

Aspectos legales de la industria del entretenimiento y los medios

Juan Félix Memelsdorff y Alejo Barrenechea

I. Introducción

¿Qué tiene que ver lo legal con el entretenimiento y los medios?

En las páginas que siguen, trataremos de responder el interrogante que preside este capítulo.

El mundo del entretenimiento se desarrolla a partir de la conjunción de ideas, iniciativas, creaciones intelectuales, interpretaciones artísticas, del trabajo de muchas personas y de la inversión de importantes recursos económicos, lo que da lugar a obras, contenidos audiovisuales y productos que luego son comercializados y difundidos, de las más variadas formas, en el mundo entero.

Las relaciones entre las distintas personas y empresas que participan de este proceso de creación, producción y difusión están reguladas, en términos generales, por normas jurídicas y, en términos particulares, por contratos puntualmente celebrados a tal efecto.

Entre las normas jurídicas se destacan las leyes que cada país se ha dado y los tratados internacionales celebrados por las distintas naciones.

El juego armónico de estas normas jurídicas, por un lado, y los contratos especialmente celebrados al efecto, por el otro, nos permitirán saber quién o quiénes deberán considerarse los creadores de una obra y quiénes serán considerados los titulares de derechos sobre estas (de alguna manera, sus dueños), además de qué podrán hacer con ellas, es decir, dónde, cómo, cuándo y por cuánto tiempo podrán explotarlas.

La historia de protección de los derechos de los autores de las obras está íntimamente relacionada con los avances tecnológicos, que posibilitaron nuevas formas de expresión y de difusión del conocimiento y de las creaciones.

La imprenta –inventada alrededor del año 1440– fue el primer hito en esta revolución que democratizó el conocimiento, al permitir su acceso a una mayor porción de la humanidad. Para fines del siglo xvi, existían cientos de imprentas en Europa, y ya se habían publicado unos ocho millones de libros (Einstein, E., 2005). Junto con la imprenta, surgió la necesidad de proteger a los autores por la reproducción no autorizada de sus obras. Antes de la invención de la imprenta, esto no se había considerado necesario: los libros

—realizados materialmente por los copistas— eran objetos casi únicos y de lujo, los autores y los lectores eran pocos, y la creación de obras estaba financiada por el mecenazgo de los príncipes, la Iglesia o los muy ricos.

La primera respuesta que dio el derecho fue conceder a ciertos impresores el privilegio de ser los únicos autorizados a imprimir libros. De este modo, a la vez que se protegían a los autores e impresores, los nacientes estados nacionales controlaban —y, por cierto, a veces también censuraban— qué se difundía y qué no. Primero en Inglaterra y luego en el resto del mundo, el sistema de privilegios fue abolido, y, en su lugar, nació la protección intelectual de las obras de los autores.

Este sistema de protección tiene dos grandes corrientes. La primera, que corresponde a los países anglosajones, se ha llamado del *Copyright* (derecho de copia) y tiene un origen utilitario: se protege a los autores porque, de esa forma, se incentiva la creación artística, literaria o científica (Goldstein, 2001). La segunda corriente, llamada del Derecho de Autor, tuvo su origen en Francia y es la que impera en gran parte de Europa y Latinoamérica. Este sistema reconoce a la obra como una creación del espíritu del autor y a la protección de los derechos del autor como una protección de su personalidad.

La diferencia crucial entre ambos sistemas, por lo menos en su origen, es que el sistema de Derecho de Autor reconocía a los creadores, además de los derechos patrimoniales, los llamados derechos morales que, a diferencia de los primeros, son inherentes a la personalidad del autor e irrenunciables. Ejemplos de estos son el derecho a la paternidad de la obra (el derecho a ser reconocido como su autor) y el derecho a la integridad (en ciertos supuestos, a oponerse a la modificación de la obra).

Globalización mediante, estas diferencias se están atenuando. Así, el Convenio de Berna¹, tal vez el tratado más importante a fin de regular la propiedad intelectual en el mundo, al establecer estándares mínimos de protección, ha ido acercando ambos sistemas.

La imprenta fue sólo el primer hito en esta “revolución del conocimiento”, que continúa ininterrumpida hasta nuestros días.

A fines del siglo xix, se inventaron —o terminaron de perfeccionarse— el fonógrafo, la fotografía, el telégrafo. Dichas invenciones permitieron la creación de nuevas obras (por ejemplo, fotografías) o significaron un nuevo canal de distribución para ellas (por ejemplo, la reproducción mecánica de obras musicales). Esto llevó a la necesidad de ampliar el campo de protección de las leyes a estas nuevas obras o nuevos canales. En el siglo xx, se perfeccionaron la radio, el cine, y apareció la televisión, imagen y sonido.

1. Convenio de Berna. del 9 de septiembre de 1886, completado en PARÍS el 4 de mayo de 1896, revisado en BERLÍN el 13 de noviembre de 1908, completado en BERNA el 20 de marzo de 1914 y revisado en ROMA el 2 de junio de 1928, en Bruselas el 26 de junio de 1948, en ESTOCOLMO el 14 de julio de 1967, en PARÍS el 24 de julio de 1971 y enmendado el 28 de septiembre de 1979. Fue aprobado por la Ley 25.240. B. O. 24.9.1999.

Todos estos inventos en conjunto, y también el creciente desarrollo económico que trajeron, abrieron las puertas a nuevos interrogantes. Porque la concepción romántica del autor como único y solitario creador de su obra dio paso a una nueva realidad, dado que la creación y distribución de obras pasó a requerir la coordinación de enormes recursos creativos, artísticos, técnicos y económicos. *¿Quién es el autor o los autores de un periódico? ¿Cómo se concilian los a veces diversos intereses que tienen sobre una película el director y el productor? ¿Cuál es el plazo de protección adecuado de estas obras?* Son algunos de los muchos interrogantes que el derecho debe responder.

Todas estas nuevas formas de creación –y también de distribución– traen consigo nuevos actores, así, con la radiodifusión, nace la figura del radiodifusor, canal de televisión o radio que, con razón, se considera con derechos –algunos, se verá– sobre los contenidos emitidos por su señal.

Pero los avances tecnológicos también acarrearán la desaparición de algunos actores o un cambio profundo de sus roles. La imprenta, a la vez que introdujo al impresor, significó la desaparición del copista.

Internet, desarrollado a lo largo de las últimas décadas, es tal vez el más importante avance tecnológico desde la imprenta y es posible que sus consecuencias –que aún estamos viviendo– sean mucho más trascendentes. Internet es, entre otras cosas, la culminación del fenómeno de la digitalización que, con una serie de avances, permitió difundir y copiar obras de todo tipo, sin pérdida de calidad entre una y otra copia. A su vez, Internet posibilitó la distribución de obras en forma rápida y barata, casi sin limitaciones territoriales.

Internet y las nuevas tecnologías le agregan un nuevo y profundo desafío a nuestra materia por cuanto lleva implícito, para muchas personas, un fuerte cuestionamiento tanto al sistema del Derecho de Autor como del *Copyright*.

Volviendo a la pregunta que tratamos de responder en este capítulo, el mundo del entretenimiento gira alrededor de obras, contenidos y productos, así como su difusión y explotación comercial.

Obras, contenidos y productos terminan siendo, además de creaciones intelectuales y artísticas, importantes activos de las empresas, activos que se sustentan en derechos adquiridos a lo largo del proceso de creación, producción y comercialización de aquellas.

Esos derechos son algunos de los pilares sobre los que se edifica una parte muy importante de la explotación comercial de obras, contenidos y productos.

El mejor ejemplo de lo recién expuesto es el licenciamiento, figura contractual en virtud de la cual el dueño o titular de derechos sobre una obra, producto o contenido autoriza a otro a su explotación, en la forma, territorio y plazo convenidos.

De la definición que dimos resulta evidente que sin derechos no hay licenciamiento posible. De allí la importancia de una correcta construcción jurídica en la creación,

producción y comercialización de obras, bienes y servicios relacionados con el entretenimiento y los medios.

II. Objetivo

Tratar de ver, desde la mirada jurídica, todas las formas de entretenimiento.

En el presente trabajo, intentaremos analizar el costado jurídico de todas, o al menos las más importantes, formas de entretenimiento.

Como punto de partida, haremos un breve análisis de los conceptos fundamentales del derecho de autor, basamento normativo sobre el que se construyen, desde lo jurídico, los derechos que a cada uno de los participantes en esta actividad corresponde.

Luego, nos dedicaremos a analizar, desde un punto de vista jurídico, lo siguiente:

- El cine;
- la televisión;
- la música;
- la industria editorial;
- el deporte.

Asimismo, dedicaremos un capítulo a otros temas íntimamente relacionados con la industria del entretenimiento:

- Las obras de terceros, marcas, imagen y nombre de las personas.
- Los contratos en el mundo del entretenimiento.
- La radiodifusión.
- Internet.

Por último, dedicaremos un capítulo a un debate caliente sobre las nuevas tecnologías y la protección de las creaciones

III. Un punto de partida. El derecho de autor

1. Introducción

Tal como se afirmó en la presentación de este capítulo, la industria de los Medios y el Entretenimiento se nutre, en gran medida, de distintos tipos de creaciones o esfuerzos creativos, muchas veces protegidos por la propiedad intelectual.

A su vez, la propiedad intelectual tiene dos grandes campos: el de la propiedad industrial, que abarca disciplinas tales como las patentes de invención o el derecho marcario, y, por otra parte, el derecho de autor.

El rasgo distintivo de todas ellas es que protegen bienes intangibles, y esa inmaterialidad es una de las más importantes condicionantes respecto del alcance y forma de su regulación.

Todo esto no va en desmedro de la importancia económica de dichos bienes, ya que, a poco de analizar el tema, se podrá observar que los activos intangibles tienen, en la actualidad, una relevancia sin igual.

Es el derecho de autor el que mayor injerencia tiene en la materia que nos ocupa, y es por eso que esbozaremos a continuación sus principios fundamentales de modo de contar con los elementos necesarios que nos permitan su adecuado abordaje.

2. Distintas concepciones jurídicas

Existen dos concepciones con diferencias bien marcadas en materia de protección del derecho de autor.

La primera de ellas, denominada *Copyright*, vigente en los países anglosajones, registra un primer hito en su desarrollo con el Estatuto de la Reina Ana, de 1709, mediante el que se otorgó protección a los imprenteros o libreros.

La segunda, conocida como *Derecho de Autor*, propia de los países latinoamericanos y de la Europa continental, tuvo su origen en los revolucionarios franceses; su primer antecedente se reconoce en los Decretos de 1791 y 1793, en los que se establecieron los primeros derechos a los autores literarios, musicales o artísticos.

Estas concepciones tienen diferencias concretas, no sólo teóricas, y, si bien hay cierta tendencia hacia su armonización, lo cierto es que generan enormes debates internacionales y no tienen menos consecuencias en los emprendimientos o negocios vinculados a la industria de los medios y el entretenimiento. Posiblemente, esto se deba a que, desde el origen, el foco de la protección para el *Derecho de Autor* estuvo en la figura del creador

y, en cambio, para el *Copyright*, el centro se da en la actividad productiva vinculada a la explotación de una obra.

Brevemente y a título de ejemplo, podemos mencionar como alguna de sus más importantes diferencias que el *Copyright* tiene un campo de aplicación más amplio, porque incluye las emisiones de radiodifusión y de cable, así como la presentación tipográfica de las ediciones publicadas, etc. Sin embargo, la protección es más limitada, ya que sólo se reconocen los derechos establecidos de manera expresa en la norma, mientras que, para el *Derecho de Autor*, la enumeración de derechos patrimoniales es abierta. Por otra parte, el *Copyright* se resiste a reconocer expresamente a los denominados derechos morales, fundamentales para el *Derecho de Autor*. El *Copyright* le da importancia al registro de obras, lo que lo torna innecesario para la vigencia del derecho en los países enrolados en el *Derecho de Autor*².

3. La obra como objeto de protección

El derecho de autor protege obras, esto es, creaciones artísticas que se manifiestan formalmente³.

Debe distinguirse la obra del soporte que la contiene, ya que el derecho de autor sólo protege la primera. Distinta es la titularidad derivada de la autoría sobre una obra literaria de la propiedad que se pueda tener sobre el libro en tanto objeto físico.

A su vez, como consecuencia de todo esto, se desprende uno de los principios fundamentales de la materia, que es la no protección de las ideas por el derecho de autor. Tampoco están incluidos los métodos, sistemas o procedimientos en sí mismos.

El sentido de esta limitación es que el objeto del derecho de autor es fomentar la creación a partir de reconocer cierta protección al autor sobre su obra, y esto no podría lograrse otorgando derechos exclusivos sobre ideas, ya que, por el contrario, importaría un freno a la actividad creativa.

Las obras pueden ser literarias, pictóricas, musicales, teatrales, etc., y la enumeración que suelen contener las normas que regulan la materia son meramente ejemplificativas, por lo que están abiertas a toda nueva modalidad o tipo de creación artística que pueda surgir.

El único requisito para la existencia de protección es que tenga originalidad.

2. Desde el Acta de Berlín de 1928 del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, el más importante tratado internacional sobre la materia, la protección del derecho de autor no puede verse supeditado al cumplimiento de formalidades.

3. Delia Lipszyc (1993: 61) define al objeto de protección del derecho de autor como "... la expresión personal de la inteligencia que desarrolla un pensamiento que se manifiesta bajo una forma perceptible, tiene originalidad o individualidad suficiente, y es apta para ser difundida y reproducida".

Sobre el particular, hay que señalar que cuando se utiliza el término de originalidad, no se está haciendo alusión al concepto de novedad (más propio del derecho industrial), sino a la necesaria existencia de la impronta o manifestación personal del autor en la materialización de su obra, en definitiva, a su individualidad.

Por último, debemos remarcar que es totalmente ajeno al derecho de autor el mérito de la obra, su extensión o temática, etc.

4. Autoría y titularidad

Autor es el creador de una obra y, como consecuencia de esto, sólo pueden serlo las personas físicas. Las personas jurídicas no son autoras, sin perjuicio de que puedan ser, excepcionalmente y por imperio de la ley, titulares originarios de determinados derechos.

Con la distinción entre autoría y titularidad, se demarca con precisión la diferencia entre el creador y, como tal, titular de todos los derechos sobre su obra de aquel que tiene la facultad de ejercer sólo algunos derechos.

La autoría nace con el acto creativo en sí mismo, y la titularidad surge de un acto de transmisión entre vivos (cesión contractual) o por causa de muerte (transmisión hereditaria).

A su vez, tal como se analizará en el apartado siguiente, debemos destacar que no todos los derechos pueden ser objeto de transmisión.

Ahora bien, tal como mencionamos anteriormente, en algunos casos se recurre a una ficción jurídica para reconocer titularidad originaria en cabeza de una persona jurídica cuando, por ejemplo, se establece que el productor de una obra cinematográfica cuenta con algunos derechos de explotación de esta⁴.

5. Derechos patrimoniales y morales

El derecho de autor protege obras y a sus correspondientes creadores (o titulares). Dicha protección se otorga mediante el reconocimiento normativo de una serie de derechos exclusivos, que posibilitan que el autor pueda impedir que otros realicen determinados actos sin su expreso consentimiento.

Los derechos pueden dividirse en dos grandes categorías. La primera, la de los derechos morales, incluye aquellos derechos que se encuentran vinculados con la personalidad del autor:

4. Sobre el particular ver lo mencionado en el Capítulo IV sobre Cinematografía.

- El derecho a la divulgación o inédito, que implica el derecho del autor a decidir cuándo y en qué forma da a conocer su obra.
- El derecho de paternidad, que importa el derecho del autor de que se lo mencione, en el modo que él decida (nombre, seudónimo o anónimo), cada vez que se divulgue su obra.
- El derecho de integridad, que representa la imposibilidad de mutilar o afectar la obra en cualquier modo por parte de terceros.

En algunos países, se suele incluir como derecho moral el derecho de retracto o arrepentimiento, por el que se faculta al autor a retirar del conocimiento del público una obra ya divulgada, aunque con la obligación de reparar los daños que el ejercicio del derecho pueda ocasionar.

Es importante remarcar que estos derechos, dada su particular naturaleza, son absolutos, irrenunciables, inembargables, inalienables, etc.

El segundo grupo de derechos se conoce como derechos patrimoniales, y son todos aquellos vinculados con las distintas formas de explotación de la obra. Si bien su número es abierto, para su mejor análisis, los reuniremos bajo las siguientes categorías:

- El derecho de reproducción, entendiéndose por tal la fijación de la obra en un soporte y la realización de copias o ejemplares de este.
- El derecho de distribución, que involucra la transferencia de las copias o soportes por medio de la venta o cualquier otro medio de circulación de ejemplares físicos.
- El derecho de transformación, que se da cuando una obra es modificada y adaptada de modo de realizar una nueva obra.
- El derecho de comunicación al público, por el que se hace accesible al público una obra, ya sea por su exhibición (obra cinematográfica o pictórica), representación (obra teatral), interpretación o ejecución (obra musical), radiodifusión (radio o televisión) o, incluso, a través de la puesta a disposición al público por medio de redes informáticas, etc.

Este grupo de derechos, a diferencia de los morales, pueden ser objeto de cesión, son transferibles, embargables, etc.

Cabe señalar que estos derechos patrimoniales sufren ciertas limitaciones, por lo que, en determinados casos excepcionales expresamente previstos por las normas, se pueden utilizar obras o parte de ellas, bajo algunas condiciones particulares, sin necesidad de contar con la conformidad de sus autores o titulares.

Ejemplos de estas limitaciones son el derecho de cita, la utilización con fines educativos o de información, que, en tanto excepcionales, son regulados con distinto alcance en los diferentes países.

6. Duración de la protección

Otra limitación importante de los derechos de autor es su duración acotada en el tiempo. En efecto, si bien los derechos morales, en general, suelen ser perpetuos, los derechos patrimoniales no.

Existe un plazo general que cubre toda la vida del autor más una serie de años determinados (internacionalmente, se han armonizado en torno a los 70 años), conocido como *post mortem auctoris*, y plazos especiales para algunos tipos de obras⁵.

Durante la vigencia de dichos plazos, las obras se encuentran en el denominado *dominio privado*, donde se mantienen en plena vigencia los derechos patrimoniales en cabeza de los autores o de los titulares.

Vencido ese plazo, las obras ingresan al *dominio público*, que importa la posibilidad de ejercer ciertos derechos sin necesidad de requerir el consentimiento del creador o su derechohabiente⁶.

A continuación, se incluye un cuadro comparativo de plazos de protección de las obras en algunos países de Iberoamérica.

	ARG	BOL	BRA	CHI	COL	ECU	ESP		PAR	URU	UE
Plazo gral.	70	50	70	70	80	70	70	100	70	50	70
Foto	20	50	70	70	80	70	70	100	70	50	70
Cine	70	50	70	70	80	70	70	100	70	50	70
Anónima	70	50	70	70	80	70	70	100	70	50	70
Póstuma	70	50	70	70	80	70	70	75	70	50	70
Dominio público pagante	SÍ	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SÍ	SÍ	--

5. Por aplicación de tratados internacionales, como el Convenio de Berna y el Tratado de la Ompi sobre Derecho de Autor, los plazos mínimos de protección deben cubrir toda la vida del autor más 50 años después de su muerte.

6. Es de señalar que, si bien en algunos países la utilización de obras caídas en el dominio público es libre, esto no significa que sea gratuita. En efecto, en países como la Argentina, Paraguay y Uruguay, el dominio público es pagante, y se debe abonar un gravamen por tales utilidades.

7. Gestión colectiva

El ejercicio individual de los derechos de autor, como cuando un autor literario negocia personalmente con la editorial los términos de un contrato para editar la obra, no siempre es posible.

La realidad indica que, para la vigencia efectiva de los derechos de autor (contratación, control de uso, recaudación, etc.), se requiere de cierta gestión a cargo de entidades en representación de los autores.

En efecto, un autor musical no tiene la capacidad operativa que le permita otorgar las autorizaciones a todos los que estén interesados en difundir o utilizar su obra (en la radio, por ejemplo).

Es así que surgen entidades, conformadas por sus propios creadores, que se ocupan de la gestión de los derechos que la ley les otorga. La representación, en cada territorio, es tanto de los autores nacionales como de los extranjeros, a partir de un complejo sistema de acuerdos de reciprocidad celebrados entre entidades.

Ahora bien, la gestión colectiva puede ser realizada por una única entidad por país que nuclea a todas las ramas de la creación (SGAE, en España, o AGADU, en Uruguay), o por una entidad por cada una de ellas (tal el caso de la Argentina, con SADAIC para los autores y compositores musicales, ARGENTORES para los escritores dramáticos, etc.).

Una de las cuestiones que suele generar algunos conflictos en materia de gestión colectiva es la discusión en torno a su carácter monopolístico. Calificada doctrina entiende que la unificación en una sola entidad, por lo menos por rama de la creación, es indispensable para la viabilidad del sistema.

8. Infracciones

En virtud de lo expresado hasta aquí, podemos afirmar que habrá infracción de los derechos de autor cuando se ejerce de cualquier forma un derecho que la ley le reconoce en exclusividad a un autor.

Las infracciones pueden involucrar tanto derechos morales, como cuando se edita una obra sin mencionar la autoría; derechos patrimoniales, cuando se edita esa misma obra más allá de lo autorizado por el creador; o bien ambos derechos, como cuando se edita una obra sin autorización del autor, omitiendo, a su vez, mencionar o reconocer su autoría.

Las infracciones típicas en materia de derecho de autor son el plagio y la piratería.

Por plagio se entiende la apropiación de una obra por parte de un tercero⁷. La piratería, en cambio, refiere a la deliberada violación del derecho de autor, en principio, a escala comercial. Decimos “en principio” porque esta noción parece atender más a la piratería tal como se la conocía en el entorno analógico. En la actualidad, bajo el nombre de piratería se incluyen distintos tipos de infracciones, como por ejemplo:

Piratería física, es decir, la realización o distribución de copias (ejemplares físicos) no autorizadas.

Si hay copia del *packaging* de una obra, buscando una imitación del original, entramos en el campo de la falsificación. También puede importar una violación marcaria. Se engaña al consumidor, quien puede creer que está adquiriendo un ejemplar original.

En un sentido más amplio, atendiendo el entorno digital, encontramos la piratería en Internet. Abarca todo tipo de obras, aunque, en la actualidad, las obras musicales y las audiovisuales son las que en mayor medida forman parte del flujo de material en infracción. No requiere un ánimo de dañar ni que forme parte de una actividad de naturaleza comercial. Si bien no hay ejemplares, potencialmente estos se obtienen. Por ejemplo, en las redes de intercambio de música conocidas como *Peer to Peer* (P2P). La digitalización y las redes de telecomunicaciones, como Internet, le dan una dimensión al problema de la piratería nunca antes visto.

9. Derechos conexos

Los derechos conexos, también conocidos como afines o vecinos, son los que pertenecen a aquellos que permiten que las obras sean conocidas o accesibles al público. Son verdaderos intermediarios entre los autores y el público.

En la actualidad, se reconocen tres categorías o titulares distintos, que poseen diferente naturaleza:

- a) Artistas intérpretes o ejecutantes,
- b) productores de fonogramas, y
- c) organismos de radiodifusión.

Cada una de estas categorías detentan la titularidad sobre sus prestaciones, y el ordenamiento les reconoce determinados derechos bajo especiales condiciones, dada la vinculación que tienen con los derechos autorales.

7. “El plagio consiste en la apropiación de todos o de algunos de los elementos originales de la obra de otro autor, presentándolos como propios. El plagiario siempre lesiona el derecho de paternidad del verdadero autor, pues sustituye la identidad de este por la propia; en la mayoría de los casos, también lesiona el derecho de integridad de la obra, pues es habitual que el plagiario trate de disimular el plagio” (Lipszyc, 2001).

Lo relevante sobre el particular es tener presente que, muchas veces, la utilización de obras involucra derechos en cabeza de estos titulares, por lo que se deberá requerir el permiso de uso correspondiente.

10. Protección internacional

La circulación de obras y su protección en aquellos territorios donde son explotadas o divulgadas es un tema que ha ocupado un papel muy importante en el desarrollo normativo de la materia.

Así, se han suscripto destacados tratados internacionales que, con el objeto de brindar protección adecuada a los creadores, han establecido criterios mínimos de protección a los que las obras de los países miembros pueden acceder.

Los más importantes tratados sobre la materia son los siguientes:

- a. Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas (1886).
- b. Convención de Roma para la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión (1961).
- c. Convención Universal (1952).
- d. Tratado OMPI sobre Derecho de Autor, TODA (1996).
- e. Tratado OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas, TOIEF (1996).
- f. Acuerdo sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual vinculados con el Comercio, AADPIC (1994).

IV. Cine

1. Introducción

En el capítulo que sigue trataremos de explicar los conceptos básicos del cine, las etapas en el desarrollo de un proyecto cinematográfico, sus participantes, el régimen legal aplicable, la estructuración de la película desde un punto de vista comercial, y las formas de fomento y apoyo que suele recibir el cine. Asimismo, dedicaremos unos párrafos al cine publicitario.

Vale la pena aclarar que tratamos el cine de manera separada de la televisión y de otras formas de generación y transmisión de obras que contienen imagen y sonido por razones prácticas y porque todavía existen –cada vez menos– diferencias en la forma de producir y explotar obras cinematográficas, televisivas y otras.

Sin embargo, estamos convencidos de que en un futuro muy cercano hablaremos, básicamente, de obras audiovisuales, no sólo del cine y la televisión, sino también de otras formas de crear, producir, difundir y comercializar obras que contengan imagen y sonido, como Internet, telefonía etc.

2. ¿Qué es una película?

Se ha dicho que una película es “toda obra audiovisual, fijada en cualquier medio o soporte, en cuya elaboración quede definida la labor de creación, producción, montaje y posproducción, y que esté destinada, en primer término, a su explotación comercial en salas de cine”⁸.

Como en muchos países la actividad cinematográfica recibe ayudas públicas, es común encontrar definiciones en las leyes que rigen la materia. Así, por ejemplo, en la Argentina, la Ley N.º 17.741⁹, de Fomento de la Actividad Cinematográfica (en adelante, la Ley de Fomento) define la película en su Art. 73 inc. a): “... todo registro de de imágenes en movimiento, con o sin sonido, cualquiera sea su soporte, destinado a su proyección, televisación o exhibición por cualquier medio”.

También podemos decir que la película es una creación autoral, protegida por el Derecho de Autor, regulado en la Argentina por la Ley N.º 11.723¹⁰ de Propiedad Intelectual (en adelante, la LPI). Desde este punto de vista, podemos hablar, entonces, de obra cinematográfica.

3. Etapas en el proceso productivo de una película

Una película de largometraje no surge por generación espontánea; es el resultado de un largo proceso que arranca con la iniciativa de llevar adelante el proyecto y que se extiende, normalmente, durante al menos un año y medio.

Las etapas en las que suele dividirse el proceso productivo de una película son las siguientes:

8. Definición brindada por el Ministerio de Cultura de España en www.mcu.es.

9. Ley 17.741. B. O. 30.5.1968, texto actualizado por DNU 1536/2002 B. O. 21.8.2002.

10. Ley 11.723 B. O. 30.9.1933

Desarrollo
Preproducción
Rodaje
Posproducción

En la etapa de desarrollo, se gesta la idea, se contratan los derechos de la obra preexistente –en caso de que sea una novela, por ejemplo–, se escribe el guión y se arma el presupuesto de producción.

En la etapa de preproducción, se celebran los contratos referidos a la producción (ejemplo típico: el contrato de coproducción), se busca y cierra la financiación del proyecto, se contrata a los participantes centrales (director, protagonistas etc.), se seleccionan las locaciones principales, se contrata el equipo y, en los países con ayudas económicas al cine, se inician los trámites correspondientes.

El rodaje es la etapa más conocida: se lleva a cabo la tarea de filmación propiamente dicha, durante la cual, bajo la batuta del director, los actores ensayan y representan las acciones ideadas y volcadas al guión para su registro en soporte filmico, como lo fue desde sus orígenes, o digital, como lo será cada vez más en el futuro hasta que otra forma de almacenamiento de imágenes y sonido reemplace al mundo digital. Aquí se utilizan todos los recursos artísticos, técnicos y de producción previamente seleccionados y contratados por los productores.

Durante la etapa de posproducción, se realizan todas las actividades necesarias para que el material crudo resultante del rodaje termine siendo la película deseada por el guionista, el director y los productores. Esto comprende las tareas del laboratorio, el doblaje –salvo que se haya filmado con sonido directo, lo cual pocas veces se da–, la edición –tarea fundamental, por cierto–, la selección de la banda musical, los temas por incluir y su sincronización, el agregado de los títulos de apertura, créditos y rodantes finales. La aprobación de la versión definitiva de la película se llama “corte final”, (*final cut*, en inglés) y suele estar reservada al director en las películas llamadas de autor y a los productores –solos o con el director– en el cine industrial.

La comercialización es la etapa siguiente, que ya no forma parte del proceso productivo de la película, pero no por ello es menos importante, dado que se relaciona directamente con el éxito y suceso de esta. La película cinematográfica es una obra de creación intelectual que, por lo general, está destinada a ser vista por (mucho o poco) público. En esta etapa se contrata a los distribuidores, se diseña y ejecuta la campaña de lanzamiento, se efectúa el tiraje de las copias –mientras se utilice material filmico como soporte de exhibición–, se exportan las copias destinadas al mercado internacional, se efectúan los trámites ante los organismos públicos competentes a fin de acceder a las ayudas económicas reconocidas y se efectúan los trámites de protección de los derechos intelectuales sobre la película.

