectual se puede consultar la propia página de OMC mencionada arriba, o, por ejemplo, el documento “Implicaciones del acuerdo sobre los ADPIC en los tratados administrados por la OMPI”, publicado por OMPI originalmente en 1997, en el que se detalla cómo los acuerdos ADPIC han afectado a la regulación prevista en el Convenio de Berna y otros. Puede consultarse en https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/intproperty/464/wipo_pub_464.pdf

⁴⁷ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/wtowip_s.htm

⁴⁸ Pues los Acuerdos ADPIC obligan, a través de su artículo 9, a cumplir con lo establecido en el Convenio de Berna aun no siendo parte de este último tratado –, y otorga derechos a los artistas intérpretes y ejecutantes y a los productores de fonogramas de acuerdo con los principios establecidos en la Convención de Roma.

En todo caso, los Acuerdos ADPIC tienen como fin último desarrollar el comercio entre los países firmantes, y a raíz de los mismos se han suscrito diversos acuerdos que afectan a la propiedad intelectual en la región⁴⁹. (E incluso con anterioridad, como puede ser el acuerdo por el que se establece Mercosur en 1991).

De hecho, los Acuerdos ADPIC contienen normas imperativas pero también deja bastante flexibilidad a los estados miembro del acuerdo para regular determinadas cuestiones. En todo caso, las negociaciones en materia de propiedad intelectual en el seno de la OMC han continuado en la llamada Ronda de Doha, que no ha arrojado resultados concretos en materia de propiedad intelectual. Todo ello, junto con el deseo de establecer estándares de protección más elevados que los previstos en el Convenio de Berna y los propios Acuerdos ADPIC, ha conducido a la suscripción de diversos acuerdos adicionales de libre comercio que contienen normas sobre propiedad intelectual (normas heterogéneas en distintos convenios multi o bilaterales denominadas, de forma genérica, “ADPIC Plus” debido a que superan los estándares de protección ADPIC)⁵⁰. Véase a estos efectos el apartado sobre los tratados de libre comercio, más abajo.

- Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (1996)

A principios de los años noventa del siglo pasado, las leyes de propiedad intelectual continuaban (y continúan hoy) regidas por el principio de territorialidad y, por su propia naturaleza, evolucionaban (y evolucionan) demasiado despacio con respecto a la rápidamente cambiante realidad. En ese contexto, mientras se establecía Internet como un medio de comunicación sin fronteras y la tecnología digital como rápida y enormemente cambiante, se aprobaron los Acuerdos ADPIC, pero se hizo evidente la necesidad de clarificar más, a nivel internacional, algunas cuestiones para las que hasta entonces no existía respuesta jurídica. Así, en 1996, la comunidad internacional adoptó los conocidos como Tratados OMPI⁵¹ los cuales evitaron repetir lo que ya estaba consolidado en el Convenio de Berna y los Acuerdos ADPIC, como en el principio de trato nacional y la ausencia de requisitos formales.

Estos tratados establecen, como novedad, el derecho de puesta a disposición para la explotación de obras y prestaciones protegidas a través de Internet, como veremos. También prevén el establecimiento de una serie de limitaciones y excepciones, a las que incorporan la “regla de los tres pasos” del artículo 9.2 del Convenio de Berna, dejando claro que tales limitaciones y excepciones se aplican a todos los derechos reconocidos en el tratado y que, además, podrán hacerse extensivas al entorno digital (o establecerse otras nuevas en los países parte), siempre que se cumpla la regla de los tres pasos.

Otra novedad de que aportan estos tratados es la obligación de proteger las medidas técnicas de protección y la información sobre gestión de derechos, así como la de adoptar medidas de observancia de los derechos y recursos jurídicos contra su infracción.

⁴⁹ Véase, por ejemplo, el estudio elaborado por Pedro Joffé y Maximiliano Santa Cruz, “*Los derechos de propiedad intelectual en los acuerdos de libre comercio celebrados por países de América Latina con países desarrollados*” publicado por CEPAL – ONU en 2006, accesible en https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4416/1/S2006610_es.pdf

⁵⁰ Los posibles conflictos entre las obligaciones imperativas de los acuerdos ADPIC y las llamadas normas “ADPIC Plus” se han analizado en distintos estudios. Puede consultarse, por ejemplo, este: https://www.researchgate.net/publication/275213531_Las_medidas_ADPIC_plus_y_los_compromisos_comerciales_multilaterales

⁵¹ Para un análisis en profundidad del Convenio de Berna y los tratados OMPI se pueden consultar, entre otros, “*International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond 2nd ed*”, Sam Ricketson, Jane C. Ginsburg, Oxford University Press, enero de 2006, o “*The WIPO Treaties on Copyright: A Commentary on the WCT, the WPPT, and the BTAP*”, Jorg Reinbothe y Silke von Lewinski, Oxford University Press, marzo de 2015.

El TODA, el cual posee una relación formal con el Convenio de Berna como un “arreglo especial”⁵², incorpora lo establecido en el Convenio de Berna obligando a su cumplimiento, y de esa forma constituye una especie de extensión de este al mundo digital. Incorpora dos tipos de obra no incluidos en el Acta de París de 1971 del Convenio de Berna (pero sí en los Acuerdos ADPIC): los programas de ordenador y las bases de datos “originales”.

Además, TODA añade “nuevos” derechos a los previstos en el Convenio de Berna, y muy especialmente el conocido como “derecho de puesta a disposición”, diseñado como una subespecie del más genérico derecho de comunicación al público. Éste, según el Artículo 8 de TODA, es el derecho a autorizar cualquier comunicación al público por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida “*la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija*”.

Esta última definición -propiamente, el derecho de puesta a disposición- podría entenderse que incluye la comunicación pública de obras audiovisuales a través de Internet de forma interactiva, a través de *streaming* o *downloading*, lo que a su vez comprende todas las formas de televisión IP y de video bajo demanda, ya se trate de sistemas TVOD, SVOD o cualesquiera otros. Además, el TODA prevé el derecho de distribución y el derecho de alquiler comercial al público de algunos tipos de obras (con limitaciones y solo en algunos casos: programas de ordenador, obras cinematográficas y obras incorporadas fonogramas).

Como novedad sobre lo previsto en el Convenio de Berna, este tratado obliga a los estados parte a establecer remedios contra los actos dirigidos a neutralizar las medidas tecnológicas de protección de obras (tales como la codificación), en esencia equiparando su alteración a la vulneración de derechos sustantivos. Esta obligación también está destinada a proteger la llamada “información para la gestión de derechos” (*Rights Management Information – RMI* en sus siglas en inglés), necesaria para el ejercicio de derechos por, por ejemplo, sociedades de gestión colectiva.

TRATADO OMPI DERECHOS DE AUTOR			
PAÍS	Fecha de adhesión al tratado	Fecha de entrada en vigor	Observaciones
Argentina	19 de noviembre de 1999	6 de marzo de 2002	
Brasil	N/A	N/A	No es parte del tratado
Costa Rica	23 de mayo de 2000	6 de marzo de 2002	
Ecuador	21 de junio de 2000	6 de marzo de 2002	
Perú	30 de julio de 2001	6 de marzo de 2002	
Uruguay	5 de marzo de 2009	5 de junio de 2009	

Fuente: OMPI

b) Derecho de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes

⁵² Artículo 1 del TODA

Los derechos de propiedad intelectual de los artistas intérpretes y ejecutantes están regulados en distintos instrumentos internacionales: la Convención de Roma y el Tratado OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas regulan los derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes, aunque no reconoce derechos a aquellos cuyas interpretaciones estén grabadas en soportes audiovisuales (lo que deja fuera del ámbito de aplicación de la Convención a actores y actrices). Los derechos de estos últimos se han reconocido por el Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales, adoptado en 2012 y en vigor desde este mismo año 2020.

- Convención de Roma

La Convención de Roma sobre protección de artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión, de 1961⁵³ es un tratado diseñado para asegurar la protección internacional de los conocidos como derechos conexos o vecinos -de algunos de esos derechos, para ser precisos.

La Convención de Roma protege a artistas intérpretes y ejecutantes contra ciertos actos para los que no hayan dado su consentimiento: la radiodifusión y la comunicación al público de su interpretación o ejecución; la fijación de su interpretación o ejecución; la reproducción de dicha fijación si ésta se realizó originalmente sin su consentimiento o si la reproducción se realizó con fines distintos de aquellos para los cuales se había dado el consentimiento. Notablemente, la Convención deja fuera de su ámbito de protección las interpretaciones y ejecuciones fijadas en grabaciones audiovisuales (Artículo 19), que han debido esperar hasta el año 2012 para ver recogido en un tratado internacional una protección equivalente -el Tratado de Beijing, que acaba de entrar en vigor en 2020.

Además de establecer protección internacional bajo criterios semejantes a los del Convenio de Berna -tratamiento nacional y ausencia de formalidades, entre otros-, la Convención de Roma reconoce derechos de propiedad intelectual *sobre las grabaciones fonográficas* a sus productores – previendo, además, la posibilidad de establecer una obligación de pago a los intérpretes, o a los productores, o a ambos, de un derecho de remuneración equitativa y única por las explotaciones secundarias de esos fonogramas.

También prevé el establecimiento de ciertas limitaciones y excepciones a estos derechos, y fija un límite mínimo de protección de veinte años desde la fijación de las interpretaciones y/o los fonogramas (o desde la interpretación misma si esta no se fijó), y veinte desde la primera emisión por los organismos de radiodifusión. Este plazo se ha visto superado por las legislaciones nacionales, que suelen establecer plazos de protección de cincuenta años tal como prevén los Acuerdos ADPIC y más adelante recogió el Tratado OMPI sobre la materia.

CONVENCIÓN DE ROMA			
PAÍS	Fecha de adhesión al tratado	Fecha de entrada en vigor	Observaciones
Argentina	2 de diciembre de 1991	2 de marzo de 1992	
Brasil	29 de junio de 1965	29 de septiembre de 1965	
Costa Rica	9 de junio de 1971	9 de septiembre de 1971	
Ecuador	19 de septiembre de 1963	18 de mayo de 1964	

⁵³ Accesible en <https://wipolex.wipo.int/es/treaties/textdetails/12656>

Perú	7 de mayo de 1985	7 de agosto de 1985	
Uruguay	4 de abril de 1977	4 de julio de 1977	

Fuente: OMPI

- Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (1996)

El Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF, o WPPT en sus siglas en inglés)⁵⁴ reconoce derechos de propiedad intelectual a artistas intérpretes o ejecutantes de cualquier tipo cuyas interpretaciones o ejecuciones estén fijadas en fonogramas, así como a los productores de fonogramas, para el entorno digital. Los fonogramas, si bien son soportes más típicamente *musicales*, son registros que pueden incorporar cualquier interpretación o ejecución sonora⁵⁵.

El tratado reconoce a ambas categorías de titulares los derechos exclusivos de reproducción, distribución, alquiler y de puesta a disposición. A diferencia de lo que ocurre en el TODA, el derecho de puesta a disposición está regulado de forma específica y no como una subespecie del derecho de comunicación pública.

El derecho de puesta a disposición en este tratado se define en su artículo 10: “*Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, ya sea por hilo o por medios inalámbricos de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellas desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.*” Ese derecho abarca, en particular, la puesta a disposición previa petición mediante Internet.

También se reconoce a los intérpretes, como la Convención de Roma, la posibilidad de establecer una obligación de pago a los intérpretes, o a los productores, o a ambos, de un derecho de remuneración equitativa y única por explotaciones secundarias de esos fonogramas⁵⁶.

También, como novedad sobre el sistema ya existente, el TOIEF reconoce derechos morales (de atribución y de integridad) a los intérpretes y ejecutantes. La duración de la protección, de acuerdo con lo establecido en los Acuerdos ADPIC, deberá ser de al menos 50 años.

