



**Derecho de los Artistas, Intérpretes y Ejecutantes.
Una perspectiva española de la legislación argentina**

*Monografía postulante a la Beca
Austral para Máster en Propiedad
Intelectual*

Lucio J. Adansa Reggiani.

*Abogado y Politólogo graduado por
la Universidad de Salamanca.*

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	Pag 3
2. ÁMBITO OBJETIVO Y SUBJETIVO: EL ARTISTA Y LA ORBA....	Pag 5
3. CONTENIDO: DERECHOS MORALES Y PATRIMONIALES.....	
3.1. Derechos Morales.....	Pag 7
3.2. Derechos Patrimoniales.....	
3.2.1. Derecho de Fijación.....	Pag 8
3.2.2. Derecho de Reproducción.....	Pag 13
3.2.3. Derecho de Comunicación Pública.....	Pag 15
3.2.4. Derecho de Distribución.....	Pag 17
3.3. Límites.....	Pag 19
3.4. Conclusiones.....	Pag 24
3.5. Bibliografía.....	Pag 26

1. Introducción

Los ordenamientos del derecho español peninsular y del derecho argentino americano pertenecen al mismo sistema jurídico denominado *Derecho Continental* o *Civil Law*, pues ambos comparten el sistema de fuentes que sitúa a la Ley¹ como instancia superior jerárquica, distinguiéndose del *Derecho Anglosajón* o *Common Law*. Esta característica común permite que, al realizar un estudio de derecho comparado entre ambas legislaciones, tal empresa no resulte tan compleja como podría esperarse, pues no sólo encontramos similitudes en la *ratio legis* de la norma, sino también en la forma en la que están formulados los preceptos legales. El objeto de estudio escogido en esta ocasión es un ejemplo de ello, pues tal y como iremos observando a lo largo del trabajo, la materia de Derechos Conexos de Artistas, Intérpretes y Ejecutantes contiene algunos preceptos donde pareciera que el legislador argentino, en la elaboración del texto legal, se hubiese tomado un mate con su homólogo español. No es baladí, entre las otras muchas explicaciones que puede haber de este acercamiento normativo², el elemento unificador de los tratados internacionales³, pues la Convención Internacional sobre la Protección de Artistas, Intérpretes o Ejecutantes de Roma, el Convenio de Berna o la pertenencia a la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) son causas claras de esta mimetización jurídica, aunque ya adelantamos que la presencia de España en la Unión Europea ha desequilibrado la balanza respecto al desarrollo normativo de la materia en su favor, pues como se puede observar en el informe anual publicado por la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC), Europa es la región que más derechos genera, con el 56,4% de las recaudaciones mundiales, frente al 6.4% de la región

¹ Así lo establece el art 31 de Constitución Nacional en Argentina y el art 1 del Código Civil y Comercial. En el ordenamiento español se encuentra regulado por el art 1.1 del Código Civil que establece que: “*Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*”

² Como es la historia común de ambas naciones, la intensa y masiva recepción de inmigrantes europeos en la República Argentina

³ También pertenecientes al sistema de fuentes del derecho continental.

Al margen del dato proporcionado por la CISAC, consideramos que este desnivel, en contraposición con la mimetización jurídica mencionada anteriormente, también se ve plasmado en la materia específica de los Derechos Conexos de Artistas, Intérpretes y Ejecutantes, pues, si bien no es una argumento sustancial —pero sí indicativo— de un menor desarrollo legislativo, la ley 11.723 argentina regula en un único precepto, el art 56, lo que la Ley de Propiedad Intelectual española trata en un título conformado por diez artículos.

De esta manera, parece pertinente un análisis comparativo de ambos ordenamientos, pues dado el carácter *extra muros* que tienen los Derechos de Autor a causa del tráfico masivo de obras protegidas, especialmente dados los avances tecnológicos y el denominado Mercado Único Digital⁵, es indispensable que la doctrina produzca estudios de derecho comparado en aras de afianzar y reforzar la protección transnacional de las obras originales y, en especial, de los autores, intérpretes y ejecutantes, colectivo al que dedicaremos el presente análisis.

