

EMPRESAS CULTURALES Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Por Miguel Angel Emery

I. INTRODUCCIÓN

I.1. Las Empresas Culturales en la génesis y en el desarrollo histórico del Derecho de Autor.

El artículo 17 de la Constitución Nacional establece que: “Todo autor o inventor, es el propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento por el término que le acuerde la ley”

La Carta Magna confiere a los autores un derecho exclusivo de explotación de sus obras, que son creaciones en el campo literario o artístico, que definen la impronta cultural de una Nación, pero cuando esas obras son de naturaleza didáctica o científica son motores impulsores de la educación y del desarrollo.-

Mientras que el derecho civil es un legado de la civilización romana con más de veinte siglos de existencia, el derecho de autor ha cumplido en el año 2009, recién tres siglos desde su primera expresión normativa.-

El derecho de autor es una reacción del derecho a la evolución tecnológica, tanto en el campo literario como en el campo artístico. Arte y autores han existido desde tiempos inmemoriales. Las obras de arquitectura, las esculturas y las pinturas, por la materialidad de la forma en que se expresan, se han preservado a través de los tiempos, y el derecho de propiedad románico era suficiente para la protección de sus titulares.

Por otra parte, los escritos –que son los que dieron nacimiento al derecho de autor- eran el fruto de pacientes manuscritos sobre cueros, papiros, u otros materiales artesanales, el papel recién comenzó a utilizarse en el siglo XIV Tan solo la dedicada labor de los monjes en los monasterios, o los encargos reales para la creación de bibliotecas permitían la preservación de sus contenidos.

Cuando Gutemberg inventa la imprenta en 1449, se crea una tecnología que permite la reproducción de un gran número de ejemplares, que pueden ser fabricados y vendidos a costo mucho menor que los manuscritos. La explotación de una nueva tecnología requiere normalmente una organización de bienes y de servicios, es decir una empresa. Eso sucedió con la imprenta y la edición de libros.

Como el autor no podía llegar a su público sin la intervención de un empresario dispuesto a realizar una importante inversión desde que tanto el papel como las máquinas impresoras eran muy costosas, la imprenta dio nacimiento a nuevas actividades empresariales de manufactura y servicio: los impresores y los vendedores de

libros (llamados “stationers” en Inglaterra, que son los antecesores de las modernas editoriales).

Como toda actividad industrial y comercial, los “stationers” perseguían un propósito de lucro, dado que sus costos eran altos y el precio de los libros no muy significativo, el negocio no tenía excesivo margen, situación que se agravó con la competencia desleal de otros comerciantes del ramo que, sin invertir en la creación de la obra, podían reproducir una edición de la misma obra, normalmente cuando esta tenía éxito, a un precio más barato.

Esta situación creó un conflicto entre el derecho de los autores y los editores originales por recobrar su inversión del talento, tiempo y dinero, y el deseo de los lectores (el público consumidor de ese producto), a adquirir los libros al menor precio posible.

El conflicto entre ambas expectativas creó la necesidad de contraponerlas en la balanza del interés público. En 1709 esta balanza se inclinó, de esa época hasta el presente, a favor de los autores, porque sin protección los autores carecían de incentivos para crear obras útiles, ni los editores encontrar estímulos económicos en su actividad.

Se dictó entonces en Inglaterra el Estatuto de la Reina Ana que tendió a satisfacer simultáneamente: a) la demanda de los editores de otorgarles un monopolio por un período de 21 años, y b) la demanda de los autores para que se reconociera su derecho exclusivo a imprimir libros que no habían sido impresos o publicados por el término de 14 años a partir de su primera publicación. Si el autor estaba vivo este período se podía extender por 14 años más.

Las penalidades para los infractores del Estatuto eran severas, las ediciones ilícitas estaban sujetas a confiscación y a una pena de un penique por cada hoja copiada, que es una multa significativamente mayor a los actuales “statutory damages” (daños legales) que establece el artículo 504 (a) (1) del Copyright Act de 1976 de los Estados Unidos que los fija desde USD 750 a USD 150.000 por infracción teniendo en cuenta su importancia, que se agrava por la entidad del dolo del infractor.

Esta reseña de los orígenes del derecho de autor nos va señalando que la propiedad intelectual concebida para la protección de los creadores, debe necesariamente extenderse a las empresas culturales, desde que, creada la obra, sin un editor, un productor cinematográfico, un productor fonográfico, una empresa de televisión, etc., el autor no podría percibir el importe de los derechos económicos que genera una eficaz explotación de su obra.

Por ende, si bien las cuestiones vinculadas a la creación de la obra y al derecho moral de los autores son regidas por el derecho civil, los contratos entre autor y la empresa a través de la cual se explota comercialmente la obra, son contratos sometidos a la ley y a la jurisdicción comercial (arts. 5° y 7° del Código de Comercio).

Cabe ya adelantar que a excepción de los contratos de venta, edición y de representación que tienen tipicidad legislativa en la ley 11.723, en todas las demás industrias culturales a las que nos referiremos en el curso de esta colaboración, nos encontraremos frente a contratos típicamente comerciales pero atípicamente legislativos.

I.2. El derecho de autor de las obras a los productos culturales.

Durante el siglo XIX las creaciones de los autores estuvieron en el campo de las “bellas artes”. La intermediación tecnológica entre el autor y su obra en el momento de la creación era casi inexistente. Bastaba una pluma u otro instrumento de escribir para que se pudieran crear obras literarias, partituras de las obras musicales, dibujos y obras teatrales. Las empresas culturales relacionadas a las bellas artes eran exclusivamente los editores de libros o de partituras y los empresarios teatrales.

Como dice Bertrand durante el curso del siglo XX el “proceso creativo” ha conocido dos grandes revoluciones que tomando la expresión del profesor alemán Adolf Dietz han implicado “cambios de paradigmas”.

Bertrand sitúa el primer paradigma entre 1920 y 1950, expresando que “factualmente este período está marcado por un doble “sometimiento” de la creación a la industria, tanto en su proceso de elaboración como en su forma... esta evolución aparece claramente en el nacimiento y desarrollo de la industria del cine, fundamentalmente en Hollywood y por la aparición y desarrollo de los diseños industriales” (BERTRAND, André “El derecho moral de los autores en el Derecho Francés).

La obra cinematográfica es una expresión artística protegida por la ley 11.723. La mayoría de las películas cinematográficas tienen como objetivo su comercialización y no la belleza o profundidad de sus escenas. El “star system” constituyó y constituye uno de los motores de venta de la película cinematográfica como producto cultural.

En el mismo período, se desarrollaron la fotografía, la radiodifusión, la industria fonográfica, la televisión, y tecnologías que determinaron que la industria cinematográfica dejara de depender exclusivamente de la proyección del film en teatros, para ser sucesivamente comercializada en VHS y luego en DVD; y tuvieron un tercer período de explotación en la televisión, y desde principios de este siglo, en manera acelerada, el Internet (para películas E-mule, Torrent, Netflix; para audio Spotify, Groove Shark, etc.).

Ya hemos señalado que en la creación de las bellas artes del siglo XIX existía una mínima intermediación tecnológica entre el autor y su obra (plumas, lápices, pinceles, estecas, etc). A partir del “primer paradigma” de transformación de las obras de arte en productos culturales, aparece inevitablemente entre el autor y su obra, un dispositivo tecnológico de diversa complejidad. Es posible pintar un retrato con un lápiz, pero no es posible sacar una fotografía sin una cámara. La obra del guionista, del compositor de la banda de sonido, de los actores y del director de la película cinematográfica, no se puede concretar en obra cinematográfica sin las cámaras y los complejos artefactos de captación de las imágenes y de los sonidos de los diálogos y de la música.

Lápiz o pluma son suficientes para una partitura musical, pero para obtener una fijación sonora susceptible de ser reproducida en soportes materiales como los discos, se necesita de una sofisticada consola y de un director artístico que sepa mezclar los sonidos.

La ley 11.723, al proteger también “los modelos y obras de arte y ciencia aplicadas al comercio y a la industria”, adoptó el principio de la unidad del arte dentro de la propiedad intelectual porque, en este tipo de creaciones, la idea del autor se materializa mediante elementos artísticos originales que aún prescindiendo de su destino o aplicación, deben contener el valor de la obra de arte puro, destinados a aumentar el atractivo de un producto. Piola Caselli expresa que “La obra de arte aplicada a la industria, debe conservar a pesar de su asociación a un producto industrial su carácter asociativo” (citado por Laquis, Manuel A., Derechos Reales 2, B 311), pero esa forzosa asociación entre la obra de arte y el producto comercial o industrial al que está asociada, es una nueva muestra de la estrecha relación entre propiedad intelectual y empresa que nace y se desarrolla en el siglo XX.

El segundo paradigma comienza aproximadamente en la década de 1980 con la explosión de la microinformática, las tecnologías digitales destinadas a almacenar y comunicar en las redes un caudal enorme de información, que incluye las obras literarias y artísticas, y permite concentrar, preservar y difundir datos que antes de la informática debían ser recopilados trabajosamente en papel, y que hoy tienen índices de búsqueda que no se comparan con la velocidad con que estos datos pueden obtenerse en Internet.

El programa de computación no puede desarrollarse en su versión fuente destinada al lector humano, sin un especialista que domine el lenguaje informático en el cual serán transmitidas al computador las instrucciones que una vez transformadas en programa objeto, ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado.

I.3. La importancia económica del Derecho de Autor.

De lo precedentemente expuesto resulta que, por una parte, existan empresas cuyo objeto principal es producir el material protegido por los derechos intelectuales. Los editores, las empresas de radio o de televisión, los productores fonográficos, los empresarios teatrales, los teatros y estadios para conciertos y espectaculares shows mediáticos, los buscadores de internet, son empresas que para su viabilidad dependen esencialmente de la protección de la propiedad intelectual.

Pero ellas, a su vez, dan vida y razón de ser a otras industrias, que dependen exclusivamente de estas actividades: a) Los que fabrican equipos destinados exclusivamente al goce del material protegido por los derechos intelectuales (aparatos de reproducción de sonido, radios, aparatos de televisión cada vez más sofisticados, el hardware de las computadoras, etc.). b) Las empresas para su distribución (librerías, galerías de arte, en donde las pinturas y las esculturas se exponen para su venta, tiendas de discos o de video, las empresas de televisión por cable, etc.). c) Otras actividades como la arquitectura, donde se refleja la incidencia de la protección que da a los planos el derecho de autor.

Todo ello nos muestra, a primera vista, que las obras, producciones, y emisiones protegidas por los derechos intelectuales constituyen un poderoso motor de empresas que contribuyen al desarrollo de los países (en algún momento, las regalías de los Beatles significaron para Gran Bretaña una exportación mayor que la mayoría de sus productos industriales).

Por ello, los países industrializados, advirtiendo esa importancia, fueron realizando estudios estadísticos sobre el impacto de estas empresas sobre sus economías. Los estudios realizados en Austria, Alemania, Australia, Finlandia, Holanda, Reino Unido y Suecia advirtieron que la participación de las empresas culturales tenía una participación en el Producto Bruto Nacional que varía entre el 3% y el 5%.

En los últimos treinta años, el aporte de las industrias de la propiedad intelectual en los Estados Unidos, creció un promedio anual más del doble en comparación con el resto de las industrias, creando fuentes de empleo a millones de personas y creciendo más rápido que el promedio de la economía estadounidense. Para tener una idea de la importancia de las empresas vinculadas con la propiedad intelectual en los Estados Unidos, estas superaban en importancia a la construcción, la agricultura y la minería juntas.

I.4. La protección internacional de las obras. Los ADPIC.

La cultura no tiene fronteras. En el siglo XIX, que para este trabajo hemos dado en llamar el de las bellas artes, las obras literarias, musicales o teatrales, exitosas en un país de Europa, poco tardaban en ser reproducidas o ejecutadas en otros países. Como las leyes de protección del derecho de autor son nacionales, a menos de que existieran tratados bilaterales entre dos naciones, la obra no se encontraba protegida fuera del país de la nacionalidad del autor. Si tenemos en cuenta que aún no se había producido la unificación de Alemania o de Italia, era casi imposible una red de tratados internacionales que protegiera las obras en toda Europa.

En aquella época, Francia estaba en pleno apogeo de su desarrollo cultural. Además de atender al natural y legítimo anhelo de los hombres de letras de lograr el necesario respeto y la compensación económica para el producto del espíritu, advirtió que una explotación internacional más generalizada de sus obras incrementaría la cantidad de divisas que venía recibiendo por la explotación de las obras protegidas. Por otra parte, no todos los acuerdos bilaterales coincidían en la definición de la protección. Sin embargo, no fue el gobierno francés sino las organizaciones de los autores encabezadas por Víctor Hugo los que llevaron a cabo las tratativas que dieron por resultado la adopción en 1886 de la “Unión Internacional para la Protección de Obras Literarias y Artísticas” (Unión de Berna), a la que adhirieron originalmente diez países (Conf. JESSEN, Henry, Derechos Intelectuales, pág. 175).

El Convenio de Berna contiene tres pilares fundamentales: a) La protección de la obra por el solo hecho de haber sido creada, y por lo tanto no supeditada a la concesión de un derecho de explotación inclusiva por un registro tal como sucede con las patentes y las marcas. b) El trato nacional, es decir, que los miembros de la Unión de Berna otorgan a las obras protegidas en cualquiera de los países miembros de la Unión, los mismos derechos que las leyes respectivas conceden en la actualidad o conceden en lo sucesivo, a los nacionales del país donde se reclama la protección, y, c) la obligación del país miembro de la Unión de conceder a sus autores, en sus leyes nacionales, como mínimo los derechos que se consagran en el tratado.

Sin embargo, el Convenio de Berna solo constituye un compromiso para que los países miembros adopten, de conformidad con su Constitución, las medidas necesarias para asegurar la aplicación del Convenio. El Convenio de Berna sufrió sucesivas

modificaciones, en 1908, en 1914, en 1928, en 1948, en 1967 y finalmente en París el 24 de julio de 1971, que es el acta que rige en la Argentina a partir de su ratificación por ley 22.195.

Los convenios internacionales sobre derechos de autor se negociaban a través de reuniones de expertos en la UNESCO o en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), donde los temas concernientes a la explotación de las obras eran debatidos entre ministros de cultura, funcionarios de las direcciones de derecho de autor, diplomáticos con conocimiento de la materia, con la participación de organizaciones no gubernamentales interesadas en el desarrollo del derecho de autor.

Sintomáticamente, una vez que los países desarrollados fueron advirtiendo la importancia que en sus economías tenían las empresas culturales, lo instalaron como uno de los temas de la Ronda Uruguay del GATT, el 15 de octubre de 1986, que culminó en Marruecos el 15 de abril de 1994 con la presencia y adhesión de ciento veintidós países, y un acta final que entre acuerdos multilaterales sobre mercaderías y entendimientos relativos a la interpretación de determinadas disposiciones, incorporó un capítulo intitulado “Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio” (Acuerdos ADPIC de 1994) que fueron ratificados por ley 24.425.