TRATADO OMPI INTERPRETES, EJECUTANTES Y FONOGRAMAS			
PAÍS	Fecha de adhesión al tratado	Fecha de entrada en vigor	Observaciones
Argentina	19 de noviembre de 1999	20 de mayo de 2002	
Brasil	N/A	N/A	No es parte del tratado
Costa Rica	23 de mayo de 2000	20 de mayo de 2002	En el 2019 retiró su reserva relacionada al artículo 15.1 donde decía que no se aplicará a la radiodifusión

⁵⁴ Accesible en <https://wipolex.wipo.int/es/treaties/textdetails/12743>

⁵⁵ El artículo 2(d) del Tratado define los fonogramas como “*toda fijación de los sonidos de una ejecución o interpretación o de otros sonidos, o de una representación de sonidos que no sea en forma de una fijación incluida en una obra cinematográfica o audiovisual.*” Es decir, cualquier grabación de cualquier sonido excepto el sonido de las obras audiovisuales -pues forma parte de la grabación audiovisual.

⁵⁶ Obligación que puede limitarse mediante el establecimiento de una reserva al tratado, lo que permitirá al resto de estados parte aplicar reciprocidad en lugar de trato nacional.

			tradicional gratuita no interactiva vía aire.
Ecuador	21 de junio de 2000	20 de mayo de 2002	
Perú	18 de abril de 2002	18 de julio de 2002	
Uruguay	28 de mayo de 2008	28 de agosto de 2008	

Fuente: OMPI

- Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales (2012)

El Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales (BTAP, en sus siglas en inglés)⁵⁷, adoptado en 2012 y recientemente en vigor, desde abril de 2020, regula a nivel internacional los derechos de propiedad intelectual que corresponden a artistas intérpretes o ejecutantes sobre interpretaciones *fijadas en medios audiovisuales*.

Estos artistas intérpretes o ejecutantes son, en su gran mayoría, actores y actrices, quienes hasta la adopción del Tratado de Beijing no tenían reconocido derecho alguno a nivel internacional. Como sucede en los demás tratados aquí revisados, los derechos se reconocen sin necesidad de formalidad alguna, y sobre la base del principio de trato nacional.

De forma semejante a lo que prevé el TOIEF, se reconocen los derechos patrimoniales exclusivos de reproducción, distribución, alquiler y de puesta a disposición, con semejante regulación, y la duración mínima de la protección será de cincuenta años.

Con respecto a la comunicación pública, el Tratado de Beijing permite a los estados parte tres soluciones posibles: (a) reconocer este derecho a los artistas sobre sus interpretaciones fijadas en grabaciones audiovisuales como exclusivo; (b) establecer un derecho de remuneración equitativa; y (c) limitar el derecho y hasta negarlo, siempre que formulen la reserva correspondiente al tratado⁵⁸.

El tratado también reconoce determinados derechos sobre las interpretaciones en vivo (radiodifusión, salvo que se trate de una interpretación retransmitida), comunicación al público (salvo que se trate de una interpretación radiodifundida), y el derecho de fijación.

Prevé, como el TOIEF, derechos morales de atribución e integridad sobre las interpretaciones fijadas en grabaciones audiovisuales, con matices: no se considerará vulneración del derecho de atribución o paternidad la omisión en el reconocimiento del artista cuando venga dictada por la manera de utilizar la interpretación o ejecución, y a la hora de aplicar el derecho de integridad se tomará en consideración de la naturaleza de las fijaciones audiovisuales.

Teniendo en cuenta el modo habitual de producción y explotación de las obras y grabaciones audiovisuales -que, como hemos visto, está basado en la adquisición por el productor de todos los derechos de explotación correspondientes a creadores, intérpretes y otros derechohabientes a los efectos de poder comercializar el contenido audiovisual de que se trate, el Tratado de Beijing prevé una regla flexible en cuanto al sistema de transmisión de los derechos patrimoniales de los intérpretes y ejecutantes.

⁵⁷ Accesible en <https://wipolex.wipo.int/es/treaties/textdetails/12213>

⁵⁸ Lo que permitirá al resto de estados parte aplicar reciprocidad en lugar de trato nacional.

En concreto, el Artículo 12 del Tratado permite a los estados parte establecer en sus legislaciones una presunción de cesión al productor de los derechos exclusivos del artista intérprete o ejecutante, siempre que el artista haya consentido previamente la fijación de su interpretación o ejecución⁵⁹ y las partes no hayan establecido otras cosas en su contrato. Además, el Tratado prevé que podrá establecerse un derecho bien a percibir regalías, bien a una remuneración equitativa -normalmente de gestión colectiva obligatoria- por el uso de la interpretación.

Esta disposición en un Tratado Internacional refuerza la importancia de las prácticas contractuales para este sector, asunto que se trata en la Parte 4 del estudio.

En cuanto a las limitaciones y excepciones, de forma semejante a lo que ocurre con TODA y TOIEF, el Tratado de Beijing integra la “regla de los tres pasos” y permite que los estados creen nuevas excepciones y limitaciones adecuadas al entorno digital siempre que respeten esta regla.

También reconoce la obligación para los estados de establecer acciones legales contra las vulneraciones de derechos, que incluirán la alteración de medidas de protección tecnológica y de información sobre gestión de derechos, como en TODA y TOIEF⁶⁰, siempre que esas medidas de protección se apliquen a interpretaciones protegidas en la legislación nacional correspondiente.

El Tratado de Beijing prevé que se protejan las interpretaciones futuras y las ya existentes a su entrada en vigor, aunque con respecto a estas últimas los países podrán limitar su protección a alguno de los derechos que reconoce el tratado -o incluso todos ellos, con lo que cabe que otros estados parte lo hagan recíprocamente también.

TRATADO DE BEIJING SOBRE INTERPRETACIONES Y EJECUCIONES AUDIOVISUALES			
PAÍS	Fecha de firma	Fecha de entrada en vigor	Observaciones
Argentina	N/A	N/A	No ha firmado el tratado
Brasil	N/A	N/A	No ha firmado el tratado
Costa Rica	26 de junio de 2012	N/A	
Ecuador	N/A	N/A	No ha firmado el tratado
Perú	26 de junio de 2012	N/A	Perú ratificó el tratado el 27 de septiembre de 2008. Perú declaró optar por la aplicación de un derecho de remuneración equitativa para el uso de interpretaciones mediante radiodifusión o comunicación pública, según lo previsto en el artículo 11.2 del tratado.
Uruguay	N/A	N/A	No ha firmado el tratado

⁵⁹ Es decir, los derechos sobre grabaciones no consentidas no pueden presumirse cedidos al productor en ningún caso.

⁶⁰ La interacción entre limitaciones y excepciones y la protección de medidas de protección tecnológica se aclara en las declaraciones concertadas del Tratado, accesibles aquí <https://wipolex.wipo.int/es/text/295818>

Fuente: OMPI

c) Derecho de Otras Partes Interesadas

i) Productores Audiovisuales

Los productores audiovisuales, a día de hoy, no tienen derechos conexos reconocidos sobre sus grabaciones audiovisuales en un instrumento internacional, más allá de lo que la legislación nacional de cada estado, en su caso, les otorgue. La protección de las grabaciones audiovisuales es, por tanto, materia regulada por las legislaciones de cada país.

En todo caso, e independientemente de la existencia o no de reconocimiento de derechos exclusivos sobre las grabaciones audiovisuales a favor de las productoras, a la hora de producir y explotar contenido audiovisual, dichas productoras necesitan adquirir también todos los derechos de los creadores, artistas y otros titulares de derechos sobre obras, prestaciones y grabaciones preexistentes que se incluyan en tales grabaciones.

Con el fin de facilitar que las compañías de producción puedan llevar a cabo la producción y explotación de sus contenidos audiovisuales, varios de los tratados reseñados más arriba contienen disposiciones relativas a la transmisión de derechos a su favor por parte, al menos, de los creadores de la obra audiovisual y sus intérpretes.

El Convenio de Berna prevé, en su artículo 14 bis 2), que los autores que hayan realizado una contribución creativa a la obra audiovisual no podrán oponerse a su explotación⁶¹ salvo acuerdo en contrario. Ello puede extenderse a los guionistas, directores y compositores de la banda sonora musical original siempre que la legislación nacional lo prevea expresamente. No se trata, *stricto sensu*, de una presunción de cesión de tales derechos, aunque las legislaciones de los países suelen establecerla, yendo más allá de la redacción del artículo 14 bis 2).

Asimismo, como se ha indicado más arriba, el artículo 12 del Tratado de Beijing permite que las legislaciones nacionales establezcan una presunción de cesión al productor audiovisual de los derechos exclusivos del artista intérprete o ejecutante, siempre que el artista haya consentido previamente la fijación de su interpretación o ejecución.

ii) Organismos de Radiodifusión

La protección de las emisiones de televisión, a diferencia de lo que ha sucedido con las interpretaciones y ejecuciones artísticas y con los fonogramas, no ha sido actualizada desde esta Convención de Roma, redactada en 1961. En aquel momento, la industria televisiva estaba comenzando a desarrollar la televisión por cable y por satélite, mientras que Internet ni siquiera existía. Dicho de otro modo, en los últimos sesenta años el ecosistema ha cambiado tanto⁶² que muchas voces -y especialmente los organismos de radiodifusión- señalan la necesidad de hacer un nuevo instrumento internacional.

⁶¹ Definida de forma limitada, en concreto, a los actos de “[...] reproducción, distribución, representación y ejecución pública, transmisión por hilo al público, radiodifusión, comunicación al público, subtítulo y doblaje de los textos, de la obra cinematográfica.”

⁶² Algunas de esas transformaciones están mencionadas en el estudio “Actuales tenencias del mercado y la tecnología en el sector de la radiodifusión”, accesible en: https://www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=307382

La Convención de Roma otorgó a los organismos de radiodifusión el derecho a autorizar la fijación y la reproducción de sus señales, así como la comunicación al público de sus emisiones de televisión cuando se realice en lugares accesibles al público previo pago de entrada. También reconoció el derecho sobre la retransmisión de sus emisiones.

Además de la Convención de Roma, las señales portadoras de programas transmitidas por satélite están protegidas por el Convenio de Bruselas⁶³ de 1974. Este Convenio obliga a los estados a impedir la distribución no autorizada -autorización que generalmente depende de un organismo de radiodifusión- de estas señales, salvo cuando esa distribución se realiza directamente por el satélite.

En el seno de la OMPI, dentro del Comité Permanente sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, se ha acordado un plan de trabajo encaminado a elaborar un nuevo proyecto de tratado para actualizar la regulación de los derechos de los organismos de radiodifusión⁶⁴.

iii) Productores de Fonogramas

Los fonogramas (cualquier grabación sonora, más típicamente musical) están protegidos y se reconocen derechos conexos sobre los mismos a los productores fonográficos en varios instrumentos internacionales, junto con artistas intérpretes y ejecutantes: la Convención de Roma, el TOIEF, a cuya reseña nos remitimos, y el llamado “Convenio Fonogramas”⁶⁵. Este último se limita a establecer un compromiso de los estados parte contra la reproducción, importación y distribución no autorizada de fonogramas en los países parte del convenio.

4.2.3 Tratados supranacionales y regionales sobre propiedad intelectual

A nivel regional encontramos algunos instrumentos internacionales que regulan aspectos relativos a la propiedad intelectual, aunque específicos sobre la materia y en vigor solo puede citarse uno: la Decisión 351 de las Comunidades Andinas.

Estas regulaciones supranacionales en materia de propiedad intelectual se han adoptado en el marco de diversas organizaciones o acuerdos relativos al libre comercio, como Mercosur, o, en el caso de la citada Decisión 351, la Comunidad Andina. Comenzaremos por este último, por tratarse de una decisión supranacional específicamente dirigida a regular de manera homogénea determinados aspectos relativos a la propiedad intelectual en varios de los países objeto del presente estudio.

a) Decisión 351 de la Comunidad Andina⁶⁶

La Decisión 351 de la Comunidad Andina, por la que se establece un Régimen Común Sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, se adoptó el 17 de diciembre de 1993, con el fin de

⁶³ Convenio de Bruselas sobre las señales portadoras de programas transmitidas por satélite, accesible en <https://wipolex.wipo.int/es/treaties/textdetails/12242>.

