

LA PROPUESTA DE TRATADO DE LA OMPI SOBRE PROTECCIÓN DE LAS INTERPRETACIONES Y EJECUCIONES AUDIOVISUALES

por Víctor VÁZQUEZ

Jurista Principal. Sector de Derecho de Autor y Derechos Conexos
Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) ¹

SUMARIO: I. PARÁMETROS DE LA DISCUSIÓN INTERNACIONAL. 1. LA PROTECCIÓN DE LOS ARTISTAS AUDIOVISUALES EN LAS LEGISLACIONES NACIONALES. 2. PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS ARTISTAS AUDIOVISUALES. 3. PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE OTROS TITULARES DE DERECHOS CONEXOS. II. EL PROCESO DE NEGOCIACIÓN INTERNACIONAL. 1. LA EXCLUSIÓN DE LAS INTERPRETACIONES AUDIOVISUALES DE LA CONFERENCIA DIPLOMÁTICA DE 1996. 2. LA CONFERENCIA DIPLOMÁTICA DE DICIEMBRE DE 2000. LA PROPUESTA BÁSICA Y EL ACUERDO PROVISIONAL. 3. TRABAJOS POSTERIORES.

Con objeto de no limitar el presente estudio a una experiencia negociadora concreta propongo que su objeto abarque el conjunto de las discusiones que en el marco de la OMPI han tenido lugar sobre la protección internacional de las interpretaciones audiovisuales, y lo que es más importante, el lugar en el que éstas se hallan en la actualidad. El presente documento pretende ofrecer una referencia completa del estado de las discusiones en la materia y una descripción de las herramientas de análisis que la OMPI ha puesto a disposición de sus Estados miembros y otras partes interesadas. Para ello se analizarán previamente una serie de antecedentes y parámetros del proceso.

I. PARÁMETROS DE LA DISCUSIÓN INTERNACIONAL

La descripción de este proceso requiere dar cuenta con carácter previo, si quiera sea sucintamente, de los siguientes factores:

- A) La protección de los artistas audiovisuales en las legislaciones nacionales en el mundo.
- B) La protección internacional vigente concedida a los artistas audiovisuales.
- C) La protección internacional concedida a otros titulares.

¹ Este documento se corresponde básicamente con la ponencia presentada en el Seminario «La obra audiovisual: creación, producción y explotación», celebrado en la UIMP de Santander (España), del 9 al 13 de agosto de 2004, bajo la dirección del Prof. D. Juan José Marín López. Las opiniones vertidas en este artículo no son necesariamente compartidas por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

1. LA PROTECCIÓN DE LOS ARTISTAS AUDIOVISUALES EN LAS LEGISLACIONES NACIONALES

Una somera caracterización de la protección otorgada por las legislaciones nacionales puede resultar de utilidad, tanto para calibrar el valor que un Instrumento internacional podría tener para impulsar la protección como para identificar los aspectos en que existen mayores identidades y diferencias.

a) *Derecho de reproducción*

En la legislación nacional de 87 Estados miembros de la OMPI se contempla el derecho de reproducción de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales fijadas, que en 13 de esos países se formula como el derecho a impedir la reproducción no autorizada de la fijación.

b) *Derecho de distribución*

Las legislaciones nacionales difieren en cuanto al alcance del derecho de distribución. En algunos casos incluye el derecho de poner a disposición del público el original y los ejemplares de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales fijadas, mediante venta u otra transferencia de la titularidad. En otras legislaciones, el derecho de distribución también comprende la puesta a disposición de fijaciones que no suponga la transferencia de la titularidad, sino de la posesión, como el préstamo y el alquiler. En algunas legislaciones, el alcance del derecho de distribución se limita a los ejemplares fijados que puedan distribuirse como objetos tangibles. En 58 Estados miembros la legislación incluye un derecho de distribución respecto de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales fijadas, y que en 13 de ellos ese derecho entraña la facultad de impedir la distribución no autorizada.

c) *Derecho de alquiler*

En la legislación de 56 Estados miembros se contempla el derecho de alquiler, ya sea como un derecho aparte, ya sea como una modalidad del derecho de distribución. En la legislación de 13 Estados miembros ese derecho significa la facultad de impedir el alquiler no autorizado de las fijaciones. En algunos de esos países, el alcance del derecho de alquiler se limita a los ejemplares fijados que puedan distribuirse como objetos tangibles.

d) *Derecho de radiodifusión*

En 65 Estados miembros, los artistas intérpretes y ejecutantes gozan del derecho de radiodifusión respecto de la fijación de sus interpretaciones y ejecuciones audiovisuales. El concepto de radiodifusión varía de una legislación a otra;

su definición más elemental, la transmisión por medios inalámbricos para la recepción por el público de imágenes y sonidos, se completa a veces con disposiciones que aclaran que la transmisión por satélite para la recepción por el público se considerará también un acto de «radiodifusión» si se satisfacen ciertos requisitos, y que en ciertas condiciones, en el concepto de radiodifusión queda incluida la radiodifusión codificada por satélite. En determinadas circunstancias, algunas legislaciones asimilan la radiodifusión por cable a la radiodifusión inalámbrica. En la legislación de 13 Estados miembros, el derecho de radiodifusión significa la facultad de impedir la radiodifusión no autorizada de interpretaciones y ejecuciones audiovisuales fijadas. En 13 Estados miembros, los artistas intérpretes y ejecutantes no gozan de la posibilidad de autorizar o prohibir la radiodifusión de sus interpretaciones y ejecuciones audiovisuales fijadas, pero sí del derecho de remuneración.