A grandes rasgos, puede decirse que mientras el Convenio de Berna se dirige a la protección de las obras y sus autores, los ADPIC están dirigidos a buscar una protección eficaz para los productos de las empresas culturales.

En la Ronda Uruguay, la Organización Mundial del Comercio incluyó en su sistema multilateral de comercio, actividades como el comercio de servicio, las medidas de inversión relacionadas con el comercio, y también la protección de la propiedad intelectual.

Delia Lipszyc expresa que: *“La finalidad explícita de las negociaciones de la Ronda Uruguay en el campo de la Propiedad Intelectual fue elaborar nuevas normas destinadas a reducir distorsiones o impedimentos al comercio internacional en dicha área; una finalidad paralela fue la de asegurar que medidas y procedimientos para proteger los derechos de Propiedad Intelectual no constituyeran barreras al comercio legítimo”*. (LIPSZYC Delia, Nuevos Temas de Derecho de Autor, p.32).

La Profesora Lipszyc razona que: “Es probable que entre las principales (razones) haya estado la necesidad de un sistema de “enforcement”, es decir, de medidas para asegurar la observancia de los derechos mediante procedimientos ágiles, medidas cautelares, y sanciones penales”. Afirma que esta incorporación tiene el propósito evidente de dar “garras y dientes” a los tratados multilaterales del derecho de propiedad intelectual, como el Convenio de Berna, la Convención de Roma, etc.

Sin embargo, las motivaciones de los ADPIC con respecto a la Propiedad Intelectual, no se agotan con las medidas de protección efectiva contenidas en las Obligaciones Generales de la Parte III, Sección 1, las Medidas Provisionales del Art. 50 (Sección 3), o con las Prescripciones Especiales Relacionadas con las Medidas en Frontera (Sección 4), todas ellas dirigidas programáticamente a que las legislaciones nacionales de los

estados miembros de la OMC “...en su legislación nacional establezcan procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual...”.

Junto con esa exigencia de respeto a la adopción de medidas efectivas para la protección de la Propiedad Intelectual, los Convenios ADPIC reforzaron la exigibilidad del Convenio de Berna, cuyas disposiciones (Art. 1 a 21) deben ser observadas por todos los estados miembros (Art. 9º), al mismo tiempo que sometió los reclamos por inobservancia de los mínimos allí establecidos a las disposiciones sobre prevención de diferencias de la OMC, estableciendo que “*Cuando un miembro tenga razones para creer que una decisión judicial, resolución administrativa o acuerdo bilateral concreto en la esfera de la propiedad intelectual, afecta a los derechos que le corresponden al tenor del presente acuerdo*” (Art. 63.3), puede solicitar la aplicación de los artículos sobre resolución de diferencias dispuestas en los artículos 22 y 23 del GATT de 1994 con las disposiciones desarrolladas y aplicadas por el Entendimiento sobre las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias.

Es decir, que las violaciones a la propiedad intelectual pueden dar lugar a que, obtenido un fallo favorable, la parte reclamante se encuentre habilitada a suspender concesiones u otras obligaciones relativas al mismo sector o sectores en que se haya constatado la infracción. Si esto no fuera practicable o eficaz, y las circunstancias resultaran lo suficientemente graves, el país reclamante podrá tratar de suspender concesiones u otras obligaciones en el marco de otros acuerdos abarcados por el entendimiento, por lo que cuando una nación, en su legislación o en la inobservancia de medidas de protección a la propiedad intelectual, dé margen a la aplicación de los artículos XXII y XXIII del GATT de 1964, puede sufrir represalias en el campo de otros aspectos de su comercio internacional.

Dentro del campo estrictamente del derecho de autor, las normas de mayor importancia de los ADPIC son aquellas que determinan la incorporación expresa de los programas de computación y de las bases de datos dentro del ámbito de las obras de propiedad intelectual protegidas por el Convenio de Berna.

Durante la mencionada década del '80, la cuestión sobre la ubicación del software entre los bienes intelectuales fue objeto de un amplio debate, en el seno de los comités de expertos de la OMPI, donde se planteaban cuatro opciones: a) Su protección por el derecho industrial de patentes; b) Otorgarle una protección “sui generis”, fuera del derecho de autor, como sucede con los microchips, la biotecnología, y las bases de datos que no califican para su protección dentro del derecho de autor; o c) Asimilar los programas de computación a los escritos protegidos por el derecho de autor.

La primera opción, fue rápidamente descartada, a medida de que el software se “descorporizó” del hardware ya que las patentes se encuentran reservadas a inventos, descubrimientos, o procedimientos que tengan aplicación industrial. Existen múltiples aplicaciones de software, que no se destinan a aplicación industrial alguna. Las obras software se encuentran en constante evolución por su naturaleza o destino llamadas a evolucionar en el tiempo (nuevas versiones) o en el espacio (actualización, módulos nuevos).

La segunda opción contó con algún apoyo en la doctrina nacional, que fue resumido en el fallo de la Cámara de Casación Penal en el caso “Autodesk/Pellicori” (CNCasación

Penal, Sala 1, julio 19 1995, Fallo 48.468 - El Derecho, 25.2.98, T. 176, p.241), donde el Tribunal juzgó que cabía otorgar el beneficio de la duda a una empresa que había reproducido ilícitamente programas de computación, exponiendo: "... Federique Toubol en su obra "El Software, análisis jurídico" (Ed. Zavalía) sostiene que no es una obra de expresión original en el sentido de la protección del derecho de autor, y que Manuel Antonio Laquis, en "Actualidad de los bienes incorporeales" (Patentes, Marcas, Modelos de Utilidad, Know How, Software, Biotecnología) sostuvo la inconveniencia de aplicar la ley 11.723 de la protección jurídica del software, pues la orientación doctrinal que asimila el soporte lógico a los principios jurídicos es discutible; que se está en presencia de un hecho nuevo en el campo de la creación y de la técnica, con bases y proyecciones que la ley de propiedad intelectual no previó ni pudo prever, y que no puede ser protegido porque no está escrito de una forma inteligente, o bien porque en la fase de identificación no existe suficiente originalidad..." (El Trabajo, de Eduardo Galán Corona, "En torno de la Protección Jurídica del Soporte Lógico") donde el autor concluye en que la protección del software por el derecho de autor será alcanzada **"...cuando se adecue la legislación tradicional de Propiedad Intelectual"**. No obstante de que en su momento manifesté mi disconformidad con esta conclusión, dentro del marco del fallo citado ("El Software, obra protegida" Miguel Angel Emery, Marcelo García Sellart en el comentario al fallo en cuestión, también publicado en El Derecho, 176-241), la posición de Galán Corona resultó profética, tanto en el campo internacional como en el campo nacional.

La tercera opción, es decir, la asimilación de los programas de computación a los escritos protegidos por el derecho de autor. En 1976, el Congreso de los Estados Unidos no pudo ponerse de acuerdo sobre el tema, y los programas de computación no se mencionaron como obra protegida en el Copyright Act.

En 1980, el Computer Software Copyright Act definió a los programas de computación como un conjunto de afirmaciones o instrucciones para ser usadas directa o indirectamente en una computadora, para producir un determinado resultado. En esa época, pocos si algún país incorporaban los programas de computación a las obras protegidas por el Convenio de Berna.

El 1/03/1989, los Estados Unidos se incorporaron como miembro del Convenio de Berna. Esta incorporación fue celebrada como el primer paso para la consolidación de la protección internacional del derecho de autor, hasta ese momento dividida entre la Convención Universal y el Convenio de Berna. Pocos advirtieron en ese momento la trascendencia que esa adhesión iba a tener en la evolución del proceso del derecho de autor hacia la definida protección de productos culturales en las leyes destinadas a la protección de las obras del ingenio.

Mientras que en la OMPI no avanzaba la actualización del Convenio de Berna, en la Ronda Uruguay de la Organización Mundial del Comercio, aparecen disposiciones sobre propiedad intelectual, que en 1994 se concretaron en el "Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdos ADPIC).

No son muchos los artículos incorporados en la Sección 1 de la Parte II, trata sobre "Derechos de Autor y Derechos Conexos" (arts. 9 al 14) pero introduce dos disposiciones que combinadas resultan en la definitiva incorporación de productos

culturales, creados bajo la iniciativa y la responsabilidad económica de una persona jurídica, al campo del derecho de autor.

El Art. 9.1 determina que *“Los miembros observarán los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna 1971 y el Apéndice del mismo”*. A partir de esta obligación, los países que aún no habían adherido al Convenio de Berna, se vieron inclinados a hacerlo, desde que ratificaran o no ratificaran el Convenio, debían cumplir sus disposiciones esenciales. El número de adhesiones al Convenio prácticamente se duplicó hasta alcanzar los 168 miembros actuales.

El Art. 9.2 no hace más que materializar en una norma internacional el reconocido principio de que el derecho de autor no protege las ideas, cuando establece que *“... la protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí...”*.

Pero en el Art. 10, aparece lo que a mi juicio fue el motor impulsor de la decisión de la Secretaría de Comercio de los Estados Unidos de llevar el derecho de autor al seno de la OMC.

Expresa que: *“10.1.- Los programas de ordenador, sean programas fuente o programas objeto, serán protegidos como obras literarias en virtud del Convenio de Berna de 1971.”*. La expresión *“...como obras literarias...”* debe entenderse como una asimilación exclusivamente a los efectos de la protección, ya que aunque ambas creaciones de la inteligencia se expresen por escrito, las obras literarias no son ni utilitarias ni interactivas como lo son los programas de computación.

El art. 10.2 se refiere a la protección de las bases de datos, expresando: *“Las compilaciones de datos o de otros materiales en forma legible o por máquina, o en otra forma que por razones de selección o disposición de sus contenidos, constituyan creaciones de carácter intelectual, serán protegidas como tales. Esta protección no abarcará los datos o materiales en sí mismos, se entenderá sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales en sí mismos”*.

Este resultado fue un logro de la diplomacia de los Estados Unidos apoyada por los países productores de software, imponiendo la tercera opción en los ADPIC. Obtuvieron mediante la protección sin formalidades de las obras del Convenio de Berna, una inmediatez y una economía en la protección de los programas de computación que no era fácil de imaginar cuando en 1976 su propio Congreso debatía si los programas de computación debían ser protegidos por la Copyright Act.

En menos de quince años incorporaron a su sistema de obras protegidas por copyright el programa de computación, como una obra protegida, y luego consiguieron que ese reconocimiento se extendiera a todos los países signatarios del Convenio de Berna.

El resultado pragmático fue obtener la protección de los programas de computación en todos los países del mundo, por el solo hecho de que se exteriorizara su creación y sin recurrir al tiempo y costo de su registro en diversas jurisdicciones, que requieren otro campo de la propiedad intelectual como las marcas y las patentes.

A partir de los ADPIC, la frontera entre los dos sistemas se ha vuelto más difusa, y las diferencias entre “copyright” y el derecho de autor menos marcadas, ya que tanto el programa de computación como las bases de datos, que se obligan a proteger todos los países miembros del Convenio de Berna, bajo el sistema de protección del derecho de autor, son creaciones técnico-organizativas, cuyo titular es normalmente una persona jurídica y donde los derechos morales de los colaboradores en las obras colectivas no pueden distinguirse y, por ende, ejercitarse.

Cuando se actualizó el Convenio de Berna a través del “Tratado de la OMPI sobre el Derecho de Autor” (WCT 1996, ley 25.140) los artículos 4 y 5 del WCT, amplían la enumeración no taxativa de las obras que contiene el Art. 2º de Berna al repetir, con referencia a los programas de computación y bases de datos, casi textualmente, el Art. 10º de los ADPIC. Por ende, ya no puede afirmarse que las obras sean exclusivamente el fruto creador del espíritu de una persona física en el campo literario y artístico, sino también de su iniciativa, inteligencia e inversión en la creación de productos culturales.

I.5. El panel de la OMC. El caso de la “Fairness in Music Licensing Act of 1998”.

El art. 13 de los ADPIC establece que *“los miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a: 1) Determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra, ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos...”*.

En el derecho comparado, esta norma de ADPIC se conoce como el “test de los tres pasos” que debe pasar cualquier norma jurídica sobre derecho de autor para que su validez sea reconocida internacionalmente. El derecho de cita, art. 10 de nuestra ley; la exención para las obras ejecutadas en actos públicos organizados por establecimientos de enseñanza; la ejecución o interpretación de piezas musicales por orquestas, bandas o fanfarrias, pertenecientes a los estados nacionales, provinciales o municipales; las reproducciones para los ciegos y personas con otras discapacidades (ley 26.285), etc., son todas limitaciones que superan sin problema el test de los tres pasos.

Paradójicamente fue una ley de los Estados Unidos, impulsores de los ADPIC, la que no superó dicho test. En efecto, al poco tiempo de su adopción, el Congreso de los Estados Unidos dictó una ley bajo el nombre de “Fairness in Music Licensing Act” (1998). Esta ley creaba excepciones para el pago del derecho de autor (ejecución pública), para ciertos establecimientos como las tiendas por departamentos, restaurantes, y otros negocios semejantes con detalles sobre el tamaño del negocio, y el aparato de reproducción. Entre los negocios afectados, se encontraron los “pubs” irlandeses, y la Sociedad de Autores de Irlanda elevó su queja a través de la Comunidad Europea, la que sostuvo que al regular dichas excepciones, los Estados Unidos habían violado sus obligaciones bajo los Acuerdos ADPIC, y que esas normas no eran compatibles con el art. 11bis de la Convención de Berna, y que no podían ser justificadas como limitaciones permitidas por dicha convención.-

Los Estados Unidos sostuvieron que ese tipo de uso de música “funcional”, no constituían un área del mercado donde un autor esperaría normalmente explotar su obra. El 27 de julio de 2000, el organismo para solución de diferencias de la OMC, dictaminó

que la mayoría de las excepciones de “Fairness Music Licensing Act” violaba el art. 11 bis. Para llegar a esta conclusión, el panel estimó que la amplitud de las limitaciones no se limitaban a “casos especiales”, que atentaban contra la explotación normal de la obra, y por ende causaban un perjuicio injustificado a los titulares de las obras musicales difundidas. En la OMC se llegó a un Acuerdo Temporario (2003/2004) mediante el cual Estados Unidos pagó US\$ 3.300.000 a un fondo que se creó para el beneficio de los titulares quejosos. No se llegó a un acuerdo definitivo mutuamente satisfactorio sobre la modificación de la ley americana, que dio origen al convenio.

1.6 Los Nuevos Tratados de la OMPI. El Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (WCT). El Tratado de la OMPI sobre Interpretación, o Ejecución y Fonogramas (WPPT).

Dos años después, la OMPI recobró la iniciativa y ante la imposibilidad de obtener unanimidad para actualizar el Convenio de Berna, convocó y aprobó el WCT y el WPPT que contienen una actualización general de los principios jurídicos sobre los que reposa la protección internacional de los derechos intelectuales en Internet. Su objetivo fue *“proporcionar soluciones adecuadas a los interrogantes planteados por nuevos acontecimientos económicos, sociales, culturales y tecnológicos... debido al profundo impacto que han tenido el desarrollo y la convergencia de las tecnologías de la información y comunicación en la creación y comunicación de las obras literarias y artísticas...”*.