⁶⁴ Una reseña de los trabajos realizados hasta la fecha se puede leer en <https://www.wipo.int/pressroom/es/briefs/broadcasting.html>

⁶⁵ Convenio para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas, aprobado en Ginebra en 1971, accesible en <https://wipolex.wipo.int/es/treaties/textdetails/12639>.

⁶⁶ Puede consultarse en el siguiente enlace: <http://www.comunidadandina.org/StaticFiles/201761102019%20en%20Propiedad%20Intelectual.pdf>, o en OMPI <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/can/can010es.pdf>

establecer una normativa común en materia de propiedad intelectual en todos los países que integran la organización (Bolivia, Ecuador, Perú y Chile, siendo países asociados Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay), dentro del Sistema Andino de Integración (SAI), cuyo objetivo es alcanzar un desarrollo integral, equilibrado y autónomo mediante la integración andina, con proyección hacia una integración sudamericana y latinoamericana⁶⁷.

La Decisión 351, anterior a la adopción de los Acuerdos ADPIC y de los Tratados OMPI, constituyó un primer paso hacia una mayor convergencia normativa en los países de la Comunidad sobre derechos de autor. Sin embargo, y aunque la Decisión 351 regula las cuestiones más importantes en el momento en que se adoptó y supuso un importante impulso a la protección de la propiedad intelectual, a principios de los años noventa del siglo pasado, dejó muchas cuestiones a la legislación de los estados miembro de la Comunidad. Por otra parte, el proceso posterior de suscripción de tratados en materia de libre comercio, y, evidentemente, el desarrollo exponencial aunque no uniforme de las nuevas tecnologías, deja su contenido algo desactualizado. Al menos en lo que respecta al objeto de este estudio, pues deja fuera cuestiones como la digitalización de las obras y su explotación a través de Internet, la protección de medidas tecnológicas o información sobre derechos, o la posible responsabilidad de intermediarios en estos procesos de comercialización en línea de obras protegidas⁶⁸.

Se ha afirmado que “[l]a adecuación de la normativa sobre derechos de autor a los desafíos de las nuevas tecnologías ha corrido, entonces, esencialmente de cargo del derecho interno de los países miembros de la Comunidad Andina. En la práctica, cada país ha adoptado leyes de adecuación en la medida requerida por los compromisos internacionales de que es parte. Los Tratados Internet de la OMPI y los tratados bilaterales de libre comercio, especialmente aquellos suscritos con los Estados Unidos, han sido los principales motores de dicha actualización. Como resultado de ello, los países miembros de la Comunidad Andina disponen de un régimen de protección a los derechos de autor en el entorno en línea bastante idiosincrático, con diferencias significativas de un país a otro.”⁶⁹

Sobre el contenido sustantivo de la Decisión 351, esta establece una serie de estándares mínimos en materia de protección (que podrán ser ampliados en las legislaciones nacionales), de gestión colectiva así como un sistema de trato nacional, pero, además -y a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con las directivas de la Unión Europea- es de aplicación directa en los estados miembro de la Comunidad, y preferente frente a la normativa interna, como ha declarado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) en su jurisprudencia⁷⁰.

En relación con los derechos “digitales”, y específicamente sobre el derecho de puesta a disposición, aunque no está regulado expresamente en la Decisión, parece que la literalidad y la amplitud de la redacción de los artículos 13b) y 15 de la misma permiten entender sin problema que este derecho forma parte del de comunicación pública.

Artículo 13.- El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:

⁶⁷ La Comunidad Andina (inicialmente Pacto Andino) se creó el 26 de mayo de 1969 por Acuerdo de Cartagena, que fija los objetivos de la integración andina, define su sistema institucional y establece mecanismos y políticas que deben ser desarrolladas por los órganos comunitarios. Hoy modificado por el Protocolo de Cochabamba.

⁶⁸ En relación con el proceso de adopción de la Decisión 351 y de armonización normativa en la Comunidad Andina, así como con el desarrollo de un mercado en la Comunidad para contenidos protegidos por la propiedad intelectual, puede consultarse el artículo “Armonización de los derechos de autor en la Comunidad Andina: hacia un nuevo régimen común”, de Alberto Cerda Silva, publicado por Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Revista Ius et Praxis, Año 17, N° 2, 2011, pp. 231 – 282, accesible en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v17n2/art09.pdf>;

⁶⁹ A. Cerda, op. cit.

⁷⁰ Por ejemplo, Sentencia de 3 de diciembre de 1987, proceso 1-IP-87, y posteriores concordantes. Se puede consultar la jurisprudencia del TJCA en <http://www.comunidadandina.org/Documentos.aspx>

- a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento;
- b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes;
- c) La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler;
- d) La importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho;
- e) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.

Artículo 15.- Se entiende por comunicación pública, todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, y en especial las siguientes:

[...]

- i) En general, la difusión, por cualquier procedimiento conocido o por conocerse, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes.

Además de las normas de derecho sustantivo que contiene la Decisión 351, de aplicación directa y preferente en los estados de la Comunidad, es importante hacer notar la potestad del TJCA sobre la interpretación de tales normas. El TJCA forma parte del Sistema de Integración Andina⁷¹ y ejerce su jurisdicción en toda la Comunidad⁷².

El TJCA asegura la aplicación e interpretación uniforme de las normas de la Decisión 351 (entre otras comunitarias que conforman el *ordenamiento jurídico andino*^{73,74}) en todos los países de la Comunidad. A través de sus sentencias y resoluciones, el TJCA ha consolidado los principios de aplicación inmediata y directa, preeminencia y autonomía (de forma semejante al Tribunal de Justicia de la Unión Europea)⁷⁵.

Entre las distintas funciones que cumple el TJCA destaca, a los efectos de lograr la uniformidad interpretativa en la comunidad, la interpretación prejudicial⁷⁶ sobre cuestiones de derecho comunitario, semejante en muchos aspectos a la figura de derecho europeo denominada cuestión prejudicial. Por ejemplo, recientemente el TJCA dictó una resolución en el procedimiento

⁷¹ Artículo 8, Acuerdo de Cartagena

⁷² De acuerdo con la decisión 500 que aprueba el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, artículos 4 y 91, y abundante jurisprudencia del propio TJCA.

⁷³ De acuerdo con el Artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina suscrito el 28 de mayo de 1996 (Protocolo de Cochabamba), el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina comprende: a) el Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales; b) las normas del propio Tratado y sus Protocolos Modificatorios; c) las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina; d) las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina; y, e) los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina.

⁷⁴ Para un análisis más comprensivo de la evolución del Derecho Andino, puede consultarse *Apuntes de Derecho Comunitario Andino* https://www.tribunalandino.org.ec/libros/LIBRO_DERECHO.pdf

⁷⁵ Jiménez, W. G., *Papel de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en decisiones judiciales de los países miembros*, 23 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, Pág: 87-118 (2013), accesible en <http://www.scielo.org.co/pdf/ilrdi/n23/n23a04.pdf>

⁷⁶ Sobre el funcionamiento de la interpretación prejudicial en el TJCA, véase por ejemplo el manual de procedimientos de resolución de controversias de a Comunidad Andina, accesible en http://www.comunidadandina.org/StaticFiles/201166181126libro_patentes.pdf; más en concreto, sobre la interacción de este tipo de resoluciones con el arbitraje en los países de la Comunidad, pueden consultarse el estudio de A. Fuentes Hernández, "La interpretación prejudicial en la comunidad andina y su relevancia en el arbitraje nacional en Colombia", o "La interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia Andino y sus efectos en el arbitraje", por David Namén Baquero.

de Interpretación Prejudicial 33-PI-2019⁷⁷, en la que analizó la Decisión 351 (artículos 17 y 37) y confirmó la existencia del derecho de remuneración equitativa y única a favor de los productores de fonogramas por la comunicación pública de sus fijaciones.

Es importante señalar que la Comunidad Andina tiene como países asociados a los integrantes de MERCOSUR, como veremos a continuación.

4.2.4 Tratados bilaterales de libre comercio

Durante los últimos veinte años, con el fin de fortalecer los derechos de propiedad intelectual más allá de lo establecido en los acuerdos ADPIC y en los Tratados OMPI, se suscribieron una serie de acuerdos bilaterales y multilaterales de comercio, entre los países de la región y con EE.UU. y con la Unión Europea y la EFTA, que, aunque no han introducido cambios significativos en la regulación sustantiva de la materia, sí elevan de manera importante los estándares mínimos de protección y establecen obligaciones adicionales, aunque flexibles, en materia de observancia y respeto a los derechos de propiedad intelectual .

Por una parte, los tratados de libre comercio (comúnmente denominados por sus siglas, TLC o, en inglés, FTA) suscritos con EE.UU., la Unión Europea o la EFTA que afectan a los países objeto de este estudio⁷⁸ reafirman los compromisos internacionales recogidos en el Convenio de Berna, los Acuerdos ADPIC y los Tratados de la OMPI; por otro, establecen normas generales relativas a las medidas de protección tecnológica y la prohibición de eludirlas, regulan de forma muy restrictiva las excepciones y limitaciones -quedan, en lo esencial, sometidas a la genérica “regla de los tres pasos”, elevan en algunos casos el mínimo plazo de protección de derechos de autor a 70 años desde la muerte del autor, y establecen una serie de reglas para la observancia de los derechos, incluyendo sanciones penales.

En relación con la aplicación de excepciones y limitaciones al entorno digital, solo en el caso del Acuerdo entre EE.UU. y Centroamérica y República Dominicana se indica que las excepciones y limitaciones del Convenio de Berna son aplicables al entorno digital. Otra cuestión relevante de cara al desarrollo de un mercado digital en línea de contenidos audiovisuales es, por supuesto, el tratamiento de las copias digitales temporales y efímeras⁷⁹, y, en concreto, si éstas están o no permitidas, y con qué alcance, con base en una excepción para poder llevar a cabo actos de puesta a disposición tales como el *streaming*. Lo cierto es que los tratados de este tipo suscritos por los países objeto de estudio no contienen ninguna excepción en este sentido, lo que no significa que no estén permitidas de acuerdo con la regla de los tres pasos⁸⁰.

Estos tratados, como mencionábamos antes, incorporan medidas de protección tecnológica y la información sobre derechos, que van más allá de lo establecido en el Convenio de Berna, los Acuerdos ADPIC y los Tratados de la OMPI. En general, la regulación es semejante a la normativa estadounidense o europea, conteniendo, de forma más o menos detallada, normas

⁷⁷ Se puede consultar la resolución del TJCA aquí

<http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203735.pdf>

⁷⁸ Nos referiremos únicamente a estos por ser los que contienen regulación *ADPIC Plus* en materia de propiedad intelectual.

⁷⁹ Tal como afirma Díaz, A., *América Latina y el Caribe: La propiedad intelectual después de los tratados de libre comercio*, publicado por CEPAL-ONU, Santiago de Chile, 2008, página 183; accesible en

http://repositorio.colciencias.gov.co/bitstream/handle/11146/193/1492-CEPAL_AL_Proptelecnal_despues_de_TLCs.pdf?sequence=1&isAllowed=y

⁸⁰ Tal como afirma Díaz, A., *América Latina y el Caribe: La propiedad intelectual después de los tratados de libre comercio*, publicado por CEPAL-ONU, Santiago de Chile, 2008, página 183; accesible en

http://repositorio.colciencias.gov.co/bitstream/handle/11146/193/1492-CEPAL_AL_Proptelecnal_despues_de_TLCs.pdf?sequence=1&isAllowed=y

prohibiendo los actos de elusión de estas medidas o de la información sobre derechos, así como la manufactura o el comercio con dispositivos para ese fin.