4. Participantes

Como ya hemos visto, en la realización de una película intervienen numerosas partes, con distintos roles y diversos derechos sobre el resultado de su participación. Sin pretender agotar la lista de participantes, podemos señalar a los siguientes: Productores/productora, coproductores, productores asociados y financistas, autor de la obra preexistente –si fuere el caso–, guionista/s, director, productor ejecutivo, director de producción, actores protagonistas, coprotagonistas, de reparto, dobles de riesgo, extras, escenógrafos, director de fotografía y de arte, realizadores, editor/es técnicos, casa para el alquiler del equipo, locaciones (casas/autos), *catering*, músicos (derechos), compositores, ejecutantes, laboratorio, distribuidores.

5. Los tiempos

Los tiempos totales y por etapa son variables según la película. Sin embargo, la experiencia indica que las etapas mencionadas tienen, al menos, la siguiente duración: Desarrollo: un año; preproducción: 8 a 12 semanas; rodaje: 6 a 12 semanas; posproducción: 10 a 15 semanas. De ello resulta que, en total, la realización de una película lleva, entonces, no menos de un año y medio.

Luego, una vez estrenada, los ingresos también se generan a lo largo del tiempo. La taquilla (venta de entradas) se liquida durante la exhibición, previo descuento de los costos de comercialización. Los subsidios, cuando existen, se liquidan luego del estreno comercial de la película y durante un plazo de varios años. Los ingresos provenientes de la comercialización internacional, a su vez, se devengan recién cuando la película es estrenada internacionalmente, si es que ello llega a suceder.

6. Los participantes y sus derechos

No todas las personas, físicas o jurídicas, que intervienen en la producción de una película tienen los mismos derechos. Por el contrario, cada una tiene sus derechos específicos, algunos relacionados con la película misma, mientras que otros sólo tienen derecho a cobrar un salario o un honorario y no gozan de derechos sobre la obra en sí.

Ello deriva de la relación que cada una de las partes tiene con el proceso creativo de una película y su reconocimiento legal.

La LPI, en su Art. 1.^o¹¹ considera la película una obra en colaboración y establece luego que, salvo acuerdo especial, los colaboradores tienen iguales derechos. En tal sentido, el Art. 20 de la misma LPI¹², salvo acuerdos especiales entre las partes, considera colaboradores en la creación de la película a los siguientes:

- Autor del argumento (guionista).
- Director.
- Productor o empresa productora.

Ellos serán, en la Argentina, los titulares de los derechos intelectuales o de *copyright* sobre la película. Cuando la película sea musical, el creador de la música original será considerado también colaborador y titular de los mismos derechos.

A su vez, el Art. 21 de la LPI establece que, salvo convenio especial, el productor tiene la facultad de proyectarla, aun sin el consentimiento del autor del argumento o del compositor, sin perjuicio de los derechos que surgen de la colaboración.

Todo ello, sin perjuicio de los convenios que entre estas partes se celebren; por lo general, es la productora la que contrata a los guionistas y al director, fijando allí la remuneración de estos últimos y su eventual participación en algunas formas de explotación comercial de la película.

Si bien las leyes citadas en este punto son de la Argentina, en la mayoría de los países de Europa Continental y América Latina existen normas parecidas, en tanto reconocen que la película es una obra protegida por el Derecho de Autor, sin uniformidad sobre quiénes se reconocen como sus autores.

En modo semejante, se expresan los más importantes tratados internacionales en la materia, como el Convenio de Berna¹³.

11. El Art. 1.º de la Ley 11.723 cit. dice:

A los efectos de la presente ley, las obras científicas, literarias y artísticas comprenden los escritos de toda naturaleza y extensión; las obras dramáticas, composiciones musicales, dramático-musicales; las cinematográficas, coreográficas y pantomímicas; las obras de dibujos, pintura, escultura, arquitectura; modelos y obras de arte o ciencia aplicadas al comercio o a la industria; los impresos, planos y mapas; los plásticos, fotografías, grabados y discos fonográficos, en fin: toda producción científica, literaria, artística o didáctica sea cual fuere el procedimiento de reproducción.

12. El Art. 20 de la Ley 11.723 cit. dice:

Salvo convenios especiales, los colaboradores en una obra cinematográfica tienen iguales derechos, considerándose tales al autor del argumento y al productor de la película.

Cuando se trate de una obra cinematográfica musical, en que haya colaborado un compositor, éste tiene iguales derechos que el autor del argumento y el productor de la película.

13. Convenio de Berna. del 9 de septiembre de 1886, completado en PARÍS el 4 de mayo de 1896, revisado en BERLÍN el 13 de noviembre de 1908, completado en BERNA el 20 de marzo de 1914 y revisado en ROMA el 2 de junio de 1928, en Bruselas el 26 de junio de 1948, en ESTOCOLMO el 14 de julio de 1967 en PARÍS el 24 de julio de 1971 y enmendado el 28 de septiembre de 1979.. Fue aprobado por la Ley 25.240. B. O. 24.9.1999. Su Artículo 2 dispone que 1) Los términos « obras literarias y artísticas » comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros,

Resulta sumamente importante tener en cuenta a quiénes se consideran los autores de la película por cuanto estos tendrán los derechos que le concede la ley, siempre que no hubiera estipulaciones contractuales que resolvieran la cuestión.

Lo expuesto destaca la importancia de conocer el régimen legal aplicable a una película y la conveniencia de contemplar estos aspectos en los contratos que se celebren en relación con la producción –en el sentido amplio y exhaustivo del desarrollo del proyecto, la preproducción, el rodaje y la posproducción– y con la comercialización de una obra cinematográfica.

Los actores y los músicos, por su parte, tienen lo que se ha denominado el Derecho de Intérprete, previsto también en el Art. 56 de la LPI. Estos no son considerados creadores de la película, sino intérpretes o ejecutantes de una obra creada por otros.

Este derecho, que se llama “de intérprete”, les permite recibir una compensación por el uso público de su interpretación, compensación que pagan los exhibidores de la película, tanto en *theatrical* como por televisión u otros medios. Ello sin perjuicio de la remuneración convenida con la productora por su participación en la película, ya sea como actor o como intérprete musical.

Los restantes participantes, personal de producción (pero no productores), técnicos, personal de administración, etc. no tendrán derechos sobre la película. Su relación con la productora contratante estará regida por los contratos que se celebren y, cuando se trate de relaciones de índole laboral, por las normas del derecho laboral en nuestro país: la Ley de Contrato de Trabajo¹⁴ y los Convenios Colectivos de Trabajo celebrados para la actividad de los actores¹⁵, extras¹⁶, técnicos¹⁷ y músicos¹⁸.

7. Gestión colectiva de derechos

El Derecho de Autor entiende que todos los que utilizan o lucran con una obra autoral, como lo es la película, deben pagar por ello, tanto a los autores como a los intérpretes de

folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias.

14. Ley 20.744. B. O. 21.9.1974

15. CCT N.º 357/75

16. CCT N.º 137/74

17. CCT N.º 235/75

18. CCT N.º 373/71. También se aplica la Ley del Ejecutante Musical 14.597 B.O. 29.10.58

esta. En la Argentina, ello se deriva de la disposición del Art. 36 de la LPI. A su vez, la legislación de otros países contempla normas semejantes.

En casos concretos, cuando una película es exhibida en *theatrical* (por salas), los guionistas, directores, compositores (en la Argentina estos últimos en forma limitada por un reciente y muy importante fallo judicial¹⁹), los intérpretes musicales y los intérpretes actorales tienen derecho a percibir una contraprestación por este uso. Lo mismo sucede si la película es transmitida por televisión, y cuando esa emisión televisiva se recibe en lugares que exceden el ámbito familiar, como hoteles, bares, aviones, etc.

Como es imposible para cada una de estas personas negociar los aranceles y luego cobrarlos, en nuestro país, la ley ha delegado estas gestiones en diversas sociedades de gestión colectiva, que representan, obligatoriamente, a las referidas personas en función de su actividad.

Así, en nuestro país, ARGENTORES²⁰ representa a los guionistas, SADAIC²¹ a los autores y compositores musicales (letra y música), AADI²² a los intérpretes musicales (cantantes e intérpretes), SAGAI²³, de reciente creación, a los intérpretes actorales y DAC²⁴ a los directores cinematográficos.

Los productores, que conforme la LPI tienen derecho de autor sobre la película, hasta la fecha no se han dado este tipo de organización, si bien es posible que lo hagan en el futuro, tal como existen, por ejemplo, en España.

Los aranceles por la difusión pública de los mencionados (guionista, actores, compositores, directores) son fijados por las sociedades de gestión mencionadas con el control del Estado y recaudados por dichas sociedades (SAGAI, AADI, SADAIC y ARGENTORES, respectivamente).

8. Marco legal de la producción cinematográfica

Como vimos, la película es una creación intelectual y, como tal, está regida por el Derecho de Autor, en la Argentina la Ley N.º 11.723 (la LPI). Este es el derecho de fondo que rige la materia. Este régimen legal es semejante al que rige en la mayoría de

19. Nos referimos a la sentencia dictada en los autos "SADAIC C ANDESMAR" dictada por el Superior Tribunal de la Provincia de Mendoza con fecha 15.11.2000 y confirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.. Ver comentario en LL 2002 C 81.

20. ARGENTORES, Sociedad Argentina de Autores, reconocida por Ley 20.115 B. O. 31.1.1973.

21. SADAIC Sociedad de Autores y Compositores, reconocida por Ley 17.648 B. O. 7.3.1968.

22. AADI Asociación Argentina de Intérpretes, reconocida por Decretos 1670/74 y 1671/74.

23. SAGAI Sociedad Argentina d, reconocida por Decreto 1914/2006 B. O. 27.12.2006.

24. DAC Directores Cinematográficos Asociados, reconocida por el Decreto 124/2009, B.O. 24.2.2009.

los países de la tierra, a excepción de los de tradición inglesa, donde rige el sistema del llamado *copyright*.

Conceptualmente, el derecho de autor está construido alrededor del creador de la obra, el autor. Por su parte, el sistema del *copyright*, oriundo del Reino Unido, gira alrededor del editor, de la copia –en el sentido de ejemplar impreso– de la obra. Vale la pena destacar que el sistema del *copyright* hoy impera en los Estados Unidos, Gran Bretaña y demás países angloparlantes.

Para obtener protección, la película, al igual que cualquier otra obra autoral, debe ser original y concreta.

La originalidad quiere decir que no sea copiada de otra anterior. Aclaremos que una película realizada a partir de una novela preexistente no deja de ser, como película, original. Por supuesto que para realizar esta película habrá que haber obtenido, previamente, autorización del titular de derechos sobre la novela.

Cuando afirmamos que la obra debe ser concreta, nos referimos a que lo que se protege son obras concretas, materializadas y no ideas.

Para entender el punto, basta con mencionar una idea: *el romance entre un hombre y una mujer de diferente origen social*. Con esta idea se han creado innumerables obras, desde *Romeo y Julieta* hasta telenovelas. La idea en sí no está protegida por el derecho de autor. La concreción en la obra (teatral, cinematográfica, etc.) sí.

La película tiene reconocimiento y protección independiente de las obras intelectuales de las que hubiere tomado elementos (novela, guión, etc.). Si existe una obra anterior, debe contarse con la autorización de su titular.

El derecho de autor tutela firmemente a los creadores de las obras, con derechos irrenunciables, los así llamados derechos morales. El sistema del *copyright*, por su parte, es más permisivo, en tanto remite a los acuerdos que las partes libremente pudieren celebrar.

Como ya vimos, para la LPI, la obra cinematográfica es una obra en colaboración, cuyos colaboradores son el autor del argumento (guión), el productor y el director. Si se trata de una película musical, también se considerará autor al compositor de la música especialmente compuesta.

Cuando la LPI habla de productor, se refiere a personas físicas y jurídicas (la productora) con lo cual constituye la única excepción al principio general en los países de derecho de autor, que establece que los titulares originales de obras intelectuales son personas físicas. En los países del *copyright* se acepta que personas jurídicas sean consideradas creadoras de obras intelectuales, mediante la contratación “*work for hire*”, trabajo por encargo, en virtud del cual la autoría recae en la parte contratante.

Los autores tienen, respecto de su obra, derechos de índole patrimonial y derechos extrapatrimoniales, los llamados derechos morales.

Los derechos patrimoniales emergen, en nuestro país, del Art. 2 de la LPI, que dispone que el derecho de propiedad de una obra comprende la facultad de disponer de ella, de publicarla, de ejecutarla, de representarla, de exponerla en público, de enajenarla, de traducirla, de adaptarla, de autorizar su traducción y reproducción en cualquier forma.

A su vez, el Art. 36 de la LPI establece precisiones referidas a las obras literarias, dramáticas, dramático-musicales y musicales. Sus autores tendrán el derecho exclusivo de autorizar la representación y ejecución pública, así como la difusión pública por cualquier medio de la representación y ejecución pública.

De allí y de las previsiones del Art. 51 de la LPI se deriva, asimismo, el derecho a usufructuar los beneficios económicos.

Los derechos morales no tienen contenido patrimonial y se entienden irrenunciables. Comprenden el derecho al reconocimiento de la paternidad o autoría sobre la obra, previsto en los Art. 22 y 52 de la LPI, y el de respeto a la fidelidad de la obra, previsto también en el Art. 51 de la LPI.

Conforme el Art. 20 de la LPI, salvo acuerdo especial, todos los colaboradores de la obra cinematográfica (guionista, director y productor) tienen iguales derechos. Conforme el Art. 21 de la LPI, salvo acuerdos especiales, el productor tendrá el derecho de proyectarla, aun sin la conformidad del autor del argumento y del compositor de la música, sin perjuicio de los derechos que surgen de la colaboración.

9. Las ayudas económicas

La producción cinematográfica es una actividad riesgosa en lo económico y financiero, en la cual los productores erogan casi todo el costo de producción de una película (desarrollo, preproducción, rodaje y posproducción) antes de que esta haya generado ingresos. Recién luego de terminada la película y una vez exhibida, sabrá el productor si su inversión tiene visos de recuperación y de generar ganancias.

Por ello, y con fundamento en razones de política cultural, comerciales y de protección a las creaciones y los creadores locales, en numerosos países existen regímenes de apoyo a la producción cinematográfica. España, Francia, Alemania, Gran Bretaña, Italia, la Argentina, Brasil, México son algunos de ellos.

Históricamente, la importancia del mercado norteamericano, frente a la relativa debilidad de los restantes mercados del mundo, justificó también, en numerosos países, la conveniencia de establecer mecanismos de fomento local.

En la Argentina, el régimen de fomento del cine está regulado por la Ley 17.741²⁵, en adelante, La Ley de Fomento. Sin el mencionado régimen de fomento, en la Argentina serían muy pocas las películas de producción nacional que llegarían a producirse, sólo las más taquilleras, muchas veces protagonizadas por famosos actores televisivos.

Es interesante señalar que en la mayoría de los países con régimen de fomento existen disposiciones que impiden a los canales de televisión ser beneficiarios de este. Se entiende allí que la televisión debe apoyar la producción cinematográfica local, pero no recibir los beneficios del fomento, debido a que la televisión resulta ser, por lo general, un medio comercialmente rentable.

El apoyo a la producción cinematográfica puede tener distintas formas: créditos, subsidios, mecenazgo, concursos, premios y la cuota de pantalla.

Los créditos de fomento suelen ser otorgados por organismos públicos o, al menos, con condiciones favorables concedidas por tales organismos, como tasas de interés reducidas, plazos de repago acordes, otorgamiento de avales por parte de tales organismos, etc.

Llamamos subsidio a la ayuda económica no reintegrable que concede el Estado a las películas de producción nacional.

Por mecenazgo, entendemos el régimen que permite aplicar a la producción cinematográfica sumas de dinero provenientes de obligaciones tributarias; se permite al contribuyente descargar de sus compromisos fiscales determinadas sumas de dinero para ser invertidas en el cine. Este régimen se aplica en Brasil.

Se llama cuota de pantalla a la obligación que tienen los exhibidores de incluir en su programación habitual una cantidad determinada de películas nacionales.

10. Las coproducciones internacionales

Muchas veces, en la producción de una película interviene más de una productora; el vínculo que en tales casos las une es una coproducción. Cuando en la coproducción intervienen productores de distintos países, hablamos de una coproducción internacional.

Existen numerosos tratados internacionales celebrados entre distintos países para fomentar la coproducción de películas entre productoras de diversas nacionalidades. La República Argentina ha celebrado tratados internacionales con España, Francia, Italia, y casi todos los países de Latinoamérica.

25. Ley 17.741. modificada por la 20.170, 21.505, 24.377 y Decreto de Necesidad y Urgencia 1536/02, B. O. 21.8.2002.

Vale la pena destacar que las películas producidas en el marco de un tratado internacional serán consideradas nacionales por los organismos públicos de cada uno de los países involucrados y merecedoras de las ayudas públicas allí previstas.

El principio general es la coproducción plena, es decir, que los productores de ambos países aporten recursos económicos y, a la vez, recursos artísticos y técnicos, plasmados en la participación de actores y técnicos de ambos países. El piso para la participación económica minoritaria suele ser del 20 % con su correlato en los participantes.

11. Cine publicitario

El cine publicitario es otra de las grandes ramas de las industrias audiovisuales, junto con el cine, la televisión y las nuevas formas audiovisuales: animación, videojuegos, etc.

La producción de comerciales, que en la mayoría de los países se ha desarrollado sin ayudas públicas, se complementa con el cine y con la televisión, dado que se nutre, en parte, de los mismos recursos humanos y técnicos.

El cine publicitario vive en la Argentina, hace varios años, una situación de auge que se refleja en la cantidad y calidad de los comerciales que aquí se producen. Cerca de la mitad de las películas publicitarias que se producen a nivel local tienen como destino otros países.

Las razones de esta situación son variadas, entre las que podemos destacar la calidad de sus recursos humanos, la existencia de variadas locaciones, un buen equipamiento, la diversidad racial, que permite encontrar cantidad y variedad de actores y extras, la contraestación con relación a los mercados del hemisferio norte y costos medianamente razonables medidos en valores internacionales.

V. Televisión

1. Introducción

Antonio Ambronisi (2008: 54) ha dicho que “la televisión ha sido el medio más popular durante el último medio siglo. No obstante, hoy enfrenta desafíos que jamás imaginó, todo gracias a la tecnología”.

En este capítulo, veremos, brevemente, los conceptos básicos que, desde lo legal, interesan para entender cómo funciona el negocio de la televisión, en tanto medio que genera, produce, emite y comercializa contenidos audiovisuales.

Dejamos para el capítulo xi la problemática de las regulaciones que rigen en la materia, en especial, el régimen de licencias o permisos que en nuestro país, como en muchos otros, el Estado concede a los canales de televisión y de radio.

Como ya dijimos, estamos convencidos de que, en un futuro muy cercano, todos estos temas serán tratados en forma distinta, que la división entre cine, televisión, Internet, etc. es obsoleta y que hablaremos, quizás, de obras audiovisuales e interactivas o, más abarcativo aún, de contenidos audiovisuales.

2. Conceptos básicos. El canal, la señal, el distribuidor de señales

Encontramos una interesante definición de televisión:

La palabra “televisión” se forma de la voz griega *tele* (distancia) y la latina *visio* (visión). La televisión es un sistema de telecomunicación para la transmisión y recepción de imágenes en movimiento y sonido a distancia, que puede realizarse mediante ondas herzianas o por redes (cable). El receptor de las señales es el televisor. El término televisión se refiere a todos los aspectos de transmisión y programación de televisión.

En sus orígenes, la televisión difundía sus contenidos sólo en forma inalámbrica, utilizando el espectro radioeléctrico. A esa difusión inalámbrica de sonidos e imágenes se la llamó señal, la que, como veremos más adelante, tiene una protección específica e independiente de las obras e informaciones incluidas en las emisiones.

En la práctica, se ha denominado contenido al conjunto de la programación de una señal. Federico Vibes (2006:189) lo define diciendo que “el contenido es la información (visual, sonora o bien audiovisual) que se trasmite a través de la señal o emisión”. Tales contenidos también tendrán una protección legal, independiente de la que tiene la señal como emisora, protección fundada, básicamente, en las normas del Derecho de Autor, siempre que estos puedan ser considerados creaciones intelectuales.

Como desde sus orígenes la televisión utiliza el espectro radioeléctrico (al que se ha considerado espacio público), se ha considerado conveniente establecer un régimen de licencias concedidas por el Estado. Dicho régimen de licencias ha avanzado también sobre algunas regulaciones sobre los contenidos de las transmisiones, con lo que se han generado lógicas situaciones de tensión entre los diferentes sectores –e intereses– involucrados.

Están en juego el derecho de la sociedad a recibir información, cultura, formación y entretenimiento, la libertad de prensa, la libertad de expresión y de creación, tanto de los radiodifusores como de quienes a través de ellos se expresan, el lógico y lícito fin de lucro que –obviamente– forma parte de emprendimientos empresariales en el mundo de los medios.

Este sistema de licencias se sustentaba en la necesaria regulación del uso del espectro radioeléctrico por parte de los radiodifusores (estaciones de radio y televisión), los cuales comparten dicho espacio con el mundo de la telefonía, que, a su vez, tenía y tiene en nuestro país su propia regulación legal²⁶.

Con la aparición de la televisión por cable –y luego la satelital–, que permite llevar en un mismo vínculo físico numerosas señales, aparecen los distribuidores de las señales.

Si bien pensamos que lo más importante siguen siendo los contenidos, los sistemas de distribución fueron adquiriendo, en algunos países, singular importancia, en particular, por la posición cuasi monopólica o dominante en el mercado que tenían; tal es el caso de la Argentina.

El impresionante avance de la tecnología empujó fuertemente a una convergencia entre los sistemas de radiodifusión, de telecomunicaciones, los proveedores de Internet y las empresas de servicios informáticos.

Computadoras, televisores, teléfonos celulares y un sinnúmero de aparatos van ofreciendo, cada uno, una amplia gama de servicios que comprenden la comunicación, la divulgación de conocimientos, el entretenimiento, la creación, la actuación interactiva de los sujetos, etc.

De todos modos, parece claro que siempre va a haber un generador o productor de contenidos, muchas veces, obras protegidas por el Derecho de Autor, un sistema de distribución y comercialización de esos contenidos, y el público, cada vez más demandante y menos pasivo.

Lo que aquí llamamos sistemas de distribución y comercialización de contenidos son numerosas redes y plataformas, integradas por canales de televisión, distribuidores de televisión por cable, sistemas satelitales, proveedores de Internet, empresas de servicios públicos que usan sus redes (telefónicas, de electricidad, etc.), portales de Internet, etc. de modo que, al final del día, todos estos jugadores ofrecerán el acceso a contenidos audiovisuales.

3. Tutela de la señal televisiva

Como anticipamos, la señal televisiva como tal, es decir, independiente de la protección de cada uno de los programas que la integran, tiene protección legal.

26. Ley Nacional de Telecomunicaciones No. 19.798 B.O. 23.8.1972.

En efecto, la Convención de Roma sobre Intérpretes o Ejecutantes, Productores de Fonogramas y Organismos de Difusión de 1961, ratificada por la Argentina²⁷, reconoce a los organismos de radiodifusión como titulares de un derecho conexo²⁸.

Los derechos conexos son los que la legislación autoral reconoce a quienes, sin participar en el proceso creativo, tienen participación en la realización de las obras y su difusión. En tal sentido, son titulares de derechos conexos los intérpretes –actores y músicos–, los productores fonográficos y los radiodifusores.

Esta tutela permite al titular de la señal oponerse a que otro retransmita sus emisiones, las fije en un soporte, reproduzca tales soportes y las comunique al público. A modo de ejemplo, un canal no puede –es decir, no debe– tomar la señal de otro y retransmitirla sin autorización de este último. Si lo hace, estará cometiendo un acto ilícito.

Conforme el Art. 14 de la mencionada Convención, el plazo de protección de las señales televisivas no puede ser menor a 20 años.

Es importante tener en cuenta que esta tutela es independiente de la que tienen las obras transmitidas, protegidas, por lo general, por el derecho autoral.

En otro capítulo, dedicado a la radiodifusión, veremos este tema con más extensión.

4. Las licencias

Como el espectro radioeléctrico se ha considerado un espacio público, desde antaño se ha establecido un sistema de licencias otorgadas por el Estado, a fin de ordenar su uso.

Tales licencias son una autorización estatal para emitir o transmitir en una determinada frecuencia y territorio, evitando así superposiciones e interferencias. La realización de emisiones sin esa autorización es ilegal y autoriza al Estado a tomar las medidas necesarias a fin de hacerlas cesar.

27. Convención de Roma sobre Intérpretes o Ejecutantes, Productores de Fonogramas y Organismos de Difusión de 1961, ratificada por la República Argentina por la Ley 23.921 B. O. 24.4.1991.

28. El Art. 13 de la Convención de Roma citada establece que “Los organismos de radiodifusión gozarán del derecho de autorizar o prohibir. a) la retransmisión de sus emisiones; b) la fijación sobre una base material de sus emisiones; c) la reproducción; i) de las fijaciones de sus emisiones hechas sin su consentimiento; ii) de las fijaciones de sus emisiones, realizadas con arreglo a lo establecido en el artículo 15, si la reproducción se hace con fines distintos a los previstos en dicho artículo; d) la comunicación al público de sus emisiones de televisión cuando éstas se efectúen en lugares accesibles al público mediante el pago de un derecho de entrada. Corresponderá a la legislación nacional del país donde se solicite la protección de este derecho determinar las condiciones del ejercicio del mismo.”

Vale la pena señalar que, en sus orígenes, la televisión por cable no estaba sujeta al otorgamiento de licencias por cuanto no utilizaba el espectro radioeléctrico. Sólo se requería una autorización municipal para el tendido del cableado que, por cierto, sí pasaba por espacios públicos.

En la Argentina, esto cambió en 1972, cuando comenzó a considerarse la televisión por cable como servicio complementario de radiodifusión. Luego, en 1980, se dictó la Ley N.º 22.285²⁹ de Radiodifusión, que, además de los canales de televisión de aire –verdaderos usuarios del espectro radioeléctrico–, contemplaba a los canales de cable como prestadores de servicios complementarios.

Recientemente, y en medio de grandes debates y controversias, dicha ley fue derogada y reemplazada por la Ley N.º 26.522³⁰ de Servicios de Comunicación Audiovisual, la que extiende la necesidad de contar con licencias tanto a los servicios de comunicación que utilizan el espectro radioeléctrico³¹ como aquellos que no lo utilizan, como los canales de cable, o que utilizan algún otro tipo de vínculo físico o satelital³².

Vale la pena señalar que la forma en que la mencionada norma fue sancionada, así como el contenido de algunos de sus artículos, dieron lugar a numerosos cuestionamientos, aun en sede judicial, que, en el momento de escribir el presente, no habían sido resueltos de manera definitiva.

Como ya dijimos, también este tema será tratado en forma más amplia más adelante.

5. La producción de obras y contenidos televisivos

Entendemos por contenidos televisivos a la totalidad de la programación de los canales. Esta programación está constituida por obras protegidas por el Derecho de Autor, películas, programas de ficción, etc. y por programas que, por carecer de originalidad o de integralidad, no tienen esa protección, como noticieros, transmisión de eventos deportivos, actos públicos, etc.

La división entre obras protegidas por el Derecho de Autor y programas no protegidos por dicho régimen no es tajante, y hay una gran zona gris alrededor de dos grandes conceptos:

- 1) Si se trata de una verdadera obra y no solamente de una idea, como tal no protegida por el Derecho de Autor.

29. Ley 22.285. B. O. 19.9.1980.

30. Ley 26.522 B. O. 10.10.2009.

31. Ver Art. 32 de la Ley 26.522.

32. Ver Art. 38 de la Ley 26.522.

2) Si es original o la réplica o copia de un programa anterior.

Como ya señalamos, el Derecho de Autor no protege ideas, sino obras.

Entre la obra y la idea, en algún lado, está el formato televisivo que, en nuestra opinión, cuando reúne determinados requisitos tiene la tutela del derecho autoral. Más adelante desarrollaremos este tema.

Respecto de la falta de originalidad, señalamos como ejemplos la transmisión de actos públicos, una cámara que sigue el acto y un locutor que explica lo que sucede, los eventos deportivos, los noticieros donde un locutor o periodista lee noticias en cámara.

Ahora bien, si esto mismo se hace en forma original y novedosa, con características marcadamente distintivas y un desarrollo propio de una obra, entonces podríamos estar frente a un programa protegido por el Derecho de Autor.

De lo expuesto hasta ahora surge que, si un programa reúne las características para ser considerado una obra autoral, entonces estará protegido por el Derecho de Autor, que en la Argentina está regulado por la Ley 11.723 de Propiedad Intelectual.

Más adelante veremos el régimen aplicable a las obras televisivas desde el punto de vista del Derecho de Autor, para tratar de determinar a quiénes debe considerarse sus creadores. Este sistema normativo establece, en lo que aquí nos interesa, una protección especial para los creadores de las obras, a los que llamamos autores, y otra distinta a las personas que ejecutan o interpretan las obras autorales, el llamado derecho de intérprete.