Antes de comenzar, cabe una última advertencia. En este trabajo realizaremos una comparación de las legislaciones, pero dada la limitada extensión, hay temas que tan sólo podremos mencionar aquí, como el régimen de gestión colectiva obligatoria y sus Entidades de Gestión colectiva, asunto que tiene *mucha tela que cortar* y nos daría para otro trabajo independiente, cuestión que no descartaremos para futuras investigaciones.

2. **Ámbito subjetivo y objetivo: El artista y la obra**

Ambos Estados, España y Argentina, son parte de tratados internacionales que definen el ámbito subjetivo, es decir, a los artistas, intérpretes y ejecutantes, de tal manera que, para agilizar el desarrollo de la exposición, realizaremos el análisis tomando como punto de partida la legislación común internacional⁶.

- 1) En primer lugar, tanto España como Argentina son Estados firmantes de la Convención Internacional sobre la protección de artistas, intérpretes o ejecutantes de Roma de 1961, cuyo art 3 a) define como artista, intérprete o ejecutante: *“todo actor, cantante, músico, bailarín u otra persona que represente un papel, cante, recite, declame, interprete o ejecute en cualquier forma una obra literaria o artística”*.

⁴ CISAC. Informe regional: Europa. En: *CISAC Informe anual 2019*. Departamento de Comunicaciones de la CISAC, 2019, pag 52-58.

⁵ Recientemente regulado por: Directiva (UE) 2019/790 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y Directiva 2019/789 por la que se establecen normas sobre el ejercicio de los derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea de los organismos de radiodifusión y a las retransmisiones de programas de radio y televisión.

⁶ Los tratados internacionales según el art 75 de la Constitución Nacional Argentina y el art 96 de la Constitución Española son parte del ordenamiento interno, de tal manera que es procedente hablar de legislación común internacional.

- 2) En segundo lugar, también son parte del Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor, sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas de 1999 (TOIEF), en el que se incluye también como artistas a las personas que canten, reciten, ejecuten..., *las expresiones del folclore*.

- Por su parte, en la legislación española, la definición de artista se establece en el art 105 Ley de Propiedad Intelectual (LPI): *“Se entiende por artista intérprete o ejecutante a la persona que represente, cante, lea, recite, interprete o ejecute en cualquier forma la obra. El director de escena y el director de orquesta tendrán los derechos reconocidos a los artistas en este Título”*.

Si bien esta definición no nombra expresamente a los colectivos que generalmente son considerados artistas, como sí hace el art 3 de la Convención de Roma, sí incluye a los directores de escena y directores de orquesta, cuestión que no aparece en ninguno de los tratados internacionales anteriormente mencionados⁷.

Es interesante señalar la intensa presencia del principio *pro auturis* en la definición, pues se observa la característica *física* o *natural* que establece el artículo como condición sustancial para ser artista, intérprete o ejecutante, ya que la naturaleza personalísima de la actividad, *“persona que represente, cante, lea, recite, interprete o ejecute”*, impide que se le atribuya la condición de artista a personas jurídicas⁸.

No debe sorprender tal característica, pues sigue la línea de lo dispuesto en la definición de autor que establece el art 5.1 LPI que *“considera autor a la persona **natural** que crea una obra literaria, artística o científica”*, contemplando como única posibilidad de que las personas jurídicas sean titulares de derechos de propiedad intelectual, el supuesto contemplado en el art 8 LPI que regula la obra colectiva⁹.

En segundo lugar, respecto al ámbito objetivo, es decir, la obra, también es importante ver como la normativa española establece un criterio de *numerus apertus* respecto a la actividad que debe realizar la persona para ser considerada artista, estableciendo únicamente que *“interprete o ejecute en **cualquier forma** una obra”*.