El art. 4º del WCT reitera el concepto de los ADPIC protegiendo a los programas de ordenador *“...como obras literarias en el marco de los dispuesto en el art. 2º del Convenio de Berna”*. También se incorporan a la enumeración de las obras protegidas *“...las compilaciones de datos, o de otros materiales, en cualquier forma que por razones de la selección o disposición de sus contenidos, constituyan creaciones de carácter intelectual...”*. La declaración concertada respecto al art. 1.4 agrega que *“... el derecho de reproducción tal como se establece en el art. 9º del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo son totalmente aplicables en el entorno digital en particular a la utilización de las obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida constituye una reproducción en el sentido del art. 9º del Convenio de Berna”*.

Con respecto al derecho de distribución, tanto el art. 6º del WCT para los autores, y los arts. 8 y 12 del WPPT, se refieren al *“derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de sus obras, interpretaciones o fonogramas, mediante su venta u otra transferencia de propiedad”*. Lamentablemente, ambas disposiciones incorporan en el campo del derecho de autor el término “agotamiento”, para referirse al hecho de que el derecho de autor se paga sobre la primera venta de una obra. Este término que es típico de la propiedad industrial, resulta ambiguo en el campo del derecho de autor, donde después de la primera venta el autor preserva sus derechos morales, y los derechos de ejecución pública. Por ende, el derecho de autor como tal no se ha “agotado”...

Con respecto al derecho de comunicación al público, se amplía el concepto general de la ejecución pública, otorgándose a los autores, productores e intérpretes un derecho de *“comunicación al público de sus obras (ejecución de sus fonogramas), por medios*

alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición al público de sus obras de tal forma que los miembros del público puedan acceder a éstas desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija”.

Con respecto a las limitaciones y excepciones, el art. 10 del WCT y el art. 16 del WPPT reproducen el “test de los tres pasos” del ADPIC, es decir, que las excepciones son permitidas: 1) En ciertos casos especiales. 2) Que no atenten contra la explotación normal de la obra; y 3) Que no causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor (o de los intérpretes y productores fonográficos).

La agenda digital contempla la obligación a las partes contratantes de proporcionar “...protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos, contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos” (art. 11 WCT y art. 18 WPPT), y en protección de los autores y sus sociedades autorales, la obligación de los contratantes es proporcionar “recursos jurídicos efectivos contra quienes: i) Supriman o alteren sin autorización cualquier información electrónica sobre la gestión de derechos; o ii) distribuya, importe, emita o comunique al público, sin autorización, ejemplares de las obras sabiendo que la información electrónica sobre la gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización” (art. 12 WCT y 19 WPPT).

Finalmente, el WPPT es el primer convenio internacional que reconoce en su art. 5° el derecho moral de los intérpretes a que se reconozca su paternidad sobre la ejecución, y de “...oponerse a cualquier deformación, mutilación, u otra modificación de sus interpretaciones o ejecuciones que cause perjuicio a su reputación”, incorporación que se debió a una iniciativa de la delegación argentina.

Estas disposiciones comunes demuestran que la corporización de las obras, interpretaciones y sonidos grabados impuso idénticos niveles de protección para los llamados derechos de autor, y para los llamados derechos conexos, característica que existe en el sistema del copyright y también en el sistema de propiedad intelectual de la ley 11.723.

1.7 La ley 11.723. Su naturaleza. El respeto de los derechos morales de los autores en los contratos comerciales. La Propiedad Intelectual y la titularidad original de los productores en las industrias culturales.

La ley argentina 11.723 de 1933 no se inscribe dentro de la tradición del copyright, ni en la teoría de los derechos personalísimos, que se origina jurídicamente en la obra de Otto von Gierke, quien inspirado en Kant, “*que ve en la obra una prolongación de la persona del autor, cuya personalidad no puede ser desasociada del producto de su inteligencia*”. (JESSEN Henry. óp. cit., p.33).

En su proyecto de ley, el senador Sánchez Sorondo expresó que: “*La concepción de la ley argentina, así como la de los proyectos que la reforman, es la de atribuir al derecho de autor las normas y conceptos de la propiedad del derecho común, aunque con*

algunas reservas y limitaciones derivadas de la naturaleza misma del derecho de autor. El concepto de la ley argentina es... afirmar con mayor fuerza los derechos patrimoniales atribuibles al creador sobre la obra por él creada”.

La ley argentina legisla sobre las obras y los productos culturales, y sus titulares, y confiere a los primeros y obliga a los segundos a respetar los llamados derechos morales –a los que no dedica un capítulo especial-, al legislar sobre los contratos entre los autores y los empresarios. Así por ejemplo,

a) el art. 2º otorga el derecho a publicar, del que puede extraerse el derecho al inédito;

b) El art. 22 se refiere a la obligación del productor de la película cinematográfica de respetar el derecho moral de paternidad respecto de sus principales colaboradores;

c) El art. 39 prohíbe al editor alterar el texto de la obra, del que puede inferirse el derecho a la integridad;

d) El art. 47 prohíbe al empresario representar o reproducir la obra en forma diferente a la estipulada; es otra consecuencia del derecho a la integridad, referida al ámbito del contrato de representación.

e) El art. 51 prohíbe al adquirente de los derechos pecuniarios alterar el título, forma o contenido de la obra.

f) El art. 52 estipula que, después de vendida la obra, el autor puede exigir el respeto por la fidelidad de su título en toda impresión o reproducción posterior, así como la mención de su calidad de autor. Tanto este artículo como el 51 tienen su fuente directa en el art. 6º bis del Convenio de Berna.

g) El art. 72 sanciona al que edite, venda o reproduzca la obra y suprima o cambie el nombre del autor o su título o altere dolosamente su texto.

h) El art. 83 se refiere a la intangibilidad de las obras caídas en el dominio público, disposición de la que puede inferirse el carácter perpetuo e imprescriptible del derecho de autor.

En cumplimiento de los ADPIC- la ley 25.036 modificó el Art. 1º de la ley 11.723 expresando que a sus efectos las obras científicas, literarias y artísticas “...comprenden los escritos de toda naturaleza y extensión, entre ellos los programas de computación, fuente y objeto, las compilaciones de datos o de otros materiales...” no hizo más que agregar la protección del producto de otras empresas culturales a las editoriales, cinematográficas y fonográficas.

Si bien la ley 11.723 no es muy precisa al referirse a los titulares de las obras protegidas a quienes denomina indistintamente con los vocablos “autor”, “colaborador”, “propietario” o “titular”, doctrinariamente es más correcto referirse con el término “autor” a las personas físicas que crean las obras que la ley protege, y reservar los términos “propietario” o “titular” a las personas jurídicas, creadoras de los productos

culturales referidos a la ley. En cuanto a los derechos patrimoniales de unos y otros, la ley no establece diferencias.

CONCLUSIÓN PRELIMINAR:

Desde los reclamos de los autores y los stationers a la Reina Ana sobre las publicaciones de libros hasta los meandros por los cuales el derecho de autor llegó a la Organización Mundial del Comercio, la historia nos muestra que los creadores y los empresarios de las industrias culturales vinculadas al derecho de autor, tienen un objetivo común: buscar en el derecho normas que les permitan impedir la reproducción ilegítima o la explotación parasitaria de sus obras e inversiones, más allá de teorías y normas que dentro de este campo de la Propiedad Intelectual les resulten sectorialmente más favorables.

II. LA OBRA LITERARIA Y LOS EDITORES.

II.1. CONTRATOS DE EDICIÓN

II.1.2. El editor. Las legislaciones nacionales y convencionales no contienen una definición del editor, y prácticamente no ha sido objeto de estudio por la doctrina ni por la jurisprudencia. Sin embargo la función de intermediación entre el autor y el público que cumple el editor es fundamental para la cultura y el mercado. Por lo tanto es inexacto considerarlo como un mero licenciataria de los derechos de reproducción y distribución. A diferencia del impresor, librero o distribuidor, el editor tiene la responsabilidad de la elección de la obra, la calidad del contenido que habrá de publicarse y salvaguardarse para generaciones futuras, de un modo apropiado para el acceso al público y la preservación del texto. (SERRANO FERNANDEZ, María. Contratos en torno a la edición. Editorial Reus. Madrid, 2001; p. 410.). A lo que debe agregarse que la principal función del editor es la difusión de la obra.-

Se podría definir al editor como la persona de existencia física o ideal que asume la responsabilidad jurídica de la reproducción, distribución y venta de ejemplares o copias tangibles de una obra o material protegido por el derecho de autor, en condiciones de mercado, a su costa y riesgo, y en exclusiva, salvo acuerdo en contrario.

II.1.3. Prácticas contractuales en la industria editorial

En el sector editorial clásico los contratos se inician en forma individual, es decir entre escritores y editores, en los cuales se determinan los derechos y obligaciones de las partes, pero fundamentalmente se determinan los derechos del editor. Luego, sobre la base de éstos, editores y productores otorgan licencias sobre los derechos adquiridos a los usuarios tradicionales o a los proveedores de contenidos en el ámbito digital.

Hoy hay muchos contenidos impresos que involucran a muchos creadores cuyo trabajo forma parte de un conjunto coordinado por una compañía editorial o un tercero. Suelen ser obras colectivas de aportes por encargo que carecen de individualidad suficiente como para ser explotados en forma independiente, y cuyos derechos autorales corresponden -en principio- al editor, como organizador de la obra, dependiendo de las

circunstancias del caso y del acuerdo establecido para la realización y explotación del material resultante.

II.1.4 Objeto

El objeto del contrato de edición son los derechos de propiedad intelectual sobre bienes intangibles sometidos a un régimen especial de propiedad. Dado que la Ley argentina de Propiedad Intelectual ha adoptado la teoría de los bienes inmateriales, no se presentan en nuestro derecho dificultades que pueden existir en los países de tradición jurídica continental.

En consecuencia el objeto del contrato es un derecho complejo en el que se conjugan la reproducción, distribución y difusión de la obra, que, como hemos dicho, es el aspecto más característico del contrato de edición, y la obligación principal personal del editor. Un editor puede contratar la impresión a un imprentero, y encargar la distribución a una empresa comercial que distribuya libros. Su tarea es difundir la obra y armonizar los tres factores mencionados, de tal manera de obtener el resultado buscado: un libro que contenga una obra literaria, científica o didáctica. Las cuestiones más controversiales relativas al objeto del contrato de edición son la ilicitud relacionada con las obras futuras, los derechos o tecnologías inexistentes al momento de la celebración y a los derechos litigiosos. (DE SANTIS, *Contratto*, óp. cit. p.64. Véase también Greco-Vercellone, óp.cit., p.273.)

II.1.5 El contrato de edición en la ley 11.723

La Ley 11.723 tiene una interesante regulación del Contrato de Edición. La definición es: “Habrà contrato de edición cuando el titular del derecho de propiedad de una obra intelectual se obliga a entregarla a un editor, y éste a representarla, difundirla y venderla”. Las obligaciones fundamentales del editor están bien delineadas, pero en realidad el autor no entrega la obra, sino el manuscrito o soporte material actual. La obra es inmaterial. (art. 37).

El art. 38 distingue el contrato de edición de la cesión, ya que dispone que el autor conserva su derecho de propiedad intelectual, los derechos de adaptación y traducción, y de defender su obra contra los infractores, aún contra el propio editor (previando que el editor imprima más ejemplares que los contemplados en el contrato, que es una vieja infracción...). La ley lo califica como “defraudación” cuando esta práctica no es una defraudación porque no hay ardid o engaño que desvíe la voluntad del autor, sino reproducción no autorizada, que se sanciona con la pena de la defraudación. El artículo contiene una referencia a la posibilidad de que el autor renuncie a la propiedad intelectual, que a mi juicio debe armonizarse con el art. 3 que dispone que al editor de una obra anónima o seudónima corresponderán con relación a ella los derechos y las obligaciones del autor, quien podrá recabarlos para sí justificando su personalidad.

El art. 39 tiene vinculación directa con el derecho moral de integridad, ya que prohíbe al editor alterar el texto de la obra.

El art. 40 protege al autor disponiendo que el contrato de edición se presupone oneroso. El art. 41 ha entrado en desuetudo, porque desde que existen memorias en los discos rígidos de la computadora, es casi imposible que un original “perezca” poder del autor. El art. 43 da al autor el derecho de adquirir los ejemplares de su obra a precio de costo más un 10% si finalizado el plazo de la edición el editor conservare ejemplares no vendidos. El plazo de la edición se agota con la venta del número de ejemplares convenidos en la edición, lo cual sólo se aplica a los ejemplares físicos.

II.1.6 Ausencia de normas protectoras.

En la legislación comparada hay leyes que tienden a proteger al autor contra las limitaciones excesivas que podrían comprometer o bloquear beneficios de la eventual actividad creativa, relativas a la cesión de los derechos sobre la totalidad de la creación futura. En principio toda obra por encargo es una obra futura, y solo sería inválida una convención que implique la cesión de la “totalidad” o “censura” sobre la producción futura de un autor, o una cesión “global”. Así por ejemplo, el art. 43 de la ley española “...3. *Será nula la cesión de derechos de explotación respecto del conjunto de las obras que pueda crear el autor en el futuro.* 4. *Serán nulas las estipulaciones por las que el autor se comprometa a no crear alguna obra en el futuro.* 5. *La transmisión de los derechos de explotación no alcanza a las modalidades de utilización o medios de difusión inexistentes o desconocidos al tiempo de la cesión.*”.

El llamado principio “in dubio pro autoris” es de aplicación al contrato de edición, y a todos aquellos en los cuales el autor persona física se encuentra contratando con la empresa que explotará su obra, pero no se aplica cuando la representación de los autores por una sociedad colectiva determina que sea el autor la parte fuerte del contrato (ej. contratos tipo que impone SADAIC para los contratos de edición musical, en ejercicio del monopolio legal que le concede la ley 17.648).

En suma, atendiendo a la intención de promover la aplicación de un justo equilibrio entre las normas legales reglamentarias del contrato de edición y el principio de la autonomía de la voluntad, las legislaciones han optado por establecer un contenido mínimo para el contrato de edición, acompañado de un sistema gradual de nulidades e ineficacias como sanciones relativas por la ausencia de las mismas.

II.1.7 El contrato de edición en el derecho anglosajón.

A diferencia de los sistemas codificados, la relación jurídica de la edición se regula exclusivamente por convención privada sobre modelos inspirados en los usos y costumbres de la industria editorial. En Estados Unidos, por ej., los contratos de licencia suelen resultar extensos, complejos e inflexibles con la redacción, aún cuando las circunstancias específicas requieren cambios en los derechos acordados. (Owen, L. Óp.cit., p. 313 “El contrato”). El tipo usual adoptado es una “licencia” cuyo contenido tradicional se clasifica en: i) los “derechos primarios” y ii) los “derechos subsidiarios.”