Si un programa no reúne las características para ser protegido por el Derecho de Autor, siempre queda la tutela que la Ley concede a la señal, que ya no protege a los autores, sino a los radiodifusores.

Asimismo, con origen en las regulaciones de la competencia, existe otro sistema de tutela, menos desarrollado y no tan eficaz, que es el de la Competencia Desleal, que se sustenta en el principio de que uno no puede enriquecerse a costa del esfuerzo de otro. Este sistema de protección no proviene del mundo del derecho de autor ni del *copyright*; viene del mundo de los negocios, de las normas que regulan la competencia y tratan de evitar actos que atenten contra la posibilidad de oferentes y demandantes de acceder libremente al mercado.

Cambiando ahora el eje de análisis, decimos que en la producción de programas y contenidos televisivos intervienen varias partes.

La producción suele estar a cargo de los propios canales o de empresas productoras.

Por lo general, los noticieros suelen ser producidos por los canales, suponemos que por expresar, de alguna forma, la línea editorial de la emisora.

Los programas de ficción son producidos, mayoritariamente, por productoras vinculadas con los canales por relaciones contractuales, a veces permanentes, a veces puntuales por programa.

En la producción de programas de ficción, como tiras diarias, semanales y unitarios, telenovelas, *sitcoms*, etc., participan, por lo general, las mismas partes que en las películas cinematográficas; hay guionistas, directores, actores, extras, productores. Sin embargo, su labor no es la misma, porque un programa de televisión no es una película.

El rol de la productora, sea el canal o una casa de producción, es mucho más importante en la televisión que en el cine.

El guionista, figura central en el cine, suele ser remplazado por equipos autorales integrados por guionistas, dialoguistas, coordinadores, obligados muchas veces a escribir y reescribir historias sobre la marcha.

El espacio del director también se ve reducido en comparación con el cine; de hecho, suele haber directores de piso, de exteriores. Asimismo, hay programas que cambian de director en cada temporada e incluso durante la misma, sin afectar el resultado.

Si bien debe haber muchas razones para estas diferencias, una central es que la televisión trabaja constantemente presionada por los niveles de audiencia –el *rating*– y en contacto directo con las reacciones del público, mediante estudios cualitativos, encuestas, etc.

Ambos factores, el *rating* y las respuestas del público, llevan, en la práctica, a introducir cambios sobre la marcha, modificar historias, matar o enviar de viaje a personajes, elevar el voltaje de las escenas románticas, etc. En el cine, todo esto no es posible dado que, por lo general, la película recién entra en contacto con el público una vez que está terminada y sin posibilidades de cambios. Deberá tenerse en cuenta que al utilizar en la exhibición cinematográfica copias en material filmico, una vez impresas dichas copias, cualquier cambio es sumamente costoso y complicado.

En los programas que no son de ficción, de entretenimiento, noticieros, deportivos, periodísticos, de investigación, los participantes van cambiando según el caso, pero siempre el rol de la producción es preponderante.

6. Formas de comercialización. Lata, formato, shows, merchandising

Lata. La primera forma de comercializar los programas de televisión es la venta de los capítulos, la llamada lata.

Por lo general, la primera emisión del programa ya está acordada con un canal antes de su producción si es que el mismo canal no lo produce o coproduce

Luego, una distribuidora internacional se encargará de su venta en el mundo; una de las formas tradicionales de hacerlo es asistiendo a los mercados que anualmente se organizan.

Formato televisivo. La llamada venta de formatos se ha convertido en una nueva forma de explotación comercial de los programas de televisión.

En nuestro país se han producido numerosos programas sobre la base de formatos extranjeros, como *La Niñera*, *Amas de casa desesperadas*, *Casados con hijos*; asimismo, *CQC*, *Rebelde Way*, *Floricienta*, *Todos contra Juan*, entre otros, son programas argentinos vueltos a producir en el exterior sobre la base de una venta de formatos.

Entendemos por formato:

Aquella creación que surge de la sumatoria de una serie de elementos originales en sí mismos, o simplemente originales en su selección y combinación, entre los cuales podemos encontrar el título, musicalización, escenografías, estructura y secuencia del programa, temática, tratamiento narrativo, personajes, reglas, que luego son articulados en una forma predeterminada, de modo tal que puedan lugar a un programa en condiciones de ser emitido³³.

Para Gisella Gaffoglio (1994), se trata del:

... documento escrito en el cual se indican las principales características de un programa de televisión: mecánica, ambientación, escenografía, vestuario, coreografía, musicalización, etc., de modo tal que quien tenga acceso al formato pueda llegar a crearse una impresión bastante precisa de este.

El formato televisivo se encuentra entre la idea, carente de protección por el derecho de autor, y la obra ya materializada. Se trata de una estructura, un esqueleto o intermedio, que hasta que no se concrete en una obra particular, de contar con creatividad y originalidad, debería ser objeto de protección por el derecho.

Por ello, para proteger al formato, se ha recurrido, en principio, a las normas que sancionan la competencia desleal³⁴.

La llamada venta de formatos es una licencia o cesión de derechos, que contiene todos los elementos necesarios para que el cesionario pueda volver a producir el programa con iguales características.

Por lo general, estos contratos de licencia contienen también el compromiso del licenciatarario de utilizar los elementos propuestos por el cedente, de modo de asegurar

33. Memelsdorff, J. F., Barrenechea, A., Formato televisivo, Manuscrito inédito.

34. Sobre este tema, ver el artículo "Formatos de Programas de TV e sua protecao: Utopia ou realidade?", de Gustavo Piva de Andrade, en la Colección de Derechos Intelectuales, Editorial Astrea N.º 12, 2006, pp. 179-207.

que el programa resultante sea, efectivamente, igual al original, lo que también interesa al licenciante.

PNT o *product placement*. Hablamos de PNT o *product placement* cuando, dentro de un programa de televisión, se exhibe o menciona una marca, producto o empresa.

Son ejemplos típicos la aparición visual o la mención de marcas de ropa, teléfonos celulares, pantallas con programas de computación, etc. promocionando de manera más o menos sutil tales bienes.

Desde un punto de vista artístico, especialmente cuando se trata de ficción, es importante que este tipo de publicidad no afecte el contenido ni la estética de la obra.

El PNT constituye una importante fuente de ingresos para la producción de obras audiovisuales. Frente a la tanda, que se desarrolla fuera del programa, el PNT tiene la ventaja de que el espectador no hace *zapping*, que muchas veces afecta la tanda.

Por lo general, los canales facturan todas las menciones de marcas o productos, con independencia de si efectivamente fueron vendidos o no.

No debemos confundir el PNT con las placas de cierre, placas con las que las productoras agradecen el apoyo recibido de diversas empresas, muchas veces, mediante el canje de algún producto o servicio contra tales placas.

Merchandising. Al igual que en el cine, el *merchandising* es una forma de comercialización propia de determinado tipo de programas, particularmente, los destinados al público infantil y adolescente.

Chiquititas, *Floricienta*, *Nini* son casos típicos de programas que generan, a su alrededor, innumerables formas de merchandising. *Back to shcool*, revistas, ropa, zapatillas, fotografías, figuritas para coleccionar son ejemplos típicos de esta forma de explotación comercial de la marca del programa, los personajes y la imagen de los artistas.

Es interesante como algunos programas tienen en cuenta, desde su diseño, el *merchandising*.

Para que el *merchandising* pueda ser explotado de manera correcta, es importante que los derechos sobre el programa sean firmes y oponibles a terceros; entre ellos, el registro de su título como marca, el registro de la historia y el registro del programa propiamente dicho. Asimismo, la productora debe tener los derechos para comercializar la imagen de los protagonistas.

Desde un punto de vista formal, el *merchandising* supone un contrato entre la productora y quien vaya a explotarlo, específicamente, un contrato de licencia, en virtud del cual la productora autoriza la utilización de determinados elementos: la marca, un

personaje, la imagen de un artista en relación con uno o más productos de venta masiva, en un territorio determinado y por un plazo fijado, todo ello a cambio de una contraprestación o regalía, fija o en forma de porcentaje sobre ingresos o utilidades derivados de la venta de los mencionados productos.

Otras formas de comercialización. Música y *shows*. Hay algunos programas de televisión en los que la música ocupa un lugar preponderante, dando pie a otras formas de explotación comercial.

En *Rebelde Way*, programa de ficción, todo giraba alrededor de unos jóvenes que formaban una banda musical. A partir de allí, por un lado y como es bastante común, salieron a la venta discos con los temas del programa.

Pero a la vez, la banda tomó vida propia y comenzó a generar sus propios *shows*, giras, discos, etc. Este programa se replicó, mediante una venta de formato, en México, España y otros países, con singular éxito.

Ya es muy común en la Argentina y también en otros países de Latinoamérica, España e Israel, que programas destinados a los niños o adolescentes den lugar a exitosos *shows* teatrales. *Casi Angeles*, *Nini*, *Valientes* son ejemplos de ello.

7. Contratos y derechos

Como ya vimos, en el mundo del entretenimiento, uno de los activos más importantes de las empresas son los derechos sobre las obras producidas y la posibilidad de comercializarlas.

Tales derechos se basan en normas legales que brindan un marco regulatorio y los acuerdos particulares celebrados entre las partes; la ley y los contratos.

La ley nos dirá a quiénes considera autores de la obra, y los contratos nos dirán el alcance de dicha autoría, así como quién tiene (y en qué medida) el derecho de explotar comercialmente la obra resultante, de qué forma, en qué territorios y por cuánto tiempo.

Por lo tanto, para construir correctamente tales activos y poder explotarlos luego de la mejor manera, hay que prestar especial atención a estos dos elementos:

- la ley aplicable;
- los contratos celebrados.

Cuando nos referimos a la ley, lo hacemos pensando en la legislación que rige el derecho de autor —o el *copyright*— en cada país, más los tratados internacionales que resultaren aplicables.

Asimismo, cuando nos referimos a los contratos, lo hacemos pensando en los contratos de:

- coproducción;
- cesión de derechos sobre obras preexistentes;
- contratación de guionistas;
- contratación del/de los director/es;
- contratación de actores;
- cesión de derechos sobre obras musicales por ser incluidas;
- contratación de músicos;
- contratos de emisión;
- contratos de distribución;
- contratos de licencia, *merchandising*;
- contratos de venta de formatos.

Respecto de actores, técnicos y músicos, en los países donde su contratación tuviere carácter laboral, deberá también ponerse un ojo en las regulaciones del derecho del trabajo que resultaren aplicables; en la Argentina, dadas por la Ley de Contrato de Trabajo N.º 20.744³⁵ y las convenciones colectivas aplicables³⁶. La mayoría de las restantes contrataciones estará regida por las normas de derecho civil.

8. Régimen legal de la obra televisiva

Ya vimos que los programas de televisión, cuando reúnen determinados requisitos, son considerados obras protegidas por el Derecho de Autor. Así se han expresado los doctrinarios Miguel Angel Emery (1999: 34), Martín Massini Escurra y Federico Vibes.

El principal requisito que debe reunir el programa en cuestión es la originalidad. Federico Vibes (2006: 210) ha afirmado que “lo que debe ser original es la expresión en su totalidad, y no tendría que denegarse la protección por la falta de novedad de alguno o algunos elementos del programa”.

Resulta irrelevante si la obra televisiva en cuestión sea considerada buena o mala, la valoración artística no cuenta en el momento de reconocer protección a una creación intelectual.

35. Ley 20.744 B. O. 27.9.1974.

36. Convención Colectiva de Trabajo N.º 131/75 y 223/74.

Veremos ahora cual es el régimen aplicable a dichas obras, que llamaremos obras televisivas.

Las obras televisivas son audiovisuales, es decir contienen, básicamente, imagen y sonido y en esto se parecen a las obras cinematográficas, que forman parte del mismo grupo o género de obras.

Nuestra Ley 11.723 de Propiedad Intelectual no contempló a la televisión por el sencillo motivo que, al sancionarse, en 1933, no existía la televisión. De todos modos, el Art. 1.º de la mencionada Ley adoptó un sistema conceptual abierto y no taxativo para definir las obras que recibirían su tutela, sistema que perfectamente comprende a la obra televisiva.

Dicho todo esto, corresponde preguntarse quién –de los muchos participantes en el proceso de producción de una obra televisiva– debe ser considerado autor y titular de derechos sobre esta.

Ahora bien, si la Ley 11.723 no contempla la obra televisiva, ¿cómo hacemos para responder el interrogante planteado?

Veamos ahora las normas de la Ley de Propiedad Intelectual 11.723, que, sin referirse expresamente a la obra televisiva, podrían ser aplicables.

El Art. 16 dispone que “Salvo convenios especiales, los colaboradores de una obra disfrutan de derechos iguales”. No caben dudas de que la obra televisiva es una obra en cuyo proceso creativo y productivo participan varias personas.

El Art. 20, al referirse a la obra cinematográfica –la película– afirma lo siguiente:

Salvo convenios especiales, los colaboradores de una obra cinematográfica tienen iguales derechos, considerándose tales al autor del argumento, al productor y al director de la película. Cuando se trate de una obra cinematográfica musical, en la que haya colaborado un compositor, éste tiene iguales derechos que el autor del argumento, el productor y el director de la película.

Luego, el Art. 21 establece que “El productor de la película cinematográfica tiene la facultad de proyectarla, aun sin el consentimiento del autor del argumento o del compositor, sin perjuicio de los derechos que surgen de la colaboración”.

La doctrina argentina ha establecido, sobre la base de estas normas, tres alternativas para determinar la titularidad de la obra televisiva:

- 1) Aplicar el principio del Art. 16, en virtud del cual todos los creadores participantes tendrán iguales derechos.
- 2) Aplicar, por analogía, las pautas del Art. 20 para la obra cinematográfica, en cuyo caso consideraríamos autores y titulares de derechos de la obra televisiva al/a los

guionista/s, al/a los director/es y al productor o la empresa productora (Emery, op.cit: 33).

- 3) Aplicar un sistema específico, buscando una solución más justa y que permita reflejar en su solución los aportes creativos efectivamente realizados (Villalba y Lypzic, 2004: 1054; Vibes, 2006: 217).

La aplicación del principio del Art. 16 parece poco práctica al crear una titularidad compartida entre numerosas personas a las que se consideraría autores, lo cual dificultaría la explotación comercial de las obras. Por otro lado, en el mundo de la televisión, los aportes creativos de los distintos participantes son muy diferentes, con distinta importancia y significación.

La aplicación automática del régimen previsto para el cine tampoco nos parece una buena solución. Tomando en cuenta la Ley 11.723 de la Argentina, habría que considerar creadores de la obra televisiva al autor del argumento, al productor y al director, lo cual, en mi opinión, no refleja correctamente la realidad de dicha obra.

En efecto, en la obra televisiva, por lo general, no hay un guionista como en el cine, sino un equipo encargado de la escritura de los guiones, integrado por escritores de la historia, dialoguistas, coordinadores autorales y otros, equipo cuyos integrantes a veces cambian por motivos diversos. El director, figura central en la película cinematográfica, desempeña, en el ámbito televisivo, un rol menos importante; de hecho, tenemos un director de piso (estudios), un director de exteriores, un director de cámaras. Asimismo, hay programas por capítulos en los que algunos son dirigidos por un director, y otros, por uno diferente.

Asimismo, en la obra televisiva, la figura del productor o de la empresa productora toma mayor envergadura que en el mundo cinematográfico. En el mundo de la televisión, la productora está mucho más involucrada en el día a día de la producción de un programa; muchas veces, en las tiras diarias, por ejemplo, la productora recepta inclinaciones o sugerencias del público y, a partir de ellas, genera la introducción de cambios en la obra. Esto tiene que ver, también, con la posibilidad de medir, hoy día, *on line*, las repercusiones del programa, básicamente, medidas en términos de audiencia.

Desde este punto de vista, nos parecería por demás razonable considerar al productor o la empresa productora autores o titulares originarios de la obra televisiva o, al menos, con una presunción de titularidad a su favor salvo acuerdos específicos. Vale la pena reconocer que, en el campo del cine, esta era la postura de un importante autor argentino, Isidro Satanowsky, quien consideraba al productor o la empresa productora los autores de la obra cinematográfica.

Por las razones expuestas, nos inclinamos por al tercera alternativa, en la que, como anticipamos, debería reconocerse la importancia que asignamos al productor o empresa productora.

VI. El negocio de la música

1. Introducción

En este apartado se analizarán las principales características de la producción, difusión y comercialización de obras musicales.

2. Actores involucrados

Desde la óptica de la propiedad intelectual y, específicamente, de los derechos de autor, en la industria de la música son muchos los participantes que concurren al desarrollo de la actividad, aunque vale señalar que su tarea es de distinta naturaleza.

Por un lado, tenemos a los autores y compositores de las obras musicales. Los autores son los creadores de las letras, mientras que los compositores son quienes crean la música.

Los intérpretes o ejecutantes, en cambio, son quienes, a través de su actividad artística, dan a conocer la obra de los creadores a partir de su interpretación o ejecución musical.

El productor fonográfico es el responsable de los aspectos organizativos y financieros de la producción de un fonograma. Es la persona física o jurídica que fija por primera vez los sonidos de una ejecución u otros sonidos.

Cabe señalar que puede suceder que una misma persona asuma distintos roles, como cuando, al mismo tiempo, el creador de la obra musical la interpreta. Incluso, en algunos casos, hasta puede asumir el rol de productor fonográfico.

Por otra parte, el editor musical es quien se ocupa de promover la obra de un autor inicialmente, a partir de la edición gráfica de la obra.

3. Derechos y contratos

Los derechos de los distintos participantes varían en función de la actividad que cada uno lleva adelante.

Ejecución e interpretación de una obra musical

Lo más elemental que se puede hacer con una canción es ejecutarla e interpretarla. El propio autor puede realizar esto, o en su defecto, un intérprete o ejecutante.

En el ámbito de la industria de los medios y el entretenimiento, la realización de un *show* donde se realizará la interpretación o ejecución de una obra musical se instrumenta mediante un contrato de presentación. En este, el empresario o productor del espectáculo contrata al artista (intérprete o ejecutante) para que realice una actuación. Si bien hay libertad en cuanto a la fijación de obligaciones de las partes, y estas incluso dependen de la importancia del artista, etc., es frecuente que el productor esté a cargo de los costos de realización y promoción del *show*, del transporte y del alojamiento si fueran necesarios.

El artista, por su parte, se compromete a desarrollar su actividad en la forma pactada, a concurrir a la prueba de sonido e iluminación, etc. Como contraprestación, percibe del productor una retribución, denominada *cachet*. Todo esto es independiente del derecho que tiene el autor de la obra interpretada o ejecutada, que, en general, representa un porcentaje de los ingresos de boletería y que es recaudado por la sociedad de gestión colectiva respectiva.

Grabación de un disco (fonograma)

Esta actividad consiste en la fijación de una interpretación o ejecución de una obra en un soporte físico para su distribución al público. Se instrumenta mediante el contrato fonográfico entre un productor y el artista (intérprete o ejecutante).

El artista se compromete a interpretar la obra y asegura la exclusividad de su interpretación. Dicha exclusividad puede abarcar la obligación de no grabar esa misma obra, o incluso otras, para otro sello discográfico durante la vigencia del contrato. El productor, en tanto dueño y titular de los derechos sobre el fonograma, está a cargo de la reproducción (fijación en el soporte y realización de ejemplares de esa fijación), de la publicación y la comercialización de dichos soportes. La contraprestación para el artista suele ser del 10 % del precio de venta al comerciante que finalmente comercializa los ejemplares. Este tipo de contratos, en general, prevé una limitación temporal y la realización de determinada cantidad de *masters*.

Respecto de los derechos de los autores, existe el contrato de reproducción mecánica, por el que el productor adquiere los derechos para fijar la interpretación o ejecución de una obra por un artista. El derecho adquirido es no exclusivo, de modo que cualquier otro artista puede hacer también interpretación a los fines de su fijación. Así es como, en la práctica, hay distintas interpretaciones (de distintos artistas) de una misma obra musical.

Este derecho se gestiona ante la sociedad que representa a los autores y compositores de música. Las condiciones son iguales para todos aquellos que deseen realizar la fijación, y la obra debe ser interpretada o ejecutada tal como fue concebida. Los arreglos deben contar con una autorización personal y compensación adicional.

Edición musical

Distinta de la edición literaria, la edición musical consistía originariamente en la impresión gráfica de las partituras de una obra, que permitía su interpretación o ejecución por parte de terceros.

Si bien en la actualidad esa impresión sigue siendo parte del contrato, el editor musical ha tomado un nuevo rol, similar al de un agente, ya que sigue promocionando la utilización de la obra aunque no lo haga a partir del ejemplar impreso.

El contrato de edición comprende, en la actualidad, no sólo la reproducción y distribución de ejemplares impresos, sino también otros derechos, que implican que el editor reciba distintos porcentajes en función de los diversos tipos de usos que se hagan de la obra (venta de ejemplares impresos, adaptaciones, grabación fonográfica, etc.).

Comunicación pública

Decíamos que los autores tienen derechos exclusivos sobre sus obras y que, como consecuencia de esto, sólo ellos podían autorizar su reproducción, distribución, transformación y ejecución pública.

Ahora bien, los autores y compositores de música, a través del denominado contrato de repertorio, a cargo de la entidad de gestión colectiva de derechos, brindan una autorización global para la comunicación pública de sus obras por distintos medios. De este modo, cualquiera puede difundir una obra por medio de la radio, en un local bailable, en las habitaciones de un hotel o en una confitería bailable, etc. Sin embargo, los utilizadores de la obra deben pagar los aranceles fijados por los autores a través de la entidad de gestión colectiva de derechos.

Los productores fonográficos y los artistas intérpretes o ejecutantes también tienen un derecho de comunicación pública. Sin embargo, en la República Argentina, a diferencia de los autores y compositores de obras, no pueden autorizar o prohibir la comunicación pública de fonogramas. El sistema se conoce como de licencia legal. De este modo, cualquiera puede comunicar al público los fonogramas (radio, televisión, etc.), pero a cambio deben pagar los aranceles correspondientes.

Licencias especiales

La comunicación pública de obras tiene un régimen que permite efectuarla sin descuidar los intereses de los distintos titulares de derechos. No obstante, determinados usos requieren la autorización expresa de dichos titulares, que, en general, se obtiene a través de las entidades de gestión colectiva de derechos, tales como la sincronización en obras audiovisuales, utilización en publicidad, puesta a disposición del público por redes informáticas, licencias de *ringtones*, etc.

4. Protección internacional

La protección internacional de los autores y compositores de obras musicales se encuentra en distintos tratados internacionales. En primer término, en el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (1886 aunque con actualizaciones, la última, de 1971), en el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (1996), que tuvo por finalidad atender a la denominada “agenda digital”.

Los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas obtienen protección en la Convención de Roma para la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (1951) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (1996).

Tanto los autores y compositores como los intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas también reciben protección internacional por medio del Acuerdo sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual vinculados con el Comercio (AADPIC) de 1994, que fue el resultado de la Ronda de Uruguay de la OMC.

5. Gestión colectiva

Tal como hemos visto, el ejercicio de los derechos reconocidos a los distintos participantes o titulares requiere, en la mayoría de los casos, de la gestión colectiva de los derechos.

Dichas entidades actúan en representación de sus miembros o representados, participando en la negociación, estableciendo tarifas, desarrollando contratos tipo, etc. Así participan en el denominado contrato de repertorio, participan de la negociación de licencias para usos especiales, etc.

Si bien las entidades son de carácter territorial, aunque en representación de titulares nacionales e internacionales, de acuerdo con los convenios de reciprocidad, existen importantes entidades internacionales que las nuclean y celebran acuerdos marco para el sector. A modo de ejemplo, podemos mencionar a la CISAC (Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores), a la IFPI (Federación Internacional de Productores Fonográficos), etc.

6. Infracciones

Si bien cualquier utilización no autorizada, o más allá de su autorización, de una obra musical importa una violación al derecho de autor, la infracción típica es la que se conoce con el nombre de “piratería”.

En materia de música, a partir de la suscripción, en 1971, del Convenio de Ginebra para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas, conocido como el Convenio Fonogramas, los estados se han comprometido a establecer medidas eficaces en la protección de estos (en tanto soportes físicos).

Se busca proteger a los fonogramas de todos aquellos actos que coadyuvan a la realización de la actividad ilícita. Por ejemplo, en la República Argentina, se ha incluido en la normativa sobre la materia un artículo específico que penaliza la reproducción no autorizada para sí o para terceros, el alquiler para facilitar la reproducción, el almacenamiento o la exhibición de copias ilícitas y que no pueda acreditar su origen mediante la factura que lo vincule comercialmente con un productor legítimo, así como la importación de copias ilegales con miras a su distribución al público. De este modo, se cubre toda la cadena de adquisición o producción y comercialización de ejemplares en infracción a la norma.

Ahora bien, el entorno digital importa nuevos desafíos, ya que la normativa establecida en función de una realidad física o analógica no siempre puede dar adecuada respuesta a las nuevas modalidades de infracción.

Prueba de ello es la denominada piratería digital, cuyo principal medio es el de las redes de intercambio de música conocidas como *Peer to Peer* (P2P), que, por su dimensión, representa un daño enorme a todos los participantes de la industria (creadores, intérpretes, productores, comercializadores de ejemplares, etc.).

En la República Argentina, aproximadamente el 60 % del mercado musical (en soportes físicos) no es legal por no contar con las licencias correspondientes, y la distribución y puesta a disposición eleva ese porcentaje en Internet al 99,99 %.

La denominada piratería tiene un doble efecto negativo: por un lado, genera pérdidas de incentivos económicos para sus creadores y, por otro lado, no alienta la creación ni la promoción de talentos (consagrados o nuevos).

El impresionante avance tecnológico plantea el desafío de atender adecuadamente no sólo a la licitud de las difusiones, sino también a las condiciones en que estas se realizan, el pago de las remuneraciones correspondientes y las responsabilidades en el flujo de contenidos protegidos.

Sobre el particular, resulta de utilidad analizar brevemente el famoso caso Napster³⁷. Napster era una empresa que, a través de un sistema que había creado, permitía a los usuarios transmitir y descargar archivos musicales. Los archivos eran almacenados en las computadoras de los usuarios, por lo que Napster sólo actuaba como intermediario posibilitando el intercambio. Finalmente, Napster fue condenada debido a que el Tribunal

37. *A&M Records v. Napster Inc.*

entendió que la actividad desarrollada por esta colaboraba con las infracciones, por lo que le correspondía responsabilidad (indirecta). La empresa tenía conocimiento de la comisión de infracciones al derecho de los titulares y obtenía un beneficio económico por dicha actividad.

7. Entorno digital. Nuevas modalidades de negocio

En el entorno digital, se han generado nuevas modalidades del negocio de la música, que involucran tanto el acceso o la provisión del contenido como la forma o modalidad de retribución o el modo de gestionarlo.

PREVIEW: escucha previa de un fragmento o la totalidad de una obra antes de decidir si se descarga (*downloading*).

STREAMING: descarga de un archivo que no permite su fijación en el disco duro del ordenador. El ejemplo es la radio en línea.

WEBCASTING: transmisión de audio o video exclusivamente por Internet.

SIMULCASTING: posibilidad de acceder por Internet a una emisión de radiodifusión hertziana.

DUBBING: copia de fonogramas con el único objeto de realizar comunicación pública.

AMBIENTACIÓN EN PÁGINAS WEB: inclusión de toda o parte de una obra para musicalizar una obra accesible en Internet.

PUBLICACIÓN DE LETRAS: fijación en un soporte digital de las letras de una canción para posibilitar su acceso en diferentes formas.

TARJETAS PREPAGAS: sistema de comercialización de obras musicales a partir de la adquisición de un código que permite acceder a las obras digitalizadas, con una máxima calidad. Generalmente, se adicionan otros tipos de contenidos que resultan de interés al público consumidor (letras, arte de tapa, información adicional, etc.).

8. Estadísticas

El análisis de las estadísticas publicadas por organismos internacionales y nacionales reflejan a las claras la difícil situación que la industria atraviesa.

En primer lugar, por la importante y persistente caída en la venta de soportes físicos, tanto por la piratería física (soportes falsificados) como por la digital (P2P). En la República Argentina, en 2007 se vendieron 17.000.000 de discos y se “bajaron” 612.000.000 temas

no autorizados (equivalente a 40.000.000 de discos). Actualmente, el 60 % de la música vendida en soporte físico no es legal, y el 99,99 % de la música descargada en soporte digital es no autorizada. Sin embargo, este no es un problema exclusivo de los países latinoamericanos. En el mundo, el 16 % de internautas descarga música sin autorización. El 95 % de las descargas son no autorizadas, lo que representa más de 40 billones de *singles*.

Hay un aumento en la cantidad de descargas lícitas de obras musicales digitales, sin embargo, esto no logra revertir la tendencia en relación con el total de descargas. Más del 50 % de la música digital se vende en los Estados Unidos de América, que, en 2008, superó el billón de *singles* (27 % más que en 2007). En Japón, en 2008 se comercializaron 140.000.000 *mobile singles* (26 % más que en 2007).