e) *Derecho de comunicación al público*

Las legislaciones nacionales difieren en cuanto al alcance del derecho de comunicación al público, que en su forma más reducida abarca cualquier transmisión por hilo de una interpretación representada o ejecutada a partir de una fijación audiovisual, cuando el público no está presente en el lugar en que se está ejecutando la fijación audiovisual. También puede abarcar todas las redifusiones por hilo de cualquier otra transmisión de esa índole. En algunos casos, la transmisión inalámbrica destinada a la recepción por el público, es decir, la radiodifusión, se considera como una modalidad de comunicación al público. En la legislación de algunos países, el alcance de este derecho abarca también la ejecución o representación de una fijación audiovisual ante un público presente, por ejemplo, la reproducción de una fijación audiovisual en un lugar accesible al público. En su forma más amplia, la comunicación al público abarca todo acto por el que el público tenga acceso a las interpretaciones y ejecuciones fijadas, sin distribución previa de los ejemplares a dicho público. En la legislación de 53 Estados miembros se estipula el derecho de comunicación al público, formulado en ocho de ellos como el derecho a impedir la comunicación no autorizada al público de interpretaciones y ejecuciones audiovisuales fijadas. En la legislación de 15 Estados miembros, los artistas intérpretes y ejecutantes no gozan del derecho a autorizar o prohibir la comunicación al público de la fijación audiovisual, pero sí de un derecho de remuneración. En el caso de la radiodifusión, a veces la remuneración se define como el derecho a una remuneración equitativa, como lo dispone el Artículo 12 de la Convención de Roma respecto de los fonogramas.

f) *La puesta a disposición del público*

Se ha observado que en la legislación de 23 Estados miembros se contempla el derecho a autorizar la puesta a disposición del público de interpretaciones y ejecuciones fijadas, que comprende su transmisión digital interactiva. Su de-

finición más común, derivada de la protección equivalente prevista en el WPPT para las interpretaciones y ejecuciones sonoras, es la puesta a disposición del público de las interpretaciones y ejecuciones fijadas «por hilo o por medios inalámbricos, de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellas desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.» En la legislación de algunos Estados miembros, cabe considerar que el derecho de puesta a disposición queda comprendido en un derecho amplio de comunicación al público, o por el derecho de distribución al público.

g) *Derechos morales*

En la legislación de 76 Estados miembros, los artistas intérpretes y ejecutantes gozan, en mayor o menor grado, de derechos morales respecto de sus interpretaciones y ejecuciones audiovisuales fijadas. En algunos casos, la protección abarca tanto el derecho de atribución o paternidad sobre la interpretación y ejecución, como los derechos relacionados con la integridad de la misma. En otros casos, los derechos son más limitados que los derechos que confiere a los autores el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (el Convenio de Berna) y están sujetos a condiciones, como la posibilidad de arreglos contractuales *a contrario*, y el sometimiento a las peculiares características del funcionamiento normal del mercado.

h) *Cesión legal y presunción de transferencia*

Existe cesión legal en los casos en que la legislación atribuye *ab initio* a un tercero la titularidad de los derechos sobre la interpretación, por lo general al productor o empleador, al cumplirse una circunstancia concreta, como la constancia de una relación laboral. Esta atribución inicial se produce directamente por aplicación de la ley, a diferencia de los casos en que la legislación establece que los derechos corresponden inicialmente a los artistas pero se transfieren presuntamente al productor o al empleador una vez que el artista intérprete o ejecutante da su consentimiento para la fijación de su interpretación o ejecución. La presunción de transferencia puede ser refutable, cuando la transferencia esté sujeta a la posibilidad de acuerdo en contrario, o irrefutable, cuando la transferencia de los derechos del artista intérprete o ejecutante al productor tiene lugar de manera automática e irreversible tras el consentimiento de dicho artista con respecto a la fijación de su interpretación o ejecución. La legislación de 41 Estados miembros no incluye disposiciones relativas a la presunción de transferencia de los derechos ni a la cesión legal de los mismos. En la legislación de 35 Estados miembros se prevé una presunción refutable de transferencia; en otros siete Estados miembros esta presunción no admite prueba en contrario (*iures et de iure*). La legislación de seis Estados miembros contempla la atribución *ab initio* al productor, de los derechos sobre las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales.

i) *Protección retroactiva*

Con la expresión protección retroactiva se hace referencia a las normas sobre aplicación en el tiempo de la protección. Se entiende por protección retroactiva el hecho de proteger las interpretaciones y ejecuciones fijadas que existan en la fecha de entrada en vigor de la legislación de que se trate pero que aún no hayan entrado en el dominio público. Una denominación más rigurosa, si bien menos corriente, de este concepto sería la de protección retrospectiva. Esta expresión no se refiere a que la protección se conceda con independencia de los actos concluidos antes de la entrada en vigor de la legislación. Tampoco se aborda si se salvaguardan los derechos adquiridos previamente y los acuerdos celebrados anteriormente. Se ha observado que la legislación de 60 Estados miembros contiene disposiciones que garantizan la protección de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales fijadas que ya existían en la fecha de entrada en vigor de la legislación.

j) *Trato conferido a los nacionales de otros países*

Se ha observado que la legislación de 87 Estados miembros contiene disposiciones sobre el trato de los nacionales de otros países. En la legislación de 39 Estados miembros, el trato conferido a los nacionales de otros países parece regirse por el principio del trato nacional; en la legislación de 12 Estados miembros se sigue el principio de la reciprocidad y en la legislación de 37 Estados miembros, el trato nacional y la reciprocidad se confieren con alcance limitado, en el marco de un régimen mixto que incluye una combinación de ambos principios.

2. PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS ARTISTAS AUDIOVISUALES

En la Convención de Roma de 1961 sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (la Convención de Roma) se reconoce claramente la protección internacional de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales. Sin embargo, menos claro resulta determinar en qué medida se contempla la protección de esas interpretaciones y ejecuciones en vivo en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC) y en el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT). A este respecto, la Convención de Roma confiere el derecho a impedir la radiodifusión audiovisual, la comunicación al público y la fijación de las interpretaciones y ejecuciones en vivo, y el derecho a impedir la reproducción no autorizada de interpretaciones y ejecuciones que estén incorporadas en una fijación visual o audiovisual (Artículos 7.1 y 19). Las condiciones en que se otorga este último derecho de impedir la reproducción de la fijación son muy restrictivas, ya que sólo opera:

- (i) si la fijación original se hizo sin consentimiento del artista;
- (ii) si se trata de una reproducción para fines distintos de los que habían autorizado;
- (iii) si se trata de una fijación original hecha con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 15 (limitaciones y excepciones) que se hubiera reproducido para fines distintos de los previstos en ese artículo.

3. PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE OTROS TITULARES DE DERECHOS CONEXOS

Los intérpretes musicales y productores fonográficos, así como los organismos de radiodifusión tienen reconocido un nivel de protección mayor que los artistas audiovisuales, conforme al Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) y a la Convención de Roma. La comparación más procedente, por la similitud de sus respectivas funciones, sería la que vincula a los artistas musicales con los audiovisuales. El WPPT concede a los artistas musicales un importante elenco de derechos sobre la fijación de sus interpretaciones: reproducción, distribución, alquiler, puesta a disposición. Por el contrario, como vimos en el Art. 19 de la Convención de Roma, el consentimiento del artista a llevar a cabo la fijación de su interpretación audiovisual deja sin validez los derechos sobre la misma. La importancia de la referencia del WPPT, como instrumento para la protección de los intérpretes, se manifiesta en que, en el curso de las discusiones internacionales en la materia, el WPPT aparece como un posible modelo para la protección de los artistas audiovisuales.

II. EL PROCESO DE NEGOCIACIÓN INTERNACIONAL

1. LA EXCLUSIÓN DE LAS INTERPRETACIONES AUDIOVISUALES DE LA CONFERENCIA DIPLOMÁTICA DE 1996

La protección internacional de las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales fue uno de los temas tratados en la Conferencia Diplomática sobre ciertas cuestiones de derecho de autor y derechos conexos, celebrada en Ginebra del 2 al 20 de diciembre de 1996, y ya se había examinado durante las fases preparatorias de la Conferencia Diplomática en el Comité de Expertos sobre un posible Instrumento para la protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas. La propuesta básica de las disposiciones sustantivas del tratado sobre la protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas incluía una variante por la que la protección concedida a los artistas intérpretes o ejecutantes se extendía a las interpretaciones o ejecuciones audiovisuales. Sin embargo, el WPPT, adoptado por la Conferencia Diplomática, no extendió la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes a las fijaciones audiovisuales de sus interpretaciones o ejecuciones.

Muchas de las cuestiones que centran hoy el debate sobre la protección de las interpretaciones audiovisuales se plantearon ya, en el marco de un debate focalizado en las posiciones de Estados Unidos y la Unión Europea, en la Conferencia de 1996. Entre ellas:

- la transferencia de los derechos exclusivos del intérprete al productor.
- la ley aplicable a las relaciones entre artista y productor.
- la posibilidad de implementar las obligaciones del Tratado no sólo mediante disposiciones legislativas, sino igualmente mediante convenios colectivos.
- los derechos morales.

En las discusiones relativas a todos estos asuntos se deja entrever que la dificultad principal subyacente es la compatibilidad de dos sistemas —el norteamericano y el europeo— de cuyo funcionamiento en el ámbito interno, ambas partes se declaraban satisfechas.

Incapaz de diseñar un medio que garantice la compatibilidad de ambos sistemas la Conferencia Diplomática de 1996 excluye a las interpretaciones audiovisuales de los acuerdos alcanzados en relación con los artistas.

Sin embargo la Conferencia Diplomática decidió que se continuaran las discusiones con objeto de adoptar, a más tardar en 1998, un Protocolo al WPPT.

2. LA CONFERENCIA DIPLOMÁTICA DE DICIEMBRE DE 2000. LA PROPUESTA BÁSICA Y EL ACUERDO PROVISIONAL

En su sesión celebrada en abril de 2000, el Comité Preparatorio de la Conferencia pidió a la Oficina Internacional que preparase una propuesta básica con las cláusulas administrativas y finales del instrumento internacional, que incluyera variantes de disposiciones destinadas tanto a la adopción de un protocolo del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), como a la de un tratado independiente.