Por ello se diferencia al artista del autor, pues a este último se le exige una originalidad¹⁰ de la obra creada, interpretada no como innovadora (como ocurriría en el derecho de patentes) sino como muestra de la

⁷ Circunstancia expresada por la Federación Rusa en el Comité Permanente de Derechos de Autor y Derechos Conexos de la OMPI en su trigésimo quinta sesión en Ginebra en 2017.

⁸ Así se pronuncia Martín Villarejo, A. “Derechos de los actores, Bailarines, Dobladores y Directores de Escena”, en Esteve Pardo, M.A (coord.), *Propiedad Intelectual: Doctrina, Jurisprudencia, Esquemas y Formularios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pag 637

⁹ Se establece en el art 8 la posibilidad de que una obra colectiva se encuentre bajo la coordinación de una persona natural o jurídica, una *fictio iuris* donde se permite a una persona jurídica ser titular de derechos de autor.

¹⁰ En remisión al art 10 LPI: *“Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro”*(...)

*personalidad del autor, manifestando decisiones libres y creativas del mismo*¹¹, o de manera más residual, una altura creativa del autor¹².

No obstante, cabe señalar que la actividad creativa del artista, si presenta esa misma originalidad, podría situarse en la misma condición de autor¹³. Ya ha habido algún tribunal que se ha pronunciado en este sentido¹⁴.

Sin embargo, esta distinción entre autores y artistas no implica, o no debería implicar, que haya una merma o discriminación respecto de los derechos que se protegen. Se realiza esta distinción porque, en general, en los derechos de explotación del artista es posible que haya, dada la condición legal de actividad artística **sobre una obra**, derechos de autor previos que haya que tener en cuenta, lo cual no obstaculiza que se puedan aunar en una misma persona el artista y autor, tal y como hemos explicado anteriormente.

En este mismo sentido, cabe por último señalar que, dada la condición de actividad artística establecida por el art 2 a) del TOIEF para con los artistas folklóricos, donde la obra preexistente no entraría en los criterios del art 10 LPI, también serán consideradas artísticas las actividades que, sin existir obra preexistente, son fruto de la improvisación o creación simultánea como el rap, jazz, etc...

Así, y a modo de resumen, la normativa española establece que el artista, intérprete o ejecutante debe ser una persona natural que realiza una actividad artística, de criterio no restrictivo, sobre una obra preexistente o no, pues las improvisaciones e interpretaciones de obras de folklore también se encuentran protegidas.

- Por su parte, la legislación argentina, en la ley 11.723 de Propiedad Intelectual, que regula esta materia en el su art 56, no establece una definición de artista, intérprete o ejecutante en su seno, sino que debemos acudir al Decreto 746/73 por el cual se reglamenta dicho artículo.

El art 1 del decreto 746/73 establece que: *“A los efectos del artículo 56 de la Ley 11.723, considérense intérpretes al director de orquesta, al cantor y a los músicos ejecutantes, en forma individual. Al director y a los actores de obras cinematográficas y grabaciones con imagen y sonido con cinta magnética para*

¹¹ STJUE 19 de Septiembre de 2019. Asunto COFEMEL. Apartado 30 de la Sentencia que, *grosso modo*, establece como criterio principal de originalidad lo no copiado, el fruto de la creación propia del autor.

¹² En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo en STS 561/2012 del 12 de Septiembre, donde las Farolas del Eixample de Barcelona, en forma de Y, estando protegidas por diseño industrial, pretenden obtener la doble protección del derecho de autor. El TS lo desestima alegando que se requiere un plus de originalidad, una altura creativa superior a lo esperable.

¹³ A esto entendemos que se refiere Cohen Jehoram cuando dice que los derechos de artistas y ejecutantes constituyen son un caso particular respecto del resto de derechos conexos que se sitúan en las proximidades del derecho de autor. Cohen Jehoram, H., "The relationship between copyright and neighbouring rights", RIDA 144, p. 83.