La afectación del negocio impacta directamente en los lanzamientos de discos o de nuevos artistas, lo que también arroja una notable caída, especialmente, respecto de los artistas locales. Por ejemplo, en Francia hubo, en 2008, una baja del 8 % en lanzamientos y del 30 % en los lanzamientos de artistas nuevos, respecto de 2007.

VII. La industria editorial

1. Introducción

En este apartado, se analizarán las principales características de la industria editorial, al estudiar, especialmente, el contrato de edición literaria.

2. El derecho de autor y la edición literaria

El contrato de edición literaria vincula a un escritor con un editor, con el objeto de publicar su obra. Debemos destacar que si la edición incluye un texto traducido, debido a que el autor de la traducción es autor y, como tal, tiene derechos exclusivos sobre su traducción, esta no podrá ser utilizada sin su consentimiento expreso.

Al respecto, corresponde señalar que la edición literaria involucra distintos derechos autorales. En efecto, la edición literaria comprende los derechos de reproducción (fijación de la obra en un soporte y la realización de copias de este) y el de distribución (comercialización de los ejemplares fijados).

El contrato de edición, por el que el autor de una obra literaria autoriza al editor a su publicación, importa para este último no sólo la obligación de reproducirla y comercializarla, sino también la de promocionarla de acuerdo con las reglas y prácticas del mercado.

Como sucede con todos los contratos en materia de derecho de autor, la edición literaria es *intuitu personae*, de modo que el sello editorial que efectuará la edición es un elemento relevante y no puede ser reemplazado sin acuerdo de partes. La edición debe ser efectuada del modo y con el alcance expresamente establecido en el contrato respectivo. Así, es usual que se fijen pautas que refieran al territorio en el que se efectuará la publicación, el idioma, los derechos accesorios, etc.

Respecto de la vigencia del contrato, algunos establecen la cantidad de ediciones autorizadas, una limitación temporal, o un sistema mixto, donde el contrato se considerará concluido cuando se cumpla la primera de las estipulaciones (agotamiento de la última edición o vencimiento del plazo acordado).

La contraprestación económica para el autor puede ser una suma fija (a tanto alzado), un porcentaje sobre la venta de ejemplares (regalías) o bien un sistema mixto que incluya las dos modalidades (un anticipo en concepto de adelanto de regalías y luego liquidaciones periódicas en función de las ventas que se produzcan). Es conveniente señalar que la propiedad de los ejemplares impresos pertenecen al editor, quien tiene la facultad de establecer el precio de venta al público.

A su vez, es usual en los contratos de edición el establecimiento de cláusulas que regulen la posibilidad de traducir la obra a uno o varios idiomas, como también un acuerdo respecto de otras modalidades de explotación, tales como la adaptación al cine o teatro, comercialización por otros medios, etc.

Algunas legislaciones establecen en qué casos, o bajo qué condiciones, una obra se considera agotada. Sin perjuicio de ello, el sector reconoce que dicha situación se presenta cuando el editor cuenta con menos del 5 % de los ejemplares editados en *stock*, ya que es un elemento fundamental del contrato de edición que este pueda cubrir razonablemente una demanda de ejemplares. Una vez considerada agotada la obra, el editor tiene la posibilidad de saldar los ejemplares restantes, quien queda facultado para fijar el precio. De todos modos, es usual que las normas prevean que, antes de realizar la venta en forma de saldo, el editor debe ofrecer los ejemplares al autor, al precio de costo con un pequeño porcentaje adicional, en general, en torno al 10 %.

Los contratos suelen establecer, en cumplimiento de normas internas, la cantidad de ejemplares que comprende cada edición, lo que se consigna expresamente en el denominado pie de imprenta.

3. El depósito de obras y otras cuestiones

Es frecuente que las obras deban ser depositadas en distinto tipo de instituciones o registros, en función de lo establecido en cada país, con el objeto de preservar la actividad creativa de un país.

Cabe señalar que cumplir con el depósito legal es una obligación a cargo del editor y que su incumplimiento, en general, trae como consecuencia la aplicación de multas. El ISBN (International Standard Book Number) es un número que permite identificar y catalogar internacionalmente las obras literarias, que debe ser consignado en los ejemplares impresos. Por su parte, el ISSN (International Standard Serial Number) identifica los diarios y las publicaciones periódicas, como revistas.

4. Gestión colectiva

No en todos los países hay gestión colectiva de los derechos de los autores literarios, porque los contratos editoriales son de negociación individual. Sin embargo, en aquellos países en los que se reconoce el derecho de copia privada (que genera el derecho de los autores a percibir una compensación por las copias que para uso doméstico realicen las personas a partir de un ejemplar lícitamente adquirido), su ejercicio requiere de una entidad en este sentido. Esto no significa que no haya entidades que nuclean a este grupo de creadores, sino tan solo que no hacen gestión colectiva de sus derechos.

En algunos países, se gestionan colectivamente los derechos reprográficos, mediante un sistema de licencias otorgadas por los editores, que importan una autorización limitada a realizar fotocopias a cambio de la identificación de las obras reproducidas y el pago de una regalía preestablecida. Tal es el caso del Centro de Administración de Derechos Reprográficos de la Argentina (CADRA).

5. Infracciones

En materia de derecho de autor, todo ejercicio de un derecho reservado a un autor o a un titular importa una infracción. Respecto de las obras literarias, las infracciones más frecuentes son el plagio y la piratería.

La realización de fotocopias, reprografía, sin el permiso correspondiente, también resulta una infracción al derecho de autor. Algunas legislaciones establecen determinados casos, bajo específicas condiciones, en los que este tipo de actividad es lícita.

6. Entorno digital. El libro digital

En la actualidad, donde el libro digital (*e-book*) ya es una realidad que poco a poco va conquistando mercados, se produce un replanteo, en alguna medida, de la vinculación existente entre el autor y el editor, y, especialmente, el rol de este último.

Es cierto que esta forma de divulgar las obras literarias, sin ejemplares físicos, involucra otros derechos, tales como el de comunicación o puesta a disposición del público, pero lo hace desde un punto de vista comercial.

VIII. Deportes y entretenimiento

Por Matías F. Noetinger*

Análisis de los diferentes derechos de propiedad industrial y de imagen con referencia al ámbito del deporte.

Introducción

Cuando me propusieron presentar un trabajo sobre licenciamiento en el ámbito del deporte, enseguida supe que mi exposición iba a estar dirigida al fútbol, sin duda, el deporte más difundido y practicado del mundo. Con esta idea, me aboqué a investigar y a recabar diversos elementos que me permitieran explicar las múltiples facetas vinculadas a los aspectos comerciales del fenómeno denominado fútbol, siempre orientando mi búsqueda a los aspectos relacionados con el licenciamiento, el patrocinio o *esponsorización*, el derecho a la imagen de los futbolistas y el *merchandising*.

El fenómeno del fútbol

Está claro que la importancia económica y la difusión del fútbol han tenido una vertiginosa escalada en los últimos veinte años. La difusión de los partidos a través de los medios masivos de comunicación ha sido, sin dudas, el motor principal de este fenómeno, que, actualmente, no conoce fronteras geográficas, sociales ni culturales.

El fútbol genera hoy en día una pasión indescriptible en millones de personas que respaldan a los clubes de sus afectos o a su selección nacional. Como decía Bill Shankly, entrenador del Liverpool de los años sesenta y setenta del siglo pasado, “El fútbol no es una cuestión de vida o muerte. Es mucho más importante que eso” (*Football isn't a matter of life and death. It's far more important than that*). Para muchos, el fútbol se vive exactamente como se expresa en la frase citada.

Los clubes de fútbol, que hace algunas décadas eran simplemente los representantes deportivos de un barrio o ciudad, se convirtieron en poderosas marcas comerciales. Los

* El presente artículo se origina en la ponencia del Dr. Matías Noetinger en las Jornadas de la Asociación Interamericana de la Propiedad Intelectual (ASIPI) en Costa Rica, en octubre de 2002, luego publicada por Editorial Astrea en *Derechos Intelectuales 11*, página 55.

nombres, sobrenombres, logos, insignias, colores corporativos, diseños de camisetas, entre otros, de muchos clubes son, actualmente, marcas de alto renombre, conocidas en todos los confines del respectivo país y, en algunos casos, en todo el mundo.

En Italia, el fútbol mueve más de 4500 millones de euros por año y es el decimocuarto grupo industrial del país. En el caso de España, se estima que el fútbol genera directa e indirectamente más de 3000 millones de euros y que emplea a más de 100.000 personas. Para tener una idea de la magnitud de estas cifras, se puede decir que el fútbol mueve más dinero que los Astilleros Españoles o que la propia Iberia, y la cantidad de gente empleada supera a la totalidad de los empleados de Repsol, Telefónica, Cepsa y Tabacalera en conjunto³⁸.

Y los clubes, obviamente, han aprovechado el fenómeno para posicionarse en este nuevo contexto. Algunos lo han hecho mejor que otros. El Manchester United es el modelo de gestión más admirado y elogiado entre todos los clubes de fútbol del mundo. Posiblemente, el Barcelona y el Real Madrid lo sigan en importancia.

Pero antes de adentrarnos en el análisis del tema, creo conveniente dar algunos datos acerca de lo que significan las tres fuentes de financiamiento para los clubes. Si bien ya tienen algunos años, veamos las siguientes cifras:

- Los equipos europeos más conocidos o populares reciben un promedio de 5 millones de dólares (USD) anuales de la firma de ropa deportiva que viste a sus jugadores.
- Por la propaganda en la camiseta del Manchester United, VODAFONE pagó la suma de USD 45 millones por cuatro años de contrato.
- Nike le pagó a Boca Juniors USD 20 millones por un contrato de seis temporadas.
- Reebok le pagó a la Asociación del Fútbol Argentino (AFA) USD 80 millones por un contrato de 8 años (regalías incluidas).
- Se estima que durante 1999, River Plate recibió más de USD 2 millones netos por la venta de productos de *merchandising* con su marca, cuyas ventas sobrepasaron los USD 20 millones.
- El *merchandising* y los patrocinadores representan el 26 % de los ingresos del Manchester United y el 20 % de los ingresos del Real Madrid.
- El Manchester United está valuado en 1600 millones de euros y, en los últimos años, ha obtenido ganancias anuales promedio de 20 millones de libras (facturando 120 millones).

38. Según lo expuesto en el artículo "Un Negocio de Primera División", publicado en el diario El Mundo, el 21/3/99 en la sección "Economía y Negocios".

- La explotación de los derechos de imagen de los jugadores ha permitido la firma de contratos millonarios entre estos y sus clubes, como en el caso de Figo, a quien el Real Madrid puede pagarle USD 4 millones al año gracias a la cesión de sus derechos de imagen al club.
- El Real Madrid ya ha vendido 120.000 camisetas con el “11” de Ronaldo sin que este haya jugado un solo partido. El club espera vender unas 800.000 camisetas de Ronaldo. Si tenemos en cuenta que cada camiseta cuesta unos 70 euros, calculemos entonces los ingresos que el club obtendrá sólo por este rubro.
- La FIFA ha ingresado 585 millones de euros entre patrocinadores y proveedores oficiales del pasado mundial de fútbol, en comparación con los 21 millones que recaudó en el Mundial 82.

En fin, los datos expuestos son sólo un ejemplo de las cifras que el fútbol maneja y de los ingresos que tienen los clubes, las asociaciones nacionales y la FIFA, lo que demuestra la importancia económica del tema en análisis.

Los jugadores, los derechos de imagen, el contrato laboral, los contratos con patrocinadores y el endoso de productos

La relación que une al jugador con su respectivo club es de carácter laboral, con algunas aristas de tipo comercial. El jugador es, básicamente, un trabajador que presta sus servicios para el club que lo contrata para integrar su plantel profesional. Por este trabajo, es decir, por jugar al fútbol representando al club, el jugador percibe una remuneración y está sujeto a determinadas reglas que establece la institución con el fin de armonizar las actividades de sus jugadores hacia un fin común.

A los fines del presente trabajo, lo que interesa, fundamentalmente, de la relación del futbolista con el club y de la actuación deportiva de aquel es el tema de la explotación comercial de sus derechos de imagen. De cualquier manera, analizaremos los distintos aspectos de los contratos entre jugadores y clubes, pero centrandó nuestro análisis sobre la cuestión de los derechos de imagen.

Derecho a la imagen. Definiciones y precisiones preliminares

Antes de adentrarnos en el análisis concreto del tema planteado, creemos conveniente definir y precisar qué entendemos por derecho de imagen.

En la Argentina, no existe una previsión expresa del derecho a la propia imagen en la Constitución Nacional, como sí ocurre, por ejemplo, en España. En este país, el derecho a la propia imagen está expresamente garantizado en el art. 18.1 de la Constitución

Nacional y es considerado uno de los derechos fundamentales y sagrados de las personas, a la par del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad religiosa e ideológica, etc. En el derecho español, se interpreta que una persona puede dar su consentimiento para la utilización de su propia imagen y que puede revocar este consentimiento cuando quiera, resarcando los daños y perjuicios ocasionados, sin que sea necesaria ningún tipo de justificación.

En la Argentina, sólo encontramos legislado el derecho a la imagen en el art. 31 de la Ley de Propiedad Intelectual N.º 11.723, la cual establece la prohibición de poner en el comercio el retrato de una persona sin su consentimiento o el de sus causahabientes. Establece también que la persona que haya dado su consentimiento puede revocarlo resarcando daños y perjuicios. Finalmente, indica la norma que es libre la reproducción de la imagen cuando se relacione con fines científicos, didácticos, culturales o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público. Por su parte, la ley de marcas N.º 22.362 también prohíbe la registración del nombre o retrato de una persona sin su consentimiento o el de sus sucesores (art. 3.º, inc. h).

Se puede apreciar un cierto paralelo entre las leyes española y argentina, ya que en ambas se establece que puede cederse el uso y explotación de la propia imagen, y este consentimiento puede revocarse en cualquier momento sin otro requisito que resarcir daños y perjuicios.

Sin embargo, hay actualmente una nueva corriente doctrinaria en España, que fue ya receptada por algunos magistrados del Tribunal Supremo, aunque no es jurisprudencia por ser todavía una posición minoritaria. La mencionada doctrina separa el derecho a la propia imagen del derecho patrimonial de la imagen. Aquel tiende a resguardar la intimidad de la persona y a evitar que se use su imagen en el comercio. Pero ¿qué ocurre cuando la persona tiene una actividad pública tal que su imagen ya no es íntima y personalísima, sino más bien una armada y delineada deliberadamente con el fin de comerciar con ella?³⁹

Está claro que hay suficientes justificaciones para separar el derecho a la propia imagen íntima y personal del derecho patrimonial de la imagen, entendiendo esta última como la que las personas públicas crean y fomentan a fin de obtener mejores réditos económicos de su explotación comercial.

Y con relación al tema que nos ocupa, es evidente que los futbolistas tienen una gran exposición a los medios y que usan esta exposición para hacerse conocer y para formar una imagen que les permita obtener mayores ganancias. Cuanto más conocido y popular es el deportista, mejores contratos de patrocinio o publicidad logra, más productos para endosar se le ofrecen, etc.

39. "El derecho patrimonial de la imagen", por Mario A. Sol Muntañola, artículo publicado en la página web del Estudio Sol Muntañola & Asociados, al que se accede en www.solmuntanola.com.

¿Es lógico aplicar el mismo régimen legal a ambas facetas del derecho a la imagen? Creemos que no. En cuanto derecho personalísimo, es necesario protegerlo y resguardarlo con todo rigor, evitando exposiciones no autorizadas. En cuanto derecho patrimonial, es obviamente protegible, pero no se le pueden aplicar las rígidas pautas que rigen el derecho a la íntima imagen.

Si se celebra un contrato de patrocinio (*sponsorship*), y el patrocinado permite la explotación comercial de su imagen durante un período determinado, es lógico interpretar que ha renunciado a su facultad de revocar el consentimiento en cualquier momento o la ha limitado y que no puede hacerlo durante el plazo pactado en el contrato (Vicente Domingo).

Cabe aclarar que la cesión de los derechos comerciales o patrimoniales de la propia imagen deben ser acotados a los que la persona tenga en su actividad profesional, en este caso, deportiva, pero no respecto de su imagen privada, sobre la cual mantiene claramente su derecho a la invulnerabilidad o no intromisión. El deportista cede su *right of publicity*, mas mantiene su *right of privacy*. (ibid: 143). Queda claro también que el esponsorizado tampoco podría revocar su consentimiento prestado en el contrato de patrocinio, invocando para ello las normas legales citadas anteriormente, para luego celebrar un contrato similar con otro competidor, ya que sería un ejercicio abusivo de los derechos, no tolerado por la legislación, y excedería los fines para los cuales la ley estableció la posibilidad de revocar el consentimiento en cualquier momento.

Y justamente el tema merece importancia, especialmente, en cuanto a la posibilidad de revocar el consentimiento sin ningún tipo de justificación o requerimiento más que el de resarcir los daños. La doctrina minoritaria o disidente del Tribunal Supremo Español, mencionada anteriormente, propone aplicar la ley 1/82 al derecho a la propia imagen íntima y personalísima, y el régimen general del código civil o la ley de competencia desleal a la imagen patrimonial. En otras palabras, los contratos sobre la imagen patrimonial no pueden rescindirse sólo sobre la base de la voluntad de quien cede su imagen, sino que podrán establecerse cláusulas en las que se pauten las condiciones y causas de rescisión de estos contratos.

En la Argentina, se ha dictado muy recientemente un fallo en un caso en el que un conocido agente de modelos demandó a una editorial por los daños y perjuicios ocasionados por una nota periodística en la que se decía que vivía de las mujeres y se lo calificaba, entre otras cosas, de “gigoló”. El fallo de la Cámara Civil de Buenos Aires sostuvo que los calificativos que la nota periodística había usado para describir al actor coincidían con la imagen pública que este daba y con la cual lucraba. Era una imagen que el propio actor había forjado y desarrollado, y por ello, no podría considerarse injuriado, agraviado o perjudicado por el uso de tales calificativos⁴⁰.

40. Cámara Nacional Civil de la Capital Federal, Sala F, en autos “Dotto, Luis Francisco c. Editorial Perfil S.A.”.

El fallo citado recepta la diferenciación que hacemos entre la íntima imagen y la imagen pública o artificial. Además, vemos que la parte final del art. 31 de la ley 11.723 antes enunciado, en cuanto autoriza la reproducción del retrato o imagen de una persona cuando se relacione con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público, permitiría una diferenciación similar a la que propone la mencionada doctrina española. No se nos escapa que lo que esta norma tiende a garantizar es la libertad de prensa y expresión, pero vemos también una clara diferenciación entre imagen privada e íntima, e imagen tomada en hechos o acontecimientos públicos.

Los contratos de los jugadores con sus clubes. Los contratos con sus sponsors

En la Argentina, las relaciones entre los futbolistas profesionales y sus clubes están regladas por la ley 20.160 y por la convención colectiva de trabajo N.º 430/75. En España, por ejemplo, la relación laboral de los deportistas profesionales está regulada por el Real Decreto N.º 1006/1985.

La citada ley Argentina establece la obligatoriedad de la registración del contrato ante la Asociación del Fútbol Argentino (AFA) y dispone que será nulo de nulidad absoluta cualquier contrato o convención que modifique, altere o desvirtúe el contenido del contrato registrado.

En la Argentina, es común que los futbolistas y los clubes firmen dos contratos. Uno de ellos, conforme un simplísimo texto modelo que provee la AFA y que contiene las previsiones mínimas y básicas que regirán las relaciones entre las partes. El otro, denominado en la jerga futbolística como “contrato privado” o complementario, contiene otras cláusulas adicionales, tales como pagos extras (sobresueldos), primas, normas disciplinarias y, en algunos casos, cesión de la explotación total o parcial de los derechos de imagen del jugador.

Sin embargo, debido a la poca difusión que tiene la explotación individual del derecho de imagen del jugador, en la Argentina no es demasiado común que los jugadores cedan la explotación al club. En general, los clubes sólo obtienen la cesión de la explotación comercial de la imagen de los jugadores jóvenes que surgen de las divisiones inferiores y que firman con la institución su primer contrato profesional. En este caso, la negociación con los jugadores o sus representantes legales resulta más simple porque no tienen aún la trascendencia que luego pueden adquirir con la práctica del deporte.

Está claro que la cesión de la explotación de la imagen del futbolista debe ser expresa en el contrato y que el derecho a explotar su propia imagen no puede ser cercenado por el contrato de trabajo que el jugador firme con su club. Como indica Baribieri, una excepción a este principio serían aquellas cláusulas que obligan al jugador a usar productos provistos por el espónsor del club en el ámbito de la práctica deportiva o que les prohíben promocionar productos de la competencia de los espónsors oficiales.

Relacionado con el tema de los contratos “privados” o complementarios usuales en la práctica argentina, destacamos que en un caso resuelto por la Suprema Corte de la Pcia. de Buenos Aires en autos “Abramovich c/ Racing Club” se estableció que era nulo de nulidad absoluta un convenio privado o complementario que fijaba remuneraciones adicionales a favor del jugador, ya que contravenía la norma mencionada en párrafos anteriores, que prohíbe la modificación del contrato registrado ante la AFA. Es por ello que entendemos que es siempre aconsejable revisar minuciosamente la redacción del convenio complementario para que no contradiga el contrato inscripto, ya que una mala redacción puede generar su nulidad absoluta, como ocurrió en el caso citado.

En lo que respecta a la difusión de la imagen del jugador en ocasión de la práctica del deporte, es decir, durante los partidos (sea titular o suplente), en el entrenamiento, en la etapa previa a la competición, como pueden ser los viajes o las concentraciones, o después de la competencia (conferencia de prensa, entrevistas), no se considera explotación comercial de su imagen, ya que se entiende que forma parte de la prestación a cargo del jugador. En otras palabras, si al jugador se le paga por jugar y, al mismo tiempo, quien le paga ha contratado la retransmisión de los partidos, va de suyo que la imagen del jugador puede transmitirse, siempre y cuando se encuentre en circunstancias de competencia o precompetencia.

Esta interpretación está avalada también por la parte final del art. 31 de la ley 11.723, en cuanto permite la reproducción de la imagen cuando se trate de acontecimientos públicos, como lo son sin dudas los espectáculos deportivos y todo lo que los rodea. Similar es el caso de las fotos que se les sacan a los jugadores durante los partidos, entrenamientos, concentraciones, viajes, etc. En la medida en que estén vestidos con indumentaria del club y que las fotos sean tomadas en circunstancias de competencia o precompetencia, el club puede usar dichas imágenes, ya sea con fines informativos o comerciales, y puede autorizar a sus respectivos *sponsors* y patrocinadores a utilizar estas imágenes con este fin.

Igualmente, vemos que pueden plantearse conflictos, ya que en la difusión y comercialización de la imagen del equipo de fútbol de un club se encuentra incluida también la imagen individual del futbolista. En consecuencia, parece mucho más razonable regular en el contrato los alcances de la difusión y comercialización de la imagen de los jugadores como parte del equipo, para evitar situaciones conflictivas que perturben las relaciones entre club y jugador.

Siguiendo con lo expuesto en el párrafo anterior, se entiende que las imágenes que el club puede usar o explotar comercialmente son aquellas en las que aparezca el equipo en su totalidad o en forma parcial (dos o más jugadores). Si se pretendiera usar la foto de un jugador en forma individual, parece aconsejable que exista un contrato separado con el jugador, ya que podría interpretarse que la exhibición del jugador sólo puede contravenir la prohibición legal de reproducir el retrato o imagen de una persona sin su consentimiento, máxime si tenemos en cuenta que el jugador pudo haber cedido la explotación de su imagen a terceros o pudo haber firmado contratos de uso de imagen o endoso de productos con otros *sponsors*.

Los contratos complementarios que los clubes firman con los jugadores pueden incluir también cláusulas que restrinjan a estos en cuanto a las empresas con quienes pueden contratar el uso de su imagen, o cuyos productos o servicios pueden endosar o publicitar. Esto, a fin de evitar que un jugador realice publicidades o endose productos del principal competidor del *sponsor* oficial del club para el cual juega. Sin embargo, lamentablemente, este tipo de cláusulas no son demasiado usuales, por lo que se pueden generar situaciones de conflicto y hasta de confusión en los propios simpatizantes del club.

Sin duda, todas las posibles situaciones conflictivas se evitarían si se adoptara en la Argentina un sistema similar al europeo, en el cual el jugador cede también la explotación comercial de su imagen al club que lo contrata (quien, a su vez, puede cederla a un tercero) y recibe a cambio de ello una importante compensación adicional. De esta manera, se centraliza en un sujeto, sea el club o un tercero, la comercialización de la imagen del club y de los jugadores, evitando superposición de derechos, contradicción entre los contratos y contrataciones con firmas competidoras respecto de un mismo objeto contractual.

En Europa, está institucionalizada la firma de un contrato con dos tipos de remuneraciones bien diferenciadas, o de dos contratos separados, que incluyen lo siguiente:

- Una suma generalmente baja (en proporción) correspondiente al contrato federativo en sí mismo (por la práctica del fútbol).
- Una suma mucho más importante a cambio de la cesión total de la explotación de los derechos de imagen del jugador.

Esta separación en las remuneraciones percibidas por el jugador reconoce en sus orígenes un fin de evitar el pago de impuestos, ya que en España, por ejemplo, la explotación de la imagen no estaba gravada. Cabe destacar que cuando las autoridades tributarias percibieron la maniobra, gravaron también la cesión de la explotación comercial de la imagen.

Sin embargo, los dos tipos de remuneraciones se mantienen porque en Europa está mucho más difundida y explotada la comercialización de la imagen de los jugadores y, por ende, se justifica que estos cedan su imagen al club para que este se encargue, por sí o a través de terceros, de dicha explotación.

En virtud de lo expuesto, el jugador recibe una remuneración mucho mayor que la que le correspondería por jugar al fútbol, correspondiente a un pago garantizado y por adelantado del uso de su imagen, con la cual lucrará el club.

Una cuestión importante es determinar si la cesión de la explotación de la imagen y la remuneración acordada por esta cesión forma parte del contrato laboral en sí mismo o si debe considerarse un contrato independiente.

Estas cuestiones se resolvieron en dos interesantes fallos emitidos por la justicia española. En el primero de ellos, en 1998, en autos “Gamboa, Fernando Andres c/ Real Oviedo S. A.”, un Juez de la ciudad de Oviedo resolvió que la remuneración acordada en el contrato por la cesión de la explotación comercial de los derechos de imagen del jugador formaba parte del contrato de este y que, por lo tanto, debía considerarse a los efectos de fijar la indemnización por la resolución del contrato que vinculaba al actor con la entidad demandada⁴¹.

En un sentido similar, en 1999, La Audiencia Provincial de Valencia, en autos “Rosaina Comercio Internacional Ltda. c/ Valencia C.F. S.A.D.” (ibid) interpretó que la rescisión del contrato laboral que une a un jugador con un club trae aparejada automáticamente la rescisión del contrato de cesión de la explotación de la imagen de este, ya que ambos se encuentran íntimamente ligados e unidos. No tiene sentido tener la explotación comercial de la imagen de un jugador, si no pertenece a la plantilla profesional del club, y así fue reconocido por el tribunal. El caso se refería al contrato del Valencia con el jugador Pedja Mijatovic, y se daba la particularidad de que quien cedía los derechos de imagen del jugador (por haber obtenido la cesión por parte de este) era la actora Rosaina Comercio Internacional Ltda. Cuando el jugador rescindió su contrato con el club, Rosaina reclamó su contraprestación por la cesión de la explotación de la imagen, la cual fue negada por el club (posición luego avalada por el fallo citado), al alegar con razón que el contrato carecía ya de objeto, por lo que debía ser considerado también rescindido sin culpa de las partes. El club alegó, además, que el contrato con Rosaina resultaba incompatible con el firmado por el nuevo club que había fichado al jugador (Real Madrid) con un tercero que explotaba su imagen y la de sus jugadores.

Volviendo a la Argentina, como comentamos, los contratos que los jugadores firman con sus clubes y que luego son inscriptos ante la AFA son simples y escuetos. Generalmente, contienen sólo previsiones mínimas referidas, básicamente, a las remuneraciones a ser percibidas por el jugador, con algunas obligaciones que este asume respecto de sus servicios para con el club. Por ejemplo, la de usar la indumentaria oficial provista por el club para partidos de cualquier tipo, entrenamientos, concentraciones y viajes, ya que, obviamente, la institución asume un compromiso equivalente con el patrocinador que provee la indumentaria oficial del club. Esta obligación se extiende también al uso de bolsos oficiales que contienen la marca del espónsor cuando la ropa utilizada para viajar no sea la deportiva oficial (por ej., saco y corbata).

Cabe destacar que esta obligación contractual del jugador se limita a usar indumentaria y bolsos que el club le provee, pero no se aplica en lo que respecta al calzado deportivo que el jugador utiliza en competencia o entrenamientos, ni a los guantes en el caso del arquero. Esta excepción se da en los contratos de jugadores en todas partes del mundo y tiene su justificación en el carácter personal que tienen el calzado y los guantes con respecto a la práctica del deporte.

41. Texto del fallo tomado del sitio web www.iusport.es, sección Jurisprudencia.

En consecuencia, por respeto a los derechos fundamentales del trabajador-futbolista, se le permite elegir libremente el calzado deportivo que utiliza en los partidos y entrenamientos. En este aspecto, entonces, todos los jugadores tienen libertad total para realizar contratos respecto del calzado deportivo que usarán, y a endosar y promover libremente cualquier marca.