La propuesta básica [http://www.wipo.int/documents/es/document/iavp/iavp_dc3.htm] constaba de 20 Artículos, elaborados sobre la base de las propuestas formuladas por los Estados Miembros durante los trabajos previos, e incluía variantes en los casos en que las delegaciones propusieran soluciones diferentes. La Propuesta Básica reflejaba las dos grandes posiciones divergentes. Una de ellas vinculaba el posible nuevo Instrumento al WPPT, mediante la aplicación *mutatis mutandis* de sus disposiciones y otra propugnaba la completa autonomía formal y substantiva del nuevo Instrumento.

Como resulta natural el contenido de la propuesta básica fue alterándose conforme la negociación avanzaba, lo que se refleja en el resultado de las deliberaciones en el estadio final de la Conferencia [http://www.wipo.int/documents/es/document/govbody/wo_gb_ab/pdf/a36_9rev.pdf].

Como se puede observar, sobre una serie de asuntos se llegó a compromisos que, en líneas generales, se ajustan al modelo ofrecido por el WPPT. Se trata de los derechos patrimoniales de los artistas intérpretes o ejecutantes por sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas, el derecho de reproducción, el derecho de distribución, el derecho de alquiler, el derecho de poner a disposición interpretaciones o ejecuciones fijadas, las limitaciones y excepciones, las obligaciones relativas a las medidas tecnológicas, las obligaciones relativas a la información sobre la gestión de derechos, las formalidades, y las disposiciones sobre la observancia de los derechos. La mayor parte de los debates, sin embargo, se centró en otra serie de cuestiones:

1) La definición de fijación audiovisual. Entre algunos sectores interesados existía el temor de que la definición debatida², combinada con la definición de fonograma en el art. 2 del WPPT³ afectase a los derechos de los intérpretes musicales en la explotación de videos musicales. Hay que tener en cuenta que el nivel de protección que se negociaba para el artista audiovisual era inferior al otorgado en el WPPT al artista musical. Con objeto de no prejuzgar el alcance de la definición de fonograma en los casos en que la imagen y el sonido aparecen asociados se introdujo una declaración concertada, conforme a la cual queda confirmado que la definición de «fijación audiovisual» no va en detrimento de lo dispuesto en el Artículo 2.c) del WPPT. Como consecuencia de esto se mantendría el status establecido sobre la cuestión en el WPPT, que seguiría rigiendo el deslinde entre fonograma y fijación audiovisual.

2) Derechos morales. Mientras que en su faceta que protege la paternidad de la interpretación el régimen establecido resulta equivalente al WPPT⁴, la protección de la integridad queda sujeta a cautelas adicionales, empezando por el condicionante general de que tal protección se llevara a cabo «tomando debidamente en cuenta la naturaleza de las fijaciones audiovisuales.» Por otro lado este derecho del artista audiovisual a oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de sus interpretaciones o ejecuciones que cause perjuicio a su reputación, tomando debidamente en cuenta la naturaleza de las fijaciones audiovisuales, queda sujeto igualmente a las aclaraciones efectuadas en una declaración concertada que reza como sigue:

A los efectos del presente Tratado y sin perjuicio de lo dispuesto en cualquier otro tratado, queda entendido que, habida cuenta de la naturaleza de las fijaciones audiovisuales y de su producción y distribución, las modificaciones de una inter-

² «[i]ncorporación de imágenes en movimiento, independientemente de que estén acompañadas de sonidos o de la representación de éstos, a partir de la cual puedan percibirse, reproducirse o comunicarse mediante un dispositivo».

³ 2 (b) WPPT: «fonograma», toda fijación de los sonidos de una ejecución o interpretación o de otros sonidos, o de una representación de sonidos que no sea en forma de una fijación incluida en una obra cinematográfica o audiovisual.

⁴ «(...) el derecho a: i) reivindicar ser identificado como el artista intérprete o ejecutante de sus interpretaciones o ejecuciones, excepto cuando la omisión venga dictada por la manera de utilizar la interpretación o ejecución (...).

pretación o ejecución que se efectúen durante la explotación normal de la interpretación o ejecución, tales como la edición, la compresión, el doblaje, o el formateado, en medios o formatos nuevos o modificados, y que se efectúen durante el uso autorizado por el artista intérprete o ejecutante, no serán consideradas como modificaciones en el sentido del Artículo 5.1)ii). Los derechos contemplados en el Artículo 5.1)ii) guardan relación solamente con los cambios que sean objetivamente perjudiciales para la reputación del artista intérprete o ejecutante de manera sustancial. Queda entendido también que el simple uso de tecnologías o medios nuevos o modificados, como tales, no será considerado como modificación en el sentido del Artículo 5.1)ii).

3) Derecho de radiodifusión y de comunicación al público.⁵ El acuerdo provisional relativo a esta cuestión se separó del modelo establecido por el artículo 15 del WPPT, basado en un derecho de remuneración, que los Estados pueden adoptar con carácter facultativo. Al igual que en el WPPT para los artistas musicales, la protección para los artistas audiovisuales en este campo no otorga derecho mínimo alguno. Se concede un derecho exclusivo para, a renglón seguido, conceder la posibilidad de reserva, convirtiendo el derecho exclusivo en derecho de remuneración equitativa, sometiendo ésta a condiciones, o aplicando cualquiera de ambas modalidades del derecho a tan sólo determinadas utilidades, o incluso, finalmente, dejándolo sin aplicación por completo.