¹⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 septiembre del 2000, cuyo fundamento jurídico segundo dice: *“(…) El artista puede conferir a sus interpretaciones un sello auténticamente individual y, en este sentido, se aproxima al creador literario o artístico. Así el intérprete será considerado autor de su propia interpretación”*.

televisión. Al cantante, al bailarín y a toda otra persona que represente un papel, cante, recite, interprete o ejecute en cualquier forma que sea una obra literaria, cinematográfica o musical.”

Si bien se aprecia un acercamiento normativo entre ambas legislaciones, probablemente ocasionado por la Convención de Roma, el TOIEF y el Tratado de Beijing, cabe señalar algunas diferencias:

- Siguiendo el mismo orden anterior, la legislación argentina también incluye explícitamente a los directores de orquesta, aunque no así a los directores de escena teatral¹⁵, si bien el decreto 746/73 dispone un criterio de carácter extendido en la consideración de artistas.
- El ordenamiento español, por su parte, sí reconoce expresamente al director de escena, es decir, al director teatral.
- Cabe también señalar que el art 56 se refiere al *“intérprete de una obra literario o musical”*, es decir, que excluye a aquellos artistas que no ejecuten obras, mientras que en España, como hemos visto, se contempla como actividad artística aquellas interpretaciones que se crean de forma simultánea, es decir, que son fruto de la improvisación.¹⁶

Respecto a la titularidad de derechos conexos a personas jurídicas, el art 56 no se pronuncia, pero interpretamos que, si bien se contempla en las obras de colaboración la posibilidad de personas jurídicas titulares de derechos de autor en obras de colaboración¹⁷, en el caso de estos derechos conexos, debido nuevamente al carácter personalísimo de la actividad, el artista, intérprete o ejecutante deberá ser una persona natural.

A estas consideraciones podemos sumar las palabras de Lipszyc y Villalba, autores que entienden que *“la interpretación constituye una prestación personal de carácter intelectual y, por tanto, su origen es inseparable de la actividad de una persona física”*.¹⁸

¹⁵ No obstante, encontramos referencia explícita a los mismos directores de escena en el art 1 de la Ley 27.203 (Ley Actoral) que, a pesar de ser una norma de índole laboral, les reconoce en el art 8 derechos de propiedad intelectual, pues tal y como dice la norma: *“En ningún caso podrán entenderse incluidos en la remuneración convenida los derechos de propiedad intelectual de los sujetos comprendidos en el artículo 1° de la presente ley.”*

¹⁶ Martín Villarejo, A. “Derechos de los actores, Bailarines, Dobladores y Directores de Escena”, en Esteve Pardo, M.A (coord.), *Propiedad Intelectual: Doctrina, Jurisprudencia, Esquemas y Formularios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pag 638.

¹⁷ Arts 4 y 16 Ley 11.723 de Propiedad Intelectual.

¹⁸ Lipszyc, D y Villalba, C. “Derechos Conexos y su gestión colectiva”, *Derechos de Autor en la Argentina*, La ley, Buenos Aires, 2016

3. Contenido: Derechos Morales y Patrimoniales

3.1 Derechos morales

Tanto la legislación española¹⁹ como la argentina²⁰ reconocen derechos morales a los artistas, intérpretes y ejecutantes, pues al ser un derecho que se deriva de una actividad artística, tiene un carácter personal intrínseco, una impronta del sujeto que habilita un reconocimiento de un derecho moral similar al del autor.

Si bien no nos detendremos en el análisis individual de cada uno, cabe señalar que ambas normativas reconocen los mismos derechos morales de paternidad e integridad, señalando anecdóticamente que la normativa española regula explícitamente como derecho moral, el derecho al doblaje cuando se realice en su propia lengua.

Respecto a la duración de los derechos morales, la legislación argentina no se pronuncia, aunque la doctrina entiende que duran más allá de la muerte del artista y de que los derechos patrimoniales hayan entrado al dominio público²¹, además de tener la regulación internacional del TOIEF que establece su duración hasta la extinción de derechos patrimoniales.

En cambio, la legislación española sí establece en el art 113 LPI la perpetuidad del plazo para el ejercicio de los derechos morales de integridad y paternidad, y la duración de la vida del artista para el derecho del doblaje.