Es muy común, entonces, que los jugadores firmen contratos de promoción publicitaria con las empresas proveedoras de calzado, indumentaria y productos deportivos en general, estipulando el uso del calzado del sponsor durante las competencias y los entrenamientos. Es común también que en estos contratos se incluya la obligación del jugador de usar la indumentaria provista por el sponsor en las apariciones gráficas o televisivas que tenga, siempre y cuando no sean en el ámbito del club para el que juega ni durante la competencia y sus etapas previas y posteriores, ya que en estas circunstancias, tiene la obligación de usar la indumentaria provista por el club.

En estos contratos, el jugador autoriza también el uso de su imagen en forma publicitaria o comercial, siempre que sea en ocasión de partidos, entrenamientos, concentraciones, viajes o producciones especiales realizadas por el jugador a pedido del sponsor.

Con respecto a las cláusulas en las que el jugador se obliga a promocionar los productos del sponsor y a realizar publicidades de los productos del sponsor, habrá que tener en cuenta que se trata de obligaciones que no pueden ser coercibles, de manera que su ejecución forzosa es imposible, ello sin perjuicio del derecho de rescisión por incumplimiento⁴².

Los jugadores pueden autorizar también a comercializar productos con su nombre o con su imagen (o endosar) durante la duración de los contratos, debiéndoseles presentar los diseños de los productos para su aprobación.

Lamentablemente, en la Argentina, los contratos de este tipo tienen montos muy bajos y no significan una fuente de ingresos importante para los jugadores. Sólo los jugadores de más renombre reciben sumas en efectivo además de los calzados y prendas que ellos elijan. La mayoría de los jugadores sólo recibe calzado y ropa (para él y sus allegados) a cambio del uso de estos en las condiciones mencionadas en párrafos anteriores.

Otras cláusulas usuales en este tipo de contratos son la de exclusividad, la prohibición de realizar actos que puedan afectar la imagen del patrocinante, la de prioridad o preferencia para la renovación o para la firma de un nuevo contrato en caso de transferencia al exterior, la posibilidad de una resolución automática, la distribución de los riesgos y la cláusula penal⁴³.

En Europa, son los clubes los que firman este tipo de contratos, aunque deben siempre respetar la libertad del jugador para elegir el calzado o los guantes de arquero que le

42. ob. cit. 4, p. 148.

43. ob. cit. 4, p. 117.

resulten más convenientes. En consecuencia, al ceder la explotación comercial de su imagen al club, en cualquier contrato de sponsorización o patrocinio, será la institución la que perciba las ganancias obtenidas por el uso del nombre o imagen del jugador en la promoción de productos o servicios.

Cuando el jugador no cede la explotación de su imagen al club, podrá celebrar contratos con cuantas empresas quiera, con la limitación de la exclusividad que cada una exigirá para su respectivo rubro. Será muy común, entonces, ver a jugadores que publicitan alimentos, bebidas, medicamentos de venta libre, servicios financieros, seguros, servicios médicos prepagos, etc.

En los contratos de promoción o publicidad, los jugadores, en general, ceden o autorizan a sus patrocinadores o auspiciantes a utilizar los siguientes derechos en todo tipo de material publicitario, tales como avisos impresos, avisos exteriores, carteles, marquesinas, empaques, premios, materiales en puntos de venta: nombre, sobrenombre, imagen (foto, retrato o caricatura), voz, material biográfico, firma y número de camiseta. Asimismo, los jugadores se obligan a estar disponibles para la filmación de avisos publicitarios o para la toma de fotografías con los mismos fines.

A fin de graficar la forma en la que se maneja el tema de la explotación comercial de la imagen de los futbolistas en la Argentina, puntualizaré un ejemplo concreto:

La registración de los nombres y signos distintivos de los futbolistas

Siguiendo con el tema de los derechos de los jugadores, cabe preguntarse si resulta aconsejable para el deportista registrar su nombre, sobrenombre, retrato, firma, etc. como marca. Queda claro que el nombre, sobrenombre (en caso de ser distintivo y que se asocie inequívocamente al jugador), imagen o retrato, su firma y su voz son derechos personalísimos y que, como tales, tienen protección legal, con independencia de su registración.

Sin embargo, su prueba y reconocimiento judicial, en caso de que se vulneren dichos derechos, puede ser un tanto engorrosa y muy poco ágil. En consecuencia, en el caso de jugadores de renombre e importancia, cuya imagen publicitaria se explota comercialmente en forma intensa, parece aconsejable registrar su nombre, sobrenombre y, en menor medida, su retrato o imagen y su firma como marca. Los productos por proteger serán, sin duda, la indumentaria y calzado, los productos deportivos y, eventualmente, productos accesorios, como artículos de perfumería, anteojos, relojes, impresos, bolsos y mochilas.

Algunos ejemplos de nombres o sobrenombres de jugadores registrados como marcas en la Argentina son DIEGO ARMANDO MARADONA o DIEGO MARADONA, DIEGOL, BATI, BATIGOL, ESTEBAN CAMBIASSO, CUCHU.

Los nombres de dominio

Para finalizar el análisis de los derechos de los jugadores, haremos una breve referencia a la registración de los nombres de los jugadores como dominios. Se considera aconsejable realizar esta registración, al menos en el país donde el jugador se desempeña profesionalmente, en su país de nacionalidad y en el genérico “.com”. La finalidad de tal registración será de protección, para evitar usurpaciones por terceros y para explotar comercialmente dicho dominio mediante la correspondiente página web del jugador.

Con lo expuesto, cerramos el capítulo referido a los derechos de los jugadores, sabiendo que han quedado muchos temas sin analizar, los cuales exceden el marco limitado en que hemos planteado el presente estudio.

Los clubes de fútbol. Su estructura. Sus derechos. El caso Boca Juniors. El caso Arsenal vs. Reed. Los contratos comerciales de patrocinio, auspicio y publicidad. El licenciamiento de sus signos distintivos. El *merchandising*

Introducción: Las posibles estructuras jurídicas de los clubes

“Los clubes de fútbol, que en sus comienzos fueron simplemente los representantes de un barrio, una ciudad o una región, son hoy en día poderosas marcas en el más estricto sentido comercial⁴⁴”.

Los clubes, en general, nacieron como consecuencia de la voluntad común de los socios fundadores, que se unieron con el fin de lograr objetivos comunes, brindando una serie de beneficios a los asociados del club. Se buscaba lograr que la gente del barrio o ciudad tuviera acceso a actividades recreativas, práctica de deportes y al esparcimiento en general. Considerando los fines para los que se formaron los clubes, la figura adoptada por todos ellos, al menos en la Argentina, fue la de la asociación civil sin fines de lucro.

Los intereses que se mueven alrededor del fútbol se han incrementado dramáticamente en los últimos años, convirtiéndose en una de las industrias del entretenimiento que más dinero mueve en el mundo. Un ejemplo de esto son los millonarios derechos de televisión que se pagan, las millonarias transferencias de jugadores, los impresionantes contratos de esponsorización, los derechos derivados del licenciamiento de los signos distintivos de los clubes para *merchandising*, la publicidad en estadios y en la indumentaria, los contratos millonarios que vinculan a los jugadores con el club, etc.

44. “El Gran negocio llamado fútbol”, Mario Sánchez, 14/10/2000, publicado en vamosboys.com

La causa del éxito del fútbol y de la importancia que han adquirido los clubes en este marco puede encontrarse en la capacidad para generar pasiones, originadas en el profundo sentimiento de lealtad que se genera entre los aficionados hacia sus respectivas instituciones.

De la lealtad que existe entre un aficionado y el club de sus amores se ha derivado el impresionante éxito comercial del *merchandising* en el ámbito del fútbol. J. A. Sánchez Piriéñez, ex Director de Marketing del Real Madrid, explica la razón de este éxito en los siguientes términos:

La lealtad a los equipos de fútbol es muy alta. La relación de un seguidor con su equipo goza de tal grado de fidelidad que sería un sueño para las marcas de cualquier otro sector, siempre mucho más sujetas a los avatares del mercado⁴⁵.

Evidentemente, al manejarse semejantes sumas de dinero, la figura de la asociación civil sin fines de lucro ha quedado un poco desfasada y ha dado lugar a manejos poco claros por parte de los dirigentes del fútbol, así como al enriquecimiento de estos y sus allegados en detrimento de los propios clubes, los que tienen, en muchos casos, situaciones económicas muy delicadas.

Es por ello que en Europa los clubes tienen, desde hace años, la forma jurídica de la sociedad anónima deportiva, la cual es mucho más lógica, considerando el proceso de mercantilización que la actividad ha sufrido en los últimos años. En España, por ejemplo, la Ley del Deporte, de 1990, consagra a las sociedades anónimas deportivas.

Como mencionamos en el primer capítulo de este trabajo, incluso hay clubes de fútbol que se han constituido en poderosas empresas comerciales, algunas de las cuales hasta cotizan en bolsa, como el caso de Manchester United F. C., Chelsea F. C., Leeds F. C., S. S. Lazio, A. S. Roma y Juventus F. C.

Otra posible figura en la que se puede encuadrar la actividad futbolística es la del gerenciamiento. A partir de la quiebra del Racing Club de Avellaneda, en la Argentina se creó un híbrido denominado “contrato de gerenciamiento” entre el club y un tercero. En el caso de dicha institución, el tercero gerenciador se denomina Blanquiceleste S. A. El contrato referido presenta una estructura similar a la que se daría en el marco de la Ley de Sociedades Anónimas Deportivas, con la diferencia de que, en este caso, la sociedad anónima que maneja el fútbol es un tercero que no tiene ninguna relación con el club, más allá del contrato de gerenciamiento en sí mismo.

Respecto del tema que nos interesa, Racing Club cedió al gerenciador la dirección, operación, comercialización y administración de la actividad futbolística del club sin ninguna restricción, limitación o condicionamiento. Esto incluye la celebración de contratos de publicidad, patrocinio, *ticketing*, *merchandising*, venta de derechos de

45. *El Pas* semanal, edición del 3 de marzo de 2002.

televisión, explotación de los derechos económicos provenientes de la página web y, en general, cualquier explotación comercial del nombre y los signos del club.

En el año 2000, se sancionó la Ley 25.284, que estableció un régimen especial para la liquidación de las entidades deportivas que se presentaren en concurso preventivo o declaradas en quiebra. Dicha norma impidió la liquidación de Racing Club de Avellaneda y se aplicó a otras entidades con serios problemas económicos.

La protección de los signos distintivos de los clubes. Los casos Boca Juniors y Arsenal vs. Reed

En Latinoamérica y en Europa, cada club es el que detenta la titularidad de sus marcas, incluidos nombres, escudos, símbolos, diseños, camisetas, etc., a diferencia de los Estados Unidos, donde las asociaciones o ligas nacionales de cada deporte nuclea la registración de los nombres y símbolos de cada equipo (por ej., NBA, MLS, MLB, NFL, NHL).

Hoy en día, no caben dudas acerca del carácter marcario de los nombres, símbolos y diseños de los clubes. Incluso, como lo dijimos en párrafos anteriores, los nombres de algunos clubes pueden hasta considerarse marcas notorias o de alto renombre.

En la Argentina, sin embargo, no resultó sencilla la registración del diseño y los colores de las camisetas, pantalones y medias de los clubes. En julio de 1993, la Oficina de Marcas Argentina rechazó la registración de tres solicitudes de marca presentadas por el Club Atlético Boca Juniors (en las que se reivindicaban las características distintivas y los colores aplicados al diseño de una camiseta, un pantalón y una media), argumentando para ello que en los diseños solicitados, la combinación de colores se encontraba en todo el producto por proteger y no en un lugar determinado de este, como lo autorizaba la Ley de Marcas.

La Justicia Argentina revocó la decisión denegatoria de la Oficina de Marcas, y en el fallo de la Cámara de Apelaciones⁴⁶, encontramos algunos conceptos muy interesantes sobre el tema que nos ocupa. Veamos algunas de las frases usadas por los magistrados para justificar la registrabilidad de los signos:

- *Es indudable que la combinación de colores azul y amarillo (en la singular forma solicitada), aplicada a indumentaria deportiva (camisetas, pantalones y medias), identifica y diferencia, desde antigua, a los colores utilizados por Boca Juniors. **Hasta mi suegra lo sabe.** Y resulta que se trata de un hecho absolutamente público y notorio. (el resaltado es nuestro).*

46. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala 2, sentencia del 4/7/96 en autos "Club Atlético Boca Juniors c/ Dirección de Tecnología, Calidad y Propiedad Industrial s/ denegatoria de registro".

- *Lo fundamental, lo que interesa marcariamente, es que la combinación de colores –aunque se extienda a todo el producto o a su envoltorio– esté dotada de capacidad distintiva, es decir, sea original y cumpla el papel de elemento individualizador y, por eso mismo, que sirva para diferenciar y seleccionar el producto.*
- *No se trata de otorgar monopolio sobre los colores. Se trata de aceptar que una cierta combinación –dispuesta en modo especial: véase como se distribuye en cuello, mangas y pechera, con el pantalón y medias– ya existente, de antigua data y calificada además por su notoriedad, satisface razonablemente los requisitos de la ley de marcas.*

Las expresiones del Tribunal son por demás elocuentes y expresan de manera categórica la registrabilidad de este tipo de signos. Entiendo, además, que fue importante para el club haber obtenido un decisión tan categórica, la cual podrá ser invocada contra cualquier cuestionamiento hacia la validez o fuerza distintiva de los signos en cuestión.

Y, justamente vinculado al tema de los signos distintivos de los clubes de fútbol, encontramos el conocido caso de Arsenal Football Club Plc. vs. Mathew Reed, resuelto recientemente por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

Arsenal Football Club es una institución fundada en 1886, muy conocida y renombrada, cuyo equipo de fútbol se ha desempeñado y se desempeña con éxito en la Premier League de Inglaterra. Dicho club tiene registradas las marcas ARSENAL, ARSENAL GUNNERS (sobrenombre) y dos de sus logotipos (CREST DEVICE y THE CANNON DEVICE) en la clase internacional 25, en el Reino Unido.

El demandado Matthew Reed es un comerciante que, desde 1970, comercializaba recuerdos y prendas del Arsenal en su tienda situada en las inmediaciones del estadio de dicho club. Dichos objetos incorporan las marcas que Arsenal F. C. tiene registradas y son productos de carácter no oficial. Este carácter era anunciado por Reed en letreros que decían básicamente que los logotipos y términos usados en los productos que estaban a la venta no implicaban afiliación alguna o relación alguna con el fabricante o los distribuidores de cualquier otro producto.

Arsenal inició dos acciones contra el Sr. Reed, tramitadas juntas en un mismo proceso. Una por “*passing off*” (confusión), y la otra por infracción a los derechos de marca. Curiosamente, el Juez de Primera Instancia rechazó la acción por “*passing off*”, ya que consideró que no se daba tal extremo, pues no había posibilidad alguna de confusión en el consumidor. Consideró relevante el hecho de que Reed aclarara en sus locales que los productos no eran oficiales. En consecuencia, no estaba haciéndose pasar por vendedor de productos oficiales, sino que declaraba que sus productos no tenían vinculación con el club.

Con respecto a la acción por violación a los derechos marcarios, la High Court rechazó el argumento del Arsenal conforme al cual la explotación de Reed de los signos registrados no era percibida por los consumidores como un uso en el que se indica la procedencia

de los productos, es decir, constitutiva de una utilización del signo “en cuanto marca”. El tribunal inglés indicó que las denominaciones y los gráficos usados por Reed en sus productos eran percibidos por el público como un testimonio de apoyo, de lealtad y de afiliación⁴⁷.

Así las cosas, la High Court remitió a la Corte Europea de Justicia que, en su sentencia de fecha 12 de noviembre de 2002, falló a favor del Arsenal FC en los siguientes términos:

Cuando un tercero utiliza en el tráfico económico un signo idéntico a una marca válidamente registrada en productos idénticos a aquellos para los que está registrada, el titular de la marca puede, en un caso como el que es objeto del procedimiento principal, oponerse a este uso con arreglo al artículo 5, apartado 1, letra a), de dicha Directiva. Esta conclusión no queda desvirtuada por la circunstancia de que, en el marco de dicho uso, el citado signo se perciba como un testimonio de apoyo, de lealtad o de afiliación al titular de la marca.

El Juez inglés que intervino en el caso, Justice Laddie, rechazó lo decidido por la Corte Europea, argumentando que esta se excedió en su fallo y no contestó concretamente las preguntas que le fueron realizadas por los tribunales ingleses. Esta postura fue luego revocada por la Corte de Apelaciones, quien decidió que el fallo de la Corte Europea era vinculante para el Juez inglés, quien debía acatarlo y decidir a favor de Arsenal F. C.

Con esto concluyó el caso Arsenal FC c. Reed, Mathew, para alivio de los grandes clubes de fútbol europeos, la Corte Europea concluyó que la percepción de una determinada marca como testimonio de apoyo, lealtad o afiliación (como ocurre con las camisetas, bufandas, banderines, banderas y otros artículos de *merchandising*) no podía justificar una explotación no autorizada de dicho signo por terceros. Sin embargo, el tema es bastante controvertido, y no podemos descartar que jueces en otras partes del mundo fallen en el mismo sentido que el juez Laddie y rechacen acciones por infracción marcaria contra personas o empresas que vendan productos que lleven las marcas registradas de clubes de fútbol sobre la base de los mismos argumentos.

Analizados ya los dos casos que involucraban los signos distintivos de clubes de fútbol, veamos cuales son los signos que generalmente registran como marcas las entidades deportivas:

- *Nombres*: RIVER, CLUB ATLÉTICO RIVER PLATE, BOCA, BOCA JUNIORS, REAL MADRID, BARCELONA.
- *Sobrenombres*: BARCA, LOS SABALEROS (COLÓN DE SANTA FE), SOY GALLINA (RIVER), RIVERPLATENSE, LOS MILLONARIOS (RIVER),

47. Conclusiones del Abogado General ante la ECJ, Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, presentadas el 13 de junio de 2002, Asunto C-206/01, tomada de la página de Internet de la ECJ en www.curia.eu.int.

BOSTEROS (BOCA), BOQUITA, XENEIZES (BOCA), LA T (TALLERES DE CORDOBA), ALBIAZUL (TALLERES DE CORDOBA).

- Escudos y diseños de mascotas.
- Diseños de camisetas, pantalones y medias; diseños de otros productos.
- *Nombres y diseños de los estadios*: LA BOMBONERA (Boca), ESTADIO MONUMENTAL (River), EL CEMENTERIO DE LOS ELEFANTES (Colón de Santa Fe).
- *Otras frases y elementos asociados con los clubes*: LA 12, BOCAMANÍA, BOCA T. V., RP, LA MÁQUINA., 0-600 RIVER, RIVERMANÍA, LA BANDA ROJA, RIVERTIME.

Los contratos

Teniendo en cuenta el material al que tuve acceso para preparar este trabajo, pude apreciar la existencia de tres tipos de contratos: Contratos con firmas de indumentaria, calzado y productos deportivos, contratos de publicidad o patrocinio con empresas de cualquier tipo y contratos de licenciamiento de los signos distintivos para el *merchandising*.

Contratos con firmas proveedoras de indumentaria, calzado y otros productos deportivos

Hoy en día, no queda ningún club que participa de los torneos superiores de la Argentina que no haya firmado algún contrato de promoción con firmas fabricantes o comercializadoras de indumentaria, calzado y accesorios deportivos.

En el caso de las firmas proveedoras de productos deportivos, se da la particularidad de que los elementos que estas producen y comercializan son necesarios para el desarrollo de la actividad de los clubes patrocinados. En consecuencia, en estos casos, es habitual que se convenga una contraprestación o pago en especie. El club patrocinado no sólo dará a conocer la imagen comercial de la empresa, sino que también aparece como consumidor directo de sus productos⁴⁸.

En el caso de los clubes de menos importancia, la contraprestación a cargo de la proveedora es solamente *in natura*, es decir, la provisión de camisetas para jugar y para entrenar, pantalones, medias, bolsos, pelotas y demás elementos para su plantel profesional. A cambio de ello, el club otorgará exclusividad a la empresa en la fabricación y comercialización de sus camisetas, pantalones, medias, etc., teniendo estas el carácter de oficiales.

48. ob. Cit. 4, pág. 114.

En el caso de los clubes más importantes, además del pago en especie, la proveedora también pagará una suma de dinero a cambio del privilegio de la licencia exclusiva para comercializar sus productos deportivos como los oficiales del club.

Los contratos de patrocinio con empresas deportivas suelen tener las siguientes cláusulas:

- Obligación del club de vestir a sus jugadores profesionales, así como al cuerpo técnico en forma exclusiva y permanente con las prendas de la firma patrocinadora.
- El uso de la indumentaria patrocinadora deberá darse en todas las competencias oficiales, no oficiales y amistosos en los que intervenga el club (jugadores titulares y suplentes), en los entrenamientos, traslados, viajes, concentraciones, apariciones públicas previas y posteriores a los partidos, exceptuando las ocasiones en las que habitualmente se use vestimenta formal.
- El club se puede obligar también a vestir a los alcanza-pelotas y mascotas con ropa en la que se vea la marca patrocinador y a poner la marca de este en los bolsos médicos y botellas de agua que usan los miembros del equipo.
- El club se obliga a cuidar la indumentaria entregada de manera que no se altere ni modifique su diseño y forma originaria, y no se tape ni obstaculice en modo alguno la visualización de la marca, isotipo y logotipo del patrocinante.
- Vinculado con el punto anterior, las empresas patrocinadoras exigen también que los jugadores no muestren prendas con marcas que compitan con las suyas propias en el momento de festejar los goles del equipo. Ello pues es común que, al festejar los goles, los jugadores se levanten la camiseta oficial que están vistiendo para mostrar otra que tienen debajo.
- La contraprestación de la empresa patrocinadora será la entrega de la indumentaria y el calzado, además del pago de una suma de dinero. Es común establecer también bonos que premien los buenos resultados que obtenga el club en las competencias oficiales en las que participe.
- La empresa patrocinante tiene derecho a explotar publicitariamente la imagen del equipo en su conjunto (no la de los jugadores en forma individual) en forma gráfica, televisiva, cinematográfica y en general por cualquier medio de difusión (incluso Internet) cuando vistan la indumentaria de la Institución y en ocasión de competencias, entrenamientos, concentraciones, etc.
- El club deberá garantizar que los miembros de su equipo otorguen a la empresa patrocinadora facilidades razonables para la obtención y publicación de fotos, videos y cualquier otro material promocional que muestra al equipo vistiendo los productos de la empresa.

- El club licencia en forma exclusiva su nombre, su escudo, sus emblemas y el diseño de su camiseta a la empresa patrocinadora con relación a la fabricación, promoción y comercialización de la indumentaria y otros elementos autorizados (tales como bolsos y otros accesorios deportivos) que contengan dichos signos distintivos.
- Si el club contrata publicidad con un tercero para su camiseta, deberá acordar con dicho tercero que la empresa patrocinadora tendrá derecho a incluir la marca en todas las prendas que comercialice en forma irrestricta y gratuita. Asimismo, en general se establece que el *sponsor* publicitario no puede ser una empresa que venda productos de indumentaria, calzado y accesorios para la práctica de deportes, es decir, que no sea competidor del patrocinador proveedor de este tipo de productos.
- En el caso de que el club decida cambiar la empresa que publicita en su camiseta (*sponsor*), debe notificar con una determinada anticipación (generalmente entre 90 y 180 días) a la patrocinadora, así como mantener la más absoluta confidencialidad al respecto. Este tipo de cláusulas están justificadas por el tiempo que lleva deshacerse del *stock* de productos con la publicidad anterior y por el escaso valor de mercado que tienen las prendas con esta publicidad cuando se sabe públicamente que será modificada en breve.
- La empresa patrocinadora puede variar los diseños de las camisetas y demás accesorios deportivos que fabrique, con la previa conformidad del club. Sin embargo, en general, los clubes exigen que, en lo que respecta a su principal camiseta, no se modifiquen sus colores y su diseño característico (por ej., la franja horizontal media en la camiseta de Boca Juniors o la franja diagonal roja en la camiseta de River Plate). El club se obliga a jugar un determinado número de partidos por año con cada uno de los diseños presentados por el patrocinador.
- Se establece también una prioridad del patrocinador para renovar el contrato y multas para el caso de incumplimientos por parte del club o de sus jugadores.
- El club, generalmente, se obliga a iniciar acciones legales contra cualquier infracción a sus marcas, diseños, escudos, emblemas y signos distintivos en general en lo que respecta a los productos que comercializa el patrocinador.
- Se estipula generalmente que la empresa patrocinadora y proveedora puede continuar usando los signos distintivos del club hasta un plazo prudencial (generalmente no más de 3 meses) después de concluido el contrato con el fin de agotar el *stock* de productos que llevan dicho emblema.
- Se establece también que todos los derechos de propiedad intelectual y los diseños quedan en propiedad del club, quien será siempre el titular de las marcas que se deban registrar.

Patrocinio publicitario de empresas no proveedoras de indumentaria y calzado

Estos auspiciantes o patrocinadores deberán ser empresas que no tengan actividad en el ramo de la indumentaria, calzado y accesorios deportivos, ya que para estos productos, los clubes acuerdan exclusividad con la empresa que les provee tales elementos.

En general, como este tipo de patrocinadores no producen elementos necesarios para la práctica deportiva, el pago es siempre en dinero, cuyo *quantum* será fijado por las partes y tendrá en cuenta la importancia del club, los resultados obtenidos en los últimos años, la cantidad de asociados y aficionados, y por supuesto, el carácter exclusivo o no del patrocinio publicitario.

Empresas de los más diversos ramos han apostado al auspicio de equipos de fútbol, desde la cerveza (Quilmes, Budweiser) hasta los repuestos de automotores (Taranto), pasando por las gaseosas (Pepsi), los canales de televisión (Canal 9), empresas de electrodomésticos (Noblex), empresas de seguros y transportes, etc.

Las razones que llevan a las empresas a invertir en patrocinios de este tipo pasan principalmente por la difusión televisiva que tienen los partidos de fútbol y la cantidad de personas que miran estas transmisiones semana a semana.

Muchas empresas eligen este medio para introducirse en un mercado determinado. Budweiser y Parmalat son ejemplos de este tipo de estrategias comerciales. La primera buscó introducirse en el mercado local a través del fútbol. En 1997, fue *sponsor* de la Copa América de Bolivia, lanzó el Superequipo Budweisser –junto con TyC y la revista *El Gráfico*– y fue la cerveza oficial de la Copa del Mundo Francia 98.

Muchas de las cláusulas que mencionamos en el punto anterior son aplicables a los contratos de patrocinio o auspicio con empresas para la inclusión de publicidad en las camisetas y demás elementos que usen los profesionales del club, de manera que remitimos a lo dicho anteriormente.

Me parece importante destacar el tema del uso de los elementos que llevan la publicidad por parte de los jugadores. Y me gustaría volver al tema del festejo de los goles, momento de la mayor exposición mediática del jugador de fútbol. Desde el punto de vista del auspiciante, resulta totalmente inconcebible que, en dicho momento, el jugador se saque la camiseta o se la levante para mostrar otra que tiene debajo.

El contrato de patrocinio publicitario deportivo es una obligación de medios a través de la cual se vehiculiza el mensaje publicitario. En consecuencia, la institución patrocinada debe asegurarse de que sus jugadores llevarán asociada la marca del *sponsor* a su propia actividad y es la principal responsable de que la finalidad del contrato no se frustre⁴⁹.

49. ob. Cit. 4, pág. 116.

Como corolario, destacamos que en Europa se ha prohibido a los jugadores festejar los goles sacándose o levantándose la camiseta, con la consiguiente sanción de expulsión en caso de incumplimiento.

Contratos de licenciamiento para el *merchandising* de productos del club

Como lo dijimos al comenzar este trabajo, el *merchandising* de productos con las marcas de los clubes de fútbol es un negocio muy importante y de gran crecimiento en los últimos años.

El rango de productos que se licencian y venden es de lo más variado e incluye, además de los clásicos gorros, banderas, bufandas, vinchas y trompetas, los siguientes productos: chicles, preservativos, huevos, muñecos de peluche, baberos, ropa y accesorios para bebés, juguetes y juegos para bebés y niños, figuritas, *posters*, estampillas, cantimploras, etc.

Los clubes más importantes tendrán asegurada una regalía mínima anual y un porcentaje sobre las ventas netas que excedan dicho mínimo. En el caso de los clubes chicos, generalmente no se les reconocen regalías mínimas y sólo tienen un porcentaje sobre las ventas netas, el cual será menor al percibido por los clubes más grandes.

En los contratos de licencia para *merchandising*, el club generalmente licencia a la empresa que se encargará de comercializar los productos o sublicenciarlos, todos los derechos para reproducir y usar por cualquier medio los nombres, designaciones, *slogans*, logotipos, isotipos, marcas, colores, diseños, escudos, emblemas, banderas, mascotas, denominaciones populares, imágenes y nombre de su estadio, y en general, cualquier forma de identificación del club y de sus equipos.

Se pueden incluir también los derechos para organizar rifas, sorteos y promociones usando los signos licenciados, así como campañas de *co-branding* con marcas de terceros.