En esa misma línea, estos tratados bilaterales van más allá que los tratados internacionales en algunas materias y regulan, por ejemplo, la responsabilidad de proveedores de servicios de Internet (ISPs en sus siglas en inglés), previendo la obligación de establecer mecanismos de bloqueo o cierre de los ISPs infractores directos o *indirectos* de propiedad intelectual y el establecimiento de responsabilidad por tales infracciones -aunque no en todos los casos.

Además, los tratados establecen la obligación -si bien de forma muy flexible- para los países firmantes de proveer de normas de observancia de los derechos y de resarcimiento en caso de incumplimiento, incluyendo procedimientos administrativos, civiles y penales, también aplicables a medidas de protección tecnológica e información sobre derechos, así como medidas provisionales y solución de controversias.⁸¹

Los tratados de libre comercio a que hacemos referencia en este epígrafe que contienen normas en materia de propiedad intelectual, afectan a Costa Rica, Ecuador y Perú. También reseñaremos brevemente los últimos desarrollos en el seno de Mercosur.

a) *Tratados bilaterales*

Costa Rica

- *Tratado de Libre Comercio Centroamérica - Estados Unidos - República Dominicana*⁸²

Incorpora el Convenio de Berna, los Acuerdos ADPIC y los Tratados OMPI, eleva la duración de la protección a setenta años, regula la transferencia de tecnología y detalla los recursos legales para la observancia de los derechos, incluyendo sanciones penales. Además de lo anterior, regula la responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet.

Firmantes: Costa Rica, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Guatemala, República Dominicana y EE.UU. En vigor en Costa Rica desde 2009.

- *Acuerdo de asociación Centroamérica-Unión Europea*⁸³

Incorpora el Convenio de Berna, la Convención de Roma, los Acuerdos ADPIC y los Tratados OMPI, eleva la duración de la protección a setenta años, regula la transferencia de tecnología y detalla los recursos legales para la observancia de los derechos, incluyendo sanciones penales, además de hacer referencia al papel de las entidades de gestión colectiva de derechos.

Firmantes: Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá, y la Unión Europea. En vigor desde 2013.

- *Tratado de Libre Comercio entre los Estados Centroamericanos y los Estados AELC*⁸⁴

⁸¹ Y también medidas aduaneras en frontera.

⁸² http://www.sice.oas.org/Trade/CAFTA/CAFTADRin_s.asp

⁸³ http://www.sice.oas.org/Trade/CACM_EU/Text_Sept14/Text_s.asp#p4t6

⁸⁴ <https://www.efta.int/sites/default/files/documents/legal-texts/free-trade-relations/central-america/central-america-efcta-main-agreement-sp.pdf>

Establece en su artículo 6.1 y el Anexo XIX⁸⁵ normas en materia de propiedad intelectual que incorporan lo establecido en los acuerdos ADPIC y los Tratados OMPI, además de obligar a los estados parte a ratificar el Tratado de Beijing.

Firmantes: Costa Rica, Panamá, Noruega, Liechtenstein, Suiza e Islandia. En vigor desde agosto-septiembre de 2014.

Perú

- *Acuerdo de Promoción Comercial entre Perú y Estados Unidos*⁸⁶

En su capítulo 16⁸⁷, este tratado incorpora el Convenio de Berna, el Convenio sobre la Distribución de Señales Portadoras de Programas Transmitidas por Satélite, los acuerdos ADPIC y los Tratados de la OMPI. Eleva los estándares de protección, incluye el derecho a hacer reproducciones digitales temporales y el derecho de puesta a disposición, y eleva la duración de la protección a 70 años desde la muerte del autor. También incluye normas sobre observancia de derechos, que incluyen medidas tecnológicas de protección e información sobre derechos, así como medidas en frontera. Este acuerdo asimismo regula la responsabilidad de los ISPs, y establece un sistema detallado de identificación y notificación de contenidos infractores.

En vigor desde 1 de febrero de 2009.

- *Acuerdo comercial entre Perú, Colombia y Ecuador, y la Unión Europea*

Incorpora el Convenio de Berna, la Convención de Roma, los acuerdos ADPIC y los Tratados de la OMPI. Contiene en su Título VII⁸⁸ una regulación bastante detallada, en la que incorpora -por referencia a los Tratados de la OMPI- la regulación de las medidas de protección tecnológica y la información sobre derechos, incluye de forma expresa el derecho de puesta a disposición además de los demás derechos exclusivos que se regulan en la normativa de la Unión Europea, derechos morales, y la posibilidad de establecer determinados derechos de remuneración equitativa para intérpretes y ejecutantes. También eleva el plazo de protección de los derechos a 70 años desde la muerte del autor⁸⁹.

Asimismo, regula de forma muy detallada la observancia de los derechos de propiedad intelectual. Por ejemplo, en su artículo 236 extiende de forma expresa, aunque flexible, la legitimación para la defensa de los derechos de los titulares a cualesquiera licenciarios, a las entidades de gestión colectiva de derechos, y a los organismos profesionales de defensa a los que se haya reconocido regularmente el derecho de representar a los titulares de derechos de propiedad intelectual.

Entre otras normas sobre esta cuestión establece también, por poner otro ejemplo, la obligación, en el caso de una infracción a un derecho de propiedad intelectual cometido a escala comercial, de que los estados permitan a sus autoridades judiciales competentes que ordenen la comunicación de documentos bancarios, financieros o comerciales pertinentes

⁸⁵ https://www.efta.int/media/documents/legal-texts/free-trade-relations/central-america/annexes-sp/annex_xix_ipr_sp.pdf

⁸⁶ http://www.sice.oas.org/Trade/PER_USA/PER_USA_s/Index_s.asp

⁸⁷ Texto accesible en:

http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/images/stories/eeuu/espanol/Propiedad_Intelectual_limpio.pdf

⁸⁸ Texto accesible en:

www.acuerdoscomerciales.gob.pe/images/stories/union_europea/espanol_2012_06/07_propiedad_intelectual.pdf

⁸⁹ Aunque no es relevante de cara al objeto de este estudio, es interesante mencionar que este acuerdo también regula el derecho de participación por la venta de obras de arte.

que se encuentren bajo su control, con sujeción a la protección de información confidencial (artículo 237).

También contiene una sección completa (Sección 3) dentro del mismo título dedicada a regular la responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet.

Firmantes del acuerdo: Perú, Colombia y Ecuador y la Unión Europea y sus países miembros. En vigor desde el 1 de marzo de 2013 (Perú), 1 de agosto de 2013 (Colombia), y de forma provisional en Ecuador desde el 1 de enero de 2017.

Ecuador

- *Acuerdo comercial Perú, Colombia y Ecuador, y la Unión Europea* (ver apartado inmediatamente anterior).

- Mercosur

El Mercado Común del Sur (MERCOSUR) es un mecanismo de integración económico y comercial⁹⁰ que busca la libre circulación en sus países miembro de bienes, servicios y factores productivos, así como propugna el establecimiento de un arancel externo común y el desarrollo de una política común frente a terceros⁹¹.

Entre los temas que aborda MERCOSUR se incluyen la cultura y las industrias culturales, lo que por definición incorpora también aspectos de propiedad intelectual y otros relevantes para el desarrollo de un mercado en línea en la región. Entre otros, el desarrollo de una agenda digital⁹², que tratará aspectos importantes de cara al mercado digital de contenidos audiovisuales objeto específico de este estudio. Igualmente, el MERCOSUR también ha desarrollado algún trabajo en el tema audiovisual por medio del Reunión Especializada de Autoridades Cinematográficas y Audiovisuales del Mercosur (RECAM) el cual es un órgano consultor del MERCOSUR en la temática cinematográfica y audiovisual, formado por las máximas autoridades gubernamentales nacionales en la materia.

Forman parte de MERCOSUR Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay (Venezuela se encuentra suspendida hasta el momento de la publicación del estudio). Como mencionábamos en el apartado anterior, MERCOSUR y el resto de los países latinoamericanos, y la Comunidad Andina⁹³, han acercado posiciones, apreciándose una progresiva tendencia hacia una mayor integración. Así, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Perú y Surinam son estados asociados a MERCOSUR (Bolivia solicitó su incorporación en 2015).

Teniendo como objetivo principal el establecimiento de un espacio común para el comercio, MERCOSUR ha suscrito diversos acuerdos con países de la región, así como con naciones y organismos en otros continentes.

⁹⁰ Creado en el Tratado de Asunción, 1991, y modificado y actualizado a su vez en 1994 por el Protocolo de Ouro Preto.

⁹¹ Tal como el propio MERCOSUR se define en su página web <https://www.mercosur.int/quienes-somos/en-pocas-palabras/>

⁹² <https://www.mercosur.int/temas/agenda-digital/>

⁹³ Sobre las relaciones entre Comunidad Andina y MERCOSUR puede consultarse <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=111&tipo=TE&title=mercosur>

Entre ellos, en relación con la materia que nos ocupa, destaca el reciente acuerdo político de Asociación Estratégica por la Unión Europea (UE)⁹⁴ y Mercosur el 28 de junio de 2019, que se ocupa, en su artículo 13⁹⁵, de la propiedad intelectual. El tratado bilateral, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 de este acuerdo, incluirá el derecho de puesta a disposición de los Tratados OMPI (TODA y TOIEF) y establecerá unos mínimos de protección más elevados que los existentes, en línea con los estándares de la Unión Europea -también en lo que concierne a medidas de protección tecnológica e información sobre derechos, así como en relación con entidades de gestión colectiva de derechos.

Este acuerdo es particularmente relevante por cuanto Brasil, el mayor de los países de MERCOSUR, no es parte de los Tratados de la OMPI mientras que podría finalmente adherirse a ellos en los próximos años.

4.2.5 Otros tratados supranacionales relevantes en materia audiovisual

En relación con el fomento a la coproducción y distribución de obras cinematográficas independientes en Iberoamérica, existe desde 1989 un organismo internacional de ámbito regional iberoamericano, la Conferencia de Autoridades Audiovisuales y Cinematográficas de Iberoamérica (CAACI) cuyos fines son contribuir al desarrollo de la cinematografía dentro del espacio audiovisual de los países iberoamericanos. La CAACI se crea por el Convenio de Integración Cinematográfica Iberoamericana⁹⁶, y son parte de él todos los países en estudio⁹⁷.

La CAACI crea el denominado Espacio Audiovisual Latinoamericano, constituido por el mencionado Convenio y el Acuerdo Iberoamericano de Coproducción Cinematográfica⁹⁸, suscrito por todos los países objeto de análisis⁹⁹. Este acuerdo está vigente en su última modificación desde el 15 de septiembre de 2016 para los países que hasta ahora lo han ratificado¹⁰⁰: Brasil, Colombia, Costa Rica, España, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Uruguay.

Algunos de los países miembro del Convenio, entre ellos Argentina, Brasil, Ecuador y Perú, suscribieron también un Acuerdo para la creación del Mercado Común Latinoamericano, única norma existente específica sobre contenidos audiovisuales en la región tendente al desarrollo de un mercado audiovisual.

Su artículo I establece lo siguiente: *“El Mercado Común Cinematográfico Latinoamericano tendrá por objeto implantar un sistema multilateral de participación de espacios de exhibición para las obras cinematográficas certificadas como nacionales por los Estados signatarios del presente Acuerdo, con la finalidad de ampliar las posibilidades de mercado de dichos países y de proteger los vínculos de unidad cultural entre los pueblos de Iberoamérica y el Caribe.”* A continuación,

⁹⁴ Con carácter previo a este acuerdo, el marco jurídico básico de las relaciones comerciales entre la Unión Europea y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) se basa en Acuerdos Marco de Cooperación bilaterales con Argentina (1990), Brasil (1995), Paraguay (1991) y Uruguay (1992) y de un Acuerdo Marco Interregional de Cooperación (1999).