Derechos patrimoniales de los artistas.

Derecho de Fijación

La fijación es la plasmación de imágenes y sonidos en un soporte físico-material, tangible o intangible, que **permita** la reproducción y/o comunicación pública de parte o totalidad de la obra. Es la acción fundamental que permite la ejecución de los otros derechos de explotación, pues sin esta fijación no es posible la reproducción o distribución.

¹⁹ Art 113 LPI que establece que: "El artista intérprete o ejecutante goza del derecho irrenunciable e inalienable al reconocimiento de su nombre sobre sus interpretaciones o ejecuciones, excepto cuando la omisión venga dictada por la manera de utilizarlas, y a oponerse a toda deformación, modificación, mutilación o cualquier atentado sobre su actuación que lesione su prestigio o reputación" (...)

²⁰ Art 56 de la ley 11.723 cuando establece que "*El intérprete de una obra literaria o musical está facultado para oponerse a la divulgación de su interpretación, cuando la reproducción de las misma sea hecha en forma tal que pueda producir grave e injusto perjuicio de sus intereses artísticos*" y en el art 4 del Decreto 1670/94 que dispone el derecho de paternidad, ya sea bajo nombre o seudónimo, cada vez que se difunda o transmita su actuación por cualquier medio o se vendan sus obras fijadas en fonogramas.

²¹ Lipszyc, D y Villalba, C. "Derechos Conexos y su gestión colectiva", *Derechos de Autor en la Argentina*, La ley, Buenos Aires, 2016.

Se diferencia del derecho de reproducción en el contenido, pues el derecho de fijación tiene por objeto la plasmación de la obra, mientras que la reproducción tiene por objeto la habilitación del acceso al público de la obra, ya sea a través de actos de comunicación, puesta a disposición, distribución, etc....

El derecho de fijación está reconocido por la normativa internacional en:

- 1) El art 7 del Convenio de Roma anteriormente mencionado, que establece *“la facultad de impedir la fijación sobre una base material, sin su consentimiento, de su ejecución no fijada”* a los artistas, intérpretes y ejecutantes.
- 2) El art 6 TOIEF que dispone el derecho de los artistas, intérpretes y ejecutantes el derecho de autorizar *“la fijación de sus ejecuciones o interpretaciones no fijadas”*.
- 3) El art 14.1 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, que se pronuncia en el mismo sentido que el Convenio de Roma.
- 4) Aunque todavía no ha entrado en vigor, consideramos como mínimo oficioso el art 6 del Tratado de Beijing sobre Ejecuciones e Interpretaciones Audiovisuales que establece que *“Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo a autorizar, en lo relativo a sus interpretaciones o ejecuciones: i) la radiodifusión y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas, excepto cuando la interpretación o ejecución constituya por sí misma una ejecución o interpretación radiodifundida; y ii) la fijación de sus ejecuciones o interpretaciones no fijadas.”*
- 5) Y aunque no es de aplicación para la República Argentina, también se encuentra regulado este derecho en el ámbito europeo art 6 de la Directiva 92/100 CEE, que establece: *“los Estados Miembros concederán a los artistas, intérpretes o ejecutantes el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la fijación de sus actuaciones”*.

- En la legislación española, el derecho de fijación de los artistas, intérpretes y ejecutantes se encuentra regulado explícitamente en el art 106 LPI, el cual establece que *“Corresponde al artista, intérprete o ejecutante el derecho exclusivo de autorizar la fijación de sus actuaciones. Dicha autorización deberá otorgarse por escrito”*.

Este precepto mejora, junto con el art 6 TOIEF y Directiva 92/100 CEE, el art 7 del Convenio de Roma, pues a causa de la redacción de este último, *“la facultad de impedir”*, podía deducirse el establecimiento de una acción *a posteriori*, es decir, que fuera necesaria la infracción para poder ejercer el derecho conexo. En cambio, con este artículo, se dispone el derecho exclusivo del artista como la facultad de autorizar o prohibir la fijación, de tal manera que se necesita la autorización²², con el requisito *ab solitatem* *“por*

²² Normalmente realizada a través de contratos discográficos en el caso de fonogramas y de contratos de interpretación audiovisual para obra cinematográfica.

escrito" del artista, intérprete o ejecutante, lo cual no impide que pueda *solemnizarse* la autorización con posteridad a la fijación²³.