La cuestión más relevante respecto de este derecho es su relación con el trato nacional, y el modo en que la disposición proyectada establecía una completa *reciprocidad material*. En el acuerdo provisional sobre este asunto⁶ la protección que una parte concede a otra puede limitarse en función de la que gocen sus propios nacionales en esa otra Parte Contratante. Asimismo el trato nacional no será aplicable en la medida en que se haga uso de las reservas permitidas en virtud de lo dispuesto sobre el derecho de comunicación al público y radiodifusión.

4) Aplicación en el tiempo. Tradicionalmente la reglamentación internacional de los derechos de autor y conexos establece (art. 18 del Convenio de Berna, art. 22 del WPPT, etc.) que la protección abarca el objeto protegible preexistente a la entrada en vigor del Instrumento en cuestión. Dicho en otras palabras, el Instrumento afecta al repertorio que no haya entrado en dominio público del país de origen en el momento de la entrada en vigor del Tratado. Esta característica del Derecho de Autor se califica normalmente como el carácter retroactivo, o más propiamente *retrospectivo* de la protección.

⁵ Artículo 11.- Derecho de radiodifusión y de comunicación al público.

⁶ Una Parte Contratante estará facultada para limitar el alcance y la duración de la protección que concede a los nacionales de otra Parte Contratante, en virtud de lo dispuesto en el párrafo 1), en relación con los derechos contemplados en el Artículo 11.1) y 2) del presente Tratado, a los derechos de que gozan sus propios nacionales en esa otra Parte Contratante. 3) La obligación prevista en el párrafo 1) no será aplicable a una Parte Contratante en la medida en que otra Parte Contratante haga uso de las reservas permitidas en virtud de lo dispuesto en el Artículo 11.3) del presente Tratado, y tampoco será aplicable a una Parte Contratante en la medida en que haya hecho una reserva de esa índole.

Las negociaciones sobre la protección de las interpretaciones audiovisuales no desembocaron en una protección de este tipo, sino que consagraron el principio opuesto, ya que se permite a las Partes Contratantes efectuar una reserva por la que el Tratado sólo sería aplicable a las interpretaciones audiovisuales posteriores a la fecha de entrada en vigor del tratado⁷ con lo que se reduce enormemente el ámbito de aplicación temporal del mismo.

5) Transferencia de derechos. Cuatro alternativas fueron objeto de discusión:

1. Una presunción obligatoria pero refutable (*iuris tantum*) de transferencia de los derechos exclusivos del artista audiovisual al productor. Ésta era la fórmula sostenida inicialmente por Estados Unidos.
2. Una presunción obligatoria pero refutable de que el productor queda habilitado para ejercer los derechos exclusivos de autorización previstos en el Tratado. Los artistas intérpretes o ejecutantes seguirían siendo titulares de sus derechos y podrían invocarlos contra terceros en caso de utilización no autorizada o reclamar una remuneración al productor, con sujeción a lo estipulado en los contratos o en la legislación nacional aplicable. Los productores tendrían certeza en cuanto a su capacidad para realizar una explotación comercial de la producción audiovisual. El modelo de esta propuesta es la presunción de legitimación para los autores audiovisuales, reconocida —si bien con grandes limitaciones— en el artículo 14 bis del Convenio de Berna.
3. Una solución basada en la determinación de la ley aplicable a la transferencia de derechos. La función primordial sería garantizar el reconocimiento de las diferentes disposiciones en materia de cesión de derechos utilizadas en las distintas Partes Contratantes. Este reconocimiento se concreta al establecer que la cesión de cualquiera de los derechos exclusivos de autorización al productor se regirá, en ausencia de cláusulas contractuales al respecto, por la legislación del país que tenga una vinculación más estrecha con la fijación au-

⁷ Aplicación en el tiempo 1) Las Partes Contratantes otorgarán la protección contemplada en virtud del presente Tratado a las interpretaciones o ejecuciones fijadas que existan en el momento de la entrada en vigor del presente Tratado, así como a todas las interpretaciones o ejecuciones que tengan lugar después de la entrada en vigor del presente Tratado en cada Parte Contratante. 2) No obstante lo dispuesto en el párrafo 1), una Parte Contratante puede declarar, mediante una notificación depositada en poder del Director General de la OMPI, que no aplicará las disposiciones de los Artículos 7 a 11 del presente Tratado, o una o varias de esas disposiciones, a las interpretaciones o ejecuciones fijadas que existían en el momento de la entrada en vigor del presente Tratado en esa Parte Contratante. Respecto de dicha Parte Contratante, otras Partes Contratantes pueden limitar la aplicación de esos Artículos a las interpretaciones o ejecuciones que hayan tenido lugar después de la entrada en vigor del presente Tratado en dicha Parte Contratante. 3) La protección prevista en el presente Tratado no irá en menoscabo de todo acto realizado, acuerdo concertado o derecho adquirido antes de la entrada en vigor del presente Tratado en cada Parte Contratante. 4) Las Partes Contratantes pueden establecer, en su legislación, disposiciones transitorias en virtud de las cuales toda persona, que antes de la entrada en vigor del presente Tratado haya tomado parte en actos lícitos en relación con una interpretación o ejecución, podrá realizar actos en relación con la misma interpretación o ejecución que estén dentro del ámbito de los derechos contemplados en los Artículos 5 y 7 a 11 después de la entrada en vigor del presente Tratado en las respectivas Partes Contratantes.