⁹⁵ https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/september/tradoc_158329.pdf

⁹⁶ <http://caaci-iberoamerica.org/wp-content/uploads/2016/09/conici-1989.pdf>

⁹⁷ Los países firmantes del Convenio son: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, Uruguay y Venezuela.

⁹⁸ <http://caaci-iberoamerica.org/wp-content/uploads/2016/09/acuerdo-iberoamericano-de-coproduccion-cinematografica-texto-refundido-vigente.pdf>

⁹⁹ Y su Reglamento de desarrollo, accesible en <http://caaci-iberoamerica.org/wp-content/uploads/2016/09/raicoci-2007-reglamento-acuerdo-coproduccion-2007.pdf>

¹⁰⁰ De manera transitoria, a Argentina, Bolivia, Cuba, Chile, México, Perú, Portugal y Venezuela les es aplicable el texto del Acuerdo Iberoamericano de Coproducción Cinematográfica del 22 de junio de 2000..

define obra cinematográfica como “[...] *aquella de carácter audiovisual registrada, producida y difundida por cualquier sistema, proceso o tecnología*” (Artículo II).

Destaca entre las iniciativas derivadas de los tratados anteriores, el Programa de ayudas (IBERMEDIA), cuya misión principal es fomentar el desarrollo de un espacio audiovisual iberoamericano por medio de ayudas financieras a todos los productores independientes de cine de los países miembros de América Latina, España y Portugal. IBERMEDIA contribuye a integrar redes de empresas productoras para facilitar coproducciones, ayuda a la formación continua y promueve la excelencia del cine en Iberoamérica, así como a la utilización de nuevas tecnologías.

4.3 EL MARCO JURÍDICO DE ACUERDO CON LA LEGISLACIÓN NACIONAL

4.3.1 Introducción

Como acabamos de ver, el régimen internacional de derechos de propiedad intelectual aplicable en los países objeto de estudio es relativamente homogéneo, por lo que las legislaciones nacionales presentan bastantes semejanzas. No obstante, existen importantes diferencias en la regulación en cuanto afecta a contenidos audiovisuales, por ejemplo, en cuanto a las personas consideradas autoras de la obra audiovisual, los derechos que ostenta el productor de la grabación audiovisual (o no) o el nivel de protección reconocido y el modo en que los derechos son gestionados (directamente o a través de entidades de gestión), por poner algunos ejemplos de notable relevancia en la práctica.

Estas diferencias normativas, como hemos apuntado a lo largo del estudio, deben ser tenidas en cuenta a la hora de llevar a cabo cualquier explotación de contenidos audiovisuales más allá de su país de origen o producción, debido a la naturaleza territorial de la propiedad intelectual. Ello es aún más relevante en un entorno digital en línea, en el que la puesta a disposición de los contenidos podría y puede efectuarse en distintos países en un mismo momento.

En términos generales, las obras audiovisuales están definidas bien como categoría independiente de obras o como una subespecie de las cinematográficas, o a la inversa. En todo caso, no es dudoso que las obras audiovisuales, cinematográficas o no, están protegidas en todos los países objeto de estudio.

Es claro también que en todos se considera como coautores de la obra audiovisual a los autores del argumento y guion, a la directora y al compositor de la música original para la película. En algunos países, como es el caso de Argentina y Costa Rica se reconoce también al productor como coautor de la obra audiovisual, y, en otros, a los autores de los diseños en el caso de obras audiovisuales de animación.

La legislación de todos los países reconoce a los autores audiovisuales los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública, puesta a disposición y transformación, con mayor o menor grado de detalle en lo que respecta al derecho de puesta a disposición.

Se reconocen, en general, derechos morales a los coautores, aunque en varios casos solo es titular el director (o solo él puede ejercitarlos). Varios países también legitiman al productor para ejercitar los derechos morales de los coautores, lo que supone una innovación interesante.

La regulación de los derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes es menos homogénea. Aunque, en líneas generales, todos los países reconocen derechos sobre las prestaciones

artísticas, no en todos los casos son exclusivos y no en todos los casos están claramente reconocidos a los artistas intérpretes en obras audiovisuales. Exceptuando a Perú, el resto de los países objeto del estudio no forma parte del Tratado de Beijing, cosa que contribuiría a una mayor homogeneización de los derechos de los artistas intérpretes en audiovisuales, facilitando con ello la distribución en línea de contenidos audiovisuales.

La protección de los fonogramas está claramente reconocida en todos los países, pero no así la de los videogramas (aunque sí de la obra audiovisual) que correspondería a los productores audiovisuales. En este punto en particular encontramos diversos enfoques, como se puede comprobar en las tablas-resumen adjuntas. Asimismo, los organismos de radiodifusión tienen protegidas las señales en todos los países analizados.

La duración de la protección de los derechos es de 70 años en casi todos los países objeto de estudio, pero el cómputo de dicho plazo varía -en unos casos se calcula desde el fallecimiento del último coautor de la obra audiovisual, en otros desde publicación de la obra audiovisual.

Se observa también la ausencia de regulación de las obras huérfanas, salvo en el caso de Ecuador.

A continuación, comentaremos brevemente la regulación de los aspectos más relevantes en materia de propiedad intelectual sobre las obras, interpretaciones y grabaciones audiovisuales, en la medida en que su comprensión es fundamental de cara a la explotación de contenidos audiovisuales en línea de manera internacional.

4.3.2 Definiciones aplicables a la obra audiovisual o una fijación audiovisual

Argentina: solo está definida la obra cinematográfica.

Brasil: se la considera como una subespecie de la obra audiovisual. La legislación brasileña (sobre propiedad intelectual, cinematografía y otras) contiene una amplia variedad de definiciones de distintos tipos de obras y contenidos audiovisuales, en muchos casos relacionadas con requisitos para la obtención de ayudas públicas.

Costa Rica: se define la obra cinematográfica y la obra audiovisual.

Ecuador: se definen tanto la obra como la grabación audiovisual; hasta hace poco también se definía la obra cinematográfica (en la ley de cinematografía), definición hoy derogada por entenderse incluida en la anterior, más general.

Perú: existen definiciones similares tanto para obra audiovisual como para obra cinematográfica.

Uruguay: reconoce expresamente la obra audiovisual y se considera que la cinematográfica es parte de ella.

4.3.3 Autores, intérpretes y productores de la obra audiovisual

Como se menciona más arriba, todos los países objeto de análisis reconocen como coautores de la obra audiovisual al guionista y al director, así como en (casi) todos los casos, a la compositora de la música originalmente compuesta para dicha obra. También se reconoce en algún caso como coautor al productor, al autor de los dibujos en el caso de obras de animación y al autor de obras preexistentes adaptadas (por ejemplo, novelas).

Argentina: productor, guionista y director. Si se trata de obras audiovisuales de género musical, también el compositor.

Brasil: autor del argumento (guionista), director y compositor, así como los autores de los dibujos en el caso de las películas de animación.

Costa Rica: autor del argumento (guionista), director, compositor y productor (en principio, parece que sólo sería aplicable al productor persona física).

Ecuador: autor del argumento, guionista, director, compositor, dibujante en caso de obras de animación y, en su caso, el autor de la obra adaptada.

Perú: autor del argumento, guionista, director y compositor, además del autor de los diseños en obras de animación, y el autor de la obra preexistente, que queda asimilado a los autores de la obra audiovisual.

Uruguay: autor del argumento, guionista, director, compositor, dibujante en caso de obras de animación y, en su caso, el autor de la obra adaptada.

En relación con los intérpretes, el reconocimiento de sus derechos no ofrece dudas en el caso de los intérpretes en vivo y aquellos cuyas interpretaciones están fijadas en fonogramas, pero la protección es más heterogénea en el caso de los intérpretes en obras y grabaciones audiovisuales, desde el reconocimiento pleno en el caso de Ecuador a la situación de Uruguay, en el que el reconocimiento de un derecho de simple remuneración a los artistas en obras audiovisuales está pendiente de resolución judicial. Hay que recordar en este punto que todos los países estudiados son parte de la Convención de Roma y del TOIEF (a excepción en este último caso de Brasil), pero sólo Perú ha ratificado el Tratado de Beijing, lo que tiene su correlato en las legislaciones nacionales.

Más heterogénea aún es la regulación en relación con la figura del productor audiovisual. Como hemos mencionado más arriba, el productor se considera como coautor en algunos países - Argentina, Costa Rica-, generalmente se presume que los demás autores le ceden sus derechos en exclusiva sobre la obra audiovisual (e incluso los morales, con los matices que veremos), pero no siempre se la reconocen derechos sobre la grabación audiovisual.

La heterogeneidad en cuanto a quiénes sean titulares de derechos sobre las obras audiovisuales, así como en relación con los derechos exclusivos y/o de simple remuneración de los intérpretes y con la protección o no de las grabaciones audiovisuales, añaden una capa adicional de complejidad jurídica a la ya de por sí compleja explotación de contenidos audiovisuales en línea.

4.3.4 Derechos reconocidos

a) Derechos Patrimoniales y de Simple Remuneración.

Todos los países reconocen a los coautores de obras audiovisuales los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y puesta a disposición, y transformación. Puede decirse que han incorporado todos los derechos sustantivos que recogen los tratados internacionales en cuanto a los autores se refiere, especialmente por cuanto se refiere al derecho de puesta a disposición. Debe recordarse aquí que todos los países son firmantes del TODA a excepción de Brasil, en cuya legislación se reconoce el derecho igualmente con más o menos precisión.

En muchos casos también se reconocen derechos de simple remuneración a los autores por la explotación de obras audiovisuales.

Como mencionábamos antes, los derechos de artistas intérpretes y ejecutantes no son tan homogéneos, al menos por cuanto se refiere a los que participan en obras y grabaciones audiovisuales, ni en el reconocimiento de sus derechos exclusivos ni en los de simple remuneración.

En términos generales, se aplica el principio de trato nacional a los titulares extranjeros, tanto en relación con las obras como con las interpretaciones y las grabaciones, aunque debe mencionarse que en Brasil se aplica bajo reciprocidad.

A continuación haremos una muy breve reseña de los distintos derechos reconocidos en cada legislación.

Argentina: los coautores de obras audiovisuales tienen reconocidos todos los derechos patrimoniales de explotación, muchos de los cuales se administran a través de entidades de gestión colectiva. Se les reconocen también derecho a ser remunerados por la explotación de las obras y, aunque no son de “simple remuneración”, en la práctica están asimilados.

Los intérpretes en audiovisuales solo tienen reconocido un derecho de remuneración sobre sus interpretaciones en la Ley 11.723, gestionado por las entidades de gestión colectiva correspondiente -existen varias. Es importante reseñar en este punto que, en Argentina, las disposiciones contenidas en tratados internacionales son de aplicación directa y por tanto no requieren de su trasposición a la legislación nacional, lo que hace que algunos artistas intérpretes tengan reconocidos derechos exclusivos a través de TOIEF. Sin embargo, puesto que Argentina no es parte del Tratado de Beijing, los intérpretes en audiovisuales tendrían sus derechos limitados al derecho de simple remuneración que recoge la Ley 11.723.

Se reconocen los mismos derechos a titulares extranjeros.

Brasil: reconoce todos los derechos patrimoniales a los coautores de la obra audiovisual, incluido el derecho de puesta a disposición en la formulación de TODA y TOIEF. A este respecto, es preciso mencionar el concepto genérico de “ejecución pública” en la ley de propiedad intelectual brasileña comprende el *streaming* y otros usos de las obras en línea, tal como ha establecido la Corte Suprema.

Los artistas intérpretes y ejecutantes, de hecho, tienen reconocido un derecho de explotación muy amplio, ya que pueden autorizar o prohibir *cualquier* tipo de uso de sus interpretaciones.

El productor audiovisual no tiene derechos sobre la fijación audiovisual.

En cuanto a titulares extranjeros, se aplica el principio de reciprocidad: la ley se aplica a los extranjeros siempre que la ley nacional de estos reconozca a los brasileños derechos equivalentes.