No obstante, no hay que olvidarse del art 45 LPI, pues a tenor del mismo, el cedente del derecho de fijación podría resolver el contrato, ya existente por tanto, si en el requerimiento del mismo al cesionario, éste incumpliera tal exigencia.²⁴

De este modo, quizá otorgar la condición de requisito *ab solitatem* sea excesivo, pero en cualquier caso su falta puede ser causa de nulidad del contrato, lo cual reviste a la fijación como un verdadero derecho exclusivo y excluyente.

-Distinto es el tratamiento que se le da a la fijación en el ordenamiento argentino, pues el art 56 de la ya mencionada ley regula directamente supuestos sin articular los derechos de forma generalizada. Esto, en nuestra opinión, dificulta la interpretación y, por ende, la aplicación de los preceptos.

No obstante, para poder analizar la norma correctamente, la dividiremos en tres partes.

1) En primer lugar, el art 56 establece que: *"El intérprete de una obra literaria o musical, tiene el derecho de exigir una retribución por su interpretación, difundida o retransmitida mediante la radiotelefonía, la televisión, o bien grabada o impresa sobre disco, película, cinta, hilo o cualquier otra substancia o cuerpo apto para la reproducción sonora o visual. No llegándose a un acuerdo, el monto de la retribución quedará establecido en juicio sumario por la autoridad judicial competente."*

En esta primera parte se hace referencia al derecho del artista, intérprete o ejecutante de percibir una retribución por las utilidades secundarias de su interpretación²⁵, acto que ya implica una **fijación ya realizada**, es decir, plasmada en un soporte físico-material que permite el acceso al público, pues el artículo dice *"interpretación difundida o retransmitida mediante radiofonía, televisión, (...)"*, de tal manera que no se pronuncia sobre el derecho a autorizar, prohibir o impedir la fijación.

Debemos continuar avanzando en el artículo.

2) En segundo lugar, el art 56 continúa disponiendo que:

"El intérprete de una obra literaria o musical está facultado para oponerse a la divulgación de su interpretación, cuando la reproducción de la misma sea hecha en forma tal que pueda producir grave e injusto perjuicio a sus intereses artísticos. Si la ejecución ha sido hecha por un coro o una orquesta, este derecho de disposición corresponde al director del coro o de la orquesta".

²³ Tal y como se pronuncian López Sánchez, C, Martín Carrascal, A, y Pérez Solís, M, "Derechos de los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes", en Esteve Pardo, M.A (coord.), *Propiedad Intelectual: Doctrina, Jurisprudencia, Esquemas y Formularios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pag 577.

²⁴ Como bien apunta Martín Villarejo, A. "Derechos de los actores, Bailarines, Dobladores y Directores de Escena", en Esteve Pardo, M.A (coord.), *Propiedad Intelectual: Doctrina, Jurisprudencia, Esquemas y Formularios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pag 640.

²⁵ Tema que explicaremos en el epígrafe correspondiente a los límites de los derechos de explotación.

En primer lugar, es necesario preguntarse a qué se refiere la norma cuando dice “divulgación”. No consideramos que use el término en el mismo sentido que lo utiliza la normativa española²⁶, pues la utilización del término *reproducción* inmediatamente después, nos lleva a entender que el legislador argentino estaba pensando en la *divulgación como* una acción que *necesariamente* implica la fijación²⁷ y no a un acto de comunicación pública, como por ejemplo una representación teatral.

De este modo, el artista, intérprete o ejecutante podría ejercer tal facultad de oposición si:

- 1) Su interpretación ha sido fijada.
- 2) Dicha fijación es objeto de una acción de reproducción que causa grave perjuicio a sus intereses artísticos.