Además de los derechos primarios que hemos analizado precedentemente, son frecuentes los llamados “derechos subsidiarios”, que contemplan:

- 1) Derechos para ediciones de clubes del libro. Estos derechos son subrogados a empresas que ofrecen libros por medio de giros postales a precios promocionales. Es un circuito de ventas que se ha visto afectado por las leyes de precios uniformes del libro (por ejemplo, la ley argentina, Ley 25.542) o los acuerdos inter-empresariales (Not Book Agreement) entre librerías y supermercados
- 2) Derechos para ediciones de bolsillo (paperbacks). Estos derechos tradicionalmente eran subrogados para edición en pasta dura a un editor independiente que fabrica sus propios ejemplares.
- 3) Derechos de traducción. Corresponden al ejercicio del derecho de traducción y publicación en un territorio. Los acuerdos pueden hacerse sobre la base de una coedición impresa por el editor inicial o con licencias de fabricación local por cuenta del adquirente de los derechos.
- 4) Derechos de series fotográficas o tiras cómicas.
- 5) Derechos para antologías o colecciones.
- 6) Derechos de audio (para productos como libros en disco, que, aquí también, pueden cederse como derechos primarios), audiolibros, derechos fijar la grabación sonora de la obra para soportes fonográficos, lectura de una sola voz o dramatizada para radio o televisión; para discapacitados visuales (con sistemas táctiles como Braille o Moon).
- 7) Derechos de dramatización, documentales y multimedia. Cubren las adaptaciones, derechos de teatralización, para guiones de cine, radio y TV, y obras dramáticas, dramático-musicales, audiovisuales, cinematográficas, en cualquier formato y soporte, incluidos MP3 y las descargas de contenidos de audio y video a nuevas plataformas como la telefonía celular, y cualquier otra tecnología existente o a crearse.
- 8) Derechos reprográficos. Estos derechos deben estar previstos en el contrato inicial para legitimar la gestión colectiva a la que habrán de subordinarse autores y editores para obtener un canon compensatorio por copias reprográficas en los países en que ha sido regulado (Por ej., CEDRO en España, COPYNOR en Finlandia, CEMPRO en México) o por licencias voluntarias (Por ej., CADRA en Argentina).
- 9) Derechos de publicación electrónica. Entre los derechos subsidiarios que pueden incluir otras versiones no impresas, adaptadas, cuya licencia el autor o el editor transfieren para producir ingresos adicionales, están los derechos electrónicos (Electronic Rights), cada vez más considerados como derechos primarios, a medida que va desarrollándose el mercado de versiones digitales.
- 10) Derechos a hacer ediciones premium o especiales.
- 11) Derechos de “merchandising,” también llamado de “comercialización”. Son licencias para la ilustración y reproducción de personajes, caricaturizaciones, historietas o diseños aplicados a productos o servicios para su explotación como juguetes, papelería, artículos de bazar, librería, juegos electrónicos, indumentaria, comidas, bebidas, etc.

II.2.- LA EDICIÓN DE OBRAS MUSICALES. CONTRATO DE EDICION MUSICAL.

En su origen, el contrato de edición musical era el contrato mediante el cual el autor o compositor de una obra musical entregaban su obra al editor, para que éste lo imprima en papel y distribuya los ejemplares para la venta a un público determinado, los ejecutores de la música con capacidad para leer las notas del pentagrama. A su vez el editor promovía las ejecuciones en vivo de la obra como forma de incentivar las ventas de partituras. Si bien se mantiene esta característica básica del contrato de edición musical, los modernos medios de reproducción y difusión de la obra han determinado que la obligación principal del editor haya variado, centrándose el contrato en la tarea de difusión de la obra de modo que ésta obtenga no sólo el mayor número posible de ejecuciones, sino también de fijaciones fonográficas, inclusiones en películas o en obras televisivas, etc. etc.

Hasta fines de la década del '70, la labor principal del editor era asegurar al autor una infraestructura contable y comercial que le permitía administrar, vigilar, cobrar y auditar las liquidaciones de los llamados derechos fonomecánicos (el derecho fonomecánico es el porcentaje que los productores fonográficos deben pagar a los autores por la reproducción y comercialización de sus obras, incluidas en los soportes materiales fabricados por la industria (en ese momento, el LP), tanto en el país como en el extranjero.

A partir del dictado del monopolio legal de representación de los autores y compositores que conceden a SADAIC la ley 17.648 y particularmente su decreto reglamentario 5146/69, el derecho fonomecánico pasó a ser administrado por SADAIC, revistiendo las editoriales musicales la calidad de socios administrados por la Sociedad Autoral.

SADAIC unificó los contratos de edición musical que hoy constituyen un contrato de adhesión del editor a las cláusulas del llamado "Contrato Tipo".

Una de las obligaciones del editor es preservar la obra mediante la transcripción de las partituras en los casos en que el autor sólo grabó su tema musical. Las partituras transcritas por el editor, o presentadas por el autor, las registra el editor en la Dirección Nacional de Derechos de Autor (Decreto 41.233/34), y presenta el Contrato Tipo en SADAIC para que ésta lo administre.

La preservación de la partitura cuya impresión requería pesados moldes de bronce, hoy se hace informáticamente mediante su digitalización. El negocio de la venta de partituras impresas tiene un mercado muy reducido y las actividades principales del editor son promover y administrar la obra en todo el mundo mediante sus subeditores. También es frecuente que el editor promueva la creación mediante la entrega de anticipos a los autores que se comprometen a firmar contratos de edición con respecto a sus obras futuras.

El editor promueve y negocia la inclusión de las obras extranjeras que subedita en el país en cortos publicitarios, telenovelas, y en telefonía celular y sincronización dentro de

la banda de sonido de las obras audiovisuales. Gestiona las autorizaciones para la inclusión de las obras que edita en telefonía celular, y colabora con SADAIC en impedir, o perseguir una indemnización, por las inclusiones no autorizadas.

El Contrato Tipo SADAIC contempla que la remuneración del editor no pueda exceder del 25% de los derechos y conforme a las normas CISAC, cuando hay subedición extranjera, la participación del editor original y del subeditor extranjero no puede exceder del 50% del producido de los derechos contemplados en el contrato.

A menos que en las observaciones del Contrato Tipo existan disposiciones en contrario, la duración del contrato es por todo el término del copyright, el contrato solo puede ser transferido si el autor lo autoriza contractualmente, y se delimita el área geográfica licenciada al editor.

La tarea de difusión de la obra en el extranjero la realizan los editores musicales a través de contratos de subedición con editores locales o con otras subsidiarias vinculadas, tanto referidas a una obra en particular como a un catálogo editorial. (DE SANCTIS, VALERIO, op. cit. p. 249).

III. LA OBRA CINEMATOGRAFICA.

La obra cinematográfica *“es toda secuencia de imágenes en sucesión fijadas sobre un material sensible e idóneo, casi siempre sincronizado con sonidos y música, con el objeto de ser proyectado como filme en movimiento”* (OMPI, Glosario de Derechos de Autor y Derechos Conexos, Voz N° 35).

La obra cinematográfica final está constituida por sonidos e imágenes en movimiento. La diversidad de técnicos, actores, compositores y escritores que participan en ella, la convierten en una obra colectiva. En su completa obra en cinco tomos sobre la obra cinematográfica, Isidro Satanowsky considera que: *“Ninguna otra actividad del entendimiento comprende y exterioriza tantos campos de la acción humana, el arte, la ciencia, la técnica, la organización industrial, la economía, las finanzas, los problemas sociales, culturales y políticos”* (SATANOWSKY, Isidro *“La Obra Cinematográfica frente al Derecho”* t. I 1948, Edición Idear, p. 93 N° 143).

III.1.- La titularidad de la obra cinematográfica.

De lo expresado precedentemente resulta que para dar nacimiento a la obra cinematográfica son normalmente necesarios los aportes del productor, del autor del argumento, si es original o de la adaptación cinematográfica si se inspira en una obra literaria preexistente, del director artístico, el director escénico, los actores e intérpretes, los decoradores, la persona responsable por el montaje, el escenógrafo, el camarógrafo, los operadores y los actores, parte esencial e indispensable de toda obra cinematográfica.

La creación de una obra cinematográfica origina una plétora de derechos patrimoniales para su titular. El derecho de reproducción, el derecho de publicarla, el derecho de

distribuirla y proyectarla, el derecho de disponer, y en general el derecho exclusivo de autorizar o prohibir su reproducción o explotación en cualquier otra forma. De allí la importancia de determinar dentro de los diversos colaboradores de esa obra única a quienes les corresponde la titularidad sobre los mismos.

La Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, (in re SADAIC Vs Autotransporte Andes Mar-Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala 1º, 15/11/2000) efectuó un sintético, y a la vez completo, análisis de las tendencias legislativas sobre el tema de quién debía ser considerado autor de la película cinematográfica. Expresó:

a) El sistema continental: “En el régimen adoptado, en general, por los países de tradición continental, europea o latina: el productor no aparece investido de la condición de autor de la obra audiovisual, sino que en su favor opera una cesión presunta de los derechos correspondientes a los coautores del filme, y a lo sumo se le reconoce la titularidad originaria de un derecho conexo o vecino al de autor sobre la producción audiovisual en sí. De cualquier modo, se establecen disposiciones especiales a fin de que el productor pueda realizar la explotación de la obra sin interferencias inútiles. En estos países, las obras audiovisuales son consideradas obras en colaboración”.

b) El “copyright”: “En el sistema de los países regidos por el copyright, es habitual que el carácter de autor o titular originario recaiga en cabeza del productor de la obra audiovisual. A los autores de los aportes creativos que concurren en ella no se les reconoce como autores de la obra audiovisual. Se denomina a este sistema *film copyright del productor* (SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, “La propiedad intelectual sobre las obras musicales”, 1999, Ed. Comares, Granada, p.376).”

Así, en el derecho norteamericano, el productor es el único titular del copyright sobre la obra cinematográfica, y sus colaboradores son considerados como autores de obras creadas dentro del marco de un contrato de locación de obra o de servicios (“*works made for hire*”). En otras palabras, de obras encargadas especialmente para ser “parte de una película” (Copyright Act, 1976 17 U.S.C. § 101).

Es interesante señalar que aún cuando dos sistemas políticos se encuentran en las antípodas, la solución legislativa del art. 23º de la ley cubana de 1977 otorga derecho de autor sobre una obra cinematográfica a la empresa o sociedad que la produce –tal como lo hace la ley americana- dejando la protección del director o realizador, y de las otras personas que colaboraron en la creación librada a los “contratos” que ellos firmen con la empresa o sociedad productora.

En el primer caso, el capitalismo estimula la iniciativa y la responsabilidad económica que asume el productor; en el caso de la ley cubana, las empresas o sociedades productoras pertenecen al estado y los autores son colaboradores estatales (EMERY Miguel A., *Le Droit d’auteur et l’oeuvre cinématographique. Etude de droit comparé en Amérique Latine*, “Le Droit d’Auteur” OMPI Ginebra, año 100 N° 9 p. 304).

Debe señalarse que el Convenio de Berna, que ha tenido una influencia globalmente unificadora de las normas básicas sobre derecho de autor, no se pronuncia respecto a la titularidad de la obra cinematográfica, ya que su art. 14 bis (2) (a) expresa: “*La determinación de los titulares del derecho de autor sobre la obra cinematográfica queda reservada a la legislación del país en que la protección se reclama*”.

III.2.- La solución de la ley 11.723. Unidad de la película cinematográfica.

El art. 20° de la ley 11.723 determina que “salvo convenios especiales, los colaboradores de una obra cinematográfica tienen iguales derechos considerándoseles tales al autor del argumento, al director y al productor de la película”. La ley agrega que “cuando se trate de una obra cinematográfica musical en que haya colaborado un compositor, éste tiene iguales derechos que el autor del argumento, el productor y el director de la película”.

Con referencia al compositor, el texto de la ley no es claro al referirse a la “obra cinematográfica musical”, y esa falta de claridad, a mi juicio, puede atribuirse exclusivamente a que fue dictada en 1933 cuando todavía se exhibían películas sin banda sonora. Sería absurdo sostener que solamente son “películas musicales” aquellas cuyo argumento está combinado intrínsecamente con la inclusión de obras musicales, al punto de que sirve de “pretexto” para la sucesión de cuadros donde las obras musicales son cantadas, bailadas por los protagonistas o con coreografía. El compositor de la banda de sonido es un importante colaborador de la obra cinematográfica, su música está destinada a realzar los momentos de acción, de suspenso, de amor, de terror, etc. En cambio, en lo que vulgarmente se conoce como “películas musicales”, coexiste la banda de sonido con la inclusión de obras preexistentes. Para poner un ejemplo, es muy probable que muy pocos recuerden los argumentos de la serie “Misión Imposible” pero quienes la hayan escuchado no olvidarán la inconfundible banda de sonido de nuestro compatriota Lalo Schifrin. En cambio, la utilización de obras como “Singing in the Rain” o “Night and Day” en “películas musicales” no constituyen una colaboración autoral específica a la obra cinematográfica de Freed y Brown o de Cole Porter, sino que sus obras han sido incluidas en la película.

III.3.- La unidad de la película cinematográfica, incidencia en los derechos del productor. El art. 21 de la ley 11.723 dispone que, “salvo convenios especiales” se otorga al “...productor de la película cinematográfica la facultad para “proyectarla”, aún sin el consentimiento del autor del argumento o del compositor, sin perjuicio de los derechos que surgen de la colaboración”. El término “proyectarla” debe ser objeto de una interpretación amplia, teniendo en cuenta el estado de la técnica en el momento en que la ley se dictó, donde no existía otra forma de explotación de la película cinematográfica que su proyección en las salas y teatros. Hoy la película cinematográfica continúa siendo proyectada en cines, pero también se reproduce en DVD's para su venta o alquiler, se comunica al público mediante televisión o se transmite a través de Internet. No adherimos a una interpretación restrictiva que determine que el productor de la película cinematográfica puede proyectarla sin el consentimiento del autor del argumento o del compositor, pero que no puede licenciarla, exportarla, reproducirla en DVD's o subirla a Internet, sin esa autorización.

Este tema ha sido también analizado por la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci en la sentencia citada precedentemente..

La Dra. Kleidermajer de Carlucci expone que la doctrina que sostiene que los derechos del productor se reducen a la exhibición en los cines, ya ha sido rechazada por la casación italiana en una sentencia del 1/12/1999; el prestigioso tribunal resuelve que los

derechos que la ley de derechos de autor concede al productor a la utilización de la obra comprende no sólo la exhibición de las mismas en salas cinematográficas, sino otros tipos de explotación, como el videocasete... el DVD, etc. (ver sentencia con nota de Alessandro Di Majo “Opera cinematográfica e diritti di utilizzazione económica del produttore en il corriere jurídico 2000 n.6 g.765”).