En principio, Brasil no reconoce derechos de simple remuneración en su ley de propiedad intelectual, aunque muchos derechos exclusivos se gestionan de forma colectiva.

Costa Rica: se reconocen todos los derechos a los coautores de la obra audiovisual, y a los artistas intérpretes de cualquier tipo de obra. Las grabaciones audiovisuales no están protegidas de manera específica.

No se reconocen derechos de simple remuneración a los titulares de derechos sobre contenidos audiovisuales.

Los titulares extranjeros se protegen conforme al principio de trato nacional.

Ecuador: la reciente reforma legislativa en materia de propiedad intelectual en Ecuador reconoce todos los derechos patrimoniales, y también de forma expresa el derecho de puesta a disposición en el caso de los artistas intérpretes y ejecutantes. En el caso de autores y productores, el de puesta a disposición se considera incluido en el derecho de comunicación pública, como una subespecie del mismo.

Se reconocen expresamente derechos conexos a los productores de fonogramas y de grabaciones audiovisuales, así como derechos de simple remuneración para artistas y ejecutantes por la comunicación pública, puesta a disposición y alquiler de sus interpretaciones. En el caso de autores, el derecho de simple remuneración es el de alquiler el que se deriva de la explotación en lugares públicos con precio de entrada, siendo el resto (también para productores) de naturaleza exclusiva. En el caso de los derechos exclusivos de los autores audiovisuales, estos se gestionan colectivamente.

Ecuador confiere pleno trato nacional a todos los titulares de derechos extranjeros, sin matizaciones de ninguna clase.

Perú: se reconocen todos los derechos patrimoniales a los coautores de la obra audiovisual, aunque no se reconoce de forma expresa el derecho de puesta a disposición, entendiéndose encuadrado dentro del genérico derecho de comunicación pública como una subespecie no mencionada por la ley. De hecho, el derecho de puesta a disposición solo aparece definido de manera expresa en la ley al referirse a los derechos de los productores de fonogramas.

Perú reconoce derechos conexos también a los artistas, incluidos los audiovisuales, y establece un derecho de simple remuneración equitativa y única (compartida con los productores) por determinados actos de explotación, esencialmente comunicación pública.

Además, la ley peruana reconoce un derecho de simple remuneración por la transferencia de la interpretación a un medio distinto, pero no parece que esté implementada.

En relación con los derechos conexos reconocidos a los productores, la legislación en materia de propiedad intelectual en Perú solo reconoce derechos a aquellas grabaciones que no constituyan obra audiovisual (estableciendo en paralelo una presunción de cesión de los derechos de los autores e intérpretes a favor del productor en este segundo caso).

En Perú se da pleno trato nacional a todos los titulares de derechos extranjeros.

Uruguay: se reconocen todos los derechos exclusivos a los autores de la obra audiovisual, así como de forma inequívoca derechos conexos a artistas intérpretes y ejecutantes en fonogramas, productores fonográficos y a organismos de radiodifusión. El derecho de simple remuneración para los creadores audiovisuales se incorporó a la ley uruguaya en diciembre de 2019.

Los derechos de los intérpretes en obras y grabaciones audiovisuales no son explícitos en la Ley de Derecho de Autor del Uruguay, aunque esta contiene una disposición (art. 36) genérica en relación con el derecho a una remuneración por los usos de las prestaciones de los artistas que admite distintas interpretaciones. Tanto es así que el reconocimiento de derechos conexos -en concreto, a recibir una remuneración por la explotación de las interpretaciones- se encuentra pendiente de decisión judicial.

Los productores audiovisuales no tienen reconocidos derechos sobre las grabaciones audiovisuales, aunque existe una entidad de gestión operando en Uruguay que gestiona algunos derechos exclusivos por mandato de sus miembros.

En Uruguay se protegen las obras y prestaciones de acuerdo con el principio de trato nacional, sin restricciones, reconociéndose derechos de simple remuneración a titulares extranjeros.

b) Derechos Morales

Todos los países objeto de análisis reconocen a los coautores de las obras audiovisuales derechos morales, al menos los de atribución o paternidad y el de integridad, si bien varios de ellos confían su ejercicio únicamente al director. El reconocimiento de otros derechos definidos también como morales, como puede ser el de acceso al ejemplar único o raro de una obra, o el derecho de modificación, por poner dos ejemplos, varía de un país a otro. En varios casos se legitima al productor para ejercer los derechos morales sobre la obra audiovisual, incluida la facultad de decidir sobre su divulgación.

Salvo en la norma peruana, no aparece regulado el establecimiento de la versión definitiva de la obra audiovisual, esto es, la edición final sobre la que se ejercitarían los derechos morales.

Los artistas intérpretes o ejecutantes en obras audiovisuales ven protegidas sus interpretaciones con derechos morales en la medida en que también se les reconozcan derechos patrimoniales - lo que, como hemos visto, no es siempre el caso- y no siempre con la amplitud prevista en los tratados internacionales.

La regulación de los derechos morales sobre las obras audiovisuales, y más en concreto de su ejercicio, presenta algunas características en las legislaciones de alguno de los países analizados que debe tenerse en consideración.

Argentina: se reconocen los derechos de divulgación, atribución e integridad. Asimismo, el productor tiene la obligación de incluir en los créditos de la obra audiovisual a todos sus creadores y a sus intérpretes, además de a sí mismo.

Recuérdese que Argentina reconoce al productor como coautor de la obra audiovisual, por lo que ostenta derechos morales sobre la misma en nombre propio. Se discute doctrinalmente no obstante si en este caso se trataría solo del productor en tanto que persona física o también, de forma excepcional, se reconocería ese derecho a las compañías de producción.

Brasil: aunque se reconocen diversos derechos morales a los coautores de la obra audiovisual, corresponde solo al director ejercerlos.

Los artistas intérpretes y ejecutantes tienen también reconocidos los derechos morales de integridad y paternidad.

Costa Rica: a diferencia de otros países, en el caso específico de las obras audiovisuales, los derechos morales corresponden solo al director. Los artistas intérpretes tienen reconocidos los derechos de atribución e integridad.

La legislación costarricense, además, otorga legitimación al productor para ejercitar estos derechos morales en protección de los autores y de la obra. Es decir, podrán ejercitar los derechos morales sobre la obra audiovisual el director (como titular) y el productor (como legitimado por la ley además de en nombre propio como coautor).

Aunque no son derechos morales propiamente, deben mencionarse determinadas obligaciones del productor que la legislación de Costa Rica establece, y que guardan relación con la atribución o paternidad de las obras e interpretaciones. En concreto, la ley prevé (art. 54) que, salvo pacto en contrario, el productor tiene la obligación de citar en los créditos de la obra audiovisual, además de a sí mismo, a sus autores e intérpretes. Es cierto que esta obligación dista mucho de ser un derecho moral en el sentido estricto del término, pero también lo es que permite al resto de los coautores de la obra audiovisual distintos del director, así como a los intérpretes (que no tienen ninguno de estos derechos) que exijan que se reconozca su autoría e interpretaciones en la obra audiovisual. Evidentemente, el alcance de la obligación se limita al productor -no es *erga omnes*- y las consecuencias de su vulneración no serían necesariamente las mismas.

Ecuador: se reconocen los derechos morales de divulgación, integridad, atribución, y acceso al ejemplar único o raro de la obra a los coautores de la obra audiovisual. Los de integridad y atribución son reconocidos también a los artistas intérpretes o ejecutantes.

Es llamativa la limitación de la duración de los derechos de divulgación e integridad (hasta la caída en dominio público de la obra, y, entiendo, de las interpretaciones), mientras que los de atribución y acceso al ejemplar único de la obra son imprescriptibles (tal como prevé la Decisión 351).

Perú: la legislación peruana ofrece una solución semejante a la propuesta por Brasil y Costa Rica, siendo el director el único coautor al que corresponde el ejercicio de derechos morales sobre la obra audiovisual, salvo que las partes hubieran pactado otra cosa. Asimismo, el productor está legitimado para “defender en nombre propio” los derechos morales sobre la obra audiovisual, así como decidir sobre su divulgación, salvo que los autores acuerden con él otra cosa.

Además, de modo semejante a lo que ocurre en Costa Rica, el productor debe citar el nombre de los autores en los créditos de las obras audiovisuales, salvo en las publicitarias y en las de muy corta duración.

La versión definitiva es la que se establezca según lo que acuerden el director y el productor (que puede ser establecerla conjuntamente, que la decida uno de los dos o un tercero, u otra fórmula que pudieran pactar).

Uruguay: los derechos morales que reconoce Uruguay a los coautores de la obra audiovisual son todos a excepción del derecho de acceso al ejemplar único o raro de la obra. A los artistas intérpretes y ejecutantes únicamente se les reconoce de forma expresa el derecho moral de divulgación, pero no los de atribución e integridad (que sería lo previsible a la vista del artículo 5 del TOIEF, al menos para aquellos que actúen en fonogramas).

En el caso de las obras audiovisuales, como en el caso de Brasil, Costa Rica y Perú, el productor tiene legitimación por ley para ejercer los derechos morales. Está asimismo *autorizado* por ley a decidir sobre su divulgación y a alterarla o modificarla. No está claro si esto último como manifestación concreta del ejercicio del derecho moral de integridad, o, más bien, como limitación al de los coautores.

4.3.5 Duración de la protección de las obras e interpretaciones audiovisuales

La duración de la protección de las obras audiovisuales es en todos los países de 70 años, pero en unos casos esos setenta años se computan desde la publicación de la obra audiovisual (plazo más corto) y en otros desde la fecha de fallecimiento -o el primero de enero del año siguiente-

del último coautor superviviente (plazo más largo). Salvo Argentina, que establece un plazo de duración de la protección de 50 años desde el fallecimiento del último coautor.

En el primer caso, sucederá con bastante facilidad que las obras audiovisuales agoten su plazo de protección y no obstante continúen protegidas a través de las contribuciones autorales separadas, en tanto que incorporadas a la obra audiovisual -lo que se conoce como la teoría de los derechos subyacentes o *underlying rights*, por lo que los contratos de cesión de derechos cobran una importancia singular de cara a determinar el plazo de duración de la protección *de hecho* de las obras audiovisuales. Habrá que estar a cada caso concreto para determinar si una obra audiovisual entra o no en dominio público, pues el lenguaje contractual va a ser determinante en este sentido.

Los intérpretes en obras y grabaciones audiovisuales, allí donde tienen reconocidos derechos, tienen protección por setenta años igualmente. Como en el caso anterior, el cómputo de este plazo varía de un país a otro.

Las grabaciones audiovisuales, que como hemos visto sólo reciben protección de manera explícita en Ecuador y en Perú -siempre, en este último caso, que no contengan obras audiovisuales.

Argentina: 50 años desde el fallecimiento del último coautor. Las interpretaciones están protegidas durante 70 años desde la fecha de publicación.

Brasil: 70 años desde publicación (o fijación, transmisión o ejecución pública en el caso de derechos conexos, según se hiciera la divulgación inicial).

Costa Rica: 70 años desde la fecha de exhibición (o del fallecimiento del último coautor o del intérprete en otro tipo de obras).

Ecuador: 70 años desde publicación, o, en caso de no existir, desde la realización de la obra.

Los derechos de los artistas intérpretes duran 70 años desde el primero de enero del año siguiente a aquél en que se hizo la interpretación. La grabación audiovisual está protegida durante 50 años, y la fonográfica 70 años, en ambos casos desde publicación.

Perú: 70 años desde la primera publicación, o en su defecto, desde la terminación de la obra audiovisual -entendemos por tal la fecha de establecimiento de la versión definitiva, a falta de publicación.

En cualquiera de los casos, la ley peruana matiza que la protección por el plazo de 70 años desde publicación de la obra audiovisual no obsta a la protección de las contribuciones a la misma por sus coautores (el guion, la música original, los diseños en caso de películas de animación, etc.) por el plazo general de 70 años desde la fecha de fallecimiento del autor.