En cualquier caso, si interpretásemos la norma de forma estricta, pareciera que el ordenamiento únicamente faculta al intérprete a oponerse si perjudica sus intereses artísticos, de tal manera que en el supuesto de que la reproducción de su interpretación no cometiera tal agravio, el artista ya no tendría dicha facultad.²⁸

Esta interpretación se conoce, en nuestro derecho continental, como *la tesis de los tres pasos*, recogida en el art 9.2 del Convenio de Berna²⁹, la cual se articula como cláusula de salvaguardia para los límites a los derechos de autor y derechos conexos. Si el límite está definido por la ley, no perjudica los intereses del autor ni la explotación normal de la obra, será un límite legal.³⁰

No obstante, esta interpretación se vuelve un tanto confusa cuando acudimos al art 3 del Decreto n°1670 sobre Reproducciones Fonográficas, el cual establece que *“la fijación de una interpretación de una obra musical sobre una base material debe requerir el previo consentimiento del o de los intérpretes principales que hayan ejecutado la obra de que se tratare”*.

Por tanto, teniendo en consideración únicamente las normas nacionales, interpretamos que, en el ámbito musical-fonográfico, siguiendo el principio de *lex specialis*, el derecho de fijación como autorización o consentimiento previo sí se encuentra reconocido, aún incluso en los casos en los que el uso no perjudique

²⁶ Pues en el ordenamiento español, el art 4 LPI establece que: *“se entiende por divulgación de una obra toda expresión de la misma que, con el consentimiento del autor, la haga accesible por primera vez al público en cualquier forma”* distinguiéndose de la *publicación*, también una divulgación pero que implica, necesariamente, ejemplares físicos.

²⁷ Una *publicación* en términos del art 4 LPI española.

²⁸ Regulación, dicho sea de forma tangencial, parecida a la realizada por el art 7 del Convenio de Roma de 1961 que también asumía la infracción como habilitación del ejercicio de la facultad.

²⁹ Que dice: *“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”* En el derecho anglosajón es conocido como *fair use*, que usa el mismo razonamiento, pero de manera inversa. Si un tercero usa la obra de manera que no impide su explotación normal ni perjudica los legítimos intereses del autor, es un uso justo. Vis: Sentencia II Circuito de Apelaciones NY, caso Google Books.

³⁰ En el ordenamiento español se encuentra regulado en el art 40 bis LPI.

los intereses legítimos del artista, siempre teniendo en cuenta que este *fair use* podrá ser invocado y tenido en cuenta en la vía judicial.

3) En tercer lugar, el art 56 establece que: “Sin perjuicio del derecho de propiedad perteneciente al autor, una obra ejecutada o representada en un teatro o en una sala pública, puede ser difundida o retransmitida mediante la radiotelefonía o la televisión, con el sólo consentimiento del empresario u organizador del espectáculo.”

En este párrafo se hace alusión al derecho de comunicación pública³¹, pues el texto habla “de una obra ejecutada o representada en un teatro o sala pública”, es decir, una interpretación a la que tiene acceso una pluralidad de personas, sin la previa distribución de ejemplares.

No obstante, cuando el texto legal dice “puede ser difundida o retransmitida mediante radiofonía o televisión”, si bien el legislador no podía prever los avances tecnológicos, puede interpretarse o bien que está haciendo referencia a un acto de comunicación pública simultánea³² y, por tanto, no habría un acto de fijación *per se*; o también puede estar haciendo referencia a un acto de comunicación pública sucesiva³³, donde sí encontraríamos un acto de fijación.

En cualquier caso, el legislador, en este párrafo, está pensando en una actuación destinada a ejecutarse en cualquier ámbito no doméstico y que, a su vez, pueda ser retransmitida o difundida por un medio diferente del que resulta inherente a esa actuación. De esta manera, se deducen dos consecuencias fundamentales:

1) Que ningún tercero puede difundir o retransmitir la obra ejecutada sin consentimiento del empresario u organizador del espectáculo (*ius prohibendi* en favor de este último).