diovisual, un principio consagrado en el derecho internacional privado. Esta norma sería aplicable a todos los casos de cesión de derechos, ya sea mediante un acuerdo o por ministerio de la ley. Esta norma sólo sería aplicable en ausencia de toda cláusula contractual a contrario. El párrafo 2) establece un orden jerárquico de los tres puntos de vinculación para la elección del derecho aplicable. El primer criterio, es decir, el lugar de la sede social o de residencia habitual del productor, es similar al del Artículo 5.4)c)i) del Convenio de Berna. Garantiza la aplicación de una ley única a todos los artistas intérpretes o ejecutantes que participan. El segundo criterio es el de la nacionalidad de la mayoría de los artistas intérpretes o ejecutantes, y el tercero es el sitio principal de filmación, que respondería al mismo objetivo de uniformidad. De presentarse situaciones en las que ninguna Parte Contratante reúna los criterios establecidos en el párrafo 2) se aplican las normas ordinarias del derecho internacional privado.

4. De conformidad con esta cuarta variante, que no contiene disposiciones sobre cesión de derechos o disposiciones contractuales, incumbiría a la legislación de las Partes Contratantes determinar si se establecen disposiciones en materia de cesión de derechos y establecer su naturaleza y ámbito. Ésta era la variante apoyada por la Comunidad Europea y sus Estados Miembros.

Durante la Conferencia Diplomática las discusiones se centraron en la variante que sigue el modelo de determinación de la ley aplicable, pero atenuando su carácter prescriptivo y centrándose en el reconocimiento internacional de las reglas aplicadas a la transferencia por otras Partes Contratantes. En este sentido vale la pena reseñar la última versión que sirvió de base a las discusiones, tal y como quedó reflejada en un documento oficial de la Conferencia Diplomática, concretamente en el denominado «Entendimiento sobre las disposiciones del instrumento preparado por la Secretaría de la Comisión Principal I» [http://www.wipo.int/documents/es/document/iavp/doc/iavp_dc33.doc]. Esta versión⁸ se limita a poner en evidencia la posibilidad de las Partes de regular la cesión de los derechos del artista al productor, o el ejer-

⁸ Artículo 12.-Cesión y ejercicio de los derechos exclusivos de autorización.

1) Las Partes Contratantes pueden prever que los derechos exclusivos de autorización previstos en el presente Tratado sean cedidos por el artista intérprete o ejecutante al productor de una fijación audiovisual, o puedan ser ejercidos por el productor con el consentimiento del artista intérprete o ejecutante a la fijación.

2) Sin perjuicio de las obligaciones internacionales y del Derecho internacional público o privado, toda cesión por acuerdo de los derechos exclusivos de autorización reconocidos en el presente Tratado, o [todo acuerdo sobre el ejercicio de esos derechos] [la habilitación para ejercer esos derechos basada en el consentimiento del artista intérprete o ejecutante a la fijación], se registrará por la legislación del país que hayan elegido las partes o, en la medida en que no se haya elegido la legislación aplicable al acuerdo concertado entre el artista intérprete o ejecutante y el productor, por la legislación del país con la que el acuerdo esté más estrechamente vinculado.

Declaración concertada relativa al Artículo 12.

Queda entendido que el Artículo 12 es aplicable solamente a los derechos exclusivos de autorización y, por consiguiente, no es aplicable a los derechos morales y al derecho a una remuneración equitativa.

cicio de los mismos por éste con el consentimiento de aquél. En segundo lugar se fijaba el principio, para el caso de que productor y artista no lo hubieran acordado contractualmente, de que la ley aplicable a la transferencia por contrato (pero no por operación de la ley) sería la del país con que el contrato estuviera más vinculado, dejando esta última determinación a los principios de Derecho Internacional Privado.

6) El principio de ausencia de recaudación ante la falta de distribución. Durante las negociaciones de la Conferencia Diplomática el Presidente del Comité en que se llevaba a cabo la discusión substantiva (Comité Principal I), efectuó una declaración en el sentido de que «ninguna Parte Contratante debía permitir que se recaudaran remuneraciones respecto de interpretaciones o ejecuciones de artistas que sean nacionales de otra Parte Contratante, a menos que tales remuneraciones se distribuyan a los artistas aludidos. Tales disposiciones no se incluyen en el texto del Tratado. Queda entendido que la recaudación de remuneraciones en una Parte Contratante, respecto de los nacionales de otra Parte Contratante por derechos que no reconoce a esos nacionales, carece de fundamento jurídico. En tales circunstancias, toda recaudación sería inapropiada y no tendría autoridad legal. En consecuencia, todos aquellos a quienes se reclamen dichas remuneraciones deberán poder disponer de recursos legales que hacer valer frente a dichas reclamaciones. Cuando, sobre la base de mandatos apropiados, en una Parte Contratante se recauden remuneraciones por derechos que esa Parte Contratante otorga a los nacionales de otra Parte Contratante pero que no distribuye entre ellos, esos nacionales deberían contar con los medios legales que les permitan entrar en posesión de la remuneración recaudada en su nombre». El Presidente preguntó a la Comisión si el Artículo 4 podía ser adoptado en el entendido de que la declaración que acaba de leer figurará en las Actas de la Conferencia Diplomática y, ante la ausencia de oposición así lo hizo. Sin embargo la Comunidad Europea y sus Estados Miembros presentaron después por escrito una declaración indicando que la declaración del Presidente, antes citada, era unilateral y no vinculaba a las Partes Contratantes [http://www.wipo.int/documents/es/document/iavp/doc/iavp_dc39.doc].