La protección de la grabación audiovisual (o fonográfica) es también de 70 años desde publicación.

Las interpretaciones están protegidas durante la vida del artista y 70 años desde su fallecimiento, contados a partir del 1 de enero del año siguiente a su muerte.

Uruguay: 70 años desde la fecha de fallecimiento del último coautor, y en el caso de interpretaciones desde la fecha de publicación (o actuación, si no estuviera fijada). Los fonogramas están protegidos por igual plazo de protección, así como las señales de los organismos de radiodifusión.

4.3.6 Cuestiones relevantes en materia de excepciones y limitaciones

En relación con excepciones a los derechos, más allá de la duración de la protección comentada más arriba, merece destacarse la inexistencia de una excepción específica al derecho de reproducción para uso privado (la “excepción por copia privada”) en Argentina, Costa Rica, Ecuador y Uruguay, así como, de forma parcial, en Brasil. En el caso de Perú sí se contempla la copia privada, y es reseñable además la existencia de una excepción para *comunicación pública* dentro de un ámbito privado, que recoge la ley en su artículo 41, entre otras.

Además, en el caso de Ecuador, país que ha abordado recientemente una reforma importante de su normativa en materia de propiedad intelectual, debe destacarse que ha incorporado una excepción genérica por uso justo, muy similar en su configuración a la doctrina del “*fair use*” estadounidense¹⁰¹. La excepción genérica por uso justo se acompaña de una lista larga de excepciones tasadas en el artículo 212 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (COESC), de naturaleza irrenunciable (art. 95 COESC). Estas excepciones, no obstante la amplitud de su alcance, han de interpretarse de acuerdo con la regla de los tres pasos (“...*siempre que no atenten contra la normal explotación de las obras y no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos.*”)

Asimismo, el COESC prevé una serie de licencias obligatorias (también denominadas licencias legales) reguladas en los arts. 217 y ss. de dicho cuerpo normativo. Especialmente relevante es la licencia obligatoria que puede solicitarse a la autoridad nacional de propiedad intelectual sobre obras y grabaciones audiovisuales que no estén disponibles en el mercado nacional a partir del plazo de un año desde su difusión en cualquier formato. En este caso, el titular tendrá derecho a cobrar por el uso efectivo de la obra una compensación.

La extensión y alcance en todo caso tendrá que respetar lo dispuesto en tratados y convenios internacionales, y especialmente Berna (regla de los tres pasos) y la Decisión 351¹⁰².

En Uruguay no parecen existir limitaciones o excepciones específicas que puedan afectar a la explotación en línea de contenidos audiovisuales.

4.3.7 Cesión de derechos patrimoniales y otros contratos

En términos generales, puede afirmarse que todos los países prevén, en mayor o menor medida, una presunción de cesión de derechos patrimoniales de explotación de los autores -y en algunos casos de los intérpretes- a favor del productor audiovisual. Estas presunciones tienen como finalidad permitir que, incluso en el caso en que los contratos sean insuficientes, el productor pueda llevar a cabo la explotación de las obras audiovisuales, habida cuenta del esfuerzo y los recursos necesarios para producirlas.

No obstante, debe señalarse que muchas de estas presunciones prevén cesiones limitadas en el tiempo, en los territorios y en su duración. Por ello, de cara a una eficaz explotación de obras y otros contenidos audiovisuales en línea, las cesiones expresas en los contratos son las que de hecho armonizan y garantizan a los productores la explotación de tales contenidos en *todos* los territorios y en *todos* los medios y formatos, incluidos los digitales en línea.

¹⁰¹ §107 17 U.S.C.

¹⁰² A estos efectos, ver el Dictamen N° 002-2017 de las Comunidades Andinas, analizando este particular.

Argentina: como hemos visto, el productor -ya sea persona física o jurídica- se considera coautor de la obra audiovisual y por tanto cotitular originario de todos los derechos (de explotación y morales) sobre la misma. Además, se prevé que tendrá derecho a proyectar la obra audiovisual sin necesidad de consentimiento de los demás autores – lo que se completa con derechos gestionados colectivamente.

Brasil: la norma brasileña establece una presunción de cesión de derechos no exclusiva tanto de autores como de intérpretes de la obra audiovisual, ya que la exclusividad requiere de acuerdo expreso. En particular, sobre las obras audiovisuales, el art. 81.1 establece que la exclusividad de la cesión de derechos de autores e intérpretes al productor audiovisual:

- a) Requiere de acuerdo expreso, y
- b) Expira a los diez años de su otorgamiento.

Interpretando este artículo a la luz del art. 49. IV de la ley, implicaría la cesión de derechos al productor -de forma no exclusiva- para la explotación de obras audiovisuales en su medio *principal* de explotación. Habrá que estar a cada caso concreto para determinar cuál sea ese medio (series de televisión -medios televisivos-, obras cinematográficas -salas y VoD-, etc.).

Además, el art. 85 dispone que, salvo acuerdo en contrario, los coautores podrán disponer de su aportación a la obra audiovisual de manera independiente en otras modalidades de explotación (p.ej., publicación escrita del guion).

Tal utilización será libre si el productor no finaliza la producción en el plazo que las partes acuerden en contrato, o si no la estrena dentro de los dos años siguientes a su finalización. Es decir, en el caso de obras preexistentes, entre las que puede incluirse el guion de manera significativa, la ley brasileña prevé que podrá utilizarse libremente ese guion si a los dos años de la finalización de la producción audiovisual de que se trate no se lleva a cabo su estreno. En otro caso, podrá utilizarse transcurridos diez años.

Sin embargo, varias normas de finales de los años setenta, aún en vigor, prohíben la cesión de los derechos de autores e intérpretes por el resultado de su prestación de servicios profesionales. Dichas normas añaden que las autorizaciones deberán darse para cada uso concreto, y que serán remuneradas.

Estas normas, en aparente contradicción con la presunción de cesión que prevé el artículo 81 de la Lei de Direito Autoral, parece que se está resolviendo en la práctica por la vía de considerar, de facto, que existe derechos de simple remuneración en relación con la puesta a disposición en línea de contenidos audiovisuales.

Costa Rica: el artículo 55 de la Ley autoral costarricense prevé que el productor audiovisual tendrá derecho a llevar a cabo la explotación de obras audiovisuales sin restricción y de acuerdo con los contratos suscritos con los autores de las mismas. Y este mismo artículo añade que los “programas análogos a las obras cinematográficas, como los videogramas”, serán protegidos como aquellas. Es decir, la grabación audiovisual no tiene protección específica pero está protegida como si fuera obra audiovisual.

Ecuador: la norma ecuatoriana prevé una presunción de cesión de los derechos patrimoniales de explotación a favor del productor audiovisual, en concreto en el artículo 154 COESC, de los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, lo que incluiría el de puesta a disposición.

No obstante, la ley ecuatoriana establece límites a las cesiones en defecto de acuerdo expreso que entendemos serían de aplicación también en el caso de obras audiovisuales, especialmente

relevantes de cara a su explotación en línea por cuanto la cesión quedaría limitada a diez años y, sobre todo, al país en que se celebró la cesión (esto es, Ecuador).

La presunción de derechos a favor del productor se ve además matizada por los artículos 198 y 199 COESC, que prevén la necesidad de celebrar contrato en todo caso -aunque tales artículos están más bien previstos para la explotación de las obras, y son relativos principalmente al pago de una remuneración por tal explotación.

Por otra parte, en el caso de Ecuador, la contratación de artistas (al menos para medios televisivos) ha de ser obligatoriamente realizada mediante contratos laborales.

Perú: establece una presunción de cesión a favor del productor, quien retiene además la capacidad de decidir sobre la divulgación de la obra. Aunque la legislación peruana prevé determinados límites a las cesiones de derechos, estos no aplican a las obras audiovisuales, ni los territoriales ni los relativos a las modalidades de explotación. El alcance, por tanto, de la presunción de cesión de derechos al productor es total.

La capacidad de decidir sobre la divulgación de la obra es un derecho normalmente considerado moral o, cuando menos, exclusivo de los autores -y previo a la posibilidad de ejercitar los demás, en la práctica. Considerando que en Perú el productor tiene la posibilidad de defender los derechos morales de los autores de la obra audiovisual en nombre propio -lo que en la práctica sería aproximadamente equivalente a ser titular originario él mismo-, es coherente que el productor sea también quien decide sobre su divulgación.

Aunque no está explicitado en la ley peruana, una interpretación del alcance de la presunción de cesión al productor, las facultades “morales” que puede defender en nombre propio y el plazo de protección elegido para las obras audiovisuales, podría decirse que estamos ante una *cuasi* obra colectiva.

Uruguay: existe una presunción de cesión de todos los derechos sobre la obra audiovisual al productor, recogida en el art. 29 de la LDA. Al mismo tiempo, se exige que el contrato de cesión de derechos conste por escrito, para ser válido -lo que sugiere que la ausencia de contrato escrito dejaría también sin efectos la presunción de cesión.

Además, la LDA establece dos limitaciones genéricas a las cesiones de derechos -presuntas o expresas- que pueden tener un impacto importante en la explotación de obras audiovisuales en línea. La primera, una obligación de explotación efectiva que concede a los autores u otros cesionarios la posibilidad de resolver la cesión en el plazo de un año desde que se reclamara formalmente -en este caso al productor- para que llevase a cabo la explotación de la obra. El art. 32 sugiere una reversión de derechos automática; la segunda limita la duración de las cesiones de derechos a 15 años desde la fecha de fallecimiento del cedente, regresando los derechos a sus herederos.

La posible naturaleza laboral de los contratos de los coautores o intérpretes de la obra audiovisual con el productor no supone ninguna diferencia.

No existe, por otra parte, en Uruguay una obligación de contratación laboral, aunque suele llevarse a cabo al menos para técnicos e intérpretes a través de asociaciones gremiales o sindicales. Tampoco ofrece la legislación uruguaya regulación de otro tipo de contratos, aunque la financiación de la producción de obras audiovisuales está apoyada por el sector público mediante diversos instrumentos y ayudas.

4.3.8 Gestión colectiva aplicable a obras y prestaciones audiovisuales.

Argentina: tiene un sistema de gestión colectiva muy desarrollado, en el que algunos derechos, ya sean de remuneración o exclusivos, así como en algunos casos las tarifas aplicables, vienen definidos por normas reglamentarias relacionadas con entidades de gestión, como es el caso de los derechos de directores y guionistas. Técnicamente, todos los derechos que se gestionan a través de entidades de gestión son de naturaleza exclusiva salvo los de los intérpretes, que son de simple remuneración. El resultado en la práctica es, no obstante, similar, pues en muchos casos los aranceles o tarifas, incluso en el caso de derechos exclusivos, viene determinada en normas reglamentarias o legales.

Brasil: la gestión colectiva de derechos en relación con música está totalmente asentada, y existen diversas entidades que llevan a cabo la misma para los cuatro grupos de titulares afectados (autores, artistas, ejecutantes y productores fonográficos). Muchas de dichas entidades están integradas en ECAD, el organismo centralizador creado por ley.

Aunque en relación con el contenido audiovisual existe cierta polémica sobre la naturaleza como derechos exclusivos o de simple remuneración de los titulares correspondientes, lo cierto es que en los últimos años se han creado varias entidades distintas para gestionar los derechos (exclusivos pero gestionados de forma colectiva) de guionistas, directores de cine, compositores de bandas sonoras, actores intérpretes y de doblaje de obras audiovisuales. Sin embargo, a día de hoy, la ejecución pública de obras audiovisuales -que, como hemos visto, incluye todos los usos en línea, solo parece beneficiar a los titulares vinculados a obras musicales.

Costa Rica: ACAM (Asociación de Compositores y Autores Musicales) se encarga de recaudar por la música incluida en obras audiovisuales, gestionando tanto los derechos exclusivos como los de simple remuneración. Más allá de esta entidad, actualmente no existen entidades de gestión colectiva de derechos de autor o de intérpretes de obras audiovisuales registradas en Costa Rica.