La empresa licenciada efectuará la faz creativa de los personajes y mascotas que producirá y venderá con los signos licenciados, la elaboración de nuevos diseños, logotipos, isotipos, emblemas tendientes a mejorar los productos del licenciante.

Las licencias son generalmente exclusivas y en un territorio determinado, aunque siempre pueden pactarse licencias no exclusivas o licencias parciales para una línea determinada de productos.

Los contratos de licencia siempre prevén la obligación del licenciante de tomar las acciones legales y administrativas necesarias para hacer cesar la comercialización de productos falsificados e ilegítimos. En caso de que el licenciante no accione de inmediato, los contratos generalmente prevén multas, dando a la licenciataria la facultad de compensarla contra las sumas que correspondieren pagar en concepto de regalías.

Como los contratos establecen regalías sobre las ventas netas de los productos, siempre se incluyen provisiones relacionadas con las auditorías que puede realizar el licenciante, tales como la oportunidad de estas, así como las consecuencias y penalidades en caso de las diferencias entre las liquidaciones presentadas por la licenciataria y el resultado de las auditorías.

Como la imagen del club es muy importante, los contratos tienen siempre una cláusula que obliga a la licenciataria a desarrollar el objeto del contrato respetando y resguardando el buen nombre y honor del club licenciante, de manera que las campañas y productos no sean ofensivos, humillantes o que desmerezcan la imagen de este.

Para concluir, destacamos la conveniencia para los clubes de registrar sus nombres, emblemas y demás signos distintivos como marcas. Ello a fin de asegurar una rápida y eficaz acción contra el flagelo de la falsificación, que es muy común en el caso de productos con marcas de clubes.

Confederaciones regionales o continentales

Haremos una breve referencia a estas entidades, para luego analizar con un poco más de profundidad a las nacionales.

En Sudamérica, la entidad regional se denomina Confederación Sudamericana de Fútbol (CONMEBOL). Su par de Norteamérica y Caribe se llama Confederación Norte, Centroamericana y del Caribe de Fútbol (CONCACAF), y finalmente, la del viejo continente se denomina Unión Europea de Fútbol (UEFA).

Las confederaciones regionales o continentales son las que nuclean a las asociaciones nacionales de una determinada región o continente. Se encargan, fundamentalmente, de la administración y organización de competencias internacionales dentro de un área geográfica, involucrando seleccionados nacionales y clubes, incluidas, claro está, las eliminatorias para los campeonatos del mundo.

La UEFA, por ejemplo, organiza la Champions League, Copa UEFA, Copa Intertoto y Supercopa Europea entre los clubes, y la Eurocopa entre los seleccionados. En el caso de nuestra CONMEBOL, es la organizadora de la Copa América de selecciones, así como de la Copa Libertadores de América, Supercopa, Copa MERCOSUR y Copa CONMEBOL entre los clubes del continente.

Entre los signos distintivos que la CONMEBOL tiene registrados, encontramos C. S. F., Confederación Sudamericana de Fútbol, Copa América y su diseño, Supercopa y su diseño, Copa MERCOSUR y su diseño, Copa Libertadores de América y su diseño, y Copa CONMEBOL y su diseño.

Como organizadora de todas las mencionadas competencias, posee los derechos sobre su televisión, debiendo, claro está, participar a los clubes o selecciones de las ganancias que estos ingresos generen. Generalmente, la CONMEBOL establece remuneraciones a favor de los clubes o selecciones, las cuales serán mayores cuanto más hayan avanzado en la respectiva competencia.

La CONMEBOL nuclea también los derechos sobre las denominaciones y los logos de las competencias que organiza y administra, y estas sólo podrán ser usadas con fines comerciales, previa autorización de dicha entidad. La empresa automotriz Toyota es el principal patrocinador de la competencia continental más importante, la cual se denomina, hace algunos años, La Copa Toyota Libertadores de América.

La Copa Europeo-Sudamericana, que enfrenta a los equipos ganadores de la Copa Libertadores y la Champions League, es organizada por la CONMEBOL y la UEFA en forma conjunta, ambas cuentan con los derechos conjuntos sobre dicha competencia (consistente en sólo un partido).

Asociaciones o Federaciones Nacionales

A fin de no extenderme demasiado, en este punto sólo haré referencia a la Asociación del Fútbol Argentina (AFA), con un breve comentario sobre sus políticas frente a las competencias que organiza y los derechos que administra.

La AFA, al igual que sus pares latinoamericanos, administra y organiza el seleccionado nacional mayor y los seleccionados nacionales juveniles, así como las competencias nacionales entre clubes.

Todos los clubes argentinos que deseen competir en los torneos nacionales organizados por la AFA deben estar afiliados a esta. La AFA es quien nuclea todos los derechos de explotación sobre las competencias que organiza, incluso los de televisión.

La importancia de las asociaciones o federaciones nacionales en el fútbol de un país es muy grande, ya que resulta necesario que alguna entidad nuclea y organice las competencias entre los diferentes clubes. El interés que despierta un partido en el aficionado está claramente determinado por estar inmerso en una determinada competencia, y el resultado de este enfrentamiento no será indiferente, sino que tendrá concretas consecuencias conforme las normas que rijan⁵⁰.

Estas competiciones son también marcas, ya que constituyen signos distintivos que indican el origen y la calidad del evento a los consumidores, teniendo el respaldo de las

50. "Titularidad y gestión de los derechos de explotación televisiva del fútbol profesional", por Rafael Alonso Martínez, tomado de www.filosofiyderecho.com.

entidades que las organizan. En consecuencia, la asociación como titular de la competencia como marca, puede explotarla comercialmente mediante contratos de patrocinio, auspicio, *merchandising*, etc.

Lo mismo ocurre con los seleccionados nacionales mayores y juveniles. Las asociaciones nacionales organizan los equipos, firman los contratos necesarios con sus jugadores y les pagan, y obviamente, explotan comercialmente la imagen del seleccionado, los derechos televisivos de los partidos en los que participa y la marca comercial Seleccionado Nacional de Fútbol o Selección Nacional.

Las marcas que la AFA tiene registradas, entre otras, son las siguientes:

AFA, ASOCIACIÓN DEL FÚTBOL ARGENTINO, ESCUDO Y EMBLEMAS AFA, SELECCIÓN NACIONAL DE FÚTBOL, SELECCIÓN NACIONAL JUVENIL AFA, DISEÑOS DE LA CAMISETA, PANTALONES Y MEDIAS DEL SELECCIONADO NACIONAL, AFA CAMPEONATO DE PRIMERA B NACIONAL, AFA CAMPEONATO DE PRIMERA DIVISIÓN, AFA TORNEO APERTURA, AFA TORNEO CLAUSURA, AFA TORNEO ARGENTINO, AFA CAMPEONATO DE PRIMERA DIVISIÓN B, ÑANDY & DISEÑO (mascota mundial juvenil 2001), etc.

Como dijimos anteriormente, la AFA obtiene sus recursos de la administración y organización de los torneos locales y las selecciones nacionales. Estos recursos se obtienen del aporte que realizan los clubes asociados, de porcentajes sobre las recaudaciones de los partidos correspondientes a las competencias, de porcentajes sobre los montos de transferencia de jugadores pertenecientes a los clubes afiliados, de la venta de los derechos televisivos sobre los torneos locales y partidos de selecciones nacionales (en la medida que no jueguen torneos organizados por otras entidades como CONMEBOL o FIFA), y por el licenciamiento de sus signos distintivos a sus patrocinadores, anunciantes y licenciatarios exclusivos. Podemos decir que la AFA tiene una política muy agresiva en lo que respecta a la defensa de lo que ella misma considera signos distintivos de su exclusiva propiedad.

A fin de garantizar los derechos de los *sponsors* que le pagan muy importantes sumas por patrocinar y auspiciar a la Selección Nacional y a los torneos locales, la AFA actúa en forma agresiva contra cualquier mención expresa o **implícita** de sus marcas, tales como AFA, SELECCIÓN NACIONAL, DISEÑO DE LA CAMISETA, etc.

En nuestra opinión, esta actitud está justificada y es una legítima defensa de derechos, siempre y cuando las promociones o publicidades cuestionadas utilicen los signos distintivos de la AFA o las imágenes del Seleccionado Nacional de Fútbol. Sin embargo, en nuestra opinión, la exhibición de una bandera con los colores de la Argentina o de imágenes de personas con vestimenta que combine dichos colores (en la medida que no usen la camiseta de la Selección Nacional) no constituya una infracción a los derechos de la AFA y, por ende, cualquier acción de esta para impedir este tipo de publicidades no debería prosperar.

Entendemos, además, que el uso de la palabra Argentina, de los colores celeste y blanco, de personas jugando al fútbol o actuando como aficionados a dicho deporte nunca puede constituir una infracción a las marcas registradas y derechos de la AFA.

No se nos escapa que lo que la AFA pretende es evitar lo que internacionalmente se denomina *ambush marketing*, situación que se da cuando una firma paga una suma importante para ser *sponsor* oficial de un evento, entidad o equipo determinado, y un competidor intenta conectarse con el evento, entidad o equipo mediante acciones de marketing sutiles, pero sin infringir ninguna norma y, obviamente, sin pagar regalías.

Si bien la viabilidad de una acción contra un caso de *ambush marketing* debe ser analizada en cada caso concreto, la realidad es que, en la mayoría de los casos, no existe infracción alguna y, por lo tanto, no pueden ser impedidas, por más que pueda haber algún cuestionamiento moral hacia la empresa responsable de la campaña.

La Federación Internacional de Fútbol Asociado (FIFA)

Esta entidad nuclea a todas las asociaciones nacionales de fútbol y organiza, cada cuatro años, el Campeonato Mundial de Fútbol, el acontecimiento deportivo más visto en el mundo entero.

Las Copas Mundiales mueven millones de dólares en derechos de patrocinio, bonos de jugadores y entrenadores, entradas y derechos de transmisión.

La Copa Mundial 2002 contó con 15 patrocinadores oficiales, más que cualquier otra en la historia. Las empresas patrocinadoras consiguen la exclusividad de los partidos, que son vistos por millones de televidentes en más de 200 países. En total, la FIFA tuvo ingresos por 585,4 millones de euros de patrocinadores y proveedores oficiales, suma por demás impresionante, especialmente, si se la compara con los ingresos obtenidos por idéntico concepto en el mundial España 1982: 21 millones de dólares.

El patrocinio incluye una garantía de que ninguna marca rival puede ser conectada oficialmente con el mundial o utilizar el logo del Mundial. Los patrocinantes reciben derechos exclusivos para la promoción y mercadeo durante el evento, y publicidad ubicada en un lugar visible del estadio, durante cada partido. La FIFA adquirió las marquesinas de los estadios del torneo y cedió dichos espacios a los patrocinadores oficiales⁵¹.

La acción de patrocinio no se reduce a acciones publicitarias, sino que también incluye un acuerdo de provisión de acuerdo con la actividad de cada patrocinador. Adidas, por ejemplo, proveyó de ropa a un total de 30.000 colaboradores que participaron del evento.

Y como el negocio de la Copa del Mundo se ha tornado tan importante, la FIFA está adoptando, en los últimos años, una actitud mucho más agresiva en cuanto a la protección

51. www.mercadeo.com.

de sus marcas y signos distintivos, así como a la persecución de las infracciones marcarias y de las publicidades parasitarias o *ambush marketing*, concepto que precisamos en el capítulo anterior.

Recién en las últimas décadas, la FIFA ha registrado a nivel mundial las marcas FIFA, su logo (dos imágenes de la tierra superpuestas y con gajos en forma de pelotas), FIFA WORLD CUP, WORLD CUP, 2002 KOREA-JAPAN y su logo, los diseños de las mascotas del Mundial Corea-Japón 2002, el diseño de la Copa del Mundo, MUNDIAL 2006, SUDÁFRICA 2010, etc.

Y fue a partir de la Copa del Mundo en Corea y Japón que la FIFA comenzó a tomar acciones contra aquellas empresas que hacían referencia directa o indirecta a dicho evento y a sus signos distintivos en sus campañas publicitarias.

Antes de la Copa del Mundo, la FIFA ya había iniciado más de 500 demandas en 51 países contra empresas que infringieron sus derechos, con éxito en un 90 % de los casos. En la Argentina, FIFA inició más de cincuenta demandas con pedidos de medidas cautelares, atacando productos en infracción a sus marcas.

Ninguna duda cabe de que la FIFA tiene derecho a impedir el uso de sus marcas en productos, servicios y en publicidades. Cualquier producto que lleve las marcas FIFA, COPA DEL MUNDO, MUNDIAL etc., los diseños, las mascotas y la imagen de la Copa y cualquier publicidad que reproduzca dichos elementos podrá ser atacado por la FIFA sobre la base de sus derechos marcarios.

Pero, tal como ocurre con la AFA, en el caso de las publicidades, nuevamente se da la difícil cuestión de determinar cuándo una campaña infringe los derechos exclusivos de la FIFA y cuándo usa legítimamente recursos publicitarios válidos y referencias inapropiables de uso general.

El conflicto en particular se dio en la Copa del Mundo Corea-Japón 2002 respecto de las campañas publicitarias de Pepsi y Nike, considerando que sus principales competidoras Coca-Cola y Adidas eran patrocinadoras oficiales del evento.

Tanto PEPSI como NIKE aprovecharon los contratos individuales que tenían con estrellas del fútbol que participarían de la competencia para realizar campañas publicitarias con referencias concretas a la práctica del deporte, absteniéndose en casi todos los casos de hacer referencias concretas a las marcas COPA DEL MUNDO, MUNDIAL, FIFA, etc.

El comercial denominado SUMO, de PEPSI, mostraba jugadores estrella como Juan Sebastián Verón, David Beckham, Roberto Carlos, Gianluigi Buffón, Manuel Rui Costa, Raúl, Emanuel Petit y Edgar Davids jugando un partido de fútbol contra un equipo integrado por inmensos luchadores de sumo (orientales, por supuesto). Evidentemente, el comercial buscó asociar a los jugadores de fútbol con un elemento típicamente oriental, como es el sumo, generando en los consumidores una asociación entre ambos.

En el caso de NIKE, la campaña consistió en un torneo de fútbol ultrasecreto llevado a cabo en una pequeña cancha en forma de jaula. En este, se enfrentaban en partidos a muerte súbita (el que hace el primer gol gana) equipos de tres jugadores integrados por estrellas como Ronaldo, Luis Figo, Hernán Crespo, Javier Saviola, Roberto Carlos, Paul Scholes, Mendieta, Toti, etc. Nuevamente, hubo una utilización, legítima por cierto, de jugadores que participaron del Mundial, jugando al fútbol, pero evitando cuidadosamente cualquier referencia expresa a signos o logos de la FIFA.

Estas campañas, planeadas seguramente en forma muy cuidadosa para evitar incurrir en infracciones a los derechos de la FIFA, sin dudas atrajeron la atención de los fanáticos del fútbol y dejaron en estos una cierta sensación de vinculación con la Copa del Mundo.

La FIFA ha formado equipos especializados que incluyen especialistas en marcas, abogados comerciales y especialistas en marketing deportivo para intentar eliminar este tipo de prácticas publicitarias. Y su gran problema es que, en muchos casos, le resulta difícil evitar este tipo de comerciales, ya que, estrictamente, no vulneran sus derechos marcarios.

Pero el tema es sin dudas muy complejo, porque más allá del tema de las infracciones, queda claro que con este tipo de “guerras” publicitarias mediáticas no se hace más que confundir al consumidor.

En el caso de Nike y Adidas, también hay una batalla que tiene como epicentro las selecciones nacionales y los jugadores más representativos. Ambas firmas patrocinan selecciones enteras, pero se han asegurado también el patrocinio individual de las máximas estrellas del deporte. A tal punto llega la mezcla de marcas, que se dan varios casos de selecciones que cuentan con una de las marcas como patrocinador y algunos de sus jugadores tienen como *sponsor* a la otra.

**El presente artículo se origina en la ponencia del Dr. Matías Noetinger en las Jornadas de la Asociación Interamericana de la Propiedad Intelectual (ASIPI) en Costa Rica, en octubre de 2002, luego publicada por Editorial Astrea en Derechos Intelectuales 11, página 55.*

IX. Obras de terceros, marcas, imagen y nombre de las personas

Por Francisco J. de Zavalía

1. Introducción

Isaac Newton, una de las mentes más brillantes de todos los tiempos, una vez exclamó que si él había podido ver un poco más lejos, era porque se había parado sobre los hombros de gigantes, en clara alusión a que aun el más destacado científico construye sobre los cimientos de sus antecesores. Lo mismo sucede en las artes. Los pintores se agrupan en escuelas, los compositores se influyen mutuamente y el escultor renacentista que nos

sorprende con su interpretación del cuerpo humano pudo crear su obra sólo después de haber estudiado alguna desenterrada gloria de Grecia o Roma. Aun aquellos que quieren romper con el pasado reconocen su influencia.

Hasta ahí, hemos visto que estamos en el campo de las ideas y, así como nadie puede creerse con derecho exclusivo a escribir sobre dos amantes en Verona, nadie puede arrogarse exclusividad sobre el cubismo o sobre el fluir de la conciencia.

Otras veces, dejamos el campo de las ideas y entramos en el de la expresión de las ideas, es decir, en el uso de obras de terceros, parte del objeto de este capítulo.

Finalmente, una obra puede hacer uso de una marca de un tercero o de su nombre o imagen. También puede tratarse de una obra inspirada –o basada– en la vida de una persona. Analizaremos estos supuestos por separado.

2. El uso de una obra de terceros

Lawrence Lessing (2001) en su libro relata que en 1998 un juez estadounidense detuvo el lanzamiento de la película *El abogado del diablo* porque un artista reclamó que una de sus esculturas fue filmada sin su autorización. La exhibición de la película *12 monos* fue detenida por otro tribunal porque un artista sostuvo que una de las sillas que aparecían en una escena era idéntica a una diseñada por él. Estos ejemplos, un tanto extremos, ilustran la necesidad de contar con la autorización de los terceros titulares de obras que sean utilizadas en la propia. Este proceso, a veces muy complejo según la obra, se llama en el mundo anglosajón *clearing rights*.

En el capítulo II, hemos visto como las leyes que protegen el derecho de autor en la Argentina y el mundo otorgan a los autores –y sólo a los autores– un cúmulo de derechos sobre sus obras. Algunos, los llamados derechos morales, son propios de los autores y, como protegen su personalidad, sólo pueden ser ejercidos por los autores mismos. El resto –los llamados derechos patrimoniales– pueden ser transferidos por los autores a terceros en forma total o parcial.

También hemos visto que la mera propiedad de una obra no otorga derechos intelectuales sobre ella, los que permanecen en cabeza del autor hasta su transferencia a un tercero. Así, comprar un cuadro no da derecho a su propietario de vender sus reproducciones como láminas, salvo que así lo haya convenido con el autor.

Finalmente, vimos que la protección que otorgan las leyes de derecho de autor ni es absoluta ni es perpetua.

No es absoluta porque, en ciertas hipótesis, es posible utilizar una obra de tercero sin su autorización y sin que esto signifique infringir los derechos de ese autor. Esto es el llamado uso

legítimo de una obra. El Art. 9 inc 2. del Convenio de Berna establece el principio general “Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de **permitir la reproducción de dichas obras** en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción **no atente a la explotación normal** de la obra **ni cause un perjuicio injustificado** a los intereses legítimos del autor”. Ahora bien, depende de la legislación de cada país determinar qué tipos de usos son permitidos y, en general, se trata siempre de excepciones para el periodismo, para la crítica académica, etc. También generalizando, podemos afirmar que el uso comercial de una obra de terceros nunca será considerado un uso legítimo.

Tampoco es perpetua, ya que los derechos de autor protegen a una obra por un cierto período, luego del cual la obra pasará al dominio público, pagante o no (ver capítulo II). La duración depende de la legislación de cada país.

Ahora estamos en condiciones de efectuar un primer análisis sobre el uso de una obra de terceros. Para ello, tomemos una obra hipotética e intentemos responder algunas preguntas sobre ella.

¿Se trata de una obra?

Sabemos que si se trata de una idea, no se necesita de ninguna autorización, dado que su uso es libre. Pero ya vimos en capítulos anteriores que no siempre es fácil determinar si estamos frente a una idea o, para el caso televisivo, un formato.

Los ejemplos que se dieron al comienzo del capítulo dan cuenta de que es necesario realizar un trabajo exhaustivo antes de lanzar una obra al mercado que utilice –siquiera en forma incidental– una obra de terceros. Nadie duda de que en forma previa a exhibir una película, se deben adquirir los derechos necesarios sobre la banda de sonido, pero ¿qué hay del caso de una escultura o pintura?

¿La obra está protegida o está en el dominio público?

Tomemos, por ejemplo, el tango *Por una Cabeza*, interpretado por Carlos Gardel y de autoría del mismo Gardel y de Alfredo Le Pera. Dado que Gardel y Le Pera fallecieron en un trágico accidente de aviación el 24 de junio de 1935, podemos concluir que ese tango está en el dominio público desde el 1 de enero de 2006 (70 años después de la muerte de los autores y el intérprete, contados a partir del 1 de enero del año posterior a su fallecimiento)⁵².

El uso que vamos a dar a la obra ¿es un uso legítimo?

Tentativamente, hemos contestado más arriba que sería muy raro el caso en que el uso de una obra de un tercero pueda considerarse legítimo, mucho menos si se la va a utilizar con fines comerciales.

52. Arts. 5 y 5 bis de la Ley 11723, texto según la Ley 26570.

¿A quién debemos requerir la autorización para el uso?

Hemos visto que el autor puede transmitir los derechos patrimoniales que tiene sobre la obra. Dado que se trata de derechos sobre bienes inmateriales, las posibilidades son casi infinitas. El autor de un libro puede transmitir el derecho a editar su obra en Perú a un editor y, en la Argentina, a otro, en ambos casos con un límite de tiempo; o puede haberlo hecho en forma no exclusiva en alguno de estos países (lo que sería raro en términos comerciales, pero perfectamente legal). El mismo autor puede transferir el derecho para hacer una película en forma perpetua, exclusiva y en todo el mundo a un estudio americano, pero autorizar el *merchandising* a otra firma.

La situación descrita hace particularmente necesario el estudio de la cadena de derechos de una obra, que no es otra cosa que estudiar cada uno de los eslabones que lleva desde el autor hasta el tercero que quiere utilizar su obra. La mayoría de las legislaciones que tratan la materia prevén registros especiales que, en teoría, facilitarían enormemente esta tarea investigativa, pero –por lo menos en la práctica argentina– este no es el caso, a pesar de que la ley prevé sanciones para la falta de registro. Ello hace particularmente necesario desentrañar la cadena desde su primer eslabón.

Hasta hace unos años, era común que el editor de una obra literaria sólo tuviera sobre ella los derechos de edición en un territorio determinado y por un tiempo determinado. La misma dinámica del mercado hizo que hoy, en general, los editores obtengan del autor el derecho a realizar una adaptación de la obra a otro medio o, por lo menos, tengan una participación del precio de esa licencia. Del mismo modo, y ante la crisis en la que se ve envuelto el mercado de la edición musical, hoy es común que los noveles artistas cedan o participen al sello de cualquier negocio, como las presentaciones en vivo, el *merchandising* y el esponsorio, negocio de antaño reservado casi exclusivamente a los artistas.

Todos estos elementos deben ser tenidos en cuenta al estudiar la cadena de derechos de una obra.

3. La imagen, datos personales. El derecho a la privacidad y el publicity right

Esto fue escrito en 1890⁵³:

El chisme ya no es más el recurso de los indolentes y viciosos, se ha convertido en un negocio que se lleva a cabo con industria y con descaro. Para satisfacer el gusto lascivo, los detalles de relaciones sexuales se publican y dispersan a través de las columnas de los diarios. Para ocupar a los indolentes, columnas y columnas se llenan de chismes que sólo pueden ser obtenidos por la intrusión en el círculo doméstico. La intensidad y la complejidad de la vida, que acompañan el desarrollo

53. Warren and Brandeis (1890) The Right of Privacy, Harvard Law Review.

de la civilización, han hecho necesario encontrar algún refugio del mundo y el hombre, bajo la influencia purificadora de la cultura, se ha vuelto más sensible a la publicidad, de modo que la soledad y la intimidad se han vuelto más esenciales para el individuo. Pero el comercio y la invención moderna, a través de la invasión a la privacidad, han sometido al individuo a un dolor y angustia mental mucho más grande que el que puede ser ocasionado por el mero daño físico. Tampoco el daño ocasionado por la invasión a la privacidad está circunscripto a quienes fueron blanco del periodismo u otra empresa. En esto, como en otras ramas del comercio, la oferta crea la demanda. Cada cosecha de chismes indecorosos, una vez cosechada, se convierte en semillas para más y, en directa proporción con su circulación, resulta en un daño a las normas sociales y a la moralidad.

Vemos entonces que, al igual que con el derecho de autor, fueron los avances tecnológicos los que propiciaron el nacimiento y la evolución del derecho a la privacidad o a la intimidad. Justamente, el texto del párrafo anterior fue tomado de un trabajo que trataba de resolver una cuestión entonces novedosa: que el derecho ampara al fotografiado para controlar el uso que se hace de su fotografía. Estos autores concluyeron que todo individuo tiene derecho a cierta privacidad.

En la Argentina, el derecho a la intimidad está previsto en normas dispersas. El Art. 19 de la Constitución Nacional es el que crea una esfera privada “sólo reservada a Dios”.

Por su lado, el Art. 1071 bis del Código Civil establece lo siguiente:

... el que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación.

De esta manera, consagra la protección de la imagen de las personas como atributo de su personalidad.

A su vez, el Art. 31 de la Ley 11.723 establece lo siguiente:

El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma, y muerta ésta, de su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos, o en su defecto, del padre o la madre. Faltando el cónyuge, los hijos, el padre o la madre, o los descendientes directos de los hijos, la publicación es libre.

Si bien esta última norma se refiere al retratado en el campo de la fotografía, la jurisprudencia, en forma unánime, ha extendido el campo de protección a todas las formas

de utilización de la imagen de las personas, imagen que no puede ser puesta en el comercio sin el expreso consentimiento de la persona.

Asimismo, y en relación con el mencionado Art. 31 de la Ley 11.723, se ha entendido que la puesta en el comercio comprende cualquier forma de utilización de la imagen de las personas, sin que se requiera fin de lucro.

X. Contratos en el mundo del Entretenimiento

1. Introducción

En el mundo del entretenimiento, uno de los activos más importantes son los derechos con los que debe contar quien produce, difunde o explota comercialmente una obra, ya sea musical, teatral, cinematográfica, televisiva o de cualquier otra naturaleza. Tales derechos tienen dos grandes fuentes: la ley y los contratos.

Cuando decimos la ley, nos referimos a un conjunto de normas que rigen la actividad de los creadores intelectuales y sus obras, principalmente, las del Derecho de Autor, en países de derecho continental, y del *Copyright*, en países de tradición anglosajona. Pero también forman parte del marco normativo las disposiciones del derecho de fondo aplicables a estos contratos y las regulaciones específicas de determinadas actividades, como la de los actores y los músicos, considerados, en algunos países, trabajadores y comprendidos, en tanto tales, por algunas normas del Derecho del Trabajo.

Las normas del Derecho de Autor o del *Copyright* resultan de vital importancia, en tanto definen conceptualmente las obras autorales, a quiénes deben considerarse sus autores y los derechos que estos tienen sobre sus creaciones.

En principio, y en ausencia de acuerdo específico entre los participantes, los autores tendrán sobre sus creaciones el derecho de disponer de ella, de autorizar –o no– su difusión, de ser reconocidos como sus autores y de oponerse a cualquier deformación o mutilación.

En relación a los contratos, el Código Civil de la Argentina nos da una buena definición, al afirmar que hay contrato cuando “dos o más personas se ponen de acuerdo en una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos”. La referencia al destino del contrato, en tanto reglar sus derechos, nos parece especialmente apropiada en el campo del entretenimiento.

En efecto, en el mundo del entretenimiento resulta sumamente importante definir, desde los contratos, a quién se considerará titular de los resultados de la contratación y la extensión de tales derechos.

En una fábrica de tornillos, no habría dudas de quién es el dueño de los tornillos producidos por esta; en principio, nadie consideraría a los obreros dueños de tales productos, aunque ellos hubieran participado en su elaboración.

En el mundo del entretenimiento, sin embargo, no siempre es tan claro, por ejemplo, quién debe ser considerado el titular de derechos sobre un programa de televisión y qué extensión tienen esos derechos.

Y aquí entran a tallar los contratos, acuerdos de voluntades libremente celebrados en los que las partes otorgantes pueden establecer, entre otras cosas, a quién se considera titular de derechos de la obra objeto de la contratación.

Hemos considerado útil dividir nuestro análisis entre contratos artísticos, relacionados con la creación y producción de obras, y contratos comerciales, relacionados con la difusión y explotación comercial de dichas obras.

2. Contratos artísticos

A los fines de este trabajo, consideraremos contratos artísticos a aquellos que tienen por objeto regular los aportes creativos y la prestación de servicios de los autores e intérpretes en relación a una obra o a un proyecto. También consideraremos contratos artísticos aquellos que tienen por fin autorizar la utilización de obras preexistentes para la realización de nuevas obras.

