



MINISTERIO DE INDUSTRIA Y COMERCIO DE  
LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY



ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA  
PROPIEDAD INTELECTUAL



SOCIEDAD GENERAL DE  
AUTORES Y EDITORES

**XI CURSO ACADÉMICO REGIONAL OMPI/SGAE  
SOBRE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS PARA  
PAÍSES DE AMÉRICA LATINA:  
“El derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital”**

organizado por  
la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)  
conjuntamente con  
la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) de España  
y  
el Ministerio de Industria y Comercio de la República del Paraguay

**Asunción, 7 a 11 de noviembre de 2005**

LA CESIÓN DE DERECHOS PARA LA EXPLOTACIÓN DE OBRAS MUSICALES Y  
AUDIOVISUALES: PARTES IMPLICADAS Y ADAPTACIÓN DE LAS FÓRMULAS  
CONTRACTUALES TRADICIONALES A LA EXPLOTACIÓN EN LÍNEA DE  
OBRAS Y PRESTACIONES PROTEGIDAS EN EL ÁMBITO MUSICAL

*Documento preparado por el Sr. Leandro Darío Rodríguez Miglio, Abogado,  
Estudio Rodríguez Miglio – Sáenz Paz y Asociados, Buenos Aires*

I.

Internet, esa herramienta anárquicamente maravillosa, como la llamara yo alguna vez, irrumpió masivamente en nuestros hábitos hace poco más de una década.

Pensemos por un momento, que en 1992 o 1993, era más lo que se escribía y hablaba de Internet, que las experiencias de primera mano y en forma habitual, podíamos desarrollar quienes pretendíamos investigar la cuestión y sacar conclusiones, respecto del futuro de los derechos intelectuales y la protección debida a los derechos de autores, intérpretes y productores, por ejemplo.

Los pronósticos de Nicholas Negroponte en su libro “Ser Digital” (“*Be Digital*”), auguraban un final inminente de la era analógica, a favor de una globalizada y generalizada transformación de todos nuestros hábitos que encontrarían satisfacción, tanto en bienes como servicios, entretenimiento, información, etcétera, gracias a dos números: EL CERO Y EL UNO...-

¡Los bits!

Él pronosticaba lo que sería el fin de todo lo analógico, desde el simple y natural acto de caminar hasta la librería para buscar determinado libro o simplemente ver qué hay de nuevo, hojearlo, palparlo y hasta olerlo, permítaseme este ejemplo pero esta es una desviación propia de la mayoría de quienes nos gusta leer, hasta cualquier acceso al conocimiento y toda transacción comercial, bancaria, informativa, etcétera.

Este autor marcó realmente con su prédica realmente a una gran cantidad de autores, quienes se subieron al carro del innovativo y genial profesor del M.I.T., quién por otra parte acreditaba suficiente solvencia y antecedentes como para tener razón en la mayoría de lo que publicó.

“*De l'autre côté*”, los autores clásicos, la doctrina tradicional, aún admitiendo las maravillas tecnológicas y los excelentes servicios que la Red nos iba a brindar, se mantuvieron en sus trincheras académicas, suficientemente pertrechados con una experimentada bibliografía que concernía a la aplicación de los institutos clásicos de las leyes y Tratados sobre derechos de autor y conexos, reafirmando una vez más que Internet era otro avance tecnológico, contra el cual no podía uno oponerse, pero que los Institutos tradicionales mencionados, darían una adecuada protección a los bienes jurídicos protegidos, resultando a la larga y como siempre, suficientes.

Se pensaba más en los derechos reconocidos, y en la forma de ejercerlos que durante décadas, por no decir siglos, habían servido como un instrumento más que útil para que los jueces en definitiva, dirimieran situaciones poco claras o flagrantemente ilegales, haciendo justicia en todos los casos.

II.