Ecuador: existen derechos de simple remuneración para artistas y ejecutantes por la comunicación pública, puesta a disposición y alquiler de sus interpretaciones. En el caso de autores, el derecho de simple remuneración es el de alquiler, y el que se deriva de la explotación en lugares públicos con precio de entrada, siendo el resto (también para productores) de naturaleza exclusiva. En el caso de los derechos exclusivos de los autores audiovisuales, estos se gestionan colectivamente a través de la entidad UNIARTE (que también gestiona los de simple remuneración), siendo EGEDA Ecuador la entidad que administra los derechos de los productores audiovisuales.

Perú: hay dos entidades de gestión que actúan en el ámbito audiovisual, Interartis (intérpretes y ejecutantes) y Egeda (productores), ambas recaudando derechos de simple remuneración por la comunicación pública de obras e interpretaciones audiovisuales. Es reseñable a los efectos de este estudio que no existe en Perú, por ley, un derecho de simple remuneración por la explotación de obras, interpretaciones o grabaciones audiovisuales en Internet.

Aparte, la ley peruana reconoce un derecho de simple remuneración por la transferencia de la interpretación a un medio distinto, pero no parece que esté implementada por Interartis, o al menos no consta en su tarifario.

Uruguay: existen derechos de simple remuneración tanto para autores como para intérpretes audiovisuales (los productores audiovisuales no tienen reconocido un derecho conexo).

El derecho de simple remuneración para los creadores audiovisuales se incorporó a la ley uruguaya en diciembre de 2019. AGADU administra los derechos de los autores, de momento

musicales, y es posible en un futuro también participe en la gestión de los de directores y guionistas (dado lo reciente de su reconocimiento legal, estos no tienen aún una entidad de gestión de derechos que los represente a estos efectos).

El reconocimiento del derecho de simple remuneración de los intérpretes audiovisuales en Uruguay está actualmente pendiente de decisión judicial, pues existen distintas interpretaciones sobre el alcance de la norma que regula el mismo (el art. 36 de la Ley de Derecho de Autor se refiere únicamente a intérpretes de obras musicales y literarias.) La entidad de gestión SUGAI, de reciente creación, gestiona estos derechos.

4.3.9 Dominio público y obras huérfanas

Tanto Argentina como Uruguay prevén en su normativa que el uso de obras en el dominio público genera la obligación de pagar unos aranceles (dominio público pagante). Los demás países establecen el libre uso de las obras en dominio público, debiéndose respetar en cada caso los derechos morales que estuvieren vigentes y que, salvo alguna excepción ya comentada, son los de paternidad e integridad.

En Argentina, por lo que respecta al uso de obras cinematográficas y otras audiovisuales en dominio público, parece estar regulado el arancel correspondiente solo en relación con su explotación en soportes físicos (magnéticos u otros similares). Se trata de una norma de 1991, momento en el que el videocassette era la única forma (o casi) de llevar a cabo tal explotación.

En Uruguay, la gestión y cobro del dominio público pagante está atribuida a la entidad de gestión AGADU.

Por otra parte, también en relación con Uruguay es reseñable la reciente recuperación del dominio público de las obras que estuvieron en él en el momento de aprobarse la ley por la que se extendió la duración de obras y prestaciones a 70 años (diciembre de 2019).

En relación con las obras huérfanas, solo Ecuador prevé su regulación en la ley, si bien de manera escueta, art. 214 COESC: *“Obras o prestaciones denominadas huérfanas.- Se entiende por obras o prestaciones huérfanas aquellas cuyos derechos de autor o derechos conexos se encuentran vigentes conforme los plazos de protección establecidos en este Código, pero cuyos titulares no están identificados o de estarlo, no ha sido posible su localización.*

Quien pretenda utilizar obras o prestaciones huérfanas deberá ejecutar todos los actos y gestiones razonables tendientes a la identificación del titular del derecho y notificar a la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales.

En caso de que el legítimo titular o su derechohabiente apareciere y justificare debidamente tal calidad, podrá ejercer las acciones previstas en este Código.”

4.3.10 El registro y el depósito legal de obras audiovisuales

En general, se observa que algunas de las legislaciones de los países analizados mantienen algunas formalidades -exigencia de inscripción de las obras y/o de los contratos de cesión de derechos en el registro de propiedad intelectual-, si bien, por aplicación de la normativa internacional, tales formalidades no serían aplicables a titulares extranjeros.

Argentina: el registro de las obras es obligatorio para que las obras tengan protección, aunque solo aplica a obras argentinas por aplicación del Convenio de Berna. Asimismo, la *enajenación*

o cesión de derechos debe inscribirse en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual, de acuerdo con el artículo 53 de la Ley 11.723, aunque esta obligación se refiere únicamente a la venta total o parcial de derechos. Quedan fuera, por tanto, la mayor parte de las operaciones (ya sean cesiones, transmisiones, autorizaciones y licencias, exclusivas o no) que se otorgan comúnmente en el sector audiovisual.

El depósito legal está reglado de forma conjunta obligatoria al registro.

Brasil: no se exige ni es costumbre inscribir contenidos audiovisuales, aunque es obligatorio obtener el “*Certificado do produto brasileiro*” (CPB), que expide ANCINE (el instituto de cinematografía brasileño) si el contenido audiovisual de que se trate cumple determinados requisitos.

El depósito legal solo es obligatorio en relación con obras musicales y fonogramas.

Costa Rica: no es obligatorio el registro de obras audiovisuales dado que no existe una entidad local que lo gestione. No obstante, es posible formalizar una inscripción con efectos declarativos en el Registro Nacional de Derechos de Autor y Conexos, para lo cual sí es necesario depositar una copia de la obra.

Ecuador: no exige el registro de las obras o de las transmisiones de derechos para que estas estén protegidas o sean eficaces, según aplique.

Tampoco hay una obligación explícita en las leyes en relación con el depósito legal, aunque la Ley Orgánica de Cultura sí menciona de manera indirecta que la distribución de ejemplares físicos de cualquier tipo de obra requiere su previo depósito legal. Además, es interesante mencionar que las obras audiovisuales producidas en Ecuador, de forma genérica, pasan a formar parte del patrimonio cultural nacional *automáticamente* a los treinta años de su primera difusión, lo que implica una protección reforzada y que se encuentra en pocas legislaciones del mundo.

Perú: no es obligatorio inscribir las obras en el registro de propiedad intelectual, pero el depósito legal sí en la medida en que se vayan a distribuir copias en formato físico de tales obras.

Uruguay: el registro de obras no es obligatorio, aunque sí la inscripción de los actos y contratos de transmisión de derechos de propiedad intelectual, de acuerdo con el artículo 8 de la LDA. No obstante, en el reglamento de la ley de derecho de autor se aclara que dicha inscripción es facultativa para obras audiovisuales y para obras extranjeras de cualquier tipo, esto último de acuerdo con los requisitos del Convenio de Berna.

El depósito legal tampoco es obligatorio en Uruguay.

4.3.11 Resumen de la normativa por país

Una tabla resumiendo las principales disposiciones aplicables ha sido publicada conjuntamente con el presente estudio.

5. CONCLUSIONES

A pesar de la proliferación de acuerdos sobre comercio en los últimos años que contribuyen a elevar de manera uniforme los estándares de protección en los países objeto de estudio (y en otros de la región), lo cierto es que estos tratados dejan, por lo general, bastante flexibilidad a los países para incorporar las regulaciones en materia de propiedad intelectual. Por otra parte, a excepción del Convenio de Berna, la Convención de Roma, los acuerdos ADPIC y los Tratados de la OMPI (recuérdese que de éstos últimos Brasil no es parte), no existe una norma que regule los aspectos digitales que hemos mencionado más arriba de manera uniforme para toda la región. Ello sin duda contribuiría a facilitar el desarrollo de un mercado digital en línea para contenidos audiovisuales al establecer unos estándares homogéneos de protección, lo que a su vez haría más sencillo el licenciamiento de contenidos y su protección frente a infracciones y a la piratería.

En relación con los acuerdos de comercio preferencial, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) ha propuesto en un reciente estudio¹⁰³ sobre el estado de la integración regional en América Latina y el Caribe dejar atrás el entramado de acuerdos comerciales preferenciales e insta a la creación de un tratado de libre comercio más amplio entre todos los países de la región, en el que la propiedad intelectual se incorporaría en una segunda fase. El organismo destaca que, sin perjuicio de las dificultades políticas que entraña una tal propuesta, la considera realista en tanto que la mayor parte del comercio regional ya se encuentra libre de aranceles.

Los acuerdos en materia de coproducción cinematográfica contribuyen, por su parte, a desarrollar un mercado único en el que la comercialización de contenidos audiovisuales a través de medios digitales en línea es pieza fundamental.

Sin embargo, y a pesar de los encomiables esfuerzos normativos a nivel internacional¹⁰⁴, lo cierto es que en la legislación nacional de los países analizados observamos diferencias importantes en la regulación de quiénes han de considerarse los autores de la obra audiovisual, sobre los derechos exclusivos que ostentan o no los artistas intérpretes y ejecutantes, sobre la duración de la protección de las obras audiovisuales, en relación con las presunciones de cesión de derechos a los productores y los derechos que éstos, de manera originaria ostentan, o sobre los derechos (de simple remuneración o no) que hayan de administrarse por sociedades de gestión colectiva... por citar solo algunas de las cuestiones que más relevancia presentan de cara al desarrollo de un mercado audiovisual digital en línea.

Y ello solo en relación con propiedad intelectual, pues la producción audiovisual *cinematográfica* está regulada también de manera importante en varias de las leyes nacionales, especialmente en la medida en que se apliquen medidas de ayuda, fomento o estímulos públicos, si bien es cierto que las coproducciones internacionales tienen marcos jurídicos en la región que proporcionan estándares legales pacíficos.

Además de las normas esenciales que afectan principalmente a los contenidos audiovisuales, el mercado audiovisual digital en línea se ve afectado por normas relacionadas con comercio electrónico, protección de datos personales, defensa de la competencia, así como con telecomunicaciones y servicios de comunicación audiovisual (tradicionalmente, los organismos de radiodifusión), sin olvidar el tratamiento fiscal, cuyo análisis excede los límites de este estudio.

En definitiva, una armonía parcial en la legislación en materia de propiedad intelectual no evita que la explotación de contenidos audiovisuales exija que sus productores ostenten todos los

¹⁰³ “*Conectando los puntos: una hoja de ruta para una mejor integración de América Latina y el Caribe*”, coordinado por MESQUITA MOREIRA, M., accesible en

<https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Conectando-los-puntos-Una-hoja-de-ruta-para-una-mejor-integracion-de-America-Latina-y-el-Caribe.pdf>

¹⁰⁴ En el caso de los autores, por ejemplo, el asunto ha sido objeto del estudio encomendado por la CISAC, accesible en <https://www.cisac.org/CISAC-University/Library/Studies-Guides/AV-Remuneration-Study>

derechos sobre todas las creaciones e interpretaciones en que consistan, así como las grabaciones a las que se encuentren incorporados. Y ello:

- Para cada uno de los territorios en que se quiera llevar a cabo tal explotación.
- Por todo el tiempo en que se quiera llevar a cabo tal explotación.
- Para cada uno de los medios, sistemas o formatos en que se quiera llevar a cabo tal explotación

Dicho de otro modo: para poder desarrollar un mercado audiovisual en línea habría que considerar la normativa de cada país y ajustar los contratos a las realidades normativas de cada uno. O, alternativamente y en tanto no haya normas internacionales homogéneas para un mercado audiovisual digital en línea, continuar con la práctica contractual habitual en el sector, consistente en hacer cesiones de máximos contemplado el mayor ámbito territorial, temporal y modal posible para que el productor pueda comercializar los contenidos producidos con la mayor flexibilidad posible.

[Fin del documento]