En el mundo del entretenimiento, son ejemplos típicos de autores los escritores y guionistas, los compositores musicales, los productores y directores cinematográficos. Asimismo, son ejemplos típicos de intérpretes los actores y los músicos ejecutantes (incluidos los cantantes).

Los intérpretes no son creadores de una obra, sino quienes las ejecutan o representan, haciendo para ello uso de sus propias cualidades artísticas. Este aporte de los intérpretes ha sido reconocido por el Derecho de Autor, que les ha adjudicado un derecho conexo, llamado, en nuestro país, justamente derecho de intérprete, consagrado por el Art. 56 de la Ley 11.723.

Es importante tener en cuenta que en algunos países, como la Argentina, la contratación de actores y músicos, intérpretes para el Derecho de Autor, tiene dos marcos regulatorios: I) uno que contempla la prestación de los servicios del intérprete y II) otro que regula el régimen de derechos sobre los resultados de la labor del intérprete.

En el mencionado país, la prestación de los servicios de actores y músicos está regulada por normas que, según la mayoría de los autores –de la que no participamos– tienen

naturaleza laboral. Nos referimos a la Ley 14.597⁵⁴ y las convenciones colectivas de trabajo aplicables⁵⁵. Las convenciones colectivas de trabajo, que tienen fuerza de ley para las actividades comprendidas en ellas, establecen la forma de contratación, condiciones mínimas de trabajo (duración de los contratos, jornada de labor etc.) y *cachet* aplicables.

A su vez, el resultado de la labor interpretativa está regulado por el Art. 56 de la Ley 11.723 y las normas dictadas en su consecuencia. Para los músicos intérpretes, se han dictado los decretos 746/73⁵⁶, 1670/74 y 1671/74, y en relación con los actores intérpretes, se han dictado el Decreto 1914/2006⁵⁷ y la Resolución 181/08 de la Secretaría de Medios de Comunicación⁵⁸, que fija los aranceles aplicables. En esta norma, se fija retribución de los intérpretes musicales y actorales por la retransmisión de su interpretación, ya sea por televisión, cine, disco o cualquier otra forma.

3. Los guionistas

Entendemos por guionista quien escribe el guión o libreto de cine o televisión, aceptando que, muchas veces, son más de una persona, especialmente en el caso de los programas televisivos por episodios, telenovelas y tiras diarias, donde participan verdaderos equipos.

En la Argentina, como en otros países, los guionistas son considerados coautores de la obra cinematográfica (junto con el productor y el director). En relación con la obra televisiva, no existen disposiciones legales que resuelvan la cuestión; en nuestra opinión, el guionista sólo podría ser considerado coautor cuando su aporte creativo sea de una importancia tal que lo podamos asimilar al aporte que el guionista hace a la película. El tema ha sido tratado con más extensión en el capítulo dedicado a la televisión.

La contratación de guionistas no está sujeta a formalidades específicas y tiene naturaleza civil. Las sociedades de gestión colectiva suelen ofrecer a sus asociados contratos modelo, cuya utilización sugieren. Del mismo modo, suelen recomendar valores mínimos para los contratos.

Resulta sumamente importante establecer en los contratos la titularidad de derechos sobre la obra audiovisual resultante, en general, en cabeza de la productora contratante y la extensión de los derechos reconocidos o cedidos a esta última, referida a los medios

54. Estatuto del Ejecutante Musical Ley 14.597. Sancionada el 20.9.1958 B. O. 29.10.1958.

55. CCT N.º 33/75 (Músicos en Televisión), CCT 373/71 (Músicos en la actividad cinematográfica), CCT 53/75 y CCT 52/75 (Músicos en Radio), CCT 335/73 (actividad discográfica). En relación a los actores, son de aplicación la CCT N.º 322/75 (Actores en Televisión), CCT No. 357 (Actores en Cine) y CCT No. 102/90 (Actores en Publicidad).

56. Decreto 746/73 B. O. 28/12/73.

57. Decreto 1914/2006 B. O. 27/12/06.

58. Res. Secretaría de Medios de Comunicación 181/08 B. O. 21/4/08.

de difusión y explotación (cine, TV, obras derivadas, *merchandising*, etc.), el territorio y la vigencia temporal. También resulta conveniente que la productora contratante adquiera el derecho de introducir cambios en el guión o libro en cuestión, así como el de producir otras obras a partir de la contratada, ya sea una *remake*, una continuación o cualquier otra relacionada con la original.

En los países donde rige el Derecho de Autor, se ha reconocido a los guionistas, los compositores musicales, los intérpretes, los directores –no en todos los casos– y los productores –tampoco en todos los casos– el derecho a percibir regalías por la difusión pública de las obras en las que han participado. Tales regalías son recaudadas por las sociedades de gestión colectiva y luego distribuidas entre sus miembros. En la mayoría de los casos, estas regalías son reservadas por los guionistas y excluidas, por lo tanto, de las cesiones de derechos pactadas a favor de las empresas contratantes.

4. Los directores

En el mundo del cine, el director es quien convierte un guión o libro cinematográfico en una película, el que convierte una obra literaria –como finalmente es un guión– en una obra audiovisual.

En el mundo de la televisión, ello no es tan así, dado que allí, el rol de la productora ha crecido mucho a expensas del espacio de los guionistas y los directores. De hecho, en la televisión existen directores de piso, de exteriores; también se da el caso de importantes series que, a lo largo del tiempo, tienen más de un director, sin modificar sustancialmente su definición conceptual, su calidad ni su éxito.

La contratación de directores cinematográficos es semejante a la de los guionistas, y puede aplicarse lo dicho en los párrafos que anteceden. También se trata de un contrato de naturaleza civil, que no está sujeto a formalidades específicas. Nuevamente, destacamos la importancia de establecer en el contrato todo el régimen de derechos aplicable la obra resultante, del mismo modo que en la contratación de los guionistas.

Es importante tener en cuenta que, en algunos países como la Argentina, los directores cinematográficos son considerados coautores de la película y, por ello, cotitulares de los derechos sobre esta, salvo convención específica de las partes.

Si bien estamos convencidos de que los directores televisivos no deben ser considerados coautores de la obra televisiva –con algunas excepciones que hemos visto en el capítulo dedicado a la televisión–, de todos modos, es sumamente importante aclarar en su contratación que la titularidad de derechos sobre la obra resultante será de la productora contratante, con mención específica de los derechos de esta última, tanto en relación con los medios, el territorio y el tiempo como el derecho de introducir cambios y de producir obras derivadas.

En los países donde se reconocen regalías a favor de los directores, dichas regalías suelen ser reservadas por estos últimos, para su percepción a través de la correspondiente sociedad de gestión colectiva.

5. Los productores

Consideramos productor a la persona que tiene la idea y la iniciativa de llevar adelante la producción de una obra audiovisual, que luego planifica y organiza el desarrollo del proyecto, gestiona y obtiene su financiamiento, contrata a los participantes y lleva adelante su realización.

En general, se considera al productor uno de los coautores de la película cinematográfica. Pensamos, asimismo, que el productor debe ser considerado autor o, al menos, principal titular de derechos sobre la obra televisiva y las demás obras audiovisuales.

En los países de Derecho de Autor, el productor, como todos los autores, debe ser una persona física, con la excepción de la Argentina, donde la doctrina ha reconocido este carácter también a las empresas productoras, constituidas, por lo general, como personas jurídicas.

En los países anglosajones, donde se reconoce la posibilidad de establecer la autoría en cabeza de la empresa productora contratante, la titularidad de derechos recaerá en la forma en que se hubiere establecido en los respectivos contratos, sin limitaciones.

Cuando una empresa, ya sea un estudio cinematográfico, un canal de televisión o una productora, contrata a un productor, lo hace a fin de que este último lleve adelante algunas de las funciones que hemos enumerado más arriba.

En los países donde no existen los estudios cinematográficos a la usanza estadounidense, la situación parece un poco confusa, dado que habría una empresa productora contratando a un productor. En realidad, la persona contratada en estos casos no sería un verdadero productor, con los alcances dados más arriba, sino un productor ejecutivo, un director de producción o un *line producer*, todos ellos considerados prestadores de servicios y no titulares de derechos sobre la obra audiovisual resultante.

La contratación de los productores, incluso del productor ejecutivo, el director de producción o el *line producer*, tiene naturaleza civil y no está sujeta a formalidades.

También aquí es sumamente importante aclarar el régimen de derechos sobre la obra resultante y la extensión de los derechos reconocidos a la empresa contratante, tanto en relación a los medios, como el territorio, el tiempo, la posibilidad de introducir cambios y a las obras derivadas.

6. Los compositores musicales

Las composiciones musicales –letra y música– son un elemento muy importante de todas las obras audiovisuales.

No nos dedicaremos aquí a analizar el régimen legal aplicable a la creación, registro, difusión y explotación comercial de obras musicales. Sólo nos detendremos, brevemente, en su aporte en el mundo del cine, la televisión y demás obras audiovisuales

La inclusión y la sincronización de composiciones musicales en obras audiovisuales deben ser autorizadas por los autores de las primeras. En algunos países, como la Argentina, tal autorización es gestionada por la sociedad de gestión colectiva, que fija valores mínimos.

La contratación de un compositor para la creación de uno o más temas musicales tiene naturaleza civil y no está sujeta a formalidades.

Como principio general, el compositor musical no es considerado autor de la obra audiovisual –película o programa de televisión– en la que se incluye y sincroniza su composición. En la Argentina, se exceptúa de este principio el caso de la película musical, en relación con la música especialmente compuesta para la película⁵⁹.

Nuevamente, resulta conveniente aclarar en los contratos la titularidad de derechos en cabeza de la empresa contratante y la extensión de sus derechos.

7. La contratación de actores

En la Argentina, hay dos formas de contratación de los actores en cine y televisión, por bolo o por contrato. Se entiende por bolo a la contratación del actor por jornada. En relación a los contratos, los CCT fijan distintos plazos para las contrataciones.

En televisión, el CCT 322/75 establece que los contratos no podrán ser inferiores a tres (3) meses, como asimismo su renovación. En cine, establece el CCT 357/75 que los contratos por película tendrán una duración de ocho (8) semanas para los de primera, segunda y tercera categoría.

Es importante aclarar que estos plazos de contratación comprenden el tiempo en el que el actor estará a disposición de la empresa contratante, pero no implica que prestará servicios en forma efectiva todos los días comprendidos en dicho plazo. Por ello, es común que los contratos actorales consignen el plazo de vigencia y aclaren, a la vez, la cantidad de jornadas efectivas de labor previstas y su ubicación dentro del lapso de vigencia del contrato. En publicidad, el plazo habitual de las contrataciones es diario.

59. Conforme Art. 20 de la Ley 11.723.

En cine, como en televisión y publicidad, la labor actoral está dividida en categorías. Estas categorías tienen relación con la importancia de la labor del actor dentro de la obra objeto que da lugar a la contratación.

Respecto de la forma de los contratos, son siempre por escrito, sobre la base de modelos preestablecidos y con intervención de la asociación profesional. Ello, sin perjuicio del derecho de las partes de celebrar convenios adicionales en cuestiones no regidas por los mencionados CCT.

La contraprestación de los actores o *cachet* debe respetar los valores mínimos establecidos en los CCT para cada rama de la actividad y es pagada mediante depósito en la Asociación de Actores.

Las cargas de seguridad social son de aproximadamente el 12 % sobre el *cachet*, una parte corresponde al aporte empresarial, y otra, a una retención que se efectúa sobre este. Dichas cargas van destinadas a la obra social y a la asociación profesional, sin que se efectúe pago alguno al sistema jubilatorio.

Las obligaciones de la parte contratante son, en términos generales, las siguientes:

- Respetar las condiciones fijadas en los contratos y en los CCT.
- Pagar el *cachet* convenido.

Las obligaciones de los actores son, en términos generales, las siguientes:

- Leer, estudiar y –si fuere el caso– memorizar el guion en lo atinente al personaje correspondiente.
- Desempeñar el rol para el que ha sido contratado.
- Participar en los ensayos, grabaciones, filmaciones, retomas y doblaje.
- Respetar y cumplir los horarios dispuestos por la empresa productora o el canal contratante.
- Acatar las órdenes del Director y de la empresa contratante.

8. Los extras

Se entiende por extras a las personas que participan en una obra audiovisual, película o programa de televisión sin interpretar un rol o personaje. Son las personas que aparecen en el fondo, el público en una cancha de fútbol, los transeúntes, etc. Se los diferencia de los actores, que sí desempeñan un rol y tienen diálogos asignados en el guion.

En nuestro país, su actividad está regulada por los convenios colectivos de trabajo N.º 137/74⁶⁰, de extras en cine y 318/75⁶¹, de extras en televisión.

La contratación de los extras suele hacerse por intermedio del Sindicato Único de Trabajadores del Espectáculo Público (SUTEP), que envía un delegado o planillero al lugar de filmación o rodaje.

El *cachet* de los extras se debe abonar por intermedio del mencionado Sindicato, con una retención del 5 % en concepto de “cuota social”. En la práctica, resulta que dicha retención ha sido reemplazada por un aporte del 15 %. Los mencionados convenios colectivos contemplan pagos adicionales por cambio de vestuario, prueba de ropa, filmación bajo la lluvia.

Asimismo, es importante destacar que, al igual que lo que sucede con los actores, la labor de los extras no da lugar a otros aportes ni contribuciones de seguridad social. A diferencia de los actores, los extras no son considerados intérpretes y, por lo tanto, no tienen derecho a percibir las regalías que a estos últimos corresponde.

9. La contratación de los músicos

La actividad profesional de los músicos está regulada, en nuestro país, por la Ley 14.597⁶², que consagró el Estatuto del Ejecutante Musical y los convenios colectivos aplicables a la actividad audiovisual⁶³.

Vale la pena destacar que tanto la Ley 14.597 como los convenios colectivos señalados comprenden dentro del concepto de músico tanto al instrumentista como al vocal, es decir, aquel que utiliza su voz como instrumento; también incluyen al director de orquesta o conjunto de música. También aquí, los CCT dividen a los ejecutantes musicales en distintas categorías.

Los contratos deben celebrarse por escrito y con intervención de la asociación profesional, donde debe depositarse el *cachet* con un aporte empresarial del 6 %, al que se suma una retención de otro 6 %.

60. Convención Colectiva de Trabajo 137/75. Celebrada originariamente el 21 de enero de 1970, homologada luego en Expediente 579.875/75 con fecha del 8 de octubre de 1975.

61. Convención Colectiva de Trabajo 318/75. Celebrada originariamente el 21 de enero 1970, homologada luego en Expediente 579.875/75 con fecha del 8 de octubre de 1975.

62. Ley 14.597 B. O. 29.10.1958.

63. Tales Convenios Colectivos son los CCT 373/71 de Músicos en Cine, CCT 33/75 de Músicos en Televisión y CCT 53/75 de Músicos en Radio. No hay a la fecha convenio colectivo que rija la actividad de los músicos en publicidad.

10. Forma de los contratos artísticos

La contratación de guionistas, directores, productores y compositores musicales para obras audiovisuales no está sujeta a ninguna formalidad especial, más allá de las previsiones generales del derecho de fondo.

Es usual celebrar estos contratos por escrito, estipulando el objeto de la contratación, el plazo para su cumplimiento, el *cachet* u honorarios convenidos y su forma de pago.

Asimismo, resulta por demás recomendable convenir el régimen aplicable a la titularidad de derechos sobre la obra resultante y el alcance de los derechos de la parte contratante sobre esta.

Sin perjuicio de ello, vale la pena tener presente que, en los países donde existen sociedades de gestión colectiva de autores, es usual que tales entidades tengan algún tipo de intervención, al menos en relación al pago del *cachet* convenido, que, en muchos casos, debe ser depositado en estas.

En la Argentina, existen SADAIC, sociedad que agrupa y representa a los autores y compositores musicales; ARGENTORES, que agrupa y representa a los autores dramático-literarios, y DAC, que agrupa y representa a los directores cinematográficos y de otras obras audiovisuales.

En nuestro país, el caso de los actores y músicos es distinto. Los contratos de los actores y los músicos deben ser otorgados por escrito, en tres ejemplares, firmados por los contratantes y visados por la entidad profesional que los agrupa. Si los contratos vulneran los derechos establecidos a favor de los actores o los músicos en las mencionadas convenciones colectivas de trabajo, podrían ser impugnados por los contratados y las entidades profesionales.

11. Contraprestación. Forma de pago

Como ya vimos, en nuestro país, en el caso de los guionistas y compositores musicales, las entidades de gestión colectiva establecen valores mínimos y, por lo general, el depósito en ellas. El mismo sistema tiene actores y ejecutantes musicales con intervención de la asociación profesional que los nuclea. No hay regulaciones específicas para directores y productores.

12. Regalías de los autores

Los autores tienen derecho a percibir regalías por la difusión de sus obras. Ello tiene fundamento en la titularidad de derechos que el Derecho de Autor reconoce en cabeza de los autores y la extensión de tales derechos. En nuestro país, ello surge del Art. 36 de la Ley 11.723.

En el mundo del entretenimiento, ello comprende a los autores dramático-literarios (autores teatrales, guionistas y libretistas), compositores musicales, directores cinematográficos y productores de obras cinematográficas y audiovisuales.

La recaudación de tales regalías, en la Argentina, está a cargo de ARGENTORES, en el caso de los autores dramático-literarios, SADAIC, en el caso de los compositores musicales, y DAC, en el caso de los directores cinematográficos.

13. Regalías de los intérpretes

Como señalamos más arriba, se considera intérpretes a los actores y músicos que representan una obra creada por otro, poniendo en dicha representación todo su arte y oficio.

En numerosos países, el Derecho de Autor reconoce a los intérpretes como titulares de un derecho intelectual, distinto del de los autores.

En nuestro país, el Art. 56 de la Ley 11.723 reconoce este derecho, al establecer que los intérpretes tienen derecho a percibir regalías por la difusión de las obras que contengan su participación interpretativa.

Esto incluye las obras musicales, en tanto se difundan en radio, televisión y cine, como películas, programas de televisión y demás obras audiovisuales, en tanto se difundan por los diferentes medios.

La recaudación de tales regalías está a cargo de las sociedades de gestión colectiva creadas al efecto, AADI, para los intérpretes musicales, y SAGAI, en el caso de los intérpretes actorales.

14. Cesión de derechos autorales. Características

En la Argentina, el contrato de cesión de obras autorales está previsto en los Arts. 51 a 55 de la Ley 11.723; tiene características especiales, derivadas de la naturaleza del derecho de autor. En términos generales, se trata de un contrato bilateral, consensual y oneroso.

La primera de las normas citadas establece que el adquirente tendrá derecho al aprovechamiento económico de la obra adquirida, sin poder alterar su título, forma ni contenido.

La cesión de derechos puede ser total o parcial y tendrá vigencia durante el plazo establecido por la Ley. Recordemos que la vigencia de los derechos autorales en el dominio privado está limitada en el tiempo, el plazo varía según los derechos involucrados.

El plazo general de vigencia de los derechos autorales está fijado por el Art. 5.º de la Ley citada, plazo que se extiende durante la vida del autor y por setenta años contados a partir del 1.º de enero del año siguiente al de su muerte⁶⁴.

En la obras cinematográficas, de acuerdo con el Art. 34 de la Ley 11.723, la duración del derecho de propiedad intelectual es de 50 años a contar del fallecimiento del último de los colaboradores —es decir, el guionista, el director y el productor—. En las obras fotográficas, el plazo de la duración es de 20 años a contar desde la fecha de la primera publicación.

Es importante tener en cuenta que, vencidos estos plazos, los derechos pasan al dominio público.

Por su parte, el Art. 52 establece que los autores conservarán el derecho de exigir la fidelidad de su texto y título, así como la mención de su nombre o seudónimo como autor de la obra, consagrando los llamados derechos morales, derechos que se consideran irrenunciables⁶⁵.

Luego, el Art. 54 dispone que la enajenación de una obra pictórica, escultórica, fotográfica o de artes análogas no lleva implícito el derecho de reproducción, derecho que es reservado al autor o sus derechohabientes, salvo pacto en contrario. En línea con ello, el Art. 55 aclara que la adquisición de planos, croquis y trabajos semejantes sólo da derecho a la ejecución de la obra tenida en vista, y no puede servirse de ellos para otras obras. Esto es lo que ha dado en llamarse la independencia de derechos.

Cuando el autor estuviese contratado en relación de dependencia, serán de aplicación las normas del derecho del trabajo, normas que, por lo general, establecen la titularidad de derechos en cabeza de la parte contratante. En tal sentido, en la Argentina, la Ley de Contrato de Trabajo sólo tiene una disposición específica sobre patentes de invención⁶⁶, pero la doctrina ha extendido su aplicación diciendo que “cuando el creador de una obra artística trabaja en relación de dependencia, los resultados de su actividad son —según lo establece la legislación laboral— de propiedad del empleador”⁶⁷. Del mismo modo,

64. Ley 11.723. Artículo sustituido por la Ley 24.870 B. O. 16/9/97.

65. Los derechos morales comprenden, esencialmente, los derechos al reconocimiento de la paternidad y a la integridad. Sobre este punto, ver Emery, Miguel Angel, *Propiedad Intelectual*, Editorial Astrea, págs. 77 y 78.

66. Ver Art. 82 y 83 de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 B. O. 27.9.74.

67. *Derecho del Entretenimiento*. Ed. Ad Hoc. Federico P. Vibes (Director), Javier E. Delupi (Coordinador), Juan C. Asesina-Rolando D Carbone. Primera Edición, Año 2006, Pág. 74.

se ha dicho que “las obras creadas en virtud de una relación laboral son frecuentes en determinados campos como el periodismo, la arquitectura, la publicidad, las artes aplicadas a la industria, la actividad editorial (adaptadores, traductores) y, en general, en prácticamente todas las empresas productoras de contenidos”⁶⁸.

15. Cesión de derechos o autorización

Es común ver en los contratos, en especial, los predispuestos por las entidades autorales, cláusulas en virtud de las cuales el autor “autoriza” el uso de su obra, bajo determinadas condiciones. En el mundo anglosajón, estaríamos ante una licencia de uso de los derechos en cuestión.

En contrapartida, en los contratos propuestos por los usuarios, las cláusulas suelen referir a una cesión de derechos del autor en favor de la productora o estación de televisión o radio.

Cuando se habla de “autorización”, se supone que el autor no se desprende de su obra, sino que solamente permite que otro la utilice bajo determinadas condiciones. De todos modos, esta “autorización” seguirá siendo una especie dentro del género de la cesión de derechos.

Nos parece importante señalar que, en la Argentina, la doctrina ha establecido una interpretación restrictiva en materia de cesión de derechos autorales⁶⁹, en virtud de la cual el autor conserva todos los derechos no expresamente cedidos.

Lo expuesto nos lleva a aconsejar que los contratos que se celebren sean claros y precisos en la enumeración o descripción de los derechos involucrados.

16. La obra por encargo

Cuando un autor es contratado para componer una canción o cuando un guionista es contratado para escribir el guión de una película, el contrato que los vincule ¿será de naturaleza civil o laboral? ¿De quién serán los derechos sobre la obra resultante de tal contratación?

No hay respuestas unívocas a los interrogantes planteados.

68. Op. Citada nota 55 Pág. 75.

69. Sobre este tema, ver Villalba, C. A., Lipszyc, D., op.cit. pág. 148.

En nuestro país, la relación que nace de los mencionados contratos estará regida por el derecho civil. Ello se refleja luego en la forma y contenido de los aludidos contratos, ratificado por el hecho de que los autores emiten, contra cada pago, factura dando cumplimiento a las formalidades del caso.

Asimismo, hay que tener presente que, en la Argentina, las asociaciones que nuclean a los autores (SADAIC, ARGENTORES y DAC) son de naturaleza civil, cuyo anclaje legal es la Ley de Derecho de Autor.

La figura de la contratación para la obra por encargo, regida por el derecho civil, es muy común en nuestro medio. Este contrato impone, por razones lógicas, la transferencia de determinados derechos sobre la obra así creada a favor de la parte contratante. El alcance y extensión de la cesión de derechos a favor de la parte contratante surgirán del contrato que habrá de firmarse⁷⁰.

En el mundo anglosajón, la figura de la obra por encargo o *work for hire* es muy común y permite atribuir a la parte contratante la titularidad originaria de derechos sobre la obra resultante.

En los países de derecho continental, como el nuestro, esta figura no está expresamente regulada, pero no hay ningún problema en recurrir a ella; sin embargo, la obra resultante no será atribuida a la parte contratante. Para nosotros, el autor será siempre su creador, sin perjuicio de la posibilidad de incluir en el contrato una cesión de derechos.

Distinta sería la situación si entre el autor contratado y la parte contratante se diera una relación laboral, en la que se viera una subordinación económica, funcional y operativa. Ello se daría cuando, por ejemplo, un guionista es contratado por plazo indeterminado para escribir lo que se le encargue, bajo la dirección de la parte contratante, recibiendo una paga mensual. Entonces estaríamos en presencia de una relación regida por el derecho laboral.

Serían de aplicación, entonces, los principios del Derecho Laboral que ya hemos visto, que establecen la atribución de la titularidad de derechos sobre las creaciones del trabajador contratado en cabeza del empleador.

17. Los contratos de comercialización

Cuando hablamos de contratos de comercialización, lo hacemos pensando en aquellos que tienen que ver con la difusión y explotación comercial de las obras (películas, programas de televisión), y los bienes y servicios derivados de aquellas.

70. Sobre este tema, ver op. cit. N.º 55, pág. 76.

18. Distribución, exhibición y emisión

El contrato de distribución se celebra entre el titular de derechos sobre una obra (película o programa de televisión) y el distribuidor, que se compromete a gestionar la exhibición o emisión de aquellos en un territorio y durante un plazo determinados.

Hablamos de exhibición cuando nos referimos a las películas cinematográficas y de emisión en el mundo de la televisión.

En términos jurídicos, el llamado distribuidor es, en realidad, un agente de ventas, dado que no adquiere la titularidad de derechos sobre la obra cuya exhibición o emisión promueve.

Son elementos centrales del contrato de distribución el territorio dentro del cual tendrá efectos, las formas de comercialización comprendidas, el plazo de vigencia y la comisión del distribuidor.

19. Las licencias

Hablamos de licencia cuando una persona o empresa, titular de un determinado bien –marca, *copyright* sobre alguna obra, programa de *software*, etc.– permite a otra su uso, sin desprenderse la primera, de su propiedad.

Hablamos, entonces, de licencia de marcas, personajes e imágenes para *merchandising*, licencia de *software*, licencias de uso de obras editoriales para su fotocopiado, licencia de patentes de invención, licencia de *know how*, etc.

Según de donde lo miremos, la licencia o el licenciamiento es, entonces, una forma de negocio, de explotación comercial de un bien y, a la vez, es un contrato.

El licenciamiento de determinados bienes permite que una nueva empresa –distinta de la titular originaria– lleve adelante la explotación de la obra, bien o servicio, o que lleve adelante la explotación de otra obra, bien o servicio con utilización de los licenciados.

Por su naturaleza como negocio y como contrato, las licencias requieren que los derechos del licenciante sean seguros y firmes, de modo que el ejercicio de los derechos licenciados no puedan ser controvertidos por terceros

Desde este punto de vista, un elemento muy importante del volumen que pueden tener los negocios del licenciamiento en un país dependen del respeto que allí se tenga del derecho de autor (*copyright*) y las marcas. En un país donde todo se copia ilegalmente y no hay sanciones para los infractores, el negocio de las licencias será mucho más chico y circunscripto a los sectores y áreas en los que los derechos mencionados son respetados.

Son formas típicas de licenciamiento los contratos de autorización de uso de marcas, el *merchandising*, la venta de formatos en televisión, etc.

En el caso del *merchandising*, sumamente importante en el mundo del entretenimiento, la empresa titular de derechos autoriza a la otra parte a utilizar diversos elementos propiedad de la primera (marcas, imágenes, personajes, etc.) en la comercialización de bienes de consumo masivo.

Desde un punto de vista contractual, podemos decir que el contrato de licencia de uso es aquel en el cual una parte, el titular de derechos de explotación sobre determinados bienes, otorga a la otra parte, el usuario o cliente (licenciado), a cambio de un precio, el derecho a utilizar tales bienes, bajo determinadas condiciones, dentro de un determinado territorio y por un plazo limitado, conservando el titular la propiedad sobre este.

La licencia es un contrato bilateral, oneroso, consensual, atípico en nuestro derecho y de ejecución continuada.

El objeto del contrato de licencia es la autorización de uso de una marca, un bien protegido por el *copyright* o hasta, también, la imagen de una persona o personaje.

Son elementos esenciales del contrato de licencia la forma de uso autorizada, el territorio dentro del cual la autorización tendrá validez y la vigencia temporal del contrato, al cabo de la cual todos los derechos volverán a la parte licenciante.

La contraprestación a cargo de la parte licenciada suele ser una regalía en función de las ventas que esta realice de los productos licenciados –o productos que contengan los bienes licenciados–. También puede haber *down payments* o mínimos garantizados.

XI. Radiodifusión

1. Introducción

Tal como se adelantó, los organismos de radiodifusión son titulares de derechos conexos, cuyo contenido de su prestación u objeto de protección es la emisión.