En apoyo de la tesis que adopta, la jueza expresa que “varias sentencias hacen mención a la indivisibilidad de la obra. Así se ha resuelto que “del juego armónico de los artículos 20, 21 y 36 de la ley 11.723, se desprende la facultad de incorporar, con autorización del autor, una obra musical a una cinematográfica, con el consiguiente derecho del productor de comercializar la película con independencia de aquel. Ello es así pues una vez incorporados todos los elementos que la componen, la obra cinematográfica constituye una unidad autónoma, orgánica e indivisible, en la que los diferentes aportes se reúnen, transforman y confunden” (CNCiv, sala E, 23/11/1995, “SADAIC v. Aries Cinematográfica S.R.L.” ED 173-37 y LL 1996-D-171; sentencia de la Dra. Inés Weimberg de Roca, confirmado por la C. Nac. Civ., sala M, 12/03/1997, “Agresti v. Warner Music S.A.”, ED 177-523, con nota de Emery Miguel A. “El vídeo y la obra cinematográfica. Contrato de intérprete. Prescripción de las acciones en materia de propiedad intelectual”).

Muchos años antes de esta sentencia (1970), el insigne jurista brasileño Henry Jessen se manifestó en favor con la tesis unitaria recepcionada en el fallo, expresando: “La tendencia general de los que participan de la idea de alcanzar una solución prudente y equitativa para el caso, se inclina a favor del reconocimiento del productor como autor único de la obra, no tanto tal vez por el desempeño que le pueda caber en la consecución del objetivo común, pero especialmente por concentrarse en su persona, incluso cuando sea de naturaleza jurídica la dirección del grupo de colaboradores que realizan la película” considerando que “...la película cinematográfica es una obra indivisible, producto del esfuerzo creador colectivo de un grupo, en el caso el equipo técnico-artístico, integrado en una empresa, la del productor cinematográfico, ejemplo de los Diccionarios de las Academias, concedérsele únicamente el derecho al productor, persona ideal, por la dificultad de que a cada individuo se le atribuya la parte que le corresponde del derecho” (JESSEN H. Derechos Intelectuales, Editorial Jurídica de Chile, pag. 120).

En muchas de las legislaciones que han adoptado la naturaleza jurídica del derecho continental, se expresa que solo la persona física puede ser autora. Nuestra ley adoptó la teoría de la “propiedad intelectual”, más semejante al sistema del “copyright” que al sistema “continental”. Si bien el productor en general no es un autor persona física, la persona jurídica que produce un film es titular de un derecho de propiedad intelectual, lo que resulta en la titularidad originaria del productor, colaborador principal de la obra cinematográfica. (Ver EMERY Miguel A. “La Titularidad Originaria de las Personas Jurídicas sobre las Obras Protegidas por la Ley de Propiedad Intelectual” ED 1.3.2002, To. 196, pág. 358. Nota al fallo 51.309).

En nuestro derecho “La personalidad jurídica es conceptualmente única como expresión de que los entes no físicos a los que la ley reconoce capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, son personas jurídicas... la sociedad no solo resulta de una regulación del derecho constitucional de asociarse con fines útiles y una forma de ejercer libremente la actividad económica, sino que constituye una realidad jurídica,

esto es, ni una ficción de la ley... ni una realidad física en pugna con una ciencia de valores... Realidad jurídica que la ley reconoce como medio técnico para que todo grupo de individuos pueda realizar el fin lícito que propone” (HALPERÍN Isaac, *Curso de Derecho Comercial*, tomo 1, p.272), tesis que ha sido recepcionada en el Código Civil y Comercial.

Estos conceptos generales del maestro Halperín sobre la personalidad de las personas jurídicas coinciden con el análisis que sobre el particular hace Satanowsky cuando expresa con relación a la titularidad de la obra cinematográfica que en este tipo de obra “hay un valor artístico (el productor) agregado a la contribución de los autores de todas las partes de la obra. Esta situación esencialmente distinta de la que existía hasta el presente en el dominio de la creación intelectual” (SATANOWSKY I. op. cit. p. 298), ello debido a que a partir del siglo XX, tal como se indicó en el capítulo II, aparece una intermediación tecnológica entre los autores y sus obras, y la creación de las nuevas obras protegidas se vuelve plural, dando por resultado “obras que son productos culturales destinados a mercados específicos”.

La ley presume que el productor, al asumir la iniciativa del riesgo económico de crear una película cinematográfica, ha celebrado convenios para su explotación con sus otros colaboradores a quienes se les reconoce titularidad sobre la misma: el autor del argumento, el director, y el compositor. Si ello no ha sido así, el productor que valido de la presunción legal ha explotado la película, sin tener celebrado con los otros titulares los convenios que así lo habiliten, debe responder frente a ellos de los daños y perjuicios de una conducta ilícita, pero ello no afecta los derechos de explotación que terceros pudieran haber recibido del productor, no obstante lo cual su importancia económica contribuirá a establecer el monto de los daños y perjuicios que deben resarcirse a los coautores.

La presunción coloca al tercero que contrató al productor como un contratante de buena fe, lo que tiene absoluta relevancia para la seguridad jurídica en las transacciones sobre la película cinematográfica que celebre el productor.

IV. OTRAS OBRAS AUDIOVISUALES: LA TELEVISIÓN.

IV.1.- Programas televisivos y obras audiovisuales protegidas por el derecho de autor.

Los programas de televisión son el resultado de tecnologías muy posteriores a la sanción de la ley 11.723. Por ello, existen diversas posiciones doctrinarias con reflejo jurisprudencial sobre su carácter de “obra” en el sentido del Convenio de Berna.

Al respecto se pueden adoptar tres posiciones: a) Asimilar siempre las obras audiovisuales a las cinematográficas. b) Distinguir dos clases de obras audiovisuales: una asimilable a la obra cinematográfica por su estructura, y otra que puede considerarse distinta de esta; y c) Afirmar que las obras audiovisuales constituyen siempre obras particulares, sui generis, distintas de las obras cinematográficas.

De las tres variantes, la primera debe descartarse por cuanto no todos los programas de televisión constituyen una “obra”, y la tercera por cuanto cuando los programas de televisión que constituyan una expresión original y novedosa del espíritu o de la inteligencia, que tenga individualidad, y constituya una creación integral, son una “obra” aunque el intermediario tecnológico entre el titular o los autores del programa televisivo y su resultado creativo sea diferente (una cámara cinematográfica, una cámara de video, o cualquier otro medio que tenga la aptitud para fijar imágenes y sonidos sincronizadas).

Entre aquellos programas de televisión que constituyen una “obra” hay algunos que por sus características y estructura (participación de un director, guionista y banda de sonido) son totalmente asimilables a la obra cinematográfica. La telenovela sería un ejemplo típico de este tipo de programas de televisión asimilable a la obra cinematográfica.

Hay otros programas de televisión que, si bien no contienen los elementos típicos que caracterizan a las películas cinematográficas, contienen elementos creativos que permiten considerar las obras dentro de la enumeración no taxativa del art. 1º de la ley 11.723 “... en fin, toda producción científica, literaria, artística o didáctica, sea cual fuere el procedimiento de reproducción”, que en nuestro derecho debe interpretarse conjuntamente con el art. 2º del Convenio de Berna, modificado en la Conferencia de Estocolmo del 14/07/67 donde “Se tuvo presente que las obras televisivas ofrecen al televidente el mismo efecto si se realizan mediante una película previamente rodada sobre el terreno que si se realizan directamente, mediante cámaras de televisión instaladas en el lugar de los hechos”, por lo que la norma convencional, en su revisada versión, expresa: *“Los términos <<obras literarias y artísticas>> comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión tales como ... ; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía...”*.

Debe tenerse presente que en materia de propiedad intelectual la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que *“Los instrumentos internacionales que integran la legislación argentina en materia de propiedad intelectual... exigen... una interpretación de la ley 11.723 que no ponga en colisión a la legislación nacional con los compromisos asumidos por el estado al ratificar un convenio internacional”* (CSJN 23/02/95 LL 1995-D-174).

Con respecto a la protección penal de las obras televisivas, la jurisprudencia no vaciló en considerarlas “obras”, habiéndose expresado con toda propiedad que: *“Si bien no existe en la legislación argentina una regulación específica de la propiedad intelectual de las obras cinematográficas abarcativas del video, no hay duda que como obra artística se incluye como objeto de la propiedad intelectual”* (Considerandos del fallo del Dr. Luis C. Velasco, JNCrim Inst. N° 8, 15/06/90 en dat N° 25 pág. 22).

Vibes señala que el carácter de obra de los programas de televisión se encuentra reconocido en una de las normas complementarias y vinculadas a la ley 11.723 como es la ley 20.115 que reconoce a Argentores como la *“... asociación representativa de los creadores nacionales y extranjeros de obras... televisivas”*. (VIBES Federico P, “Régimen legal de la obra televisiva” LL 200-B- Sec. Doctrina, p.1427).

IV.2.-Titularidad.

Al analizar el debatido tema de la titularidad atribuida a los principales colaboradores de la obra cinematográfica, expresé que dada la multiplicidad de personas con talento creativo que participan en dichas obras, la ley debía forzosamente atribuir la titularidad a quienes la política legislativa del país consideraba como los participantes más importantes en la creación.

Por ello es dable sostener que no obstante que la obra audiovisual es un género que incluye la especie “obra cinematográfica”, a los efectos de la interpretación de la ley argentina, en determinados casos referidos a la titularidad de la obra, ambos términos deben ser asimilados como equivalentes a los efectos de establecer la titularidad sobre la obra.

Estos argumentos basados en el texto de la ley, el convenio internacional y en la jurisprudencia, permiten concluir que para la atribución de titularidad sobre el programa de televisión, debe aplicarse el art. 20 de la ley 11.723, que considera “colaboradores”, y por ende titulares, al productor, al autor del argumento (guión), al director y al compositor de la banda de sonido.

Julio Raffo interpreta que dentro de nuestra legislación, a los efectos de determinar la titularidad de la obra televisiva, corresponde aplicar los artículos 20 y 21 de la ley 11.723, expresando: *“La naturaleza de una película en cuanto obra cinematográfica es la misma, cuando ella ha sido filmada y copiada en el celuloide tradicional que cuando ha sido filmada en video, o que se encuentre grabada en un registro digital de imágenes, por ello, todas estas “películas” están sujetas al mismo régimen legal, sin perjuicio de diferencias específicas para distintos tipos de soporte o tecnologías en el registro de las imágenes”* (Raffo Julio, La Película Cinematográfica y el Video, pág 15).

Hay quienes entienden que la regulación legal de las obras cinematográficas no resulta aplicable a las obras audiovisuales para televisión, dado que el art. 73 inciso a) de la ley 17.741 determina que no se consideren como “películas” a las telenovelas y programas de televisión. (Ver VILLALBA y LIPZYC, "La inclusión del director entre los coautores de la obra cinematográfica", LA LEY, 2004-D, 1054). Al respecto, Vibes disiente acotando que “En realidad, hay que tener presente que cuando el art. 73 inc. a) de la ley 17.741 (t.o. 2001) define "película", al comienzo de dicho artículo se menciona expresamente que: "...A todos los efectos de esta ley se entenderá: (a) por "película"...Esto quiere decir que la definición que brinda la Ley de Fomento de Cine (en adelante, la "LFC") debe circunscribirse a esta normativa. Esto tiene sentido, porque la LFC —a grandes rasgos— determina el poder de policía del Estado en materia cinematográfica e implementa un sistema de créditos y subsidios para el sector dedicado a producir cine nacional. Si el término "película" se pudiese aplicar a telenovelas o programas de televisión a los fines del otorgamiento de créditos y subsidios, la finalidad de la LFC estaría totalmente desvirtuada. Y con relación al poder de policía estatal de estas obras televisivas, si la autoridad de aplicación de la LFC —el Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales— actuara en el ámbito de estos programas de televisión, existiría un conflicto de poderes con el organismo dedicado a tal control —el Comité Federal de Radiodifusión—. Por eso, está bien que la LFC limite el alcance de su

aplicación. Pero no hay que perder de vista que el art. 73 de la LFC expresamente aclara que esta definición se aplica "...a los efectos de esta ley...", y no a los efectos de interpretar la ley 11.723 (VIBES Federico P, "El Test de Originalidad en la Obra Televisiva" LL 14-09-2009).

Si bien, como lo señala Julio Raffo el propósito legal de la LFC fue buscar evitar que los recursos destinados al fomento de la cinematografía del convenio sobre Relaciones Cinematográficas se utilizaran para financiar actividades netamente televisivas, la ley marca una clara distinción, evidente aún para quien no tenga cultura jurídica, entre la película cinematográfica y los programas de televisión. Como ambas son obras audiovisuales, el régimen jurídico es el mismo, pero hay una marcada diferencia entre una y otra obra, más allá de los distintos soportes materiales que las contengan. (RAFFO, Julio op. cit pág. 20)

Sin embargo, Julio Raffo expresa que esa diferencia no altera las condiciones requeridas para el apoyo crediticio o el régimen de coparticipación del Instituto Nacional de Cinematografía y es procedente para proyectos, "sin distinguir si los mismos serán realizados en celuloide, en video, o mediante cualquier otro medio técnico que permita registrar la imágenes" (RAFFO, Julio, op. cit. p. 31).

Con respecto a los programas de televisión, que no siendo totalmente asimilables a la obra cinematográfica, presenten características de originalidad y novedad que les permitan ser también consideradas como "obras", la titularidad normalmente recaerá en primer término en el productor del programa, sin perjuicio de los derechos de algunos de sus colaboradores entre los mencionados en el art. 20 de la ley 11.723.

La cuestión de la titularidad de los programas de televisión no es una cuestión meramente doctrinaria sino que hace a la competitividad de las obras televisivas argentinas en el mercado internacional.

La falta de una atribución cierta de titularidad en las obras televisivas argentinas, afectaría directamente la posibilidad de su explotación, ya que el productor que normalmente es el comercializador de la obra, tiene que tener la certeza de haber convenido los términos de su difusión televisiva, incorporación a DVD's o subidas digitales, con los restantes titulares. Si esta cuestión estuviera indeterminada, un escenógrafo, un director de cámaras, un compaginador de sonidos, etc., podrían reclamar derechos de titularidad sobre la obra. Es obvio que el tercero, nacional o del exterior, que negocia con un productor busca seguridad jurídica en lo que adquiere, y no estar sometido a la contingencia de un eventual reclamo de un colaborador no tenido en cuenta y no mencionado en la ley.

Por estos motivos, entiendo que se hace extensiva al productor de la obra televisiva la presunción de titularidad para explotarla a que me he referido al tratar la interpretación del art. 21 de la ley 11.723 respecto al productor cinematográfico.

En cuanto a la autoría, en un reciente fallo de la sala M de la Cámara Nacional en lo Civil, se entendió que por aplicación de los principios de la locación de obra a la que remite el art. 12 de la ley 11.723, el actor empleado de canal 13, cuya colaboración se recoge en el programa de televisión "Guerra en el Atlántico Sur" de la demandada, no

tenía derecho a reclamar derechos como guionista, habiendo realizado su tarea como empleado de la demandada. (Río Centeno Carlos Fernando c/ Arte Radiotelevisivo S.A. CNCiv Sala M, 30/04/2015, fallo inédito).

IV.3.-Características especiales de las obras destinadas a la televisión. Título y marca.

En el apartado precedente he señalado que las obras destinadas a la televisión tienen características propias reconocidas en la legislación y la jurisprudencia.