2) Que para retransmitir o difundir la obra ejecutada, es suficiente únicamente con el consentimiento del empresario u organizador del espectáculo.

Así, en este párrafo se constituye un derecho exclusivo de fijación en favor del empresario u organizador del espectáculo, quedando el artista, intérprete o ejecutante desamparado por la normativa nacional³⁴ respecto del derecho de fijación.

Sin embargo, los autores Lipszyc y Villalba omiten, con razón, esta interpretación, pues el ya mencionado art 7 de la Convención de Roma establece la facultad de impedir las fijaciones no autorizadas, lo cual se hace extensivo a la radiodifusión y comunicación al público³⁵.

³¹ Y por tanto volveremos sobre el cuando analicemos el derecho de forma individual.

³² Acto de comunicación en el que el público tiene acceso a la obra al mismo tiempo pero desde diferentes lugares, como sería la modalidad del *streaming*

³³ Acto de comunicación en el que el público tiene acceso a la obra en diferentes intervalos de tiempo, donde puede o no haber una modalidad de la puesta a disposición.

³⁴ A excepción del art 3 del Decreto nº1670 que ya hemos visto.

³⁵ Lipszyc, D y Villalba, C. “Derechos Conexos y su gestión colectiva”, *Derechos de Autor en la Argentina*, La ley, Buenos Aires, 2016

A esto hay que añadirle los ya mencionados art 6 del TOIEF y el art 14 del ADPIC, que se pronuncian aún más claramente si cabe a este respecto.

No obstante, la primera interpretación que, como decimos, no tiene en cuenta los tratados internacionales, debe servir como aviso de que la legislación nacional está necesitando una modificación y/o adaptación que los sitúe al mismo nivel, pues si bien la normativa internacional tiene como objetivo, entre otros, suplir las carencias de las legislaciones nacionales, también pretende ser un mecanismo disparador e inspirador para que estas últimas modernicen su ordenamiento.

Dicho de forma más cruda, si no tuviéramos estos tratados internacionales que, como decimos, invitan a los Estados Contratantes regular nacionalmente, siguiendo estrictamente lo establecido en el art 56 de la ley 11.723 y los decretos que lo reglamentan, en el ámbito audiovisual y teatral, el empresario o productor teatral podría autorizar la retransmisión de una obra de teatro a través de esta plataforma sin el consentimiento de los intérpretes y artistas teatrales, dejando en manos de los operadores jurídicos privados un derecho que pertenece a la esfera privada del artista o intérprete teatral e impidiendo, además, que este último pueda negociarlo en el marco de un contrato de representación.

De esta manera, y en concreto, proponemos al legislador argentino que elabore y articule un único precepto donde reconozca explícitamente un derecho exclusivo en favor del artista, intérprete o ejecutante teatral y audiovisual en los mismos términos que ya dicta al art 3 del Decreto nº1670 sobre Reproducciones Fonográficas, añadiendo además la autorización expresa, quizá por escrito como establece la legislación española, por parte de los artistas, intérpretes o ejecutantes para la retransmisión por radiofonía o televisión.

Derecho de Reproducción.

El derecho de reproducción tiene una definición muy similar al derecho de fijación, pues todas las reproducciones implican una fijación de la obra o interpretación. La diferencia radica, entonces, en que el derecho de reproducción nace de la obra o interpretación **ya fijada** en un soporte tangible o intangible, teniendo como objeto *per se* la comunicación y obtención de copias.

Esto tiene como consecuencia que todo lo anteriormente expuesto se aplica para este derecho también, teniendo como nuevo punto a tratar los límites del derecho de reproducción, ámbito de importancia fundamental para nuestro análisis, pues es a través de las excepciones, licencias obligatorias, remuneraciones equitativas, etc., donde el artista, intérprete y ejecutante puede ver sus derechos vulnerados con más facilidad.

A causa de esta supina importancia, aplazaremos su análisis para el tercer epígrafe de este trabajo, dejando