2. Derechos reconocidos

No en todos los países se protege expresamente a los organismos de radiodifusión. Sin embargo, por aplicación de normativa internacional, los organismos de radiodifusión tienen el derecho de prohibir la fijación, reproducción y retransmisión (emisión simultánea de la emisión de otro organismo) de sus emisiones efectuadas sin su consentimiento.

3. Protección internacional

La protección internacional de los titulares de los servicios de radiodifusión se encuentra, fundamentalmente, en la Convención de Roma para la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (1951) y en el Convenio de Bruselas sobre la distribución de señales portadoras de programas transmitidas por satélites (1974).

4. Marco legal en la Argentina. Polémica y debate

En nuestro país, la temática de la radiodifusión está regida por la Ley 26.522, de reciente aprobación.

La citada norma, que reemplazó a la Ley 22.285, busca regular casi todos los servicios de comunicación audiovisual, abarcando la radio, la televisión en todas sus formas y las nuevas formas de comunicación audiovisual, a excepción de Internet.

Sin adentrarnos en el profundo debate suscitado alrededor de esta Ley (debate que, por otro lado, no ha concluido en el momento de escribir este informe), podemos señalar que, en general, se ha considerado positivo el reconocimiento de las nuevas tecnologías, la pretensión de abrir y democratizar el complejo mundo de la comunicación audiovisual y el apoyo a la producción de contenidos audiovisuales en el país.

Ha merecido críticas la forma en que la Ley pretende regular el proceso de transición entre la realidad de los medios antes de la norma y los parámetros fijados en ella, en especial, lo relacionado con la multiplicidad de licencias, el así llamado proceso de desinversión, muy posiblemente teñido de subjetividad por el explícito enfrentamiento entre el Gobierno Nacional y el más importante grupo multimédios del país.

5. Esquema de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual

Conforme su Art. 1º., la Ley 26.522⁷¹, en adelante en este capítulo, la Ley, regula los servicios de comunicación y comprende todas las emisiones con origen en el país y aquellas generadas en el exterior cuando sean retransmitidas o distribuidas en este.

La actividad de los servicios de comunicación audiovisual es considerada una actividad de interés público, por lo que el Estado Nacional tiene la obligación de preservarla y

71. Ley 26.522 B. O. 10.10.2009.

desarrollarla, con salvaguarda del derecho a la información, la participación, el Estado de Derecho, y los valores de la libertad de expresión (cfr. Art. 2.º).

Los servicios de comunicación audiovisual pueden ser brindados por prestadores de gestión estatal y de gestión privada, con fines de lucro o sin ellos.

En su Art. 3.º, la Ley enumera sus objetivos, entre los que se destacan la promoción del derecho de investigar, buscar, recibir y difundir información, opiniones e ideas sin censura, la promoción del federalismo, de las garantías y derechos consagrados por la Constitución, la construcción de la sociedad de la información y el conocimiento, el ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

En relación con el espectro radioeléctrico, el Art. 7.º ratifica su carácter de bien público y establece su administración a cargo del Poder Ejecutivo Nacional. La recepción de emisiones de radiodifusión abierta es gratuita, la recepción de emisiones por suscripción o abono podrá ser onerosa, conforme el Art. 8.º.

La programación, incluidos avisos y avances, debe ser en castellano o en los idiomas de los pueblos originarios, con lógicas excepciones, como programas dirigidos al exterior, la enseñanza de idiomas, los programas traducidos o subtítulos en forma simultánea.

La Ley crea la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual como organismo descentralizado y autárquico en la órbita del Poder Ejecutivo Nacional, conducida por un Directorio de siete miembros nombrados por el mismo Poder Ejecutivo, tres a propuesta del Congreso de la Nación y dos a propuesta del Consejo Federal de Comunicación Audiovisual que la misma Ley crea.

Entre otras funciones, esta autoridad Federal tendrá a su cargo aplicar, interpretar y hacer cumplir la Ley y sus normas reglamentarias, la elaboración y aprobación de las bases y pliegos para la adjudicación de las licencias, así como la tramitación de los concursos y adjudicaciones directas cuando correspondiere, aplicar las sanciones por incumplimiento de la Ley y llevar los registros públicos creados por esta.

Como ya señalamos, los prestadores de servicios de comunicación audiovisual podrán ser de tres tipos: personas de derecho público –estatal o no estatal–, personas de derecho privado con fines de lucro y personas de derecho privado sin fines de lucro. Cuando se trata de personas de derecho privado con fines de lucro, la Ley habla de licencias, y cuando se trata de personas de derecho público, de autorizaciones.

Respecto de los titulares de licencias para operar servicios de comunicación audiovisual, la Ley exige que se trate de personas físicas argentinas o jurídicas constituidas en el país.

Las mencionadas personas jurídicas no podrán tener vinculación jurídica ni sujeción con empresas del exterior, no podrán ser filiales de sociedades extranjeras ni permitir que el capital extranjero adquiera una posición dominante, con excepción de lo dispuesto

en Tratados Internacionales firmados por la Argentina y que establezcan el principio de reciprocidad.

No podrán ser prestadoras ni tener participación mayor al 10 % en empresas prestadoras de servicios públicos ni participar en otras sociedades de manera que se violen, en forma directa o indirecta, las limitaciones para la multiplicidad de licencias que establece la misma Ley.

Respecto del capital social de las empresas licenciatarias, se aplicará lo previsto en la Ley 25.750, que limita la participación del capital extranjero en el 30 %, nuevamente, salvo los supuestos contemplados por los Tratados Internacionales de los que la Argentina sea parte.

Las sociedades prestadoras deberán tener como objeto único y exclusivo la prestación de los servicios de comunicación audiovisual, con algunas pocas excepciones; sus acciones deberán ser nominativas no endosables (Art. 31).

Las licencias para operar servicios de comunicación audiovisual se adjudicarán mediante concursos públicos y abiertos (Art. 32). Recordemos que las licencias corresponden a personas jurídicas de derecho privado con fines de lucro. Estas licencias tendrán una duración de diez (10) años, prorrogables por única vez por otro plazo igual, previa audiencia pública (Arts. 38 y 40).

Las mencionadas licencias y las autorizaciones serán intransferibles, salvo supuestos excepcionales y puntualmente previstos por la Ley (Art. 41). En línea con ello, la prestación del servicio de comunicación audiovisual es indelegable para el licenciatario (Art. 44).

Las autorizaciones a entes de derecho público, universidades nacionales, pueblos originarios y la Iglesia Católica se realizará a demanda, en forma directa y de acuerdo con la disponibilidad del espectro cuando fuere el caso (Art. 37).

El Art. 45 de la Ley contempla las limitaciones a la multiplicidad de licencias, motivo de arduo debate parlamentario. Podemos resumir tales limitaciones de la siguiente forma:

1. En el orden nacional:
 - a) Una licencia de servicios de comunicación satelital excluye cualquier otra licencia.
 - b) Hasta 10 licencias de servicios de comunicación audiovisual + 1 señal de contenidos.
 - c) Hasta 24 licencias para servicios de radiodifusión por suscripción con vínculo físico (cable).

En ningún caso la multiplicidad de licencias podrá implicar prestar servicios a más de un 35 % del total de habitantes del país.

2. En el orden local:

- a) Hasta una licencia de radio AM.
- b) Hasta 1 licencia de radio FM o hasta 2 de radio FM cuando en el lugar existan, al menos, 8 licencias de ese servicio.
- c) Hasta 1 licencia de TV por suscripción, siempre que no sea titular de una licencia de TV abierta.
- d) Hasta 1 licencia de TV abierta.

3. Señales:

- a) Los titulares de servicios de comunicación audiovisual podrán tener hasta 1 señal;
- b) Los titulares de servicios de comunicación audiovisual por suscripción sólo podrán ser titulares de una señal de generación propia;

Los Arts. 62 y 63 de la Ley establecen las condiciones bajo las cuales se autorizará el funcionamiento de redes de radio o televisión.

En los Arts. 57 y ss., la Ley crea un sistema de registros públicos que comprende lo siguiente:

- 1. Registro Público de Licencias y Autorizaciones (Art. 57).
- 2. Registro Público de Señales y Productoras (Art. 58).
- 3. Registro Público de Agencias de Publicidad y Productoras.

El Art. 65 de la Ley está dedicado a los contenidos de la programación, fijando las siguientes pautas de cumplimiento obligatorio:

- 1. Radios
 - a) Emitir un mínimo de 70 % de producción nacional.
 - b) Emitir mínimo de 30 % de música de origen nacional.
 - c) Emitir un mínimo de 50 % de producción propia, incluidos noticieros.

Para las radios del Estado y las universidades nacionales, el 60 % deberá ser de producción local y propia, y el 20 %, de contenidos culturales, educativos y de bien público.

2. Televisión abierta

- a) Emitir un mínimo de 60 % de producción nacional.
- b) Emitir un mínimo de 30 % de producción propia, que incluya informativos locales.
- c) Emitir un mínimo del 30 % de producción local independiente, porcentaje que baja en las áreas con menos población.

3. Televisión por suscripción de recepción fija

- a) Deberán incluir sin codificar las emisiones y señales del Estado Nacional y aquellas en que el Estado Nacional tenga participación.
- b) Deberán ordenar su grilla agrupando las señales por género, conforme la reglamentación que se dicte, dando prioridad a las señales locales, regionales y nacionales.
- c) Los servicios de TV por suscripción no satelital deberán incluir al menos una señal de producción local propia.
- d) Los servicios de TV por suscripción no satelital deberán incluir, sin codificar, las emisiones de TV abierta de origen cuya cobertura coincida con su área de prestación.
- e) Los servicios de TV por suscripción no satelital deberán incluir las señales del Estado Nacional, las provincias, la Ciudad de Buenos Aires y las universidades nacionales.
- f) Los servicios de TV por suscripción satelital deberán incluir, sin codificar, las señales de las provincias, la Ciudad de Buenos Aires y las universidades nacionales.
- g) Los servicios de TV por suscripción satelital deberán incluir, como mínimo, una señal de producción nacional propia.
- h) Los servicios de TV por suscripción deberán incluir en su grilla un mínimo de señales originadas en países del MERCOSUR.

En el Art. 67, se establece una cuota de pantalla para películas cinematográficas de producción nacional. Luego, en los Arts. 68 y ss. se incluyen normas de protección a la niñez (Art. 68), además de evitar contenidos discriminatorios (Art. 70), el cumplimiento de leyes sobre publicidad de tabacos, lucha contra el alcoholismo, etc.

En los Arts. 72 y ss. se tratan las obligaciones de los licenciarios y autorizados, entre las que se destacan registrar y mantener un archivo de las emisiones (Art. 72), disponer de un abono social en el caso de servicios por suscripción paga (Art. 73), ceder espacios

a los partidos políticos durante las campañas electorales (Art. 74), integrar la cadena nacional cuando correspondiere (Art. 75).

En el Art. 77 se establece el acceso universal a los contenidos de interés relevante, acontecimientos deportivos y encuentros futbolísticos.

En los Arts. 81 y ss. se establecen las condiciones bajo las cuales los licenciarios y autorizados podrán emitir publicidad. En los canales abiertos y en las señales propias de los servicios por suscripción, los avisos deberán ser de producción nacional.

Se establecen limitaciones en función del tipo de licencia, en el caso de TV por suscripción, sólo podrán tener publicidad en la señal propia; en el caso de retransmisión de canales abiertos, no se podrá incluir tanda, salvo en el área de cobertura primaria del canal abierto, la publicidad se emitirá con el mismo nivel de volumen, no se admitirá publicidad subliminal, se deberán respetar las obligaciones respecto del idioma y protección al menor, se requiere autorización de la autoridad competente cuando se trata de anuncios relacionados con la salud y tratamientos estéticos, lo mismo para los avisos de juegos de azar, se deberán respetar las incumbencias profesionales (Art. 81).

Asimismo, se establece que cada tanda deberá iniciarse y concluir con un signo identificatorio del canal o señal, para diferenciarlo de la programación.

En el Art. 82, se establece la duración de las emisiones de publicidad:

- a) Radios: hasta 14 minutos por hora.
- b) TV abierta: hasta 12 minutos por hora de emisión.
- c) TV por suscripción: en la señal de generación propia, hasta 8 minutos por hora. Los titulares de señales podrán insertar hasta 6 minutos por hora.
- d) TV por suscripción, cuando se trate de señales que implican un pago adicional, no podrán insertar publicidad.

El Art. 93 establece las condiciones de transición a los servicios digitales. En el Art. 94 y ss. se establecen los gravámenes a pagar por los titulares de los servicios de comunicación audiovisual.

Conforme el Art. 97, lo recaudado será destinado de la siguiente manera:

- a) 25 % al Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales (INCAA).
- b) 10 % al Instituto Nacional del Teatro.
- c) 20 % a Radio y Televisión Argentina S. E.

- d) 28 % a la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA).
- e) 5 % para el funcionamiento de la Defensoría del Público de Servicios de Comunicación Audiovisual.
- f) 10 % para proyectos especiales.
- g) 2 % para el Instituto Nacional de Música.

En los Arts. 101 y ss. se establece el régimen de faltas y sanciones por incumplimiento. Las faltas pueden ser leves o graves.

Las sanciones incluyen lo siguiente:

- a) El llamado de atención.
- b) El apercibimiento.
- c) La fijación de una multa.
- d) La suspensión de la publicidad.
- e) La caducidad de la licencia o registro.

En los Arts. 119 y ss. se regula el funcionamiento de los servicios de radiodifusión del Estado Nacional.

El Art. 161 establece en un año el plazo que tendrán los titulares de licencias para adecuarse a las previsiones de la Ley, en particular, en lo relativo a la multiplicidad de licencias. A estos fines y como excepción, se autorizará la transferencia de licencias.

XII. Un debate caliente. Nuevas tecnologías y protección de las creaciones

1. Avances tecnológicos frente a la protección de las creaciones

La tensión entre los avances de la tecnología y la protección de las creaciones no es nueva. De hecho, el derecho de autor nace como una forma de proteger a los autores frente al fenómeno de la imprenta. Antes del invento de Gutenberg, los libros sólo podían ser copiados en forma manuscrita por los copistas, lo cual permitía a los autores controlar la reproducción y el destino de sus obras. Luego de la aparición de la imprenta, este control casi directo de los autores se hacía imposible, dando lugar al nacimiento de un derecho protector, primero de los editores, y luego, de los autores. Hasta aquí, el esquema era muy sencillo: autor-imprentero/editor-lector.

Mucho después, en el mundo dramático-literario y musical se pasó de la representación en vivo a la fijación en distintos soportes, tales como el disco, el casete, la película cinematográfica, el video y el DVD, entre otros.

Simultáneamente, se fue desarrollando la radiodifusión, radio y televisión, que permitieron llegar, en forma libre y masiva, en tiempo real o diferido, a un gran e indeterminado número de oyentes o televidentes con obras musicales y audiovisuales, siempre protegidas por el derecho de autor.

Los roles seguían estando bastante claros: autores-editores-comercializadores y difusores-público.

En paralelo, se fue desarrollando una industria pirata que, de distinta manera, fue infringiendo los derechos de los autores, de los intérpretes, de los productores, de los comercializadores y también de los radiodifusores. Libros fotocopiados, casetes con música copiada, videos con películas, *merchandising* con falsificación de marcas, obras e imágenes, etc.

En general, el producto falsificado era de visible menor calidad, calidad que se perdía cada vez que se volvía a copiar, el proceso de copiado solía ser lento y con un cierto costo. A la vez, había en la población una razonable conciencia sobre la ilicitud de este proceder.

2. Internet y el entorno digital

La irrupción de Internet y la tecnología digital produjeron un verdadero cimbronazo en el sistema de protección estructurado alrededor del derecho de autor y el *copyright*.

Pensamos que la sumatoria del entorno digital e Internet constituyen, en este campo, el más grande avance desde la invención de la imprenta. Por ello, no es casualidad que el derecho de autor sienta tan fuerte los efectos del proceso de cambio impulsado por estas nuevas tecnologías.

Las copias digitales tienen la misma calidad que la obra copiada; el proceso de copiado suele ser sencillo, rápido y, encima, barato, con un costo marginal tendiendo a cero (cuando no se requiera soporte físico).

Internet, por su parte, permite generar y comunicar todo tipo de contenidos y vincular en forma directa a los creadores e intérpretes con su público, a la vez que permite interactuar a unos con otros.

Todo esto se produjo en muy poco tiempo, sin permitir a los actores involucrados dar una respuesta razonable ante la ola digital, más allá de la tradicional defensa montada a partir de la ilicitud del proceder de quienes llevaban adelante la adulteración de copias, las comercializaban y las adquirían.

Asimismo, y esto es en nuestra opinión lo más grave, a partir de las posibilidades que brindan Internet y el entorno digital, se ha generado un fuerte cuestionamiento al sistema de protección del derecho de autor y el *copyright*. Tanto por el lado de los jóvenes como de los internautas, se escuchan cada vez más voces que ponen en duda la conveniencia de mantener el sistema de reglas del derecho de autor y el *copyright*.

3. Un punto de partida

Pese a lo hasta aquí dicho, seguimos pensando que la labor creativa de autores e intérpretes, así como los aportes de quienes difunden y comercializan las obras, merece ser protegida.

Esta protección debería tener en cuenta, sin embargo, los desafíos y cambios que la tecnología digital e Internet han generado.

4. La reacción judicial

La primera reacción frente a los actos de piratería fue la promoción de denuncias judiciales en contra de los presuntos infractores.

Si bien en la jurisprudencia de los distintos países hay cientos de pronunciamientos de los Jueces sobre la materia, hemos elegido cuatro que nos han parecido interesantes por diferentes motivos.

El caso Betamax (Universal Studios vs. Sony, Suprema Corte de EE. UU., 1984). El juicio fue promovido por los estudios Universal contra Sony Corp., fabricante del grabador y reproductor BETAMAX, una especie de casete parecido al VHS, aduciendo que con este se infringían los derechos de *copyright* de productores de cine y televisión. La Corte Suprema de los Estados Unidos, en un fallo dividido, resolvió que los fabricantes del Betamax no podían ser condenados por las violaciones del *copyright* cometidas por los compradores del producto, dado que este había sido vendido para usos que no violaban tal régimen. Puntualizó el fallo que el uso personal y hogareño del Betamax para grabar un programa de televisión y luego verlo en dicho ámbito era un uso legítimo.

El caso Napster (Napster, Corte de Apelaciones del 9.º Circuito, San Francisco, 2001). Napster fue uno de los primeros servidores de intercambio de música conocidos como P2P. A fines de 1999, algunas discográficas demandaron a Napster, al aducir que su utilización contribuía a cometer infracciones a las normas del *Copyright*. A mediados de 2001, un Juez de Primera Instancia hizo lugar a la demanda y ordenó cerrar los servidores de la empresa, fallo que luego fue confirmado por la Corte de Apelaciones. En la práctica, la resolución de este caso no contribuyó sensiblemente a la baja de las infracciones, dado que otros sitios ocuparon rápidamente el lugar de Napster.

El caso Grokster (MGM vs. Grokster, Suprema Corte de EE. UU., 2005). Grokster fue demandada por los Estudios MGM por facilitar con su *software* de intercambio de archivos la violación del régimen del *Copyright*, afectando los derechos de los Estudios. En la resolución del caso, haciendo lugar a la demanda, la Corte Suprema de los Estados Unidos tuvo oportunidad de volver a tratar los fundamentos del caso Betamax, fallando, esta vez, a favor de los Estudios demandantes.

El caso Bahía Pirata (The Pirat Bay, Tribunal Sueco, 2009). The Pirat Bay era —y es, creo— un sitio de Internet que permitía buscar e intercambiar archivos audiovisuales, radicado en Suecia, creado por una institución que, explícitamente, desconocía el *Copyright*. En 2006, sus servidores fueron desconectados luego de un procedimiento policial, generando algunas manifestaciones públicas de apoyo. Al poco tiempo, el servidor volvió a estar operativo. Las acciones legales continuaron contra los administradores del servidor, y el 17 de abril de 2009, un Tribunal de Primera Instancia condenó a los responsables a un año de cárcel y a pagar una importante multa. Los demandados se negaron a pagar la multa, reafirmando su lucha contra el sistema del *Copyright*. La sentencia fue recurrida y, hasta el momento de escribir este capítulo, la apelación no fue resuelta. En paralelo, se fundó en Suecia un partido político que levantó las banderas de The Pirat Bay y obtuvo cerca de un 20 % en las elecciones que siguieron al dictado de la sentencia mencionada.

La lectura de cada una de las sentencias mencionadas resulta de por sí muy interesante por los fundamentos vertidos por cada uno de los Jueces. En el caso Grokster, la Corte retoma el debate del caso Betamax para llegar a la conclusión opuesta.

El último caso citado es el que mejor ilustra lo que parece ser, en nuestra opinión, el meollo central de la cuestión, y es el poco reconocimiento que la protección del derecho de autor y el *copyright* tienen en vastos sectores de la población.

5. Cambiemos de óptica

Proponemos ahora, como ejercicio, ver algunas facetas distintas pero relacionadas con la misma problemática.

¿Qué pasó con la música?

Ha desaparecido el disco como principal forma de difundir y comercializar música. Primero, fueron los CD piratas, luego, las bajadas ilegales de Internet. Cambió el modelo de negocio. No hay más discos ni disquerías, hace poco salió en el diario que en Estados Unidos cerraba el último local de *Virgin*.

Hoy, el negocio de la música gira alrededor de los *shows* en vivo, la comercialización de la imagen de los artistas, la generación de marcas, el cobro de regalías por difusión pública e inclusiones. Los así llamados contratos 360, por los que las grandes compañías se dedican a difundir y plotar todas las actividades y facetas de sus artistas

Pero hubo otros cambios; los jóvenes ya no escuchan música en los equipos que los que tenemos más de 40 años conocimos. Hoy, la música se escucha en los parlantes de las computadoras, en los MP3, MP4, en los celulares y demás aparatos portátiles.

El caso de la música es relevante no sólo por lo que significó para el negocio que gira a su alrededor, sino porque, nos parece, marca un camino de lo que pasará también con las obras audiovisuales.

Sólo es cuestión de tiempo y que el ancho de banda permita bajar una película o un programa en cinco minutos. Lo llamativo es que, frente a algo tan obvio, se haya hecho y se haga tan poco.

¿En qué andan los jóvenes?

En nuestro país, los jóvenes no compran CD y, por lo general, no saben lo que eran las disquerías. Bajaron de Internet casi toda la música que consumen y, en su mayor parte, de manera ilegal.

Si uno pregunta a estos jóvenes sobre la piratería y sus consecuencias, algunos sabrán de qué se trata, pero sin estar verdaderamente convencidos de la justicia de las reglas del derecho de autor y el *copyright*.

Si, como es de suponer, los jóvenes no cambian de idea al crecer y también, como es de suponer, los nuevos jóvenes piensan del mismo modo, necesario es concluir que si no se hace algo muy fuerte, la tendencia se convertirá en mayoritaria en la sociedad.

Sin lugar a dudas, los jóvenes y la música constituyen señales muy fuertes que no debemos desatender.

¿Por qué no bajaron los precios?

A menudo nos hemos preguntado por qué los grandes estudios y las discográficas no bajaron los precios de sus productos, para achicar la gran brecha que los separaba de las copias adulteradas. Lo mismo vale para los sistemas de bajar música de Internet. En países como el nuestro, para mucha gente no es lo mismo pagar 10 pesos que 50 por un DVD.

Por otro lado, tengamos en cuenta que quien vende un DVD trucho cobra una comisión, al igual que el distribuidor y el importador, nadie participa de esta cadena por amor al arte o al cine. O sea que hay allí una cadena de valor. Lo que no se paga son los derechos de los creadores y legítimos comercializadores y, por cierto, seguramente tampoco impuestos.

Las copias legítimas podrían ofrecer, además de su lógica calidad, un *bonus* como el *making off*, escenas omitidas, reportajes a los protagonistas, entradas para una próxima película o recitales, productos de *merchandising*, sorteos, etc. Todo siempre a un precio competitivo.

Ya vimos la alternativa de concentrarse solamente en la denuncia de la ilicitud en el mercado discográfico, desapareció el disco como objeto y mercancía.

Los buenos y los malos

A menudo, se presenta a quienes copian ilegalmente obras protegidas por el derecho de autor como delincuentes, malos o jóvenes que, desde el garaje de su casa, desarrollan macabros programas de *software* para hacer maldades.

Sin perjuicio de considerar delincuentes a quienes se dedican a copiar y comercializar obras intelectuales, hay también otros casos a los que vale la pena poner algo de atención y que no han merecido la misma condena social.

En el caso Betamax arriba citado, la demandada era Sony, en ese momento, fabricante de equipos de música y video. Hoy es una de las grandes corporaciones mundiales en el mundo del entretenimiento. Por cierto, Sony ganó ese pleito.

En relación a ello, pensemos por un minuto, para qué servía el casete, ese objeto hoy en desuso. Básicamente, para grabar música y, en ese momento, nadie lo consideró un arma delictiva. ¿Para qué servían los equipos de música que tenían doble casetera? ¿Para qué se usaba la copiadora de DVD incorporada a las computadoras? ¿Para qué usan los jóvenes los MP3 y MP4? ¿De dónde sacan la música que allí almacenan?

¿Quien desarrolló y vendió todos estos productos? Sin lugar a dudas, grandes corporaciones mundiales.

YouTube, cuando permite que fragmentos de miles de películas y programas de televisión sean colgados en la red y luego vistos por otros miles o millones de personas, está permitiendo una flagrante violación del derecho de autor y el *copyright*. La defensa de que no es posible controlar lo que se sube nos parece inaceptable a partir del hecho verificado de que sí pueden controlar y evitar que se suba pornografía infantil.

¿Google no ha tenido problemas con las editoriales con su portal GoogleBooks?

De la mano de estos problemas con el derecho de autor, vienen otros relacionados con el derecho a proteger la intimidad de las personas. Desde nuestra concepción tradicional de proteger la intimidad y la imagen de las personas, ¿es correcto que Facebook permita que se suba la imagen de millones de personas que ni siquiera lo saben, con la posibilidad adicional de ser etiquetadas, es decir, identificadas por la humanidad por su nombre y apellido?

¿Nos parece bien que Google Earth muestre nuestro jardín a quien quiera verlo?, ¿o que Google Streets muestre lo que ve –incluso personas– en su recorrido por las calles cubiertas por su servicios?

Con estos pocos ejemplos, lo único que queremos señalar es que también las grandes compañías se han visto envueltas en problemas con el derecho de autor y el *copyright*.

Al mismo tiempo, debemos reconocer que, y en esto volvemos a lo que en nuestra visión es el núcleo de la problemática, a la mayoría de la población, estos problemas parecen importarles poco.

6. Reflexiones para el debate

Por último, nos parece útil sumar al debate algunas consideraciones derivadas de lo hasta aquí expuesto.

Las campañas incriminatorias. En países como el nuestro, las campañas incriminatorias tienen poco efecto. Si ello fuera cierto –que tienen poco o nulo efecto– podrían hasta tener efecto contraproducente, dado que esa falta de respeto a una consigna legal podría extenderse a otras.

Los jóvenes y la música marcan el camino. En párrafos anteriores, hemos desarrollado el tema, que nos parece una advertencia evidente de hacia adonde podría estar yendo la sociedad.

Hay importantes intereses contrapuestos. Como vimos, muchas corporaciones han estado involucradas en problemas con el derecho de autor y el *copyright*. Eso, sin entrar a analizar si los proveedores de Internet, en general grandes compañías multinacionales, podrían ayudar en la lucha contra las bajadas ilegales. Obviamente, suponemos que sí podrían ayudar, pero ello iría, probablemente, en contra de su negocio de vender banda cada vez más ancha y rápida.

Conveniencia de reducir brecha entre la copia legal y la pirata. Nos parece que sería muy útil que la industria hubiera probado ofrecer sus productos legítimos a valores más cercanos a los de la piratería. Se podría ofrecer más por menos. Combos (bajada + *cover* + descuento en recitales, etc.).

Distribuir de otra manera los ingresos. Donde hay valor económico/cadena de valor, habría que trabajar sobre la idea de distribuir los ingresos de la cadena, en vez de solamente prohibir copias, subidas o bajadas. Por ejemplo, cobrar por los soportes cuando sea el caso. Repartir ingresos por publicidad en otro, y esto parece mucho más interesante. Tengamos en cuenta que cada vez más portales viven de la publicidad.

Recuperar legitimación social. Estamos convencidos de que el desafío más importante es recuperar la legitimación social del derecho de autor, cuestionado desde la aparición de Internet y la tecnología digital. Demostrar y convencer a la sociedad que es bueno y conveniente tutelar a los creadores y sus obras.

¿Estamos en el camino correcto? ¿O vamos hacia un nuevo paradigma? Por un lado, está nuestra convicción, que es bueno proteger a los creadores y sus obras, para permitir que existan más, y la humanidad pueda disfrutarlas. Al mismo tiempo, tenemos capacidad –limitada, por cierto– para darnos cuenta de que algunas cosas están cambiando, y muy rápidamente, alrededor de aquellas convicciones.

Internet y el entorno digital parecen habernos movido el piso y, sobre eso, debemos reflexionar y trabajar. Quizás –en realidad, seguramente– en poco tiempo, la sociedad encontrará un nuevo punto de equilibrio entre los avances de la tecnología y la protección de los creadores y sus creaciones.