El tema sobre el cual ha pivotado la mayoría de los fallos que han debido analizar el carácter de “obra protegida” del programa de televisión, se refiere al “plagio” del programa de televisión. Por su parte, la doctrina se ha ocupado de la protección de los “formatos televisivos” como obra protegida.

En los dos temas, el aspecto principal a dilucidar doctrinaria o jurisprudencialmente, se refiere a la “originalidad” de este tipo de obras.

La originalidad es un concepto subjetivo, que reconoce grados. Cuando el aporte original del creador de una obra es cuantioso y marca la impronta de la misma, la originalidad no va a ser puesta en duda. Sin embargo, tal como lo expresan Villalba y Lipszyc “La originalidad (o individualidad) es condición necesaria para la protección. Reside en la expresión, es decir, en la forma representativa, creativa e individualizada de la obra, aún cuando la creación y la individualidad sean mínimas. Si ese mínimo no existe, no hay obra protegida”. (VILLALBA, Carlos A. – LIPSZYC, Delia “El derecho de autor en la Argentina” Ed. La Ley, p.28 y jurisprudencia allí citada: LL 116-651; LL 95-267; ED 18-07-74; etc.).

Estos dos conceptos, fundamentales para delimitar el alcance de la propiedad intelectual, han traído algunos problemas al transportarse a los programas de televisión. En teoría el tema es sencillo, no es obra literaria todo lo que se escribe, ni es obra protegida todo lo que se difunde por medio de la televisión.

Cuando nos encontramos frente a dilucidar si los formatos televisivos de los noticieros, programas de entrevistas, o programas de entretenimiento pueden ser objeto de propiedad intelectual, el tema a resolver es determinar si existe en ellos ese mínimo de originalidad suficiente para categorizarlos como una obra protegida.

En cambio, cuando nos encontramos frente a dos programas que aisladamente podrían ser considerados originales, pero que, comparados entre ellos aparecen coincidencias textuales y estructurales, entonces el concepto de originalidad se aplica para determinar si un programa de televisión tiene los suficientes elementos diferenciales para considerarse distinto al otro, o si ha habido una “reproducción total –o más frecuentemente reproducción parcial, y a menudo disfrazada- de los elementos creativos de un programa de televisión ajeno, acompañado con la usurpación de la titularidad. (Conf. DE SANCTIS Valerio, “Contratto di Edizione p.417).

Por último, cabe recordar que el fin económico y comercial del programa televisivo no modifica el hecho de que cuando el mismo tenga originalidad y novedad, constituya una

obra artística, ya que a partir del advenimiento de la industria cinematográfica a inicios del siglo XX, una abrumadora cantidad de las obras que se crean son “productos culturales” donde muchas veces se prioriza la rentabilidad que se estima para la obra a la belleza de su forma de expresión (ver ut supra 1.2.).

Por la popularidad de programa (“Hola Susana”), tuvo resonancia el fallo dictado por la CNFed Civ y Com el 28/10/07 (LL 1998 A p.200) donde se concluyó que un programa de televisión cuando “está dirigido esencialmente hacia un fin económico y comercial, a efectos de obtener una mayor rentabilidad, superando de esta forma el simple interés intelectual o artístico, que podría poseer un programa de entretenimientos de las características del caso no constituye una obra protegida por la ley 11.723 sino un servicio televisivo de esparcimiento susceptible de protección marcaria, por cuanto se trata de una actividad efectuada en forma organizada, con el fin de obtener una utilidad económica”.

En este párrafo de la sentencia hay una afirmación con la que coincido y otra con la que disiento. Por una parte, entiendo que el fallo es totalmente acertado en cuanto considera que “Hola Susana” es un título susceptible de protección por la ley marcaria, ya que como bien lo expresara el tribunal “el título de un programa de televisión de entretenimientos constituye una marca, que distingue un servicio de producción... no asimilable a los títulos de las obras literarias, películas, obras teatrales, etc...”, donde el título identifica la obra y forma un todo con la misma. Las obras literarias, las obras teatrales y las películas se encuentran estructuradas de tal manera que no hay variación en las ediciones, proyecciones, o representaciones identificadas por su título, que es parte de la obra y no una marca.

En ciertos programas de televisión, el título es una marca que identifica al programa en forma similar al título de un diario o de una revista, pero ello no significa que lo que se identificó con la marca carezca de la originalidad y novedad necesarias para su protección por el derecho de autor.

Recordemos “Lost”, “La Ley y el Orden” y tantos otros para identificar una serie de episodios donde cada uno de ellos, claramente, son fragmentos originales e integrales totalmente asimilables a la obra cinematográfica. El título susceptible de ser protegido como marca, sirve para identificar la continuidad de los episodios, de los personajes, de la banda de sonido, etc., cada uno de los cuales constituye una obra frecuentemente asimilable a la obra cinematográfica. Otros títulos como “Hora Clave”, ha identificado a los programas de entrevistas y opinión del Dr. Mariano Grondona; la fijación de las entrevistas y los comentarios también son obras protegidas por el derecho de autor, ya que las opiniones del reconocido politólogo son asimilables a los artículos de opinión firmados que publican los diarios.

Hemos expresado varias veces en este trabajo que el fin lucrativo no influye sobre la categorización de “obra” si esta se exterioriza de una forma original y novedosa, aunque la originalidad sea de bajo nivel. En “Hola Susana” la cortina musical interpretada un conjunto que utiliza una vestimenta caracterizante de la introducción del programa, la combinación de los juegos, las entrevistas, los sketches cómicos, determina a mi juicio que los programas de “Hola Susana” contenga elementos artísticos protegibles por la ley 11.723 y que otorga a su titular el derecho exclusivo de disponer de la misma.

IV.4.- Los formatos televisivos.

Gisella Gaffoglio define al formato televisivo como un documento escrito en el cual se indican las principales características de un programa de televisión, mecánica, ambientación, escenografía, vestuario, coreografía, musicalización, etc., de modo tal que aquel que tenga acceso al formato pueda llegar a crearse una impresión bastante precisa del mismo. (GAFFOGLIO Gisella L, “Protección legal de formatos televisivos bajo el sistema de derecho de autor” LL 2005-B- Sec. Doctrina p. 1095).

El tema de los formatos televisivos ha sido exhaustivamente analizado por la Dra. Gaffoglio en el artículo citado, y en los artículos “El derecho de autor sobre los formatos televisivos” de Martín Massini Ezcurra, LL 2006-F- Sec. Doctrina, p.929) y también por Federico P. Vibes en el ya citado “Régimen legal de la obra televisiva” (LL T. 2005-B, p.1435), a los que reenvío al lector interesado en profundizar el tema.

Vibes destaca la importancia global de la comercialización de los formatos y la entidad económica de los precios de las licencias, en formatos tales como “Expedición Robinson”, “Gran Hermano”, “Popstars”, “Operación Triunfo”, etc.

Massini Ezcurra recuerda ejemplos conocidos de “esa modalidad de hacer televisión” que se da en la realización argentina de reality shows, cuyos formatos se originan en el exterior como “Gran Hermano” o la adaptación local de guiones de exitosas “sitcoms” (comedias de situación) procedentes de E.E.U.U. como “Who is the Boss?” (“Quién es el jefe?”) o “The Nanny” (“La Niñera”).

Ello determina que sea de gran interés establecer si los mismos son susceptibles de tener un “copyright” o si simplemente, por carecer de la originalidad e integralidad necesarios para considerarlos una obra, son meramente “ideas”.

Constituye una noción elemental en materia de derecho de autor que “Las ideas no son susceptibles de protección en materia de derechos intelectuales. El objeto del derecho exclusivo del autor es sólo la obra. El derecho de autor no atribuye ninguna exclusividad acerca del contenido de la obra, ni en el campo abstracto ni en el de la aplicación práctica” (CNFed Civ y Com, Sala 2, 29/12/81 en “Revista El Derecho Industrial” 1983-585).

Este es un concepto básico desde el punto de vista doctrinario, y pacíficamente recepcionado por la jurisprudencia -con alguna aislada excepción, muy criticada por la doctrina (CNCiv Sala C, 18/04/74 ED 55-457)-, que no fue seguido por la jurisprudencia (CNCiv, Sala D, 18-05-87, LL 1988-A-549 y ED 126-320, CNCiv Sala A, 31/10/89 ED 136-154; CNCiv Sala E 21-5-81 LL 1981-D-378; CNCiv Sala A, 13-02-92 ED 147-532; CNCiv Sala 1 20-05-97 LL 1997-E-575, etc.)

A partir de la ratificación argentina de los acuerdos ADPIC de la OMC (Ley 24.425 – Art. 9.2), el concepto básico se ha introducido en el derecho positivo argentino (art. 9.2.b) de los ADPIC). La incorporación expresa a la ley 11.723 se hizo mediante ley 25.036 que agregó un párrafo final al art. 1º de la ley 11.723 que dice: “*La protección del derecho de autor abarcará la expresión de las ideas, procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos, pero no esas ideas, procedimientos, métodos o*

conceptos en sí". No obstante ello, un fallo de la Sala K de la misma Cámara Nacional en lo Civil, entendió protegible un producto comercial que consistía en una imitación de un proyecto del actor presentado a la demandada Telecom, tendiente a incrementar sus ventas y ganancias (CNCiv Sala K 02-19-2009 ED 234-177), fallo criticado en su oportunidad en dos artículos, uno de ellos del Dr. Pedro A. Palazzi.

Antes de ser incorporado a un programa, el formato puede expresarse por escrito, describiendo la mecánica del futuro programa y las diversas situaciones a desarrollarse normalmente en forma seriada, constituyendo cada emisión una variación transitoria del formato original sin alterar su esencia. El formato escrito puede llegar a considerarse como una obra literaria, pero esta protección carece de relevancia a los efectos comerciales por cuanto si bien impediría a un tercero reproducir el texto escrito, no obstaría a que ese tercero desarrollase la misma idea en forma de otro programa de televisión; como un libro de cocina no impide a un cocinero utilizar la receta para preparar un plato con la misma materia prima, condimentos y presentación.

Un ejemplo de un formato que puede verse todos los días en Televisión Española a través de Direct TV se intitula "La Ruleta de la Suerte" y consiste en una variación del conocido Scrabble: un juego de mesa en el cual cada jugador intenta ganar más puntos mediante la construcción de palabras sobre un tablero. En el formato a que hago referencia, el tablero se encuentra en forma horizontal, el conductor del programa da una pista sobre un tema determinado, y tres participantes juegan con una ruleta que los va habilitando a comprar vocales y consonantes, o a perder el turno hasta que el ganador completa la frase. Ninguno de los elementos es original, pero en conjunto constituyen un formato de gran éxito en su país de origen, pero en este caso, a mi juicio, no existen en el desarrollo del formato elementos que puedan hacer que se lo considere obra.

Esta conclusión reconoce como antecedente jurisprudencial un fallo de la Cámara Civil donde el tribunal, si bien coincidió con el carácter protegible de un programa de televisión, expresó que el caso particular del formato titulado "Atrévase a Soñar", que consistía en una combinación de juegos e ideas que la protagonista debía sortear para acceder al premio de ser maquillada y vestida con ropa de gala, no era obra porque los elementos analizados eran comunes a otros programas que le habían servido como inspiración, desechando que hubiese originalidad en el guión y en las continuidades del programa (CNCiv Sala E, 27/04/93 Rossental Pedro J. c/ Romay Alejandro s/ Daños y Perjuicios Expte. 115.625 inédito).

De los ejemplos elegidos, "La Ruleta de la Suerte" es una acumulación de entretenimientos, y su enlace carece de toda originalidad, mientras que los programas de "Hola Susana", a mi criterio, tenían una cierta creatividad y originalidad, apreciación subjetiva que no fue compartida con los jueces. Sin conocer la prueba, no puedo juzgar hasta qué punto la demandada resaltó o intentó probar esa originalidad que yo he percibido subjetivamente como televidente.

Por otra parte, Massini Ezcurra destaca un fallo de la justicia brasileña "...atinente a la copia del formato de "Gran Hermano" en el pleito "TV Globo Endemol vs. TV SVT" donde los reclamantes habían negociado con el demandado el licenciamiento de los derechos de "Gran Hermano". Al cabo de poco tiempo, la negociación se canceló, pero luego de que los actores hubiesen suministrado detallada y confidencial información sobre el formato en cuestión. La demandada lanzó un programa con el título "Casa dos

Artistas” cuyo formato para el juez de primera instancia era una copia grosera de “Gran Hermano”. El juez de primera instancia entendió que en el formato de los programas de TV la idea base del formato tiene una gran importancia en cuanto a la estructura, desarrollo y detalles ínsitos en el mismo, concluyendo que el formato de los programas de TV “no es solo la idea de un programa, es la idea y mucho más”. En base a estas consideraciones, entendió que la legislación brasileña de derecho de autor brindaba protección al formato televisivo y que siendo Brasil signatario de la Convención de Berna, los autores del formato extranjero eran merecedores del mismo amparo que los creadores nacionales.

Un fallo sobre formatos televisivos que mereció diversos comentarios doctrinarios fue dictado para sobreseer a Diego Gvirtz de la acusación de que el mencionado productor televisivo había cometido el delito de infracción a la ley de propiedad intelectual, al plagiar con el formato de su programa Televisión Registrada –TVR- al programa Perdona Nuestro Pecados –PNP- de autoría de Raúl Portal y Gerardo Sofovich y cuyo titular como productor era Gastón Portal. La Cámara de Apelaciones entendió que en su criterio no existía originalidad respecto a los materiales de archivo que se utilizaban en los dos programas en pugna, motivo por el cual no advertía una lesión al bien jurídico tutelado por la ley 11.723.

El fallo tuvo en consideración la exhaustiva pericia producida y la declaración del perito, quien sostuvo que “Había muchísimas similitudes con lo que en la “jerga televisiva” se llama formato, similitudes que en algunas expresiones de los conductores... y algunos fragmentos de los programas se parecían”. Pero en la ampliación de la pericia el perito concluyó que el material similar entre ambos programas no llegaba al 10% respecto a algunos segmentos o gags precisamente en los términos narrativos y temáticos y que los programas citados coincidían en algunos aspectos técnicos, como el aprovechamiento de material de archivo, pero que tenían distinto desarrollo e intención: cómicas en el caso de PNP y sociopolíticas en el caso de TVR. (CNCrim.y Corr. Sala 5, 2005/06/11 Gvirtz Diego en LL-D-2005 con nota de Gisella Gaffoglio “Protección de los programas de televisión frente al plagio”).

La búsqueda de la protección del plagio por el derecho de autor presenta para el presunto agraviado dos “tests” que debe pasar. El primero, es demostrar que su formato no es solo una idea sino una obra. El segundo es probar que el programa competitivo es un plagio, cuando sabido es que el plagiario siempre introduce variaciones para presentar como propia la obra ajena y que normalmente estas variaciones las vamos a encontrar en dos expresiones distintas de formatos similares.

Señala Massini Ezcurra (op. cit. p.935) que al juzgarse en Francia la comparación de dos programas en los cuales los políticos discurrían sobre el futuro, la empresa productora agraviada “demandó invocando la normativa de la competencia desleal y del parasitismo fundada en principios generales de responsabilidad civil contenidos en los arts. 1382 y 1383 del Código Civil Francés”. La demanda no se fundó en el derecho de autor, por lo tanto el juez no debió pronunciarse sobre si existía originalidad sino si había competencia desleal, y “parasitismo” (expresión comúnmente utilizada en el derecho francés para designar todas aquellas actividades que se caracterizan por haberse aprovechado ilícitamente del esfuerzo intelectual ajeno). “...Se condenó a la demandada a pagar 300.000 euros en concepto de daños, pues al haber la demandada lanzado al

mercado –antes que la actora- un formato imitado, significó privar a esta de la posibilidad de licenciar un formato novedoso”.

En mi opinión, el conflicto brasileño “Gran Hermano” c/ “Casa dos Artistas” y el reciente fallo de la CNCiv Sala K referido anteriormente, se encuentran más encuadrados dentro del campo de la competencia desleal y de la actividad parasitaria, que dentro del campo del derecho de autor.

Lamentablemente, la legislación argentina presenta tanto en su derecho civil como en su derecho comercial un enorme vacío con respecto a la regulación de la competencia desleal. La Ley de Lealtad Comercial 22.802 tiende a proteger al usuario frente a la deslealtad de un empresario, pero no a un empresario frente a la deslealtad de otro empresario. El art. 159 del Código Penal que reprime al que “...por maquinaciones fraudulentas... o cualquier medio de propaganda desleal tratarse de desviar, en su provecho, la clientela de un establecimiento comercial o industrial” es manifiestamente oscuro e insuficiente, con el inconveniente adicional de llevar al fuero penal disputas originadas en lealtad de competencia comercial entre los canales de televisión.

No existe en nuestro derecho positivo normas semejantes a la Ley de Competencia Desleal de España del 10/01/91 que tiene por objeto específico “la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal”, expresando en su artículo 5º que “Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”.

Por ello, cuando una empresa o productor de televisión encuentra que su esfuerzo intelectual en producir un formato ha sido parasitariamente utilizado por un tercero, los problemas probatorios de que el formato no es una idea sino una obra, y que la obra presuntamente plagaria no tiene aspectos originales, sólo puede recurrir a los principios generales del art. 10 bis del Convenio de París (Ley 22.195) que caracteriza como acto de competencia desleal: “... todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial”, y específicamente dentro de la norma citada, “a) Cualquier acto capaz de crear una confusión por cualquier medio que sea, respecto de ... la actividad... comercial de un competidor...”.

Es probable que esta deficiencia en nuestra legislación y un espíritu de justicia hayan llevado a los jueces de la Cámara Civil en los casos de la apuesta triple para carreras de caballos (CNCiv Sala C, 18/04/74 ED 55-457) o en el reciente precedente del aprovechamiento del proyecto para incrementar ventas (CNCiv Sala K 02-19-2009 ED 4-9-2009 fallo 56.056) a buscar en el derecho de autor el fundamento legal para reparar el apropiamiento ilícito de una idea.

IV.5.- Los derechos intelectuales de los intérpretes en las películas cinematográficas difundidas por televisión.

La labor de los artistas intérpretes de las obras cinematográficas reviste una enorme importancia tanto en su desarrollo como en su éxito. Esta circunstancia debe ser tenida en cuenta para compatibilizar el criterio “unitario” de la autoría de la obra cinematográfica/audiovisual con la disposición del art. 56 de la ley 11.723 que otorga a

los intérpretes de las obras literarias o musicales, el derecho de exigir una retribución por su interpretación difundida o retransmitida mediante la radiotelefonía o la televisión.

La naturaleza jurídica de los contratos que vinculan a los productores de obras audiovisuales con los intérpretes son contratos de locación de obra y no de servicios, ya que el artista promete "...un resultado, una obra material o inmaterial, cuando la locación de servicios consiste en la entrega de "... la fuerza material o inmaterial del trabajo enderezada a un resultado" (CNCiv Sala F, 8/10/81, Rp. LL, T. XLII, sum. 3, p. 1575).

El derecho contractual del artista no debe confundirse con los derechos intelectuales de los intérpretes. El derecho intelectual del intérprete **nace** con la fijación sonora o audiovisual de su interpretación. Al fijarse la obra, ya sea en un registro sonoro, para ser reproducida en discos, o en una película cinematográfica, o en un video, la fijación de la interpretación del artista entra a competir con el trabajo en vivo del intérprete de manera tal que pueda inclusive crear un verdadero "desempleo tecnológico".

A diferencia de lo que sucede con el derecho de autor que otorga a su titular el derecho de autorizar o prohibir la explotación de su obra, el referido art. 56 de la ley 11.723 se limita a conferir a los intérpretes un derecho de "remuneración".

El tema de compatibilizar el derecho contractual de locación de obra con el derecho intelectual que confiere la ley, pasa por la distinción de lo que constituye utilización primaria o secundaria de la prestación del artista.

En el primer caso, (utilización primaria) se trata de la utilización (de la prestación del artista) coincidente con el fin para el que fue creada la obra, es decir, las que se especifican en los contratos suscritos entre los artistas y quienes con ellos contrata, en el segundo caso las utilidades derivadas de la interpretación son aquellos aprovechamientos que sobre las ejecuciones realizadas, desarrolla el mercado con independencia de las utilidades primarias que motivaron la realización de la interpretación (Conf. GUTIÉRREZ VICENT, Javier "La trasmisión de los Derechos de Autor" p.2, donde se desarrolló el concepto respecto a los autores de las obras, distinción que coincide respecto a la utilización de las interpretaciones).

Al respecto expresa Loreti "El problema de la utilización secundaria hasta hace no mucho era relativamente simple, porque básicamente estaba centrado en la música grabada. Cuando un intérprete musical va a un estudio a grabar un disco, sabe que esa interpretación será fijada en un soporte para ser comercializado. Entonces, pacta por anticipado con el productor, una retribución porcentual en función de la venta del disco (en este caso es muy clara la distinción entre la utilización primaria antes referida, y el derecho intelectual (utilización secundaria) de comunicación al público mediante la difusión de las grabaciones por radio, televisión, teatros, conciertos, bares, restaurantes, etc.). La complejidad aparece con los medios electrónicos, no sólo por la utilización de las grabaciones sino por la reutilización de una interpretación no musical. Ejemplo, en la época del radioteatro, iba un actor, transmitía en vivo su capítulo, y se terminó la historia (el público no tenía medios tecnológicos para fijar la transmisión de la radionovela). Ahora, viene un actor, va a Canal 13, y graba el capítulo de la telenovela, que es la tira de lunes a viernes, y por eso cobra. Ahora bien, eso se puede volver a grabar y lo puede pasar al mes siguiente o a la temporada siguiente; ser repetido por la

señal “Volver” o vendido al exterior. Esa utilización o reutilización de algo no estaba pensada para reutilizar (a diferencia del disco, que sí está pensado para ser reutilizado mediante la comunicación al público)... De este modo se comienza a complicar el tema del derecho, y hasta qué punto el canal o la productora tiene la libre utilización de esas grabaciones, para recomercializarlas... y ante un vacío legal, como es nuestra ley... se empezaron a transformar las cosas. Ante esto, la ley es muy clara: cada vez que se utilice esa fijación de su actuación, tiene “derecho a cobrar” (Prof. Daniel Loreti, Director de la Carrera de Ciencias de la Comunicación en la Universidad de Buenos Aires, en su clase teórica N° 6 (asignatura “Derecho a la Información), Facultad de Ciencias Social, www.catedras.fsoc.uba.ar, citado en el voto de la Dra. Silvia A. Díaz en autos “Diez Lastra, José Ángel y otros c/ Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. s/ cobro de sumas de dinero” CNCiv Sala H, 10/09/2009 inédito).

La cuestión fue zanjada legislativamente por el Decreto 1914/2006, que dispone que la *“asociación civil denominada SOCIEDAD ARGENTINA DE GESTION DE ACTORES INTERPRETES ASOCIACION CIVIL (S.A.G.A.I.) representará dentro del territorio nacional a los artistas intérpretes argentinos y extranjeros referidos a las categorías de actores y bailarines en todas sus variantes, y a sus derecho- habientes, para percibir y administrar las retribuciones previstas en el artículo 56 de la Ley N° 11.723 por la explotación, utilización, puesta a disposición interactiva o comunicación al público en cualquier forma de sus interpretaciones fijadas en grabaciones audiovisuales u otros soportes; quedando, asimismo, la SOCIEDAD ARGENTINA DE GESTION DE ACTORES INTERPRETES ASOCIACION CIVIL (S.A.G.A.I.) autorizada como entidad única para convenir con terceros usuarios o utilizadores de tales interpretaciones, por su explotación en el territorio nacional, la forma de recaudación y el importe de las retribuciones referidas, así como su adjudicación y distribución entre los actores y bailarines que las hayan generado, con observancia estricta de los principios de objetividad, equidad y proporcionalidad”*.

A nivel internacional, el tema está considerado en el Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales (2012), adoptado por la Conferencia diplomática sobre la protección de la fijación interpretaciones y ejecuciones audiovisuales, celebrada en Beijing del 20 al 26 de junio de 2012. El Tratado contempla los derechos de propiedad intelectual de los artistas intérpretes o ejecutantes sobre las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales.

El Tratado confiere a los artistas intérpretes o ejecutantes cuatro tipos de derechos patrimoniales sobre sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales, en películas: i) el derecho de reproducción, ii) el derecho de distribución, iii) el derecho de alquiler y iv) el derecho de puesta a disposición.

V. LA INDUSTRIA DE LA MÚSICA Y LOS PRODUCTORES DE FONOGRAMAS.

V.1.- La evolución tecnológica. Hasta la invención del fonógrafo hecha por Thomas Alva Edison en 1878, la preservación de las obras musicales estaba limitada a las partituras que escribían sus compositores y difundían los editores. La invención de

Edison consistía en posibilitar la grabación y reproducción de los sonidos mediante las fijaciones transmitidas a un estilete que hacía surcos en la superficie de una película metálica, superpuesta a un cilindro giratorio. A partir de este adelanto tecnológico, se dio una primera fase de grabación de la música durante la cual el cilindro y posteriormente el disco, constituyeron la llamada “reproducción mecánica de la obra” obtenida por la vibración de un diafragma de metal, causada por los impulsos del soplo de un cantante a través de una corneta. En esta etapa, la participación del fabricante se reducía a captar la emisión en la forma más perfecta posible. En Francia, este origen determina que se conozca a los fonogramas como “ediciones fonomecánicas”. (JESSEN H., op. cit. pág 132).

En un paso posterior de la evolución tecnológica, la grabación eléctrica revolucionó a los métodos anteriores, y los productores fonográficos actuales ya no son fabricantes que se limitan a la captación de sonidos, sino “productores” de sonidos. La industria fonográfica permitió que el goce de una interpretación hecha por un artista de una obra musical dejara de ser de privilegio a aquella minoría que tuvo la oportunidad temporal, geográfica o económica de escuchar la interpretación de la obra musical y se pone al alcance de otros públicos, por la radio y la televisión, y de otras generaciones al perpetuarse en el disco.

V.2.- La producción de fonogramas: La producción fonográfica tiene un carácter complejo, que envuelve numerosos colaboradores que componen el equipo artístico y el equipo técnico del productor quien actúa personalmente si es persona física o por intermedio de usualmente Director Artístico o Director de Producción, si se trata de una persona jurídica. A cargo del productor fonográfico está “...la discusión con los orquestadores sobre la composición de la orquesta acompañante y sobre la instrumentación, con el objetivo del mejor aprovechamiento en cada obra y las características más favorables para el intérprete... Se llega a la fase de la realización con la comparecencia del estudio, del cantante o solista, de los músicos acompañantes, del director, del ingeniero en sonido y del asistente de producción, los cuales bajo la orientación y dirección del productor dan forma a la fijación, en una operación exhaustiva que a menudo implica la alteración de las orquestaciones y de orquesta para lograr el sonido deseado. En promedio, para obtener un minuto de fijación, son necesarios 20 o 30 minutos de grabación...” (JESSEN Henry, op. cit., p.139/40). El resultado material de esta tarea artística, técnica, y empresarial, es un master apto para la reproducción de las obras musicales interpretadas por el artista que contrata al productor. El resultado inmaterial, es decir, el sonido que al producirse es perceptible por el oído humano, se conoce como “fonograma”.

V.3.- Las normas internacionales sobre la protección de los productores de fonogramas. La definición de fonograma. De la misma forma que la protección del software, al “descorporizarse” del hardware pasó a ser una prioridad de las normas de Propiedad Intelectual, la necesidad de protección de los sonidos grabados se vio acrecentada por la “descorporización” de los sonidos del disco fonográfico de vinilo a los cassetes, cuya producción requería de dispositivos no excesivamente voluminosos y de muy poca mano de obra, reemplazando a las pesadas prensas y a los numerosos obreros de una fábrica de discos. La sencilla tecnología de la reproducción permitió hasta la elaboración casera de copias de los sonidos grabados.

Algunos países protegían los sonidos grabados (sound recordings) mediante un derecho de autor, como el Reino Unido y los Estados Unidos, y la mayoría de los países que formaron parte del Commonwealth Británico, o la Argentina originalmente como “discos fonográficos”, y a partir de la reforma introducida por la ley 23.741, como fonogramas. Pero en muchos países el fonograma no se encontraba protegido, por lo que, junto con los artistas y los organismos de radiodifusión, promovieron una convención internacional, conocida como el Convenio de Roma 1971 (ley 23.921), que otorgó en su artículo 10º el derecho a autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas. El derecho a reproducción, o sea, el derecho exclusivo a permitir la copia o explotación de la obra, es el fundamento mismo del derecho de autor. Esta convención determinó que muchos países fundamentalmente los llamados del sistema continental incorporaran a sus leyes de derecho de autor un capítulo de los llamados “derechos conexos”, incorporando las normas del Convenio de Roma para la protección de las tres categorías antes nombradas.

A fines de la década del ‘60, la piratería de los fonogramas preocupó a los productores que veían disminuidas sus ventas, a los artistas y autores cuyas regalías sobre el precio del disco por cada venta también se afectaban por la piratería, y a los fiscos ya que los piratas eluden los impuestos. Este problema dio origen al llamado “Convenio de Fonogramas” (ley 19.963) que contiene para los países miembros normas programáticas, ya que quienes adhirieran a esta Convención se obligaban a proteger a los productores de fonogramas mediante el derecho de autor u otro derecho específico (conexo) combinados con sanciones penales y/o protección mediante la legislación relativa a la competencia desleal. (EMERY Miguel A., “La Protección del Fonograma en el Convenio de Ginebra de 1971”.- Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones- Febrero 1974-No. 37)

El artículo 3.b) de la Convención de Roma definió como “Fonograma” a “...toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una ejecución o de otros sonidos”.

El Convenio de Fonogramas adopta la misma definición de “fonograma” que el Convenio de Roma. Por ello, cuando Millé analiza la misma definición incorporada al artículo 2º del WPPT (OMPI 1996, ley 25.140) expresa: “La creación sonora que sale de los estudios no es toda y cualquier fijación sonora, sino una única y final (tan única y tan final como el “original” de cualquier obra) que se produce mediante una combinación ecualizada de múltiples fijaciones previamente realizadas” (MILLÉ Antonio, “Tratado de la OMPI sobre interpretación, ejecución y fonogramas” DAT febrero-marzo 1997, p.105), agregando que durante el debate, la delegación de Bélgica formuló una declaración aclarando que la fijación a tener en cuenta es la fijación final que se registra en la banda matriz (master tape o bande-mere), porque la matriz es el elemento apto para reproducir el sonido final de la combinación de las fijaciones que lleva al fonograma comercial, cuya protección apuntan los tratados.

La crítica de Millé es coincidente con lo que había expresado Jessen, quien refiriéndose a la actividad creativa de los productores expresó que “no se limita a la captación de sonidos, sino que “produce” estos sonidos, valiéndose de medios técnicos y artísticos para obtener un todo indivisible compuesto de una obra musical, de una interpretación, y de un conjunto de efectos artísticos que traen el sello de su personalidad como colaboración intelectual, autónoma e independiente: el fonograma.” (JESSEN H. op. cit. p.133).

V.4.- La terminología de la ley 11.723. En su texto original de 1933, la ley 11.723 mencionó a los “discos fonográficos” entre las obras que protegía dentro de la enumeración no taxativa de su art. 1º. El Dr. Julio Ledesma explicó que “disco fonográfico es en sí mismo un producto industrial, que sirve de soporte mecánico al fonograma, que constituye a su vez el registro o grabación de las ondas sonoras para la reproducción del sonido que da lugar a un resultado inmaterial, mediante una nueva corporeidad sui generis, que no es otra cosa que la obra fonográfica que vive por sí misma en el mundo estético”. (Ledesma Julio C., en su voto CNCrim y Corr. Sala IV, 28/3/84, “Calvo Rodríguez José y Otro s/ defraudación” causa 28.930). La condición de profesor de derecho industrial (UBA) del Dr. Ledesma le permitió hacer ya más de veinte años distinguir claramente entre soporte material “disco” y el “sonido grabado”, que es el bien inmaterial protegido por la ley 11.723, como lo aclara definitivamente la modificación de la ley 11.723 introducida por la ley 23.741.

V.5.- Los derechos del autor y del intérprete. El fonograma requiere una obra musical, una interpretación artística, y una fijación tecnológica, cuyo resultado se combina en la matriz. Ello da origen a la existencia de una cascada de derechos que deben conjugarse para el resultado final. En nuestro país, la autorización autoral para la inclusión de la obra en un fonograma, debe recabarse a SADAIC, que tiene representación legal del repertorio internacional a través de las facultades que le confiere la ley 17.648 y el decreto 5146/59 y se materializa a través de un contrato tipo que se suscribe entre SADAIC y los productores de fonogramas, por el cual la Sociedad Autoral percibe el 8,19% del precio de venta al distribuidor de cada soporte material (derecho fonomecánico). Esta autorización permite que un artista vinculado por un contrato de locación de obra con el productor fonográfico, interprete la obra y perciba por dicha tarea artística una regalía. (EMERY, Miguel A. “El video y la obra cinematográfica – Contrato de Intérprete – Prescripción de las Acciones en Materia de Propiedad Intelectual”- (ED, 177-523).

V.6.- La comunicación al público de fonogramas. Como titular del derecho de propiedad sobre una obra protegida por la ley 11.723, el productor de fonogramas tiene un derecho de reproducción expresamente reconocido en el art. 72 bis de la ley 11.723 que sanciona con prisión de un mes a seis años a quien “a) *El que con fin de lucro reproduzca un fonograma sin autorización por escrito de su productor o del licenciado del productor*”. Por otra parte, el productor de fonogramas es titular de una licencia legal que le permite participar en la remuneración por la comunicación al público de sus fonogramas reconocida en el art. 35 del Decreto Reglamentario 41.233/34, que expresa: “*Los productores de fonogramas o sus derechohabientes tienen derecho a percibir una remuneración de cualquier persona que ... obtenga un beneficio directo o indirecto con la utilización pública de una reproducción del fonograma; tales como organismos de radiodifusión; televisión o similares; bares; cinematógrafos; teatros; clubes sociales; centros recreativos; restaurantes; cabarets; y en general quienes los comunican al público por cualquier medio directo o indirecto*” (según modificación del Decreto 1670/74)

A los efectos de adecuar la legislación argentina a los principios del art. 12 de la Convención de Roma, el Decreto 1671/74 dispuso que la remuneración a percibirse por este concepto por los productores fonográficos se unificara con el derecho a una

remuneración por los mismos conceptos que confiere a los intérpretes el art. 56 de la ley 11.723, creando la sociedad recaudadora AADI CAPIF, que recauda los derechos de comunicación al público y los distribuye entre la Asociación Argentina de Intérpretes y la Cámara Argentina de Productores Industriales de Fonogramas; por lo cual quedó limitado a una licencia legal de uso que genera una retribución.

La constitucionalidad de los decretos 1670 y 1671/74 fue cuestionada por los usuarios, dando lugar a dos fallos de la Corte Suprema: el primero de ellos, en el caso AADI CAPIF c/ Vilama S.A., expresó que el Decreto 1670/74 “no aparece como un exceso en el ejercicio de las facultades reglamentarias del poder ejecutivo (CSJN 17/11/87 LL 1988-B-163), criterio reiterado posteriormente en el caso Mangiante Guillermo c/ AADI CAPIF (CSJN 23/02/85 LL 1995-D-164).

Con respecto a la razonabilidad de este derecho, más allá de la polémica que en su momento existió sobre el carácter de autor del productor de fonogramas, a criterio de Carlos Villalba se justifica por el aprovechamiento de las industrias de hotelería, espectáculos, locales bailables, recitales, etc. del producto cultural del productor de fonogramas para producir o incrementar el lucro de sus actividades.

V.7.- La tecnología digital. Su impacto sobre la producción fonográfica. La tecnología digital introdujo una revolución en materia de difusión de todas las obras que afectó particularmente a la industria del disco. Una vez digitalizada una obra, se puede realizar un número infinito de copias a un bajo costo, cada copia será de la misma calidad que el original, resultando muy difícil descubrir una copia ilegal.

Con el advenimiento de Internet, esas copias podían distribuirse, con la dificultad de que requerían un espacio considerable en el disco rígido de las computadoras. La creación y desarrollo del formato mp3 consiguió reducir sustancialmente el espacio necesario en el archivo. Muy pronto se desarrollaron formas de comunicación entre los usuarios, entre ellas tuvo mucha relevancia jurídica el Napster, que fue un sitio organizado por Napster Inc. sobre la base de crear un programa que permita conectar a quienes solicitan con archivos mp3. Las funciones de Napster actuaban como un servicio gratuito de información, a través de un servidor central que operaba como motor de búsqueda. Napster ponía a disposición de los usuarios una lista de éxitos. La ilegalidad de esta actividad fue declarada por un fallo del 12/02/2001 de la Cámara de Apelaciones de San Francisco, confirmando que “Napster debía cesar en el servicio de intercambio de archivos musicales”. El fallo tuvo en cuenta que la magnitud masiva de la utilización no autorizada de obras protegidas por el copyright, vulneraba el derecho de los titulares de obtener una retribución por el uso de sus obras, interpretaciones y fonogramas, razonamiento que coincide con la disposición del art. 9.2 del Convenio de Berna, ya que por su envergadura la infracción constituía un atentado a la “explotación normal de la obra”, por cuanto los usuarios de Napster estaban involucrados en una “utilización comercial” y no en la explotación normal de la obra (Fuente: Alen N. Dixons, Summary of Napster Opinion, A&M Records, Inc. v. Napster Inc. N° 00-16401, US Court Of Appeals for the Ninth Circuit, 12 February 2001).

La respuesta tecnológica de los reproductores ilícitos en Internet fue superar el servidor central de Napster con otros servicios gratuitos de bajada de archivos mp3, conocidos como P2P, que permitían el intercambio directo entre los usuarios de archivos conteniendo obras musicales sin la intermediación de un servidor central cuyas más

populares expresiones fueron Kazzaa, Grokster, y Streemcast. Nuevamente, los titulares de los derechos intelectuales recurrieron a la justicia, luego de ser rechazada su demanda en primera y segunda instancia por la aplicación del precedente “Sony Corp of America c. Universal City Studios Inc. 464 US 417”, el caso “Metro Goldwyn-Mayer Studios Inc. et al vs. Grokster Ltd et al”, donde la Corte Suprema de los Estados Unidos revocó el fallo de segunda instancia (CS USA N° 0480 27/06/2005). El precedente que citaron los tribunales inferiores fue el que determinó la legalidad del dispositivo de Sony que permitía la copia de los programas televisivos, entendiendo que se trataba de un adelanto tecnológico, cuyo uso principal no era la reproducción ilícita, sino permitir al televidente grabar el programa para verlo en el momento que le convenía.

El voto del juez Soucer describió en forma detallada la operación de servicios de los demandados, y concluyó que esa evolución tecnológica esta destinada principalmente a infringir los derechos de reproducción, ya que se había establecido en la prueba que se habían bajado más de cien millones de copias de los softwares en cuestión, y que los usuarios habían compartido mensualmente miles y millones de archivos a través de software de Grokster. El Tribunal determinó que había intencionalidad en los demandados en captar a los usuarios de Napster, y que los mismos habían actuado con omisión dolosa al no haber desarrollado ni impedido mecanismos tecnológicos de filtrado, destinados a impedir o hacer disminuir el tráfico de archivos de contenidos protegidos por el derecho de autor, con manifiesto ánimo de lucro. La ley 11.723, a través de las medidas precautorias que prevé específicamente su art. 79, el derecho de reproducción que otorga al titular de la propiedad intelectual el art. 2º, y las penas del art. 72, permite a los jueces argentinos, no obstante que la ley se sancionó en 1933, contar con disposiciones adecuadas para llegar a las mismas conclusiones a que llegaron los jueces de la Corte de los Estados Unidos, en los casos Napster y Grokster. (Conf. EMERY, Miguel A. “Evolución de la tecnología y de la jurisprudencia norteamericana en la distribución no autorizada de contenidos protegidos por la propiedad intelectual. Los casos Napster, Verizon y Grokster y la ley argentina” (El Derecho, 215-642)).

Ello seguramente ha impulsado a que en nuestro país las industrias de las comunicaciones y de la música se unieran en pos de que sus clientes paguen por las descargas, y al mismo tiempo para contrarrestar la avanzada de la piratería, mediante descargas legítimas por un precio. Telefónica de Argentina lanzó el primer servicio de Streaming (escucha online) y descarga de música por suscripción desarrollado por el portal Terra, celebrando para ello contratos con las principales empresas discográficas autorizando a poner sus catálogos a disposición de los internautas (La Nación, 30/09/2009).

VII. CONCLUSIONES

Los editores, la radio, la televisión, los productores fonográficos, la actividad teatral, los conciertos y otras formas de entretenimiento, los fotógrafos, los estudios cinematográficos, las empresas de televisión, de video y material publicitario, los programas de computación, los compiladores de bases de datos y las actividades de procesamiento de datos dependen esencialmente de la protección de sus derechos. Las industrias culturales aportan entre el 3 y el 5% del Producto Bruto Nacional de los países desarrollados y de aquellos de desarrollo medio.

Nacido en el siglo XVII para responder a la necesidad de los impresores/editores y los autores literarios, el libro fue por mucho tiempo la forma más popular de difusión de la cultura ya que la música y el teatro sólo se encontraban al alcance de las clases altas. En el siglo XIX el florecimiento y la difusión de las bellas artes, música, pintura, escultura y teatro, creó la necesidad de la protección universal del derecho de los autores, en su mayoría personas físicas, que se concreta en el Convenio de Berna en 1886.

A partir del siglo XX, las llamadas “copyright industries” –aquellas involucradas en la fabricación y producción de bienes y servicios sobre las cuales se aplica la ley que regula los derechos intelectuales- han pasado a ocupar un rol cada vez más preponderante en las economías nacionales.

Pero ellas a su vez, dan vida y razón de ser a otras industrias que dependen de su existencia: a) las que fabrican los equipos destinados exclusivamente al goce material, protegidos por los derechos intelectuales (aparatos de televisión, de reproducción de sonidos, radios, computadoras, etc.); b) actividades de servicio y distribución (librerías, tiendas de discos de video, etc.); c) otras actividades como la arquitectura, donde se refleja la incidencia de los derechos de autor.

Pero de la misma manera que hoy sería imposible construir una teoría general del derecho comercial sobre la base del comerciante individual, lo mismo ha sucedido a partir del siglo XX con el derecho de autor y las industrias culturales.

En la medida que apareció la intermediación tecnológica entre el creador y su obra, la impresión y distribución de libros, la industria cinematográfica, la industria fonográfica, la televisión y la creación y desarrollo de software requieren de una organización empresaria ya que se encuentran destinados a la producción y comercialización en masa. Como bien lo señalara el maestro Halperín en su “Curso de Derecho Comercial” (Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1972) -cuyas lecciones mantienen vigencia y actualidad- la empresa como organización de bienes y servicios para la producción de bienes y servicios es la gran protagonista del impulso económico, lo que también es aplicable al derecho de autor.

Por su parte, los autores se han organizado creando sociedades de servicios para la administración colectiva de sus derechos, a través de las cuales “... los titulares de los derechos autorizan a las organizaciones de administración colectiva para que administren sus derechos, es decir, supervisen la utilización de las obras respectivas, negocian que los usuarios eventuales les otorguen licencias con las regalías adecuadas, y en condiciones convenientes recauden esas regalías y las distribuyan a los titulares de los derechos”. (Administración Colectiva del Derecho de Autor, OMPI Ginebra, 1991).

Una expresión cómica de gran actualidad referida a la circulación, dice que “El automovilista de hoy conduce automóviles del mañana en rutas de ayer”.

Bertrand, criticando la ley de su país (Francia) señala que: “El problema es el mismo en materia de derecho de autor. El “derecho de autor” (continental) es un derecho del siglo XVIII aplicado por juristas del siglo XIX a las tecnologías y creaciones del siglo XIX, mientras que “el copyright” sufre un mínimo desfase, ya que se trata de un derecho del

siglo XVIII aplicado por juristas del siglo XX a las tecnologías y creaciones del siglo XXI”. “Es tiempo de poner el derecho y la creación en armonía, dentro de un nuevo derecho de propiedad intelectual, cuya sola finalidad sea asegurar el desarrollo de las creaciones, asegurando eficazmente su protección” (BERTRAND André, “Las obras informáticas y el derecho de autor” – DAT N° 106 junio de 1977). Nuestra ley 11.723 sobre Propiedad Intelectual, tuvo la visión de adoptar una teoría más flexible aún que el copyright, desde que confiere a los autores un “derecho de propiedad” sobre las obras científicas, literarias, o artísticas...” (art. 2º). Este derecho real de dominio sobre los bienes inmateriales que da al autor el derecho de “*disponer de su obra*” permite y permitirá a nuestros jueces en su jurisprudencia adoptar soluciones a los problemas modernos en base a una vieja ley.