

OMPI/PI/STI/03/4

ORIGINAL:Español

FECHA:24demarzode2003



OFICINA NACIONAL DE PROPIEDAD
INDUSTRIAL DE LA REPÚBLICA
DOMINICANA



ORGANIZACIÓN MUNDIAL
DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA
MADRE Y MAESTRA

TALLER NACIONAL DEL AOMPI SOBRE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y EL USO DE LA INFORMACIÓN TECNOLÓGICA COMO HERRAMIENTA PARA EL DESARROLLO

organizado por
la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)
en cooperación con
la Oficina Nacional de Propiedad Industrial (ONAPI) de la República Dominicana
y con la colaboración de
la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra

**Santiago de los Caballeros (República Dominicana),
30 de marzo y 1 de abril de 2003**

**LA INDUSTRIA DEL CONOCIMIENTO Y LAS TECNOLOGÍAS MODERNAS. ¿SON
UNA OPORTUNIDAD PARA EL ESTABLECIMIENTO Y DESARROLLO DE LAS
PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS (PYME)?**

*Documento preparado por el Sr. Ricardo Antequera Parilli, Abogado, Presidente, Instituto
Interamericano de Derecho Autor (IIDA), Caracas*

I. LA INSERCIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN UNA ECONOMÍA GLOBALIZADA Y EL PAPEL DE LAS PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS (PYMES)

1. La incorporación al Derecho Comercial Internacional de los derechos de Propiedad Intelectual en general, y de derechos de autor y los derechos conexos en particular, obedece, entre otros, a los factores siguientes:

i) la “*globalización de la economía*”, a través de la cual los bienes culturales destinados a la enseñanza, el entretenimiento o la información –generalmente protegidos en el ámbito de los derechos intelectuales–, no son y a producidos y comercializados únicamente en los mercados internos de cada uno de los países, sino que su explotación trasciende las fronteras.

ii) La importancia económica de las actividades industriales y comerciales vinculadas a la producción y mercadeo de esos productos culturales, sea en forma de objetos tangibles (v. gr.: libros, audio y video cassettes, soportes digitales), o bien a través de servicios, especialmente en entornos de transmisión a distancia, en actividades que se desarrollan cada vez más en la “*sociedad de la información*”.

iii) Las distorsiones que se producen en el comercio cuando existen niveles nacionales en la protección de esos bienes intelectuales, colocándose en clara desventaja a la actividad empresarial que se desarrolla en países con altos sistemas de protección (entre otras cosas por las remuneraciones que deben pagar a los titulares de derechos autorales y conexos), frente a aquellas otras que se instalan en territorios con una tutela limitada.

iv) El fenómeno de la “*piratería*”, propiciando el comercio internacional de ejemplares ilícitos, de más bajo costo, en perjuicio de la actividad empresarial legítima.

v) La necesidad de crear mecanismos coercitivos, en el área comercial, contra aquellos países donde la protección a los derechos intelectuales es deficiente o inefectiva, evitando la existencia de “*territorios intocables*”, desde los cuales se producen y exporten soportes ilegítimos, o se realicen transmisiones o retransmisiones no autorizadas.

2. Las distorsiones al comercio internacional ya habían propiciado la posibilidad de sanciones unilaterales, como las basadas en la Sección 301 de la Ley estadounidense de Comercio, de 1974, por el cual los Estados Unidos de América se atribuyeron la facultad de aplicar medidas de retaliación comercial contra países que en forma injustificada obstaculicen el comercio norteamericano, suspender o derogar tratados preferenciales, o imponer gravámenes a los productos o servicios provenientes del país que adopte políticas restrictivas; y en sentido similar la Unión Europea, por Reglamento 2641/84 de 1984, que la facultó para tomar medidas unilaterales contra países que incurran en prácticas comerciales ilícitas.

3. A esas acciones unilaterales se agregaron las previstas en los Convenios bilaterales sobre Libre Comercio, como los celebrados entre los Estados Unidos de América y más de cuarenta países (varios de ellos latinoamericanos) y, posteriormente, en los Tratados Regionales o Subregionales, también sobre Libre Comercio, por ejemplo, el TLC para América del Norte (Canadá, Estados Unidos de América y México) y el G3 (Colombia, México y Venezuela), los cuales incluyen un Capítulo sobre la propiedad intelectual y la “*observancia*” de tales derechos.

4. Pero la universalidad de los compromisos en esta disciplina, no ya en el marco de los convenios internacionales tradicionales sobre la materia (Convenio de Berna, Convención de Roma), sino en el ámbito del Derecho Comercial Internacional, surgió con el Tratado de la Organización Mundial de Comercio (OMC), cuyo Anexo 1C contiene el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC).
5. Esta introducción nos permite visualizar que lo planteado en la actualidad se exploran qué medida y con qué probabilidades de éxito, las PYME de los países en desarrollo pueden aprovechar el desarrollo económico que tienen en las industrias culturales y de la información, en las diferentes áreas vinculadas al conocimiento y a las nuevas tecnologías, especialmente relacionadas con el derecho de autor, los derechos conexos y las demás ramas de la “*Propiedad Intelectual*”, en el marco de la “*globalización*” y sin incurrir en conductas que puedan afectar los compromisos internacionales asumidos por sus respectivos países.
6. Y en ese sentido no puede dejarse de señalar que la economía de los países en desarrollo descansa sobre las pequeñas y medianas empresas, las cuales, en proporción con el capital invertido, son las que generan mayores fuentes de trabajo.
7. Sólo para poner un ejemplo, en el caso de un país petrolero cuyos ingresos fiscales dependen en buena medida de esa actividad económica, como Venezuela, mientras todas las empresas propiedad de Petróleos de Venezuela (PDVSA), empleaban para el año 2001, a unas 45 mil personas, el número de PYME en el país, en el mismo período, era de 47.360, de modo que si conservadoramente se estableciera un promedio de diez personas por cada una de ellas, estarían hablando de unos 473.600 empleos.
8. Y la cifra es mucho mayor en otro país latinoamericano que tiene una producción más diversificada, como Colombia, cuyos “*micro-establecimientos*”, solamente, alcanzan los 967.315.¹
9. En lo adelante veremos que las actividades económicas vinculadas a la “*Propiedad Intelectual*” ocupan un lugar importante en la participación de las PYME en las economías nacionales, las cuales intervienen o están en capacidad de intervenir en varias etapas de la producción de bienes intelectuales.
10. Así, como apunta la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), la propiedad intelectual es un elemento constante de la realidad que nos rodea, pues producto o servicio que utilizamos en nuestra vida cotidiana es el resultado de un largo camino de innovaciones, grandes o pequeñas, y tales es el caso de casi todos los productos o servicios que se hallan en el mercado, como ocurre con los discos compactos, donde la empresa que los fabrica habrá obtenido la protección por patente de distintas partes técnicas del aparato, mientras que su dibujo o modelo habrá sido protegido por los derechos correspondientes a los dibujos y modelos industriales; la marca del aparato está protegida por los derechos de marcas y la música que suena en el equipo estéreo (o ha sido) protegida por el derecho de autor.

¹ V. http://www.dane.gov.co/Informacion_Estadistica/Microestablecimientos/microestablecimientos.html

² V. <http://www.wipo.int/sme/es/index.html>

11. Y como también se acota en el estudio de la OMPI sobre la importancia económica del derecho de autor para los países del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y Chile, la heterogeneidad de las *gd* distintivas del amplio grupo de agentes relacionados con el derecho de autor que intervienen en la economía nacional, desde trabajadores independientes y microempresas, hasta transnacionales, desde medianas y grandes empresas estructuradas formalmente, hasta instituciones sin fines de lucro, y que en un mismo sector suelen coexistir agentes de distintos tipos.³

12. E independientemente de que muchos de esos derechos tengan como “ *país de origen* ” a alguno de los desarrollados, veremos en el trabajo de qué manera intervienen las PYME de los países en desarrollo en algunas de las fases de producción o comercialización de esos bienes, desde su etapa de manufacturación hasta que los mismos lleguen al público en forma de productos o servicios.

II. EL PAPEL DE LAS PYME EN RELACIÓN CON LA IMPORTANCIA ECONÓMICA DEL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS EN LOS PAÍSES EN DESARROLLO

13. Podría pensarse, en una primera mirada, que el área de las industrias culturales y otras actividades relacionadas con ella quedare servada a las grandes multinacionales de la investigación, la información y el entretenimiento, pero trataremos de demostrar en este breve análisis que se trata de una visión equivocada.

14. Y también ese análisis permitiría visualizar “ *mutatis mutandis* ” el papel que pueden desarrollar las PYME en otras áreas de la Propiedad Intelectual, particularmente en relación con los diseños industriales, los modelos de utilidad y los signos distintivos de productos y de servicios.

15. Porque una visión de las PYME en el mundo de la creatividad debe desarrollarse sobre el eje: *creaciónes intelecto -inventiva-inteligencia*, es decir, se trata de una “ *cosa humana* ” o de “ *conjuntos humanos* ”, de contacto personal y las PYME tienen, por su propia dimensión, una natural vocación para la creación.

16. Tratemos de identificar aquellos sectores que, como parte de la contribución del derecho de autor y los derechos conexos a la economía en desarrollo, están integrados, en buena medida, por pequeñas y medianas empresas.

17. Para ellos remitiremos al estudio que sobre la importancia económica del derecho de autor y los derechos conexos, formó parte de una exposición anterior en este mismo evento.

³ V.: OMPI/UNICAMP: *Estudios sobre la importancia económica de las industrias y actividades protegidas por el derecho de autor y los derechos conexos en los países del Mercosur y Chile*, p.18.

A. El sector creativo

18. Al analizar los sectores participantes en la importancia económica de I derecho de autor veíamos que el primero a destacar era el de los “ *creadores*”, vale decir, el de los autores y compositores que hacen posible la creación intelectual.

19. A primeravista pareciera que ese sector tiene poca relación con las PYME, dada la creencia de que el autor “ *crea a solas* ”, pero la situación cambia en la medida en que, especialmente en el desarrollo de actividades vinculadas a las nuevas tecnologías, los autores “ *se agrupan* ” en pequeñas y medianas empresas para producir obras que sean competitivas en el mercado (nacional e internacional), en calidad y precio.

20. Algunas de ellas serán comentadas en párrafos posteriores.

B. Las industrias primarias

21. Nuevamente, la idea de las “ *industrias primarias* ” parece asociarse con las poderosas transnacionales que, por sus inmensas estructuras técnico -organizativas, obtienen la cesión por parte de los autores de las obras destinadas a las grandes producciones editoriales, informáticas y audiovisuales.