*Pensemos por un momento la idea que el hombre común podría tener de Internet en 1994 o 1995 y las posibilidades que cabría imaginar podrían esperarse de su expansión masiva y observaremos que, salvo los autores especializados que trataban la cuestión con entusiasmo y solidez, la mayoría de las personas permanecían en aquellos años escépticas ante los pronósticos de una era digital con tantas posibilidades y el fin de la era analógica, por lo menos tal y como la conocíamos hasta entonces.*

*Sin embargo y pese a que aún no se han cumplido todos los pronósticos publicados, gran parte de ellos han sido ya superados, a la par de incorporarse desarrollos inimaginados e inimaginables en esa época, después de todo...hace una década...*

*Es que en aquellos años el hombre común al escuchar de Internet no se sentía involucrado, no le concernía, no avizoraba todos los beneficios que la sociedad de la información y el uso de redes digitales iban a ocasionarle y producir cambios en su vida diaria que no sólo no había experimentado nunca antes, sino que tampoco podía imaginarlos.*

### III.

Pero qué pasó desde aquellos años, cómo se desarrollaron los hechos desde la época en que el acceso no era tan masivo y aún siéndolo en algunos países cuando todavía no existían aplicaciones informáticas que permitieran, por ejemplo dos cosas: el correo electrónico y el intercambio de archivos...?

En 1995, antes de la conclusión que ya era inminente, de los Tratados OMPI, y cuando el acceso a la Red no era en Latinoamérica masivo, en ocasión del Congreso Latinoamericano celebrado en Quito (Ecuador), yo le exponía al público...

*(Internet)"Se la presenta como el invento más revolucionario de la tecnología moderna desde que apareció la televisión!!!*

*Los científicos hablan de Internet;*

*los investigadores hablan de Internet;*

*los abogados hablan de Internet;*

*los administradores de medios hablan de Internet;*

*las organizaciones políticas hablan de Internet y hasta el famoso UNABOMBER de los Estados Unidos publicó su proclama ecológica no sólo en el Washington Post y el New York Times en setiembre de 1995 sino que también la publicó EN INTERNET.*

*Seminarios se organizan aquí y allá sobre la era digital, la sociedad tecnológica y la sociedad de la información...*

*La sociedad de la información nos invade !!!*

*¿Con ello también se apropiarán de las obras intelectuales sin que nadie la detenga ?*

*La sociedad del futuro desmaterializará los actuales soportes, tales como los videos, los discos, los cassettes, los cd-s, los DCC ,etc.*

*Cada persona recibirá en su casa no sólo el periódico de su preferencia sino que podrá estructurar las noticias que son de su agrado y... no recibir nunca las que lo inquietan o desagradan!!!*

*Podrá armar sus noticieros en la forma predilecta, poniendo más el acento en los deportes, el tiempo, la política, la bolsa...*

*¿Las películas a pedido, las canciones a pedido en el momento deseado, la comunicación con un banco de datos y el tráfico entre el mismo y el hogar, ... ¿qué derechos vulnera ?*

*La emisión de obras, es decir su tráfico a través de la red puede llegar a ser poco menos que incontrolable...!*

*Las transmisiones digitales a través de las redes nos brindarán canciones con una fidelidad idéntica, es decir clónica a su interpretación original.*

*El derecho de reproducción como lo conocemos ahora, se verá afectado.*

*El derecho de comunicación pública, como lo conocemos ahora, se verá afectado.*

*Los autores se declararán incompetentes para administrar sus derechos...y se verán afectados.*

*¿Los autores de cualquier género, tal y como los conocemos ahora, se verán afectados y surgirá una nueva especie de creadores y de divulgadores...?*

*¿Las sociedades de autores que no ingresen en la era tecnológica desaparecerán...?*

*¿Quién otorgará las licencias por comunicación pública, por reproducción y por las nuevas formas de utilización de las obras?*

*¿Cómo será le gestión de los derechos de reproducción y de comunicación pública en los próximos diez años?*

*Las ventas (como las conocemos actualmente) caerán y muchos productores quebrarán...*

*Los videoclubes desaparecerán...*

*Las empresas de radiodifusión se verán superadas por las emisoras digitales que emitan a través de la red.*

*Las empresas de radiodifusión, como las conocemos ahora, quebrarán...*

*Una gran crisis sobrevendrá sobre el negocio del entretenimiento y la sociedad del futuro pasará más tiempo en su caso interactuando datos, sonido e imágenes.*

*Las empresas venderán sus productos a través de la red, el dinero desaparecerá y compraremos todo desde nuestro escritorio ?*

*El débito bancario pagará los servicios a pedido... (incluirá los derechos de autor ?)*

*La concepción actual de la televisión cambiará...todo será una computadora y...¿todos estaremos interconectados?*

*¿La telefonía, como la conocemos ahora, desaparecerá y las compañías quebrarán...?*

*Las compañías telefónicas absorberán a las televisoras (o las televisoras absorberán a las telefónicas...)*

*Según un proyecto del Gobierno, en Japón en el año 2004 es decir en sólo ocho años) el 50% de los hogares estará interconectado con computadoras y la mayoría de la gente trabajará desde el hogar.*

*Se eliminarán las reuniones y se las cambiará por teleconferencias...*

*Se eliminarán los congresos...*

*La hotelería se resentirá...?*

*Las secretarías perderán sus empleos...*

*La familia dispondrá de mayor tiempo para compartir en el seno del hogar... (¿o tal vez la interactividad se transformará en el mismo vicio que la “tele”?)*

*¿Las bibliotecas...cerrarán?*

*¿Los editores de libros quebrarán...?*

*¿Las salas de cine cerrarán...?*

*¿Las propiedades inmobiliarias destinadas a oficinas perderán su valor...?*

*Como dice Nicolás Negroponte (“Ser Digital” (P)1995) “...en la autopista electrónica no hay límite de velocidad...”.*

*Ni límites para la imaginación.*

*Lo que vendrá, quien lo sabe?*

*Sólo podemos predecir que la gente accederá a datos, informaciones y consumirá obras en forma masiva como nunca antes lo había hecho en la historia.*

*Pero, ¿cómo se licenciará el uso de esas obras, cualesquiera sea la forma ?  
Sobrevivirán los derechos exclusivos de los autores sobre sus obras o serán reemplazados por el derecho a una remuneración...?*

*No le parece que esto sería una revolución en el campo de los derechos patrimoniales y un gran retroceso para la humanidad...?”*

#### IV.

*Era evidente que el futuro estaba ahí, a pocos metros, a pocos meses, y la sociedad del futuro, ya estaba mezclada con la contemporánea, es decir que en la humanidad estaban ya conviviendo los pronósticos de la escuela de Negroponte, con la todavía existente y persistente, sociedad analógica...entre otras cosas por dos motivos de los que las grandes potencias deberían avergonzarse...la educación, que transforma a quien no sabe interactuar con una computadora en un analfabeto funcional...y en segundo lugar la gran brecha económica que existe en el planeta entre el 10% más rico de su población y el 90% de la humanidad, la que no cuenta con recursos para llegar a tales accesos, a menos que los Estados lleven a cabo adecuados programas educativos y de entrenamiento.*

*Hoy día el acceso más popular y masivo a obras, interpretaciones y producciones musicales, es el que menos preparación y formación requiere por parte del consumidor... los ring tones, a través de los teléfonos celulares.*

#### V.

##### Dicen que nadie resiste un archivo

Creo que de alguna manera yo tampoco, aunque debo destacar que muchas de las cuestiones allí expuestas, se han cumplido o se están cumpliendo, y me alegro de haber introducido la frase con frecuencia en algunos pronósticos...” tal y como los conocemos ahora.-...”, ya que ello tenía por objeto dar una idea de necesidad de reconversión de los modelos de negocio de los principales interesados y de los métodos de gestión de las sociedades administradoras de los respectivos derechos.

Muchos de los pronósticos no se han producido, otros no fueron siquiera imaginados, como los *ring tones* o la piratería editorial de libros, a través de medios electrónicos y archivos comprimidos, los accesorios que pueden almacenar 5000 o 6000 mp3.

Tampoco en aquella época todavía podía preverse el intercambio de archivos P2P, los problemas de responsabilidad civil que surgieron tanto del caso NAPSTER, como el reciente fallo GROKSTER, con la teoría del destino específico del programa, es decir el fin que procura y permite la violación de los derechos de propiedad intelectual.

#### VI.

En aquella época existía obviamente, una escuela intermedia, no podríamos decir ecléctica, pero si no tan extremista, entre las que me incluí, aunque por otros motivos más sociales, culturales y económicos, que decía que toda la normativa nacional e internacional

sobre derechos intelectuales, así como la jurisprudencia existentes era valiosa y mantenía su valor para una adecuada protección de los derechos de los respectivos titulares, por el uso de sus obras, y prestaciones en Internet.

Agregaba yo que era evidente que por muchos años, todavía iban a coexistir la sociedad analógica y la sociedad tecnológica y no me equivoqué.

Pero también me enrolaba jurídicamente, siguiendo los trabajos de OMPI y su Comité de Expertos, en la necesidad de “mejorar”, “agregar”, introducir en algunos casos, nuevas normas que dotaran de un mayor grado de protección a obras, y prestaciones.

Una muestra de ello es el reconocimiento de un derecho de puesta a disposición, no como un derecho nuevo sino como un derecho de comunicación pública interpretado en el verdadero alcance que la tecnología, a través de la irrupción de Internet, permitía, es decir la extensión del concepto de público, tal y como se encuentran definidos en los Tratados OMPI.- (la solución global).

## VII.

### Las partes implicadas en el uso de obras musicales y audiovisuales

En la era, llamémosle tradicional, las partes intervinientes en toda cesión de derechos de explotación de obras eran como regla general, aún con variantes:

- el autor
- el empresario, productor, usuario, radiodifusor, en fin el utilizador.

Allí entonces encontrábamos diferentes tipos de formas de utilización de obras, que surgían en general de sólo dos campos:

- los derechos de representación, ejecución, comunicación pública
- los derechos de reproducción.

Entre los derechos de representación, vamos a encontrar diferentes variantes surgidas de los procedimientos, como ser el derecho de radiodifusión, el derecho de comunicación pública de la obra radiodifundida, el derecho de retransmisión de una emisión de radiodifusión por hilo o sin hilo, la radiodifusión por satélite, etcétera.

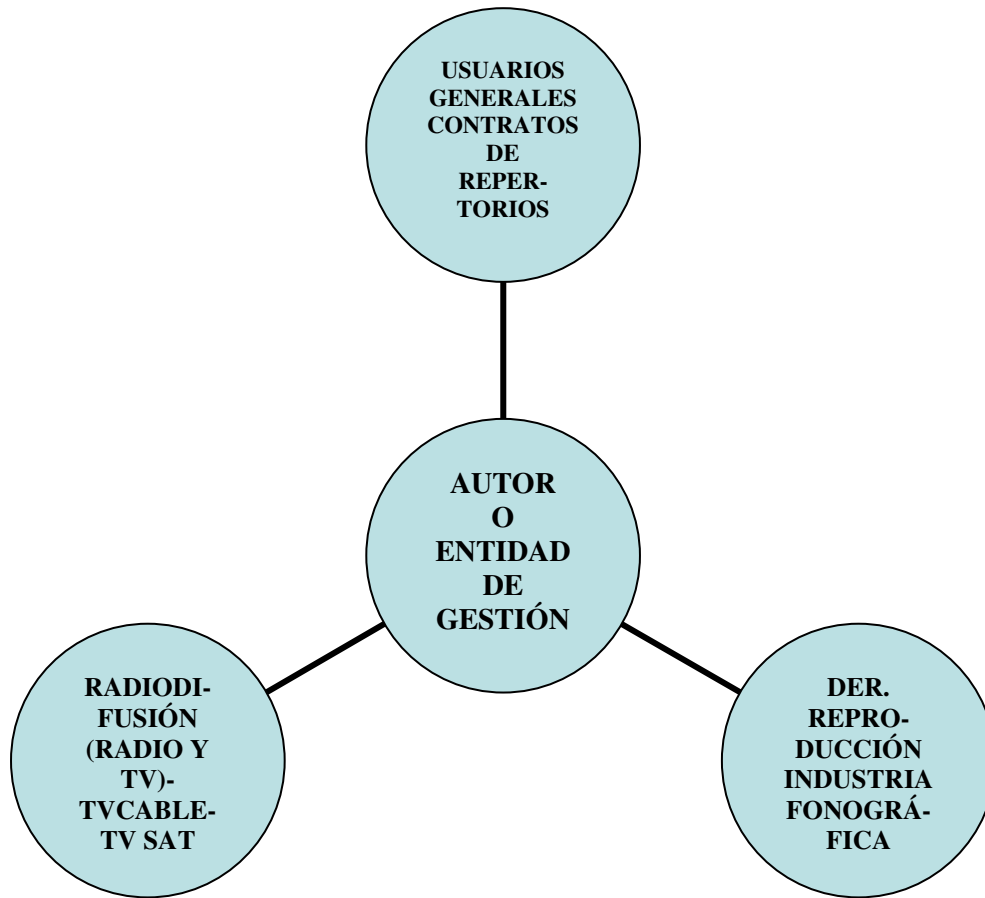
En todos estos casos le son aplicables los contratos tradicionales.

Veamos un poco más.

## VIII.

En el ámbito de obras musicales y audiovisuales, el autor o la entidad de gestión

colectiva, fuera del ámbito digital otorgan licencias y suscriben contratos con:



## IX.

### Características

Con excepción del contrato individual con un empresario teatral, todos los demás casos involucran licencias globales por todo el repertorio que la sociedad administra.

Se observa que los dos derechos involucrados esencialmente son o se desprenden del derecho de comunicación pública y el derecho de reproducción.

Las modalidades y condiciones de dichos contratos, generalmente están establecidos sobre la base de un porcentaje de los ingresos del utilizador o bien tomando algún elemento, que puede ser un monto dinerario fijo, pero que es el resultado de un estudio vinculado con los ingresos del usuario y la importancia que el uso del repertorio musical y audiovisual posee en el negocio principal del utilizador.



A mayor importancia, mayor será la incidencia de la licencia en su costo o presupuesto.

Las partes intervinientes surgen con palmaria claridad del propio uso, ya que siempre estamos en el campo analógico, donde no resulta difícil determinar el responsable, es decir quien tiene que solicitar la licencia o a quien hay que demandar judicialmente para impedir una utilización sin autorización.

X.

### La sociedad de la información. Explotación en línea de obras y prestaciones protegidas en el ámbito musical

Se incorporan aquí algunos elementos y partes que van a crear un escenario diferente, con más actores también, entre sus titulares, ya que ahora encontraremos que existen varios titulares que poseen derechos exclusivos.

En efecto, los TRATADOS OMPI, fortalecen los derechos de los autores e introducen de manera expresa, el derecho de alquiler (art. 7 del WCT), la noción de comunicación pública se extiende a la puesta a disposición del público ya que el Art. 8 del WCT reconoce el derecho exclusivo del autor de autorizar toda comunicación pública de sus obras...

*“...comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.”*

Este reconocimiento es parte de la “solución global” que se encontró y que está reflejada en el art. 8 citado así como en sus cláusulas “espejo” de los artículos 10 y 14 del WPPT, con un reconocimiento similar para las Interpretaciones y Ejecuciones, así como para los Fonogramas.

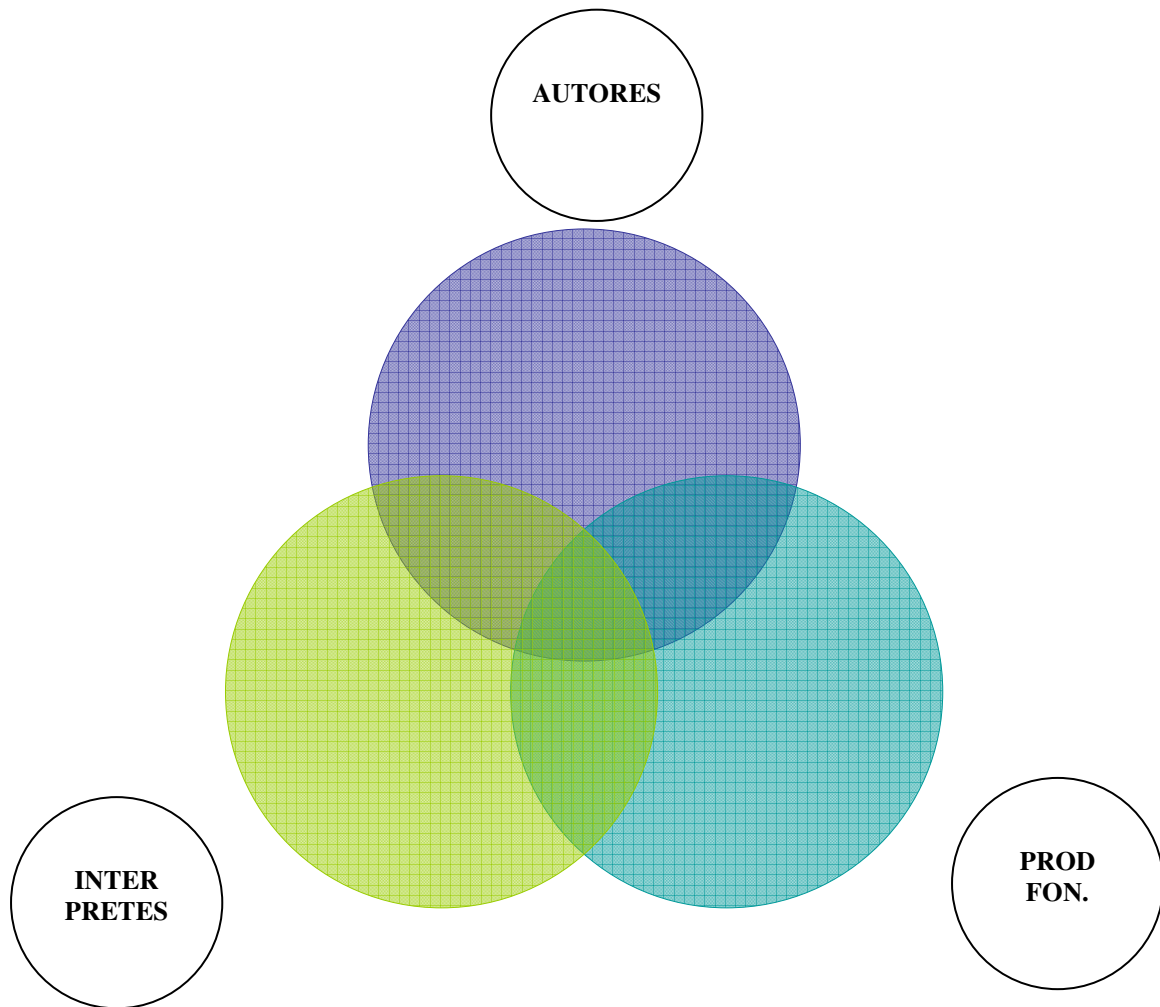
*Esto introduce una novedad, la explotación en línea de obras y prestaciones protegidas en el ámbito musical, ya aparecen más partes intervinientes, del lado de los que deben otorgar licencias.*

Los autores poseen derechos exclusivos para autorizar toda comunicación pública, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, tal y como fuera mencionada precedentemente.

A los Intérpretes se les reconoce un derecho exclusivo sobre la puesta a disposición del público de sus interpretaciones y ejecuciones, de manera similar, en el WPPT, artículo 10.

Los productores de fonogramas, como parte de la “solución global”, también se les reconoce un derecho exclusivo en los mismos términos, vía el art. 14 del WPPT.

Tenemos entonces una clara modificación en este campo, graficada así:



Como se observa, existe una concurrencia común sobre una misma actividad.

## XI.

### Las formas de utilización *on line*

Podemos mencionar como las principales:

#### Comunicación pública

La comunicación de obras musicales, y prestaciones, de forma tal que el público accede a las mismas, en la forma que describen el WCT y el WPPT.

*Webcasting, incluyendo Simulcasting*

Inclusión de obras musicales o fragmentos en portales o sitios, a manera de característica del mismo.

*Streaming*, bajada de un archivo, sin posibilidad de fijación en el disco, conteniendo obras musicales o audiovisuales o sus fragmentos.

*Preview*, posibilidad de acceder a la percepción de un fragmento de una obra musical o audiovisual con el objeto de promoción o difusión y en general para resolver sobre la adquisición de un producto físico (comercio electrónico ) o el *download* al ordenador.

#### Transmisión de espectáculos, en vivo o diferidos

La transmisión de una emisora de radiodifusión, de onda abierta, por vía de Internet, conocida como *simulcasting*, agrega un nuevo público a la emisión, no importando ni la distancia, ni las fronteras, ni los horarios, ni las circunstancias climáticas, que podían afectar las emisiones de radio por onda corta, y es por ello que necesita de una licencia diferente a la que posee.

La modalidad del *webcasting* es una transmisión exclusiva por Internet, la que ha sido diseñada con un perfil coincidente del internauta medio que interactúa en Internet.

Muchos portales poseen emisiones permanentes o parciales en forma de *webcasting*, propias, y muchos de dichos portales pertenecen a los ISP, los proveedores de servicio a Internet.

En otros casos son sitios independientes, comerciales o no, en los que se verifican tales actividades como objeto principal o accesorio.

#### Licencia que comprende derechos de reproducción

Este caso se verifica cuando se pone a disposición del público la bajada de un archivo que contiene la fijación de una obra o fragmento, sea a su ordenador, o también la generalizada práctica de bajar ring tones a los teléfonos celulares.

La reproducción es efectuada por el consumidor final, en el momento que acepta la transacción.

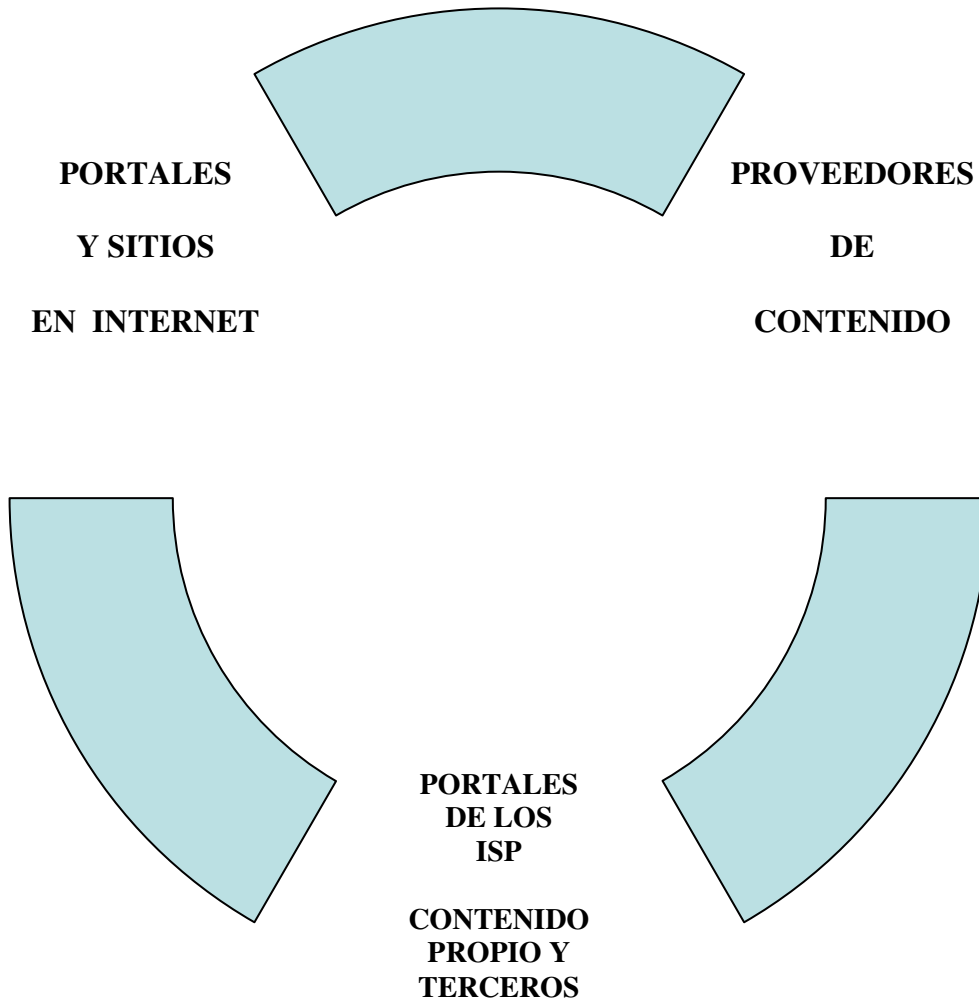
Aquí podemos hablar que en realidad la reproducción se “perfecciona” con dicho “clic”, ya que para poder ofrecerla y ponerla a disposición, la obra y la interpretación, como el fonograma que contiene tales fijaciones, ya han sido objeto de un acto de transformación y reproducción para incorporarlos al servidor.

De manera que se observa claramente que aparecen nuevos contratos de licencia, los que aunque están basados en los dos derechos clásicos que forman parte de los medios de utilización de obras, las formas de comunicar sufren un cambio sustancial, cuando estamos en el campo de la oferta on line, tanto por este hecho técnico, como por las diferentes formas que pueden darse dentro de cada una de dicha maneras, según hemos visto.

Es también el caso de las ventas de *tracks* o *downloads* que pueden ser objeto principal del sitio o accesorio, en n portal.

Muy diferente en general es la venta de RING TONES, donde en la mayoría de los casos es el objeto principal.

Tenemos entonces, por una parte Intervinientes:



y por la otra parte, los que licencian

<b>AUTORES</b>
<b>INTÉRPRETES</b>
<b>PRODUCTORES</b>

## XII.

### Los contratos

En materia de licencias y contratos, las condiciones que se establecen difieren sustancialmente de las prácticas tradicionales, aunque en algunos casos reconocen antecedentes en el campo analógico, como son los casos en que se licencian derechos de reproducción.

Las licencias y contratos para los casos que conciernen a actos de comunicación pública, como se verá por aparte, tienen en cuenta una cantidad diversa de parámetros, como ser el promedio de visitas que recibe el sitio, se establecen sumas fijas por cada transacción que van disminuyendo cuanto más visitas y transacciones realiza el usuario.

Nadie puede negar que los contratos tradicionales poco y nada pueden servir para adaptarse a las explotaciones *on line*, pero este no es el principal problema.

El principal problema es la concurrencia sobre una misma actividad de tres sectores de titulares diferentes, todos los cuales poseen reconocidos derechos exclusivos sobre sus respectivos intereses, trátese de los derechos de autor sobre la obra, o los derechos de los intérprete sobre sus prestaciones o los derechos de los productores sobre sus fonogramas.

La falta de un marco adecuado para el desarrollo de estas relaciones económicas entre utilizadores y titulares, puede derivar en situaciones de conflicto, que desemboquen en la conocida teoría de la “VENTANILLA ÚNICA”.

Como se ve, todo lo vinculado con las explotaciones *on line*, nacieron con la fijación o el establecimiento de acuerdos provisionales, y dicha provisionalidad en muchos países continúa, ya que los modelos de negocios de los utilizadores van también cambiando.

Tiempo atrás quedó la modalidad de vender solamente *tracks*, ahora existen modelos como las suscripciones mensuales, o la adquisición de créditos que se utilizan con diferentes fines en un Portal, por lo que siempre la característica de las licencias es que éstas pueden cambiar, en la medida que los propios utilizadores son muy dinámicos en sus negocios, con el afán de obtener la mayor parte del mercado de consumidores posible, dada la alta competencia que existe en la Internet.

De todas formas, lo que puede asegurarse es que desde el punto de vista jurídico, los intereses de los respectivos titulares se encuentran bien protegidos y estos tiene adecuadas facultades para proteger sus intereses en Internet, esa herramienta todavía maravillosamente anárquica y en donde todavía más del 90% de los contenidos que ofrece carecen de licencia alguna que los legitime frente al consumidor.

[Fin del documento]