7) Conclusión de la Conferencia Diplomática. Antes de su clausura, la Conferencia Diplomática adoptó la siguiente Recomendación:

«La Conferencia Diplomática

- i) toma nota de que se ha llegado a un acuerdo provisional respecto de los 19 artículos,
- ii) recomienda a las Asambleas de los Estados miembros de la OMPI que, en su período de sesiones de septiembre de 2001, se vuelva a convocar la conferencia diplomática a los efectos de llegar a un acuerdo respecto de las cuestiones pendientes.»

3. TRABAJOS POSTERIORES

Pese a la declaración citada la Conferencia no llegó a convocarse de nuevo. La cuestión se ha mantenido desde entonces en el orden del día de todas las Asambleas de la OMPI. En 2003 se organizó una reunión ad hoc con participación de productores y artistas, con objeto de profundizar en el conocimiento de las experiencias profesionales de artistas y productores. La Secretaría de la OMPI se ha esforzado en facilitar a los Estados Miembros y al sector interesado las herramientas de análisis necesarias para tratar de acercar posiciones en los temas en que las diferencias persisten. En este sentido los trabajos se han concentrado en la transferencia de derechos y las cuestiones relativas a la remuneración de los artistas, ya por vía contractual o por otras vías. Asimismo se ha llevado a cabo un importante esfuerzo de evaluación de la protección existente en el ámbito nacional. A continuación se relacionan los estudios completados en este ámbito, todos ellos accesibles vía electrónica [http://www.wipo.int/copyright/es/activities/audio_visual.htm]. En conjunto se trata posiblemente del más vasto y ambicioso corpus analítico de la situación jurídica, en el ámbito de Derecho Comparado e internacional, del artista audiovisual:

1) El Estudio sobre la legislación nacional relativa a la protección de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales fijadas (AVP/IM/03/2)⁹ fue preparado por la Secretaría de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) en cooperación con los Estados miembros. La Secretaría de la OMPI había preparado cuestionarios sobre los principales temas relacionados con la protección de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales fijadas, que completó luego para cada uno de los Estados miembros que en su legislación nacional otorgan protección a las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales. El Estudio abarca la legislación nacional de 97 Estados miembros en los que se identifica una cierta protección de las interpretaciones audiovisuales fijadas. Contiene tres anexos: una reseña de las principales disposiciones sobre la protección de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales fijadas (Anexo I); una reseña de las legislaciones nacionales sobre la protección de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales fijadas (Anexo II); y los cuestionarios nacionales sobre la protección de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales (Anexo III).

2) Estudio sobre las prácticas en materia de contratos y remuneración de los artistas intérpretes o ejecutantes de la industria audiovisual en México, el Reino Unido y los Estados Unidos de América (AVP/IM/03/3A)¹⁰, preparado por la Sra. Katherine M. Sand Consultora, ex Secretaria General de la Federación Internacional de Actores (FIA), Estados Unidos de Norteamérica.¹¹

⁹ http://www.wipo.int/documents/es/meetings/2003/avp_im/pdf/avp_im_03_2.pdf

¹⁰ http://www.wipo.int/documents/es/meetings/2003/avp_im/pdf/avp_im_03_3b.pdf

¹¹ http://www.wipo.int/documents/es/meetings/2003/avp_im/pdf/avp_im_03_3a.pdf

3) Estudio sobre las prácticas en materia de contratos y remuneración de los artistas intérpretes o ejecutantes de la industria audiovisual en Francia y Alemania (AVP/IM/03/3B) preparado por la Sra. Marjut Salokannel, Doctora en Derecho, Universidad de Helsinki, Finlandia.

4) Estudio auspiciado por la OMPI relativo a los instrumentos multilaterales que rigen la cesión de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes a los productores; Estados Unidos de América; Francia, preparado por la Sra. Jane C. Ginsburg, Profesora de Derecho de la Propiedad Literaria y Artística, Cátedra Morton L. Janklow, Facultad de Derecho, *Columbia University*, Estados Unidos de América y por el Sr. André Lucas Profesor de Derecho, Universidad de Nantes, Francia (AVP/IM/03/4)¹².

El alcance de este Estudio justifica una mayor explicación. Los autores analizan los derechos sustantivos concedidos a los artistas audiovisuales en la legislación internacional y en las legislaciones de Francia y Estados Unidos. Por otro lado, estudian las disposiciones sustantivas sobre transferencia de derechos del artista al productor audiovisual en las mismas fuentes. En tercer lugar se detienen en las reglas de Derecho Internacional Privado que rigen la ley aplicable a la transferencia en Francia y Estados Unidos. Igualmente los autores han elaborado una plantilla para el análisis de las cuestiones indicadas en otras legislaciones nacionales, lo que ha permitido a expertos de otros 6 países (México, Alemania, Reino Unido, Egipto, India y Japón) analizar a partir de los mismos parámetros su propia legislación (AVP/IM/03/4/A Rev.; AVP/IM/03/4/B; AVP/IM/03/4/C; AVP/IM/03/4/D; AVP/IM/03/4/E, AVP/IM/03/4/F)¹³.

En una segunda fase los autores del Estudio analizaron las respuestas recibidas de los 6 expertos nacionales, con objeto de intentar construir sobre esta base una visión consistente y global sobre la protección de los artistas por medio de contratos y en virtud de los derechos conexos, así como sobre la conveniencia y posibilidad de desarrollar una norma internacional sobre la ley aplicable a la transferencia de los derechos del artista audiovisual al productor. Entre las consideraciones formuladas por los autores, aún no publicadas en español, cabe destacar las siguientes:

1) No es fácil, en materia de transferencia de derechos, llevar a cabo una clasificación inequívoca del asunto de la transferencia de derechos del artista audiovisual al productor. La fórmula clásica en Derecho Internacional Privado (DIP) de que la *transferabilidad* del derecho debe considerarse pertinente a la substancia del derecho (*le fond du droit*) mientras que la cuestión de la efecti-

¹² http://www.wipo.int/documents/es/meetings/2003/avp_im/pdf/avp_im_03_4.pdf

¹³ http://www.wipo.int/documents/es/meetings/2003/avp_im/pdf/avp_im_03_4arev.pdf
http://www.wipo.int/documents/es/meetings/2003/avp_im/pdf/avp_im_03_4b.pdf
http://www.wipo.int/documents/es/meetings/2003/avp_im/pdf/avp_im_03_4c.pdf
http://www.wipo.int/documents/es/meetings/2003/avp_im/pdf/avp_im_03_4d.pdf
http://www.wipo.int/documents/es/meetings/2003/avp_im/pdf/avp_im_03_4e.pdf
http://www.wipo.int/documents/en/meetings/2003/avp_im/pdf/avp_im_03_4f.pdf

vidad de la transferencia (validez y efectos) pertenece a la ley del contrato distinta de ser de fácil aplicación.

2) Una vez clasificada la cuestión como de derecho sustantivo o contractual la determinación de la ley aplicable no resulta inmediata. Si la cuestión es de derecho sustantivo cabe determinar que la ley aplicable sea la del país de origen de la obra audiovisual o la del país de explotación de la misma. A su vez la ley del país de explotación de la obra puede remitir al país en que se origina la comunicación al público, o a aquel en que se recibe, o ambos. La ley del país de origen puede ser la del país de primera fijación, de residencia efectiva del artista, de la sede del productor, etc. Si la cuestión se considera como propia de la ley del contrato se aplicará normalmente la ley designada en el mismo.

3) La distinción entre ley del contrato y ley sustantiva no tiene gran relevancia en aquellos países en que los derechos de los artistas derivan de la negociación colectiva y los contratos individuales, ya que no existe en ellos una ley sustantiva en el sentido de un régimen de derechos conexos que los tenga por titulares.

4) La aplicación de la regla por la que el foro aplica su ley para caracterizar un pleito determinará que los países con un régimen de derechos conexos tiendan a una mayor aplicación de la ley sustantiva. Ejemplo: artistas indios reclamando en Francia por modos de explotación no expresamente incluidos en su contrato. Si el Tribunal considera que la transferibilidad del derecho, es una cuestión de derecho sustantivo, tendrá enseguida que determinar qué ley le resulta aplicable, que en el ordenamiento francés, será en principio la del país en que la explotación tiene lugar.

5) Otro factor que llevará a que en los países con derechos conexos se deje de aplicar la ley extranjera del contrato es la vigencia de las reglas de orden público. Distintas reglas locales conectadas al interés general (*ordre public, lois de police, public interest*) son de aplicación preferente, sobreponiéndose a la ley del contrato incluso después de una clasificación que haya otorgado a esta última relevancia.

6) Como consecuencia de lo expuesto el régimen de derechos conexos tiende a aplicarse a todos los artistas, respecto de las explotaciones que tienen lugar en su territorio, ya sea en virtud de las reglas de clasificación o en las de orden público. Por el contrario, en aquellos países en que los derechos tienen naturaleza contractual los tribunales tienen tendencia a aplicar la ley del contrato aunque la obra sea originaria de un país con un régimen de derecho conexo.

En relación con las negociaciones sobre un Tratado que proteja las interpretaciones audiovisuales, y la viabilidad de articular una solución de compromiso sobre la base de una regla de DIP relativa a la transferencia de derechos los autores formulan 4 hipótesis, que corresponden a 4 posibles escenarios de negociación:

- i) que la regla de DIP caracterice todas las cuestiones relativas a la transferencia de derechos como materia contractual y determine luego la aplicación de la ley del contrato. Ventajas: uniformidad y previsibilidad. Problemas: aplicación de normas locales de aplicación forzosa.
- ii) que el tratado caracterice las cuestiones relativas a la transferencia como materia sustantiva, designando como aplicable la ley del país de origen de la obra (definido como el de residencia efectiva del productor)
- iii) que el tratado caracterice las cuestiones relativas a la transferencia como materia sustantiva, designando como aplicable la ley del país de explotación de la obra, y dentro de este el de su recepción. Ventaja: ausencia de conflicto con la ley local de aplicación necesaria. Inconveniente: complica la explotación.
- iv) que el tratado mantenga una doble caracterización de la transferencia, pero delimite las cuestiones que pertenecen a la ley del contrato (validez y efectos) y aquellas que forman parte de la ley sustantiva (substancia y enajenabilidad).

En opinión de los autores ninguna de las 4 soluciones resuelve las dificultades planteadas en el curso de la negociación, ya que parecen ofrecer resultados demasiado complejos, impredecibles o parciales. Sería más fácil fijar una regla de DIP si las legislaciones sustantivas no difirieran tanto en los principales países entre quienes se plantean discrepancias.