22. Pero cuando, por ejemplo, el estudio realizado por la *Asociación Colombiana de Especialización en Gerencia y Gestión Cultural* de la Universidad del Rosario, Bogotá, publicado en la revista “ *Cambio 16* ”, en fecha 10 -4-2000,⁴ revela que las industrias culturales colombianas facturaron en 1998 la cifra de 1.400 millones de dólares, es de esperar que una cuota de esa facturación corresponda a la actividad de pequeños y medianos empresarios.

23. Yes que cuando se discriminan las diversas ramas que integran las industrias primarias, podemos detectar grandes oportunidades para las PYME, en varias de las que no cubren las grandes transnacionales, se a por que tienen la imposibilidad de abarcar algunos sectores de la economía nacional, o, simplemente, por que no quieren distraer sus actividades en los pequeños y medianos negocios.

24. Ejemplos de ello lo vemos a diario, cuando dos o más autores se “ *asocian* ” en pequeñas y medianas empresas para producir “ *obras* ” protegidas por los derechos intelectuales, por ejemplo, para la creación de “ *jingles* ” y otros mensajes publicitarios, el desarrollo de diversas clases de “ *software* ” y el mantenimiento de sistemas informáticos para el diseño de obras arquitectónicas y de decoración, páginas “ *web* ” y otras creaciones vinculadas a la informática y las telecomunicaciones.

25. Pero tratemos de categorizar los ejemplos:

i) el sector editorial:

⁴ Datos cortesía del doctor Felipe Rubio, Bogotá.

- según Cohén, los estudios realizados en países desarrollados demostraron que fue la industria de la impresión y la edición el contribuyente más importante a los ingresos nacionales relacionados con el derecho de autor.⁵
- Pero: ¿qué puede ocurrir en los países en desarrollo y cuál puede ser el rol de las PYME en el sector?
 - Si bien es cierto que los “ *bestsellers* ” de circulación internacional están reservados a las grandes editoras, diversos estudios realizados por organismos internacionales demuestran que al rededor del 60% de los libros que se adquieren en los países corresponde a los de carácter didáctico, y es un hecho que ese sector, al menos en lo que se refiere a las obras para la enseñanza primaria y secundaria (y en medida a la universitaria), es producido por autores y editores vernáculos, en este último caso, por editores que por su dimensión se ubican en el sector de las PYME.
 - De allí que las PYME en el sector editorial estén íntimamente vinculadas con el título de la “ *creatividad nacional* ”, muy especialmente en cuanto a las obras didácticas y a la literatura vernácula.
 - Un ejemplo figura en el estudio de la OMPI para los países del MERCOSUR y Chile, ya citado, donde se demostró que de los 377 títulos editados en Chile durante el año 1989, 128 correspondían a ciencias sociales, 31 a las ciencias aplicadas, 9 a las ciencias puras, 7 a la filosofía y 4 a la lingüística, es decir, fundamentalmente obras didácticas, sin contar que de los 124 dedicados a la literatura y 40 a la historia.⁶ Es de suponer que un porcentaje de ellos estaría también dedicado a la enseñanza.
 - Y nada distinto ocurre en Brasil, donde de 43.697 títulos publicados en 1999, resulta que 26.515 correspondieron a obras didácticas, así como científicas, técnicas y profesionales, es decir, aproximadamente el 60% de la producción editorial.⁷
 - Otro dato interesante es el que arroja el estudio realizado por el Grupo Acción Nacional Antipiratería (GANA), en su Informe sobre la “ *Situación de la Piratería en Venezuela y su afectación a la industria nacional* ”,⁸ y que con datos del año 2001 reflejó que la industria nacional de la edición/impresión (integrada en un buen porcentaje por pequeñas y medianas empresas), generaba empleo para 42.600 personas, estimándose la posibilidad de un aumento del 28%, en la medida en que se incrementaran las acciones judiciales para reprimir la piratería de libros y otras publicaciones.
 - Mientras que en Argentina el número de ejemplares de libros producidos en el año 1999, fue de 72 millones.⁹ Buen aparte de ellos correspondientes a obras didácticas y, en consecuencia, de producción nacional.

⁵ COHEN JEHO RAM, Herman: *Critical reflections on the economic importance of copyright*, en *Right*. Ed. International Publishers Association (IPA) and The International Group of Scientific, Technical and Medical Publishers (STM), Vol. 2, No. 4, 1988 -1989, p. 5.

⁶ V.: OMPI/UNICAMP: *Estudios sobre la importancia económica de las industrias y actividades protegidas por el derecho de autor y los derechos conexos en los países del Mercosur y Chile*, Ob. Cit. p. 53.

⁷ Idem, p. 107.

⁸ Datos cortesía del doctor Manuel Rodríguez, Caracas.

⁹ V.: OMPI/UNICAMP: *Estudios sobre la importancia económica de las industrias y actividades protegidas por el derecho de autor y los derechos conexos en los países del Mercosur y Chile*, Ob. Cit. p. 74.

– Y en el caso del Paraguay, según el estudio de la OMPI, el valor agregado de las actividades de edición e impresión, fue de más de 56 millones de dólares en 1999.¹⁰

ii) El sector informático:

– No hay duda que los grandes programas de computación “ *standard* ” y las inmensas bases centralizadas de datos, están en la cabeza de las más poderosas y conocidas empresas transnacionales.

– Pero hay un espacio muy amplio que ocupan los sectores nacionales (normalmente a través de pequeñas y medianas empresas), en el campo de los “ *software* *a medida* ” (es decir, los diseñados para satisfacer las necesidades de un cliente determinado o de varios empresarios dedicados a un sector específico), y lo mismo ocurre con las bases de datos de empresas e instituciones nacionales.

– Alo anterior se agrega el sector de servicio y de mantenimiento informático, ocupado en buena medida por pequeñas y medianas empresas.

– Prueba de ello es que según los estudios realizados en Colombia, ya para 1997 existían en ese país 408 empresas dedicadas al sector informático, no solamente para satisfacer necesidades locales, sino con exportaciones equivalentes a los 10 millones de dólares,¹¹ con un estimado de crecimiento interanual del 32%, según los estudios realizados por “ *Price Waterhouse* ” en julio de 1999.

– También los estudios sobre la “ *Situación de la Piratería en Venezuela y su afectación a la industria nacional* ”, demuestran que el sector del “ *software* ” en Venezuela genera empleo directo para 7.400 personas, con una expectativa de crecimiento del 23%, en la medida en que disminuya la “ *piratería* ” de los programas de computación.

– De acuerdo con el estudio de la OMPI en MERCOSUR y Chile, el sector uruguayo del “ *software* ” ha tenido una extraordinaria dinámica, al punto que mientras para 1998 sus exportaciones no alcanzaban los 250.000 dólares, una década después significaban un acirrateo de 60 millones de dólares.¹²

– Y para ubicarnos en nuestro continente, está el caso de la India (cuyas exportaciones de “ *software* ” alcanzaron en 1995, 450 millones de dólares),¹³ donde en criterio de FÍCSOR, el avance del sector ha sido tan grande que muchas de las empresas informáticas que se iniciaron como PYME, hoy son ubicadas en el sector de las grandes empresas, con una tasa anual de crecimiento en la década de los 90 que estuvo cerca del 50%.¹⁴

¹⁰ Idem, p. 199.

¹¹ Fuente: *Estudio de Proexport de Colombia*, Bogotá, 1997. Cortesía del doctor Felipe Rubio, Bogotá.

¹² V.: OMPI/UNICAMP: Ob. Cit. pp. 217 -218.

¹³ V.: ANTEQUERAPARILLI, Ricardo: *Manual para la enseñanza virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos*, Escuela Nacional de la Judicatura de la República Dominicana/INDOTEL, Santo Domingo, 2001, p. 61, citando a ALIKHAN, Shahid: *La Función del Derecho de Autor en la Evolución Cultural y Económica de los países en desarrollo. La experiencia en Asia*, Boletín de Derecho de Autor, Ed. UNESCO, Volumen XXX, No. 4, octubre de 1966, pp. 10 -13.

¹⁴ V.: FÍCSOR, Mihaly: *SMEs and the copyright sector. Success Stories*, Documento WIPO/IP/MIL/01/3(B), en *WIPO Milan Forum on Intellectual Property and Small and Medium-Sized Enterprises*, Milán, 2001, p. 13.

– Y las consideraciones anteriores debe agregarse el auge que ha tenido en los últimos tiempos la industria de las “producciones multimedia” (tanto las “offline” como las “online”) y el diseño y mantenimiento de “páginas web”, a través de pequeñas y medianas empresas locales integradas, las más de las veces, por profesionales y técnicos con edades superiores a los 30/35 años.

iii) El sector audiovisual y publicitario:

– Cada vez que se alude al sector audiovisual se piensa en las grandes producciones cinematográficas (ya sean las pequeñas) o las telenovelas de alcance internacional, pero se olvida que hay todo ese espacio para la producción audiovisual donde intervienen, directa o indirectamente, las pequeñas y las medianas empresas nacionales.

– Pensemos en la industria de los “mensajes publicitarios”, especialmente destinados a la televisión, todos los cuales, si bien producidos en gran medida por agencias importantes, requieren necesariamente del concurso de numerosas PYME, por ejemplo, en el alquiler de equipos y de locaciones, selección de artistas y modelos, decorado y utilería, técnicos, sonidista, etc.

– Es de importancia la nota de varias veces citada en el informe de la OMPI, donde se revela, por ejemplo, que la producción publicitaria uruguayana ha alcanzado un nivel de excelencia reconocido en los mercados más evolucionados, lográndose piezas de altísimo nivel expresivo y comunicacional, al punto que las empresas publicitarias uruguayas han trascendido fronteras, trabajando para mercados como los de México, Brasil, Turquía, Puerto Rico, Europa y otros.¹⁵

iv) Las publicaciones periódicas:

– como en el sector audiovisual, siempre se ubica a las publicaciones periódicas entre las grandes empresas de un país, asociándolas con los periódicos y revistas de circulación relevante en el territorio nacional.

– Pero también acá hay un sector que tiene de a incrementarse, y es el de las publicaciones periódicas especializadas, muchas de ellas generadas por cámaras o asociaciones de pequeños y medianos empresarios, sociedades civiles, gremios profesionales, asociaciones vecinales y deportivas, etc.

– Y las modernas tecnologías facilitan hoy la edición de tales publicaciones, sin las inversiones y costos que demandaban las viejas imprentas.

v) El sector de las artesanías y las artes aplicadas:

– un sector que por su propia naturaleza está íntimamente vinculado a la actividad de las PYMEs y el de las artesanías y las obras de arte aplicado.

– Para delimitar el sector de finirémoslas obras de arte aplicado como lo hace el artículo 2,22 del Reglamento de la Ley 65-00 de la República Dominicana, como toda “creación artística con funciones utilitarias o incorporada en un artículo útil, y sea una obra de artesanía o producida en escala industrial”.

- Pensemos entonces que en el área de las artes aplicadas se encuentran, por ejemplo, los modelos en joyería, orfebrería, bisutería, mueblería, vestidos y decoración, alfarería y cerámica, a los cuales tendrían que agregarse las artes populares y las artesanías.
- Nótese que en algunos casos tales obras pueden gozar de la protección acumulada como “*diseños industriales*” (en el marco de la “*Propiedad Industrial*”), aunque con la ventaja que ofrece el derecho de autor de que la tutela se ostenta con la sola creación de la obra, sin necesidad de cumplimiento de ninguna formalidad.
- Es cierto que en algunos casos tales “*artes aplicadas*” pueden no estar protegidas, por encontrarse en el “*dominio público*” al haber transcurrido o el lapso legal de protección, especialmente cuando se trata de manifestaciones del “*folklore*”, y de allí los esfuerzos que realiza la OMPI con miras a la celebración de un Convenio Internacional para la protección de las “*expresiones del folklore*”, con el fin de que, según algunas de las propuestas, “*cada Estado contratante acordará la misma protección a las expresiones del folklore originarias de otro Estado contratante que la acordada a las expresiones del folklore originarias de su propio territorio, sin perjuicio de la protección específica garantizada y de las excepciones explícitamente previstas por este Tratado*”.
- Lamentablemente, la escasa organización de las PYME en el sector de las artes aplicadas y la artesanía no permite ofrecer datos confiables en cuanto al volumen e importancia de su inserción en la economía nacionales.

vi) La arquitectura y la decoración:

- Así como la industria de la construcción ocupa de manera mayoritaria a grandes empresas (sin perjuicio de la existencia de pequeños y medianos constructores, que satisfacen una cuota importante de las necesidades locales), en el sector de la arquitectura y la decoración tienen una importancia la participación de los pequeños y medianos empresarios, cuyos resultados intelectuales están protegidos por el derecho de autor.

vii) Las industrias auxiliares:

- también las PYME pueden tener un espacio importante en el sector de las industrias auxiliares, que son indispensables para que los bienes intelectuales se materialicen y puedan llegar a las manos del público, como es el caso de las imprentas, litografías y encuadernadoras de deportes gráficos; las empresas diseñadoras de portadas de libros, cartulinas de discos, audiocassettes y videocassettes, así como de afiches divulgativos de las obras cinematográficas.
- Igualmente se ubican en este sector, donde algún porcentaje puede ser ocupado por las PYME, los estudios de grabación y los laboratorios de reprografía.
- Y, finalmente, en conexión con el sector primario de las artes aplicadas, se encuentran los telares, fábricas de muebles, tapices y cerámicas, fundidoras, etc.
- Es cierto que en el sector que ocupan los párrafos precedentes, la titularidad de muchos de los derechos involucrados pertenece a empresas extranjeras, pero también lo es que la participación de esas “*industrias auxiliares*” constituye un “*valor agregado nacional*”, que genera también riqueza en los países donde ellas se desempeñan.

viii) La actividad comercial directa:

– pero es la actividad comercial directa la que ofrece la mayor contribución de las actividades empresariales relacionadas con el derecho de autor (ya que representan en muchos países la mitad de ese aporte), y están ocupadas en un alto porcentaje por pequeñas y medianas empresas, hasta el punto que en Argentina, por ejemplo, de los 508 mil puestos de trabajo generados por las actividades económicas vinculadas al derecho de autor, más del 65% era generados por el sector de la distribución,¹⁶ mientras que en Brasil, de los 1.325.877 puestos de trabajo generados por las actividades relacionadas con el derecho de autor, 557.853 pertenecían al sector servicios y 401.856 al sector comercio.¹⁷

– Como hemos señalado en otro trabajo durante este mismo evento, integran la actividad comercial directa, entre otros, los distribuidores de libros y las librerías; las distribuidoras fonográficas y las discotecas; las licenciatarias, distribuidoras y vendedoras de videogramas contentivos de obras audiovisuales; las distribuidoras y exhibidoras de películas cinematográficas; los museos y las galerías de arte; las salas de teatro; las licenciatarias, distribuidoras y vendedoras de programas de computación (“software”), de bases de datos y de presentaciones “multimedia”.

– Nótese, por ejemplo, que a pesar de la crisis que afecta a la industria fonográfica por el avance de la piratería, tanto en soportes tangibles como a través de las redes digitales, sólo en Argentina, en el año 2000 se vendieron 15 millones de cassettes de música y un millón superior a los 10 millones de CDs.¹⁸

– Y apenas en la ciudad de Montevideo, en el período 1995/1996 se alquilaban 5,6 millones de películas.¹⁹

– Encuanto a Chile, el comercio minorista de libros representa el 40% de las actividades de distribución (con un tasa de crecimiento del 12% anual), seguido del área de informática y del comercio de tallista de libros, para totalizar un valor agregado superior a los 107 millones de dólares en 1998.²⁰

– Pensemos, finalmente, en la contribución del sector comercial en la distribución de los productos y servicios amparados por la Propiedad Industrial: maquinarias y equipos, diseños industriales, modelos de utilidad, y la más amplia gama de mercancías distinguidas por marcas protegidas por el derecho de marca.

ix) Los otros servicios:

– ya hemos dicho que bajo la expresión “otros servicios” se comprenden las actividades económicas que si bien no tienen como objeto principal la explotación de las obras protegidas por el derecho de autor, ese uso forma parte de su objeto comercial, directo o indirecto, generando así las remuneraciones correspondientes a los autores y de más titulares de derechos; o dichos servicios se aprovechan de esos bienes para cumplir su propio objetivo.

¹⁶ Idem, p. 84.

¹⁷ Ibidem, p. 121.

¹⁸ Ibidem, p. 76.

¹⁹ Ibidem, p. 221.

²⁰ Ibidem, pp. 165 -166.

- Y que en ese sector se ubican, por ejemplo, los restaurantes, discotecas, clubes, hoteles, sistemas de transporte y demás lugares o ambientes donde, como parte de la actividad, se comunican públicamente o brasonoras o audiovisuales y, en fin, toda actividad comercial, formal e informal que se genera alrededor de la industria del espectáculo.
- Así, en la ciudad de Montevideo, de acuerdo al análisis de la OMPI, durante la primera mitad de los años 90, asistían al cine más de 1 millón de espectadores por año,²¹ mientras que en Venezuela, según el estudio sobre “*Situación de la Piratería en Venezuela y su afectación a la industria nacional*”, las distribuidoras y salas de cine generan empleo directo para 6.800 personas (con una expectativa de crecimiento del 30% si se disminuyen los niveles de piratería), sin contar con el número de empleos indirectos que dependen de las salas de proyección.
- Otros estudios señalan que el número de espectadores en las salas de cine fue, para el año 1999, de 22 millones en Colombia, 11 millones en Venezuela, 25 millones en Argentina y 100 millones en Brasil, con una recaudación de 50, 171 32 y 352 millones de dólares, respectivamente.²²

x) Los derechos conexos:

- como un sub-sistema “*afín*” al del derecho de autor, se encuentran los “*derechos conexos*” de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión.
- En cuanto a los primeros, es de hacer notar la existencia de pequeñas y medianas empresas vinculadas al sector artístico, comenzando por las agrupaciones orquestales y de representaciones artísticas.
- Por lo que se refiere al segundo sector, si bien la “*gran industria fonográfica*” pertenece a transnacionales, hay un amplio espacio para las medianas empresas productoras de fijación sonora, particularmente en cuanto a los jóvenes artistas nacionales y a la música popular, generando además empleo para otras medianas empresas, por ejemplo, los estudios de grabación, las diseñadoras de portadas de discos y casettes, así como las cadenas de distribución de tales soportes.
- De allí que pequeñas y medianas empresas fonográficas locales constituyan el pilar fundamental en el estímulo a la “*creatividad endógena*” y a la difusión de la música nacional y de los artistas locales.
- Y, finalmente, están los organismos de radiodifusión (radio y televisión), que al igual que en el ejemplo anterior, si bien las grandes radiodifusoras y televisoras constituyen en su mayoría empresas privadas, de la misma manera hay un campo de acción para las radioemisoras locales y regionales, que son a la vez “*usuarias*” del derecho de autor (en razón del material que transmiten, principalmente obras musicales) y “*titulares*” de un derecho conexo, es decir, el que ostentan sobre sus emisiones.

²¹ Ibidem, p. 221.

²² Fuente: Revista Semanario Economía y Cultura, periódico *El Tiempo*, Bogotá, 15 -5-2000. Cortesía del doctor Felipe Rubio (Bogotá).

xi) El sistema de la gestión colectiva:

– se definen como entidades de gestión colectiva a aquellas asociaciones civiles sin fines de lucro constituidas de acuerdo a las formalidades exigidas por la ley, para dedicarse en nombre propio o ajeno a la gestión de derechos de autor o de los derechos conexos de carácter patrimonial, por cuenta y en interés de varios titulares de esos derechos, siempre que haya obtenido de la autoridad competente la respectiva autorización de funcionamiento.

– La justificación de su existencia está en la vocación de universalidad de las obras, prestaciones y producciones, y las amplias posibilidades de su uso, tanto nacional como internacionalmente, incluso por un sinnúmero de usuarios, lo que hace que en ciertos géneros creativos o conexos y respecto de algunas formas de utilización, la gestión colectiva de los derechos patrimoniales resulte el único medio eficaz para que los titulares de derechos sobre las obras, interpretaciones o producciones puedan controlar el uso de esos bienes intelectuales, así como recaudar y distribuir las remuneraciones a que tienen derecho por su explotación.

– Pero: ¿qué vinculación tienen las PYME con la gestión colectiva?

– En primer lugar, las sociedades de gestión colectiva, *per se*, aunque constituidas como asociaciones sin fines de lucro, tienen una estructura organizacional equivalente a las pequeñas y medianas empresas, y en algunos países a las grandes empresas.

– Sin entrar en las cifras millonarias que administran las grandes sociedades norteamericanas o europeas, ni tampoco las entidades latinoamericanas de más larga tradición, pongamos el ejemplo de una sociedad “ *endesarrollo* ”, como la SACVEN de Venezuela, que en el año 2001 distribuyó entre los autores nacionales y extranjeros, una suma cercana a los 2 millones 200 mil dólares, ²³ luego de descontar sus gastos administrativos y de los atinentes a los programas de asistencia social y cultural para sus asociados; y cifras similares maneja la sociedad de gestión colectiva (AGADU), de un pequeño país como Uruguay.

– Pero, evidentemente, el número de sociedades de gestión colectiva es muy limitado, pues como es de universal aceptación, no es aconsejable la existencia de más de una por país y por género.

– Sin embargo, muchas PYME son “ *titulares* ” de derechos (autorales y conexos) y, por tanto, beneficiarias de la gestión colectiva, por ejemplo, las editoriales musicales, en cuanto a los derechos que adquiere de autores y compositores; las agrupaciones artísticas en relación con sus interpretaciones o ejecuciones; las productoras fonográficas respecto de sus fijaciones sonoras; y las emisoras de radio y televisión, por lo que se refiere a sus emisiones.

– También es cierto que muchas PYME son “ *usuarias* ” de los derechos administrados por la gestión colectiva (y, en consecuencia, están en la obligación de pagar las remuneraciones correspondientes al uso del repertorio administrado), pero así como a ningún empresario le incomoda pagar el servicio telefónico, por lo que significa un “ *costo necesario* ” para la producción de sus bienes y servicios, tampoco debe ocurrir en relación con las remuneraciones que debe pagar por el uso de obras, interpretaciones o ejecuciones, producciones o emisiones, cuando tales bienes intelectuales no los usa con “ *afán caritativo* ” sino, precisamente, como uno de los medios de los cuales se sirve para obtener sus propias ganancias.

- Por otra parte, una gestión colectiva eficiente permite a los empresarios que sean “usuarios” de las obras y prestaciones administradas, a:
 - ▶ obtener con facilidad las autorizaciones de uso de las obras y prestaciones que requieren para el desarrollo de sus actividades; y
 - ▶ extender esas autorizaciones a todo un “repertorio mundial”, en la medida en que la gestión colectiva representa las obras y prestaciones extranjeras.
- Por lo demás, la obtención de esas autorizaciones y el pago de las remuneraciones correspondientes constituyen una obligación legal que responde a un sentido de justicia por el aprovechamiento de la creatividad y el esfuerzo ajenos.

26. Pero ya con independencia de la gestión colectiva, muchas PYME cuentan con un activo considerable (y a veces el más importante), integrado por elementos protegidos por algunas de las ramas de la propiedad intelectual: invenciones, diseños industriales, modelos de utilidad, secretos industriales, marcas y otros signos distintivos, obras de arte aplicado, “jingles” y otros mensajes publicitarios, etc. delos

27. De allí que como señala la OMPI:

“Con frecuencia, las PYME no valoran adecuadamente el valor de la propiedad intelectual y subestiman ampliamente las posibilidades de obtener beneficios futuros gracias a su uso. Sin embargo, la propiedad intelectual puede convertirse en un activo valioso cuando se protege de acuerdo con la ley y cuando existe una demanda en el mercado para los productos y servicios protegidos. ad l

‘La propiedad intelectual puede generar ingresos para su PYME a través de la concesión de licencias, la venta o la comercialización de los productos o servicios protegidos, gracias a lo cual puede mejorar sensiblemente la cuota de mercado de la empresa o aumentar su margen de beneficios.’

‘Los derechos de propiedad intelectual pueden incrementar el valor de su PYME para los inversores e instituciones financieras.’

‘En caso de que se produzca una venta, fusión o adquisición, cabe la posibilidad de que aumente el valor de su empresa gracias a los activos de propiedad intelectual, que a veces resultan ser los activos principales o los únicos que tienen valor.’

‘Por consiguiente, la utilización estratégica de la propiedad intelectual puede incrementar de manera sustancial la competitividad de su PYME. Conviene que las PYME aseguren de estar en condiciones de afrontar estos desafíos y adopten medidas para explotar sus activos de propiedad intelectual y protegerlos siempre que sea posible. Al igual que en el caso de los activos tangibles, los activos de propiedad intelectual deben ser adquiridos y mantenidos...’, explicados, evaluados, estrechamente supervisados y cuidadosamente gestionados con el fin de extraer todos su valor... Contodo, antes de que pueda llevarse a cabo esta tarea, las PYME deben reconocer en primer lugar el valor de la propiedad intelectual y comenzar a considerarla como un activo valioso’²⁴

III. EL RETO DE LAS PYME ANTE LAS INDUSTRIAS DEL CONOCIMIENTO Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

A. Introducción

28. Toda innovación tecnológica casi siempre significa un “*trauma*” ante el temor de que las nuevas invenciones nos conduzcan al fracaso.
29. Bastaría con recordar de qué manera se vaticinó la “*muerte*” de los autores dramáticos con el surgimiento del cine; o de los compositores de música con el advenimiento de la grabación sonora y, posteriormente el mismo temor de los creadores, con la aparición de la radio, la televisión, la transmisión por cable y satélite, así como recientemente con el fenómeno digital.
30. Sin embargo, el derecho de autor ha podido superar esos “*traumas*”, especialmente a través de “*nuevos negocios*” en el mundo creativo: con el cine surgieron nuevas especialidades en la elaboración de argumentos, guiones y diálogos, en la composición de la música especialmente creada para la banda sonora de las películas; en el diseño de decorados y en la elaboración de “*efectos especiales*”; el cine también sirvió para promover a artistas e incluso la música de países que de otra manera no habrían podido internacionalizarla; con la grabación sonora se le abrió el éxito de los autores y compositores permitiendo nuevos ingresos a través de la comercialización de los soportes; y con las telecomunicaciones, a pesar de los retos que presenta, también surgieron nuevos negocios, en la medida en que se instrumentaron los dispositivos capaces de controlar el uso de las obras y el pago de las remuneraciones correspondientes.
31. Nada distinto ocurrió, por ejemplo, en el mundo jurídico, cuando con el surgimiento de la informática los abogados pensábamos que las computadoras “*nos iban a devorar*” y los jueces temían por su trabajo, pensando que esos aparatos dictarían por sí solos las sentencias, mientras que hoy el uso de la informática y el acceso a las telecomunicaciones digitales constituyen herramientas indispensables para todo jurista que desee actualizar sus conocimientos y mejorar su rendimiento profesional.
32. Hemos puesto los anteriores ejemplos, sacados del mundo autoraly jurídico, por que lo mismo ocurre en el mundo de los negocios: el empresario que todavía hoy promueve su actividad “*en la barda de la esquina*”, que continúa pensando en los pedidos que le hacen los amigos por teléfono y que los envía por correo postal a través de un mensajero, está destinado al fracaso.
33. Por el contrario, como apunta Fícsor, imperios mediáticos están emergiendo como un impacto global extendiéndose en el campo de las telecomunicaciones, operaciones de red y manufacturación electrónica, de manera que la autolay la audacia puede hacer que grandes empresas se redimensionen a medianas, que las medianas bajen a pequeñas y suban a la categoría de grandes y que muchas pequeñas puedan desaparecer, de manera que hay muchos ejemplos de historias de éxito para pequeñas y medianas empresas que hoy son líderes en determinados mercados.²⁵

²⁵ V.: FÍCSOR, Mihaly: *SMEs and the copyright sector. Success Stories*, Ob. Cit. p.3.

B. El acceso a la información

34. Sea firma que el fenómeno de la “ *sociedad de la información* ” ha “ *democratizado* ” el conocimiento, desde el momento en que cualquier persona, en cualquier momento y en el lugar que lo desee, puede acceder a publicaciones, hechos y datos imposibles de otra manera, al menos en cuestión de volumen de información y velocidad de respuesta.

35. En ese sentido la Unión Europea apunta a que las empresas, gobiernos y ciudadanos de Europa sigan desempeñando un papel destacado en el desarrollo de una economía mundial del conocimiento y la información y que participen activamente en ella, utilizando, entre otros métodos, el de fomentar la investigación dirigida a desarrollar y difundir nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, así como el de favorecer el desarrollo de aplicaciones y contenidos, apoyando iniciativas que capaciten y estimulen a todo ²⁶ los ciudadanos europeos para sacar provecho de la sociedad de la información y participen en ella.

36. Nada distinto debería ocurrir en el mundo en desarrollo, pero entonces: ¿cuáles la brecha? ¿Dónde se encuentra la llamada “ *división digital* ” entre el mundo desarrollado y en desarrollo?

37. El problema parece centrarse en la posibilidad de acceso a la informática y a *Internet* que se tiene en el mundo desarrollado, comparado con las posibilidades reales en los países en vías de desarrollo.

38. Así, por ejemplo, es cierto que en la actualidad se estima en unos 300 millones los usuarios de *Internet* en el mundo, cifra que aumentará a 500 millones en los próximos dos años, y que muchas empresas dependen de su presencia en la red para el desempeño de sus actividades, pero la paradoja se encuentra en que según los estudios realizados en 1999, para esa época 107 por cada 1.000 habitantes en Finlandia, 87 personas por cada 1.000 en los Estados Unidos de América o 22 por cada 1.000 en el Reino Unido tenían acceso a *Internet*, mientras que esa proporción era apenas de 2 personas por 1.000 en Chile y Argentina, 1 por 1.000 en Brasil y México; 0,61 por 1.000 en Venezuela y 0,54 por 1.000 en Colombia. ²⁷

39. De haberse mantenido esas proporciones, la “ *división digital* ” escada vez mayor y, por tanto, también la brecha entre el mundo industrializado y el mundo en desarrollo, pero ¿cómo remediarlo?

40. En nuestra opinión tal debe ser el esfuerzo productivo de un pacto social, donde todos los sectores políticos, empresariales y académicos involucrados formulen su aporte para lograr la “ *democratización* ” en el acceso a la “ *sociedad de la información* ” por parte de nuestros países, acuyosefectos formularemosalgunas sugerencias:

²⁶ V. <http://europa.eu.int/scadplus/leg/es/lvb/l24100.htm>

²⁷ Fuente: *IMD, World Competitiveness Yearbook, 1999*, cortesía del doctor Felipe Rubio (Bogotá).

i) Por parte de los gobiernos:

– el establecimiento de una política que considere a la “ *sociedad de la información* ” como una cuestión de interés nacional, tal como lo ha hecho la UNESCO al declarar a los nuevos medios de comunicación (*Internet* , redes de datos), como industrias culturales.

– La instrumentación de prácticas tributarias que abaraten el precio de adquisición de los equipos informáticos (al menos las computadoras personales y sus accesorios), a través de la exoneración de aranceles de importación y, de ser posible, del Impuesto al Valor Agregado (IVA) u otros tributos similares.

– El diseño de estrategias que conduzcan a facilitar el acceso telefónico (y, de ser posible, la disponibilidad de las “ *bandas anchas* ”), al mayor número posible de la población.

– El abaratamiento de los servicios de acceso telefónico y a las redes digitales, tomando en cuenta que un mayor número de consumidores permite una reducción de costos en los servicios de las telecomunicaciones.

– El redimensionamiento de los planes educativos, a fin de que la informática y el manejo de información a través de las redes digitales, formen parte de los estudios primarios y secundarios.

ii) Por parte del sector académico y de la investigación:

– facilitar el acceso de estudiantes universitarios a las carreras informáticas, mediante la concesión de becas de estudio y de préstamos para la adquisición de equipos.

– Fomentar el desarrollo de “ *software* ” nacionales, de costo moderado, especialmente destinados a satisfacer las necesidades específicas de las PYME.

iii) Por parte de los sectores empresariales:

– el agrupamiento de empresas por sectores, de manera que mediante la gestión conjunta de ciertas actividades de interés común, puedan reducir costos, inclusive, por ejemplo, mediante el desarrollo de “ *software* ” capaces de satisfacer las necesidades de todas las pertenecientes al mismo sector.

– La instrumentación de programas de capacitación a los pequeños y medianos empresarios acerca de las nuevas herramientas informáticas y de las telecomunicaciones, y el aprovechamiento de oportunidades de negocios gracias a las nuevas tecnologías.

– La incursión de las PYME en el negocio, altamente rentable, que significan los “ *centros de servicios de Internet* ” que permiten el acceso del público en general a la red digital, a precios realmente módicos, lo que ha permitido que un importante sector de la población de algunos países en desarrollo, que no tienen la posibilidad de compra de equipos, tenga acceso a las comunicaciones por *Internet*.

iv) Por parte de los organismos internacionales:

– los de carácter crediticio, mediante la concesión de préstamos preferenciales a los países en vías de desarrollo que presenten planes concretos destinados a la consecución de uno o varios de los fines indicados en los apartes precedentes.

– Losdecarácteri ntergubernamental, losprogramasdeasistenciaalospaíses yalospequeñosymedianoempresarios, conelfindequelasPYMEenlospaísesen desarrollo puedan “ *tomarel tren* ” delasnuevasoportunidadesdenegociosquesurgen graciasala “ *sociedadde lainformación* ”.

41. Unejemplodeelloconstituyelaintensaactividadde laOMPI, parael estímulo yel asesoramientode lasPYME, aprovechandolosrecursosquebrindanloselementosprotegidos porlaPropiedadIntelectual (accesibleatravésde www.wipo.int), dondeelpequeño y medianoempresariopuedeaprovecharconsejos, estudiosyexperienciasdelamásdiversa índole, conformealosprogramasdiseñadosporlaDivisióndelaOMPIparaPequeñas y MedianasEmpresasycuyosfinesesenencialesson:

a. *Promoverunmayorusodelsistemadepropiedadintelectualporpartede lasPYME.*

b. *Fortalecerlacapacidaddelosgobiernosnacionalesparaelaborar estrategias, políticasyprogramasquesatisfaganlasnecesidadesdelasPYMEen materiadepropiedadintelectual.*

c. *Mejorarlacapacidaddelasinstitucionespertinentes, públicas, privadasy relacionadasconlasociedadcivil, comolasasociacionesempresariales eindustriales, conelfindeproporcionaralasPYMEserviciosrelacionadosconlapropiedad intelectual.*

d. *ProporcionarlasorganizacionesdeapoyoalasPYMEentodoelmundo informaciónexhaustivapormediodeInternetyasesoramientobásicosobre cuestiones depropiedadintelectual* .²⁸

IV. OPORTUNIDADES PARALAS PYMES GRACIAS A LOS NUEVOS CONOCIMIENTOS Y LAS MODERNAS TECNOLOGÍAS

A. Las franquicias

42. Aunquepodríaafirmarsequeelsistemadefranquicias yaformabapartedel “ *mundo analógico*”, lociertoesquesugrandesarrolloenlosúltimostiemposhasidoposiblealos nuevosconocimientos enmateriaca omercial, conelauxiliodelasmodernastecnologías informáticasydelastelecomunicaciones.

43. Sedicequelasfranquiciassonunamodalidadde “ *auto-empleo*”, congrandes probabilidadesdeéxitocomprobadoconlaexperienciaylaasistenciadelacasamat rizyque, ademásdelemploedirecto, generaunaseriedepuestosindirectos, especialmenteatravésde losproveedoresdebienesyservicios.²⁹

²⁸ <http://www.wipo.int/sme/es/index.html>

²⁹ Sobreeltema, v.: www.dinero.com.ve

44. Y así como muchas franquicias esperan como “ *franquiciados* ” a las medianas empresas, hay también espacio para las pequeñas, especialmente en ciertos rubros de consumo masivo y modestos costos de producción.

45. Algunos ejemplos acerca del desarrollo del negocio de las franquicias en un país latinoamericano, concretamente Venezuela, pueden resultar muy interesantes:

i) para el año 2001, existían en Venezuela 230 empresas franquiciantes, que mantenían en operación 1.250 puntos franquiciados, estimándose en 500 el número de franquiciantes para el año 2005.³⁰

ii) Pero lo más importante es que un 45% de los franquiciantes son formatos locales, iniciándose ya el proceso de exportación a países de Sudamérica, Centroamérica y el Caribe, algunas de ellas, incluso, a los Estados Unidos de América (por ejemplo, “ *churro-manã* , “ *donpan* ” y “ *googie’s* ”).³¹

iii) La tasa anual de crecimiento de las franquicias en Venezuela es del 20%, sólo superada por el sector de las telecomunicaciones y las operaciones bancarias.³²

46. Pero poca atención se le presta a los diversos elementos propios de los “ *derechos intelectuales* ” que están involucrados en los sistemas de franquicias, entre los cuales se encuentran:

i) las patentes de productos y de procedimientos que están involucradas en el sistema franquiciado.

ii) Los secretos industriales que transmite el franquiciante al franquiciado, incluyendo el “ *knowhow* ”.

iii) Las marcas y otros signos distintivos que identifican al franquiciante y a sus franquiciados, en ocasiones el activo más importante del sistema.

iv) El derecho de autor, particularmente en cuanto a los diseños arquitectónicos y de decoración, el mobiliario, los vestuarios, los “ *jingles comerciales* ”, así como las licencias que se otorgan al franquiciado para el uso de determinados “ *software* ” y bases de datos.

47. Dichos de otra manera: el sistema de franquicias no podría subsistir sin la protección que otorgan las diversas áreas de la propiedad intelectual en la operación del negocio.

³⁰ V.: RIERASEIJAS, Alfonso: *Lo elemental de las franquicias*, Ed. Frontconsulting. Caracas, 2001, p. 13.

³¹ Idem, pp. 14 -15.

³² Ibidem, p. 14 .

48. Finalmente, no dejad llamar la atención un fenómeno que comienza a rendir sus frutos: las franquicias nacionales (como fue visto con el empleo venezolano), que se iniciaron como pequeñas empresas, a veces casi familiares, y que a partir del éxito de su primer negocio comenzaron a diseñar sus propios elementos distintivos y han ampliado sus operaciones mediante el otorgamiento de franquicias a terceros.

B. Las nuevas comunicaciones comerciales

49. La eficiencia de las PYME (como también la de muchas grandes empresas) está ligada, en muchos casos, a las “nuevas maneras de hacer negocios”, desde la publicidad a través de las páginas “web” y la oferta de sus productos o servicios por ese moderno medio comunicacional, hasta los servicios de consultas “en línea” y los intercambios directos entre dos potenciales clientes sin la necesidad de intermediarios. Un ejemplo de ellos son las “subastas” por Internet.

50. En ese sentido, la empresa “Cisco Systems”³³ explica los modelos de comunicación comercial de la manera siguiente:

Modelo antiguo de la comunicación comercial

- El cliente y el proveedor se reúnen o hablan por teléfono
- El proveedor mite un borrador del presupuesto (a mano o dictado)
- El borrador se transcribe mediante máquina de escribir o computadora
- El borrador se corrige por el autor
- El presupuesto se vuelve a transcribir o se imprime una vez más
- La copia final se vuelve a verificar y se firma por el autor
- El presupuesto se envía a la parte interesada (por correo o por fax)

Modelo de la nueva comunicación comercial

- El cliente visita el Web site del proveedor o habla con él por teléfono a través de videoconferencia
 - El proveedor dicta un mensaje electrónico a una computadora con software de reconocimiento de voz (olotecléa)
 - Un documento con la oferta de 40 páginas se adjunta con un video de presentación de 5 minutos de duración.
 - La presentación completa se envía al interesado y a otros cuatro destinatarios mediante RDSI (Red Digital de Servicios Integrados).

C. El tele-trabajo

51. Cada vez se hace más frecuente que muchas PYME, especialmente las dedicadas al área de diseños, consultorías, estudios y dictámenes, acudan a la figura del “tele-trabajo”, de modo que sus diseñadores, programadores y técnicos “trabajan en casa”, enviando sus informes y

³³

http://www.cisco.com/global/PE/sne/sce/gce/nueva_agenda.shtml

estudiosala “ *casamatríz* ”atravésdelcorreelectrónicooderedesde “ *Intranet* ”,loque facilita elenvío yrecibodeinformación,incluso enformaclasificadayconfidencial, medianteprotocolosdeseguridad.

52. Estafigurahadadounaaltarentabilidadapequeñasymedianasempresas,asuvezque ventajaspara eltrabajador,porque:

- i) sereducen loscostosenespaciosymobiliariosdeoficinas.
- ii) Aumentalaproductividaddelempreado,quienademásdeevitarselapérdidade tiempoentrasladosal lugar detrabajo, eligesuhorariodelabores,deacuerdoasushábitosy capacidadderendimiento.
- iii) Eltrabajadorsebeneficiaantelareduccióndecostosdetransporteeinclusode vestuario.

D. Elcomercioelectrónico

53. Comounadefiniciónnoexhaustivaseentiendeporcomercioelectrónico toda relación comercialestructurada apartir de unoomásmensajesdedatos (u otrosmediosquecontengan informacióngenerada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medioselectrónicos), mediantelacual, entre otras cosas, se producen operaciones de intercambio o suministro de bienes (tangibles o intangibles) y servicios, incluidas las actividades de publicidad y mercadeo, sin que exista contacto físico entre quien ofrece los bienes y servicios y quien los demanda.

54. Esas operaciones, por medio de “ *compras virtuales* ” y operaciones bancarias en línea, iniciadas en la década de los 90 a través de “ *Internet* ”, se han proyectado de manera tal que hoy constituyen, potencialmente, el mercado más amplio e integral de toda la historia, hasta el punto que las ganancias en el comercio electrónico pasaron de 26 billones de dólares en 1997 a 43 billones en 1998, se estima que alcanzó los 330 billones en el 2002, y se proyecta llegar de 2 a tres trillones entre el 2003 al 2005.³⁴

55. Ejemplos puntuales demuestran, por ejemplo, que en los años 1996 -2000, la tienda virtual “ *amazon.com* ” obtuvo ganancias por U\$ 10.000 millones; que “ *America Online* ” tuvo beneficios por más de U\$ 1.800 millones en 14 años; y que Yahoo generó utilidades por U\$ 8.200 millones en 6 años.³⁵

³⁴ V.: FÍCSOR, Mihaly: *SMEs and the copyright sector. Success Stories*, Ob. Cit. p. 13.

³⁵ Fuente: Revista *Semanade Colombia*, del 17-7-2000. Cortesía del doctor Felipe Rubio (Bogotá).

56. El comercio electrónico vade desde la compra -venta de bienes tangibles (o “ *bienes duros* ”)³⁶, es decir, que no son transferidos a través de la red (comercio electrónico indirecto), hasta la recepción del contenido por el consumidor en forma de objetos intangibles, conocidos como “ *bienes blandos* ”,³⁷ o sea, que llegandirectamente al adquirente por medio de la Internet (comercio electrónico directo).

57. El primer caso (comercio electrónico indirecto), ocurre a través del acceso público a supermercados virtuales, desde verdaderos “ *superstore* ” (que ponen a disposición del público libros, discos, videos, software, et c.), tales de amazon.com, hasta tiendas especializadas, como Barnes & Noble (www.bn.com) para libros; CDNow! (www.cdenow.com), GetMusic.com o musicweb.com para discos musicales; videotalk.net para soportes audiovisuales; o zdnnet.com para programas de ordenador.

58. El segundo consiste en la transmisión en línea de obras literarias o artísticas (o de prestaciones protegidas por los derechos conexos del autor), es decir, el comercio electrónico directo, de manera que al entrar en el sistema telemático, no resultan necesaria la posesión del soporte material (“ *playback* ”) que contiene la obra o prestación y que sirve de intermediario entre los proveedores de contenido y de servicios y el usuario receptor.

59. Ahora bien, la misma materialidad de los contenidos protegidos por los diversos derechos comprendidos en el “ *espacio jurídico* ” de la “ *Propiedad Intelectual* ”, hace que constituyan un objeto natural del comercio electrónico, y no solamente aquellos que se enmarcan en el sub -sistema normativo del derecho de autor y de los derechos conexos, sino también dentro de los comprendidos en la disciplina relativa a la protección de los signos distintivos de bienes y servicios, lo que, también en algunos casos, tiene implicaciones en relación con los derechos autorales y afines al derecho de autor.

60. Como apunta la OMPI:

“[...] es la propiedad intelectual lo que hace funcionar el comercio -e. Los sistemas que dan vida a Internet -los programas informáticos, las redes, diseños, circuitos integrados, encaminadores y conmutadores, la interfaz de usuario, etc. -son elementos de propiedad intelectual y se protegen a menudo mediante derechos de propiedad intelectual. Las marcas son una parte fundamental del comercio -e, y el desarrollo de la marca, el reconocimiento del cliente y el buen nombre, elementos fundamentales de una empresa en Internet, están protegidos por las marcas y el derecho de competencia de la ley.

Las empresas de comercio -e y las que ejercen actividades en Internet están muy vinculadas con la concesión de licencias sobre productos o patentes, porque para crear un producto son necesarias muchas tecnologías diferentes y las empresas, a menudo, delegan a terceros la elaboración de algunos componentes de sus productos, o intercambian tecnologías mediante arreglos de licencia. Si cada compañía tuviera que elaborar y producir por su cuenta todos los aspectos tecnológicos de cada producto,

³⁶ V. MILLÉ, Antonio: *Impacto del Comercio Electrónico sobre la Propiedad Intelectual*, en *Derecho de la Alta Tecnología (DAT)*, No. 117, Buenos Aires, 1998, p.2.

³⁷ Idem.

*sería imposible elaborar productos de alta tecnología. La economía del comercio -e depende de que las empresas trabajen juntas para compartir, mediante la concesión de licencias, las oportunidades y riesgos del comercio. Muchas de esas empresas son PYME.*³⁸

61. Como prueba de lo anterior están las llamadas “ *maquilas*”, que no solamente participan en la elaboración o terminación de productos que se comercializan a través del comercio electrónico como bienes tangibles, sino también en la fabricación o ensamblaje de los diferentes componentes electrónicos que se integran a los sistemas informáticos que hacen posible las telecomunicaciones y el comercio a distancia, tales como las numerosas “*maquiladoras*” de productos de indumentaria y de equipos informáticos que operan en países de centroamérica y el Caribe.

62. Pero, además, el comercio electrónico puede ofrecer otras oportunidades a las PYME, ya que:

i) el sistema facilita la reducción de costos de distribución de los productos o servicios ofrecidos a través de las redes digitales.

ii) El comercio “ *en línea* ” les permite competir con las grandes empresas en algunas áreas que son muy atractivas para estas últimas, por ejemplo, en las obras literarias y musicales y en las mercancías de producción nacional.

63. De allí que las “ *tiendas virtuales* ” ya no estén reservadas a las grandes multinacionales, sino que existen empresas locales, con gran éxito por lo demás, dedicadas al comercio electrónico indirecto, especialmente de regalos, flores, libros y soportes sonoros y audiovisuales.³⁹

64. Por otra parte, existen también experiencias en cuanto al crecimiento de pequeñas y medianas empresas que se han arriesgado a asumir directamente el comercio electrónico de sus productos o servicios, incluso a veces mediante “ *asociaciones estratégicas* ” con otras empresas del mismo sector.

E. Lagestión colectiva y las “ *asociaciones estratégicas* ”

65. Como pudimos ver en capítulos anteriores, existen importantes sectores que integran el ámbito económico de las PYME que están vinculados a la creatividad intelectual y que los avances tecnológicos han tenido como resultado el surgimiento de nuevas formas de explotación de las obras imposibles de controlar individualmente, sino a través de organizaciones como las de gestión colectiva o mediante “ *asociaciones estratégicas* ” entre pequeños y medianos empresarios del sector cultural con tales sociedades de administración de derechos.

³⁸ <http://www.wipo.int/sme/es/index.html>

³⁹ En Venezuela son muy conocidas las tiendas virtuales www.patilla.com y www.apuros.com

66. Así, por ejemplo, las redes digitales están facilitando el régimen de licenciamiento “a distancia” de un conjunto de obras producidas por PYME, las cuales, agrupadas en organizaciones de gestión colectiva o aprovechando el “*knowhow*” que está siendo adquirido a través de los años, facilitan a pequeños y medianos empresarios negociar sus obras y cobrar las remuneraciones correspondientes, reduciendo costos operativos y aumentando sus rendimientos, tomando en cuenta que una asociación de titulares enfrenta tales posiciones frente a los usuarios.

67. Pongamos algunos ejemplos:

- i) el licenciamiento a distancia para el uso de producciones “*multimedia*”.
- ii) El otorgamiento de licencias “*online*” de obras integradas a “*bancos fotográficos*”.
- iii) La concesión de autorizaciones para “*bajar*” la música a través de *Internet*, especialmente de aquella de producción local.
- iv) La expedición de autorizaciones para el uso de obras y artículos literarios o científicos a través de la red, a partir de fuentes centralizadas de licenciamiento.

V. LOS PELIGROS ANTE EL FENÓMENO TECNOLÓGICO

A. El uso indebido de los “*nombres de dominio*”

68. Los “*nombres de dominio*”, inicialmente concebidos como simples “*direcciones electrónicas*” (equivalentes a las “*direcciones postales*” del mundo real), pasaron a ser posteriormente verdaderos “*medios identificadores*” de fabricantes y comercializadores de bienes y servicios,⁴⁰ hasta el punto que en el “*cyberespacio*” tienen una importancia equivalente a la de las marcas y otros signos distintivos tradicionales.

69. Cualquier empresa que hoy pretenda ampliar sus negocios a través del “*cyberespacio*”, debe contar con un nombre de dominio que la identifique en el entorno digital.

70. Ahora bien, la problemática de tales “*nombres de dominio*” se asocia generalmente con los conflictos que se generan entre las marcas que identifican productos o servicios (particularmente de las marcas “*renombradas*” y las “*notoriamente conocidas*”) y estos nuevos elementos distintivos, en particular cuando el uso por terceros de nombres de dominio idénticos o similares a una marca ya protegida, genera confusión en el público acerca del origen empresarial de los contenidos promocionados en la página identificada con el nombre

⁴⁰ Para una amplia información sobre el tema, v.: ANTEQUERA HERNÁNDEZ, Ricardo: *El uso de identificadores en el ciberespacio (consideraciones a propósito de la explotación de signos identificadores en la Internet)*, Tránsito de Postgrado para optar al título de Especialista en Propiedad Intelectual (Mención Honorífica con recomendación de Publicación), Universidad de Los Andes, Mérida, 1999.

dominio y los que se distinguen con la marca, lo que a demás de atentar contra el derecho marcario, constituye un acto de competencia desleal que generalmente también infringe las leyes de protección al consumidor.

71. Pero ello afecta igualmente a las PYME, dado que todos los signos distintivos fortalecen el tiempo, a base de esfuerzo empresarial y calidad de los productos o servicios que se ofrecen, de modo que los medios identificadores constituyen, cada vez más, un activo importante en el capital societario. No debe olvidarse que muchas marcas hoy famosas, comenzaron identificando mercancías que se fabricaban en pequeñas y medianas empresas.

72. Igualmente se presenta el caso de terceros que solicitan y obtienen la asignación de un nombre de dominio idéntico o similar a una marca ya protegida, sin el propósito de usarlo, sino con la deliberada intención de ofrecerle al titular de dicha marca a cambio de un precio, lo que, entre otras cosas, constituye un acto de mala fe y un “*aprovechamiento parasitario*”.

73. Son sobradamente conocidos los conflictos planteados con motivo de la asignación a terceros de nombres de dominio (idénticos o similares a marcas de productos o servicios), resueltos a través del Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI⁴¹ como el de jpmorgan.org⁴² (favorable a *J.P. Morgan*), banesto.org y banesto.net⁴³ (con fallo a favor del *Banco Español de Crédito*) y christiandiorcosmetics.com⁴⁴ (condictamen que favoreció a *Parfums Christian Dior*), o decididos por tribunales nacionales, como el del nombre de dominio harrods.com, conocido por la justicia británica y que declaró con lugar la demanda planteada por *Harrods Ltd.*⁴⁵

74. Pero la problemática de los nombres de dominio también alcanza al derecho de autor y a los derechos conexos, por ejemplo, cuando el medio identificador cibernético coincide con el título de una obra altamente conocida o con el nombre de un autor, editor, productor u otro titular del derecho muy prestigioso, al tiempo que a través de la página en la Web se comercializan en forma electrónica, bajo el nombre de dominio asignado, productos o servicios vinculados al derecho de autor o a los derechos conexos, de suerte que el público accede a la página y adquiere dichos bienes o servicios ofrecidos a través de la tienda virtual, en la creencia de que se trata de obras, ediciones o producciones que emanan de ese autor, editor o productor.

75. Y no se trata de un mero ejercicio teórico, sino que se han presentado muchos conflictos en la realidad, resueltos también varios de ellos a través del Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI, por ejemplo, del nombre de dominio microsoft.org (con resolución a favor de *Microsoft Corporation*);⁴⁶ los de bbcenespanol.com, bbcenespanol.net y bbcenespanol.org (resueltos a favor de *The British Broadcasting Corporation*)⁴⁷ y los de tarzanonline.net

⁴¹ V. http://arbitr.wipo.int/domains/decisions/1_200-es.html

⁴² V. <http://arbitr.wipo.int/domains/decisions/html/d2000-0035.html>

⁴³ V. <http://arbitr.wipo.int/domains/decisions/html/d2000-0018.html>

⁴⁴ V. <http://arbitr.wipo.int/domains/decisions/html/d2000-0022.html>

⁴⁵ V.: BUGALLO MONTAÑO, Beatriz: *Internet, comercio electrónico y propiedad intelectual*, Ed. Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho. Montevideo, 2000, p.85.

⁴⁶ V. <http://arbitr.wipo.int/domains/decisions/html/d2000-0053.html>

⁴⁷ V. <http://arbitr.wipo.int/domains/decisions/html/d2000-0050.html>

tarzanonline.org(condic tamen favorable a *Edgar Rice Burroughs, Inc* .);⁴⁸ o sentencias dictadas por tribunales nacionales, tales como el nombre de dominio playmen.it (resuelto por la justicia estadounidense a favor de *Playboy Enterprises*).⁴⁹

76. Y en casos más recientes, tenemos el conflicto por el nombre de dominio de la escritora española Rosa Montero (rosamontero.com), resuelto a favor de dicha autora,⁵⁰ y el de la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) de España (en relación con el nombre de dominio putasgae.com), decidi do también a favor de esa entidad de gestión colectiva.⁵¹

B. Lapiratería

77. Y la piratería en el mundo analógico, tanto de fonogramas, videogramas y programas de computación, como de mercancías con marcas falsificadas, ha generado desde hace mucho tiempo inmensos daños a todas las actividades industriales y comerciales lícitas que ponen en el mercado los productos legítimos, y ese fenómeno afecta con mayor severidad a las pequeñas y medianas empresas, quienes muchas veces no cuentan con los medios necesarios para combatir eficientemente ese flagelo, y no siempre se aplican con severidad las leyes destinados a reprimir esos delitos.

78. Ejemplo de lo anterior son las quiebras que se han producido en varios países con pequeñas productoras fonográficas locales, que no han podido resistir el embate de la piratería.

79. Ya en el entorno digital y concretamente en el caso del comercio electrónico indirecto, por ejemplo, pueden presentarse conflictos con los titulares de derechos de autor de derechos conexos sobre los intangibles susceptibles de adquirirse a través de tiendas de esa naturaleza, consistieran en soportes físicos o de reproducciónes no autorizadas.

80. En ese sentido, bien vale la pena destacar la habilidad de los “piratas” para “migrar” de un tipo de obra determinada a otro tangible o intangible (del libro a la cinta sonora, de ésta al video, del videograma al programa de ordenador), se a por las ganancias esperadas en determinado mercado o bien por las acciones intentadas en su contra por los titulares de derechos de determinado género, de suerte que en el año de extrañe el “cambio de giro empresarial” por parte de ciertos comercializadores de productos ilícitos, desde las tiendas en el mundo real hacia las que operan en el mundo virtual, para ofrecer a los consumidores productos ilícitos, imitando, por lo demás, el mismo cambio que comienza a operarse, aquí en forma lícita, por parte de los titulares de derechos, como ha ocurrido con la compra de la discoteca virtual CDNow! por parte de *Warnery Sony* .

81. Y nada distinto ocurre si en el comercio electrónico indirecto, se ponen en circulación mercancías con marcas falsificadas.

⁴⁸ V. <http://arbitr.wipo.int/domains/decisions/html/d2000-0115.html>

⁴⁹ V.: GLICKSON, Scott L.: *Identificandoy administrandoriesgos en el Cyberespacio* , en *Derecho de la Alta Tecnología (DAT)*, No. 111, Buenos Aires, noviembre de 1997, p. 11.

⁵⁰ <http://arbitr.wipo.int/domains/decisions>

⁵¹ <http://arbitr.wipo.int/domains/decisions>

82. Sin embargo, al menos en el área del derecho de autor el tema más dramático consiste en la transmisión en línea de obras literarias o artísticas (o de prestaciones protegidas por los derechos conexos del autor), es decir, el comercio electrónico directo, de manera que al entrar en el sistema telemático, no resultan necesaria la posesión del soporte material (“*playback*”) que contiene la obra o prestación y que sirve de intermediario entre los proveedores de contenido de servicios y el usuario receptor.

83. Se trata, en la actualidad, por ejemplo, de cientos de miles de producciones musicales disponibles a través de la red, a partir de sitios que las almacenan y comunican, muchos de ellos sin la autorización de los titulares de los respectivos derechos.

84. En el caso de las grabaciones sonoras, debe destacarse el MP3, formato capaz de comprimir música para ser enviada fácilmente a través de la red, que puede copiarse en el disco duro de un ordenador y ejecutarse por el usuario-receptor a través de la audio con una calidad equivalente a la de un CD, como también distribuirse a terceros, así como el almacenamiento de la información recibida en aparatos “*de bolsillo*”, para ser oída a través de auriculares similares a un “*walkman*”.

85. Y se han producido precedentes de gran importancia en otros países, por ejemplo, con los casos de “*Napster*”⁵² y de “*MP3.com*”,⁵³ donde se declararon ilícitas las transmisiones musicales por no contar con la autorización de los titulares de los respectivos derechos ni haber efectuado el pago de las remuneraciones correspondientes.

86. A través de un servicio similar (que fue denominado MPTrez), desde un sitio ubicado en la República Argentina y ante la intimación planteada por la entidad de gestión autoral SADAIC, la operadora “*Datafull*” decidió levantar inmediatamente el servicio y plantear la posibilidad de negociar una alternativa legítima de difusión de las grabaciones sonoras.⁵⁴

VI. LOS CORRECTIVOS JURÍDICOS Y TECNOLÓGICOS

87. ¿Qué hace distinto al mundo digital y a las transmisiones interactivas de contenidos en relación con las otras formas de explotación que ya habían surgido en el tiempo con la tecnología analógica? Veamos:

i) en el ángulo positivo, es de hacer notar que se trató de un medio masivo de utilización mundial de las obras (y prestaciones) como nunca antes se había visto, de modo que si dichas formas de uso causan – como deben causar – una remuneración a favor de los titulares de derechos, y esa retribución se hace verdaderamente efectiva en proporción a la

⁵² V.: Caso 00-16401: A & M Records y otros c. Napster, en www.ce9.uscourts.gov

⁵³ V.: Caso UMG Recordings Inc. y otros c. MP3.Com, Inc., en www.droit-technologie.org

⁵⁴ V.: ÉMERY, Miguel Ángel: *Observancia de los derechos de autor y los derechos conexos en las redes digitales, la tecnología y sus posibilidades en materia de información y supervisión. La pertinencia de los Acuerdos del ADPIC*, Documento OMPI/DA/MVD/00/3, Montevideo, 2000, pp. 14-15.

explotación de esas creaciones y prestaciones, lo que debe avizorarse es una “ *era de prosperidad*” para los titulares de derechos intelectuales, incluidas las pequeñas y medianas empresas que operan a través de las nuevas tecnologías.

ii) Desde una óptica negativa, se destaca que las redes digitales como “ *Internet*” son básicamente “ *inseguras*” (y no sólo para los derechos de “ *Propiedad Intelectual*”, sino también para otros campos como el financiero, el de la confidencialidad de los datos o el de la seguridad pública), de manera que, como nunca antes, el “ *auxilio tecnológico*” resulta fundamental para que esa “ *inseguridad*” no se revierta en contra de los titulares de derechos y de las empresas involucradas.

iii) De allí que el “ *Green Paper*” de los Estados Unidos de América sobre la Propiedad Intelectual y la Infraestructura Nacional de la Información, hay que destacarlo en un momento que el éxito de la “ *superautopista de la información*” estaría supeditado, necesariamente y entre otras cosas, al “ *volumen de obras que circulan a través de ellas*” ya que “ *se garantiza una efectiva protección de los respectivos derechos*” (hemos destacado).⁵⁵

88. Pero la “ *inseguridad*” no es exclusiva de *Internet*, pues ya existía en el mundo analógico: baste con recordar en el pasado relativamente reciente las emisiones de radiodifusión “ *tradicional*” y las efectuadas a través de satélites, que se realizaban, con destino a numerosos países, desde territorios que no reconocían protección intelectual a la programación contenida en la señal (lo que contribuía a la impunidad del emisor), y que generó la invención de los codificadores de señales y la obligación impuesta a los estados (al menos en Tratados de alcances sub-regional, como el TLC y el G3),⁵⁶ de tipificar como ilícita la acción de descodificar señales codificadas, ilicitud que también fue reconocida en la legislación interna de muchos países, miembros de los instrumentos internacionales que contenían ese compromiso.

89. Por otra parte, y a pesar de su “ *inseguridad*”, las transmisiones a través de redes digitales dejan siempre “ *huellas*”, a veces más detectables que las que dejan algunas explotaciones efectuadas en el mundo analógico. Piénsese, por ejemplo, en las escenificaciones teatrales realizadas desde siempre por pequeños grupos artísticos en poblaciones lejanas, o en las ejecuciones musicales analógicas (“ *envivo*” o a partir de soportes sonoros), en modestos lugares públicos situados en lugares apartados, a pesar de lo que la gestión colectiva tradicional ha sido eficiente, en muchos países, para localizar la explotación y sus responsables, así como para recaudar allí las remuneraciones correspondientes, con miras a su distribución.

90. La importancia entonces de la “ *inseguridad*” de las redes y las transmisiones digitales (en comparación con el mundo analógico), se ubica, en primer lugar, en la misma complejidad del sistema; y, en segundo lugar, en el volumen de las utilidades que pueden realizarse con las nuevas tecnologías y las importantes sumas que los titulares de derechos pueden ganar o perder con esas nuevas modalidades de explotación.

⁵⁵ V. *Intellectual Property and the National Information Infrastructure* (primera entrega), en *Derecho de la Alta Tecnología (DAT)*, Año VII, N° 76/77, Buenos Aires, 1994-1995, pp. 25-26.

⁵⁶ El TLC (o por sus siglas en inglés, NAFTA), está constituido por el Tratado de Libre Comercio entre Canadá, Estados Unidos de América y México, al tiempo que el G3 es el Tratado del Grupo de los Tres, que agrupa a Colombia, México y Venezuela.

91. Así, la “*efectiva protección*” de los derechos intelectuales en el mundo de la uesta a disposición de obras y prestaciones a través de las transmisiones digitales pasa, en nuestro concepto, por varios objetivos básicos, a saber:

i) que los titulares de derechos instrumentales de dispositivos técnicos de “*autotutela*”, necesarios para impedir o restringir utilizaciones no autorizadas a través de las “*redes digitales*”.

ii) Que las legislaciones contemplen como ilícito cualquier acto dirigido a eludir esos sistemas de “*autoprotección*”.

iii) Que la gestión colectiva sea adecuada al “*mundo digital*”, con la aplicación de dispositivos que permitan, por un parte, controlar el uso que se haga de sus repertorios por medio de las “*transmisiones digitales*” y, por la otra, con la instrumentación de sistemas seguros de información dirigidos a identificar las obras y prestaciones efectivamente utilizadas a los fines de una eficaz distribución de las remuneraciones percibidas de los usuarios.

iv) Que también se tipifique como ilícito cualquier acto destinado a suprimir o alterar la información electrónica dispuesta por la gestión colectiva para la administración de su repertorio en el ciberespacio.

92. En cuanto al primer de los objetivos mencionados, el artículo 11 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT/TODA) y el artículo 18 del Tratado de la OMPI PI sobre Interpretación y Ejecución y Fonogramas (WPPT/TOIEF), comprometen a los países miembros a proporcionar recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas utilizadas por los autores (o, en su caso, los intérpretes o ejecutantes y los productores fonográficos), para restringir actos que, en relación con los derechos reconocidos en el propio Tratado, no estén autorizados por los autores o permitidos por la ley, de lo que se desprende el derecho que tienen entonces dichos titulares de aplicar dispositivos o sistemas técnicos de “*autotutela*” para protegerse contra el uso indebido de sus obras y prestaciones.

93. También la *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) de los Estados Unidos de América (1998)⁵⁷ reconoce al titular del derecho de autor la facultad de impedir que se neutralicen las medidas técnicas que se hayan dispuesto para controlar el acceso a las obras protegidas.

94. Los dispositivos de “*autoprotección*” en el entorno digital pueden ser de diversas clases, por ejemplo:

i) mediante sistemas de “*codificación*”, “*encriptamientos*” y “*huellas digitales*” aplicados sobre los mismos soportes que impidan al poseedor almacenar, duplicar o modificar su contenido, o restringir el número de copias posibles, lo que sirve de “*autotutela*” tanto frente al “*proveedor de contenidos*” y al “*proveedor de servicios*” como ante el “*usuario-receptor*”.

⁵⁷ Para una amplia información comentada sobre la DMCA, v.: GINSBURG, J. ane: News from
US, en *Revue Internationale du Droit d'Auteur*” (RIDA), No. 179, París, 1999, pp. 143 -299.

ii) A través de un control de acceso a las obras y prestaciones en el “ *server*”, sea como una limitación parcial que exige el cumplimiento de determinados procedimientos de identificación, lo que permitiría reconocer al usuario, permitiendo o negando la información solicitada, o bien como una forma de restricción total.

iii) Por medio de controles “ *desegundo nivel* ”, que permitan el acceso a los archivos, pero de manera que éstos solamente puedan ser ejecutados para un fin específico, como sería el de su visión o audición por parte del usuario -receptor, pero no para su almacenamiento, duplicación o transmisión.

95. Pero es el caso que “ *la técnica también ayuda a burlar la técnica* ”, razón por la cual el segundo objetivo, previsto en el citado artículo 11 del TODA/WCT (y en el 18 del TOIEF/WPPT), ha sido ampliado en varias legislaciones nacionales, no solamente para sancionar la acción de eludir los dispositivos técnicos de “ *autotutela*” como los ya indicados (pues la conducta de eludir constituye en muchos casos el último eslabón de la cadena delictiva), sino también (como lo contemplan leyes latinoamericanas como las de Ecuador, Paraguay, Perú y República Dominicana), la fabricación, importación, venta, arrendamiento, puesta en circulación de dispositivos o productos, o la prestación de servicios cuyo propósito o efecto sea impedir, burlar, eliminar, desactivar o eludir de cualquier forma, los dispositivos técnicos que los titulares hayan dispuesto para proteger sus respectivos derechos.

96. Por su parte, la DMCA estadounidense define en el mismo sentido tres violaciones, a saber:

i) neutralizar las medidas técnicas de protección que permitan controlar el acceso a las obras protegidas.

ii) Fabricar, difundir o poner en disposición cualquier dispositivo que exista, o prestar servicios que neutralicen los sistemas de control de acceso.

iii) Fabricar, difundir o poner en disposición, dispositivos, o prestar servicios que neutralicen una medida técnica que proteja eficazmente los derechos reconocidos al titular del derecho de autor.

97. El tercer objetivo (información sobre la gestión de derechos), resulta imprescindible, porque es imposible “ *administrar derechos* ” en el entorno digital solamente con sistemas propios del mundo analógico.

98. En ese sentido, es sabido que la administración colectiva de los derechos –en principio del autor, y luego también de los intérpretes o ejecutantes y productores –, surgió como una especie de “ *mal necesario* ”, frente a las utilidades que el titular no podía controlar directamente ni, mucho menos, recaudar por sí mismo las remuneraciones correspondientes.

99. Pero la administración personal se restringe cada vez más, en la medida en que se amplían las formas de explotación de las obras, interpretaciones y producciones que dificultan el control, recaudación y distribución de las remuneraciones debidas por los usuarios, especialmente en el almacenamiento y la transmisión digitales, particularmente las disponibles “ *apedido* ”, que desplazan paulatinamente y en una medida importante a la venta de los soportes tangibles, cuya disminución debe ser compensada (ya aumentada, si se quiere en la lentitud de la creatividad y las inversiones en el sector), con el uso remunerado de los bienes protegidos.

100. Así, en relación con la gestión colectiva en la realidad digital y las previsiones que al respecto contempla el TODA/WCT (y la equivalente del TOIEF/WPPT), es evidente que se imponen nuevos retos a esa administración.

101. En ese sentido, como apunta Gervais, impera la necesidad de identificar las obras y los fonogramas utilizados y la manera en que se utilicen, mediante un sistema adecuado de identificación, para que los titulares no pierdan la oportunidad de ejercer sus derechos y de recibir una remuneración apropiada por cada utilización; y que también un sistema que permita identificar en formas sencillas dichas obras y grabaciones, facilitar a sí mismo la autorización para la digitalización de creaciones impresas, las producciones audiovisuales y las fotografías en presentaciones “*multimedia*”, lo que implicará igualmente la existencia de un centro de información u otros servicios de licencia y de un sistema de identificación mundial y uniforme, para una adecuada administración.⁵⁸

102. No obstante, como se ha dicho (y así ya ocurría con los medios analógicos), la tecnología digital puede ayudar a desactivar los dispositivos, también electrónicos, implementados por los titulares para controlar el uso e identificar las obras, interpretaciones o ejecuciones y producciones protegidas, mediante aparatos u otros artificios destinados a suprimir o alterar la información.

103. Es entonces como el TODA/WCT (art. 12), y en el mismo sentido el TOIEF/WPPT (art. 19), dispone que las Partes Contratantes deben proporcionar recursos adecuados y efectivos contra cualquier persona que, con conocimiento de causa, realice sabiendo o, con respecto a acciones civiles, teniendo motivos razonables para saber que induce, permite, facilita u oculta una infracción que consista en suprimir o alterar sin autorización cualquier información electrónica sobre la gestión de derechos; o distribuya, importe para su distribución, emita, comunique o ponga a disposición del público, sin autorización, obras protegidas, sabiendo que la información electrónica sobre la gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización.

104. A los efectos anteriores, el TODA/WCT entiende por “*información sobre la gestión de derechos*” la que identifica a la obra, al autor, al titular de cualquier derecho sobre la obra, a la información sobre los términos y condiciones para su utilización, y a todo número o código que represente la información, cuando cualquier uno de estos elementos de información estén adjuntos a un ejemplar de una obra o figuren en relación con la comunicación pública de una obra.

105. Y una disposición equivalente, con las adecuaciones del caso, figura en el TOIEF/WPPT.

⁵⁸ V.: GERVAIS, Daniel: *Identificación de las obras utilizadas en sistemas digitales*, en el libro - memorias del II Congreso Iberoamericano sobre Derecho Autor y Derechos Conexos, Lisboa, 1994, p. 740.

VII. CONCLUSIONES

106. El avance del conocimiento y de las nuevas tecnologías informáticas y de la información, representan nuevas “oportunidades de negocios” para las pequeñas y medianas empresas, tanto del mundo desarrollado como de los países en desarrollo.

107. Buena parte de las actividades desempeñadas por las PYME tienen relación, directa o indirecta, con los diferentes derechos protegidos por las diferentes áreas de la “*Propiedad Intelectual*”.

108. Las PYME constituyen un factor preponderante para el estímulo a la creatividad nacional.

109. Deben realizarse esfuerzos conjuntos (gubernamentales, empresariales, académicos), para superar el fenómeno de la “*división digital*”, a fin de que cerrar la brecha que, en relación con la “*sociedad de la información*”, existe entre el mundo desarrollado y en desarrollo.

110. El crecimiento de las PYME está también íntimamente vinculado aun “*cambio de mentalidad empresarial*”, lo que supone, de una parte, un esfuerzo por parte de pequeños y medianos empresarios para embarcarse en el “*trend de la tecnología*” y, por la otra, un apoyo sustancial por parte de los organismos internacionales involucrados, de acuerdo a sus áreas de competencia, tanto para la asistencia crediticia como para la formación de los recursos humanos necesarios.

111. Es fundamental que toda la comunidad internacional se incorpore a los Tratados de la OMPI vinculados a la protección de los Derechos Intelectuales y, muy especialmente, a los que se dirigen a la protección de los bienes intelectuales que se utilizan a través de las redes digitales.

112. Es fundamental que a la par de las actualizaciones legislativas internas, exista la conciencia por parte de las autoridades nacionales competentes, acerca de la necesidad de aplicarse severamente las sanciones correspondientes a los ilícitos que perjudican el desarrollo de las industrias y de la actividad en todos sus ámbitos.

[Fin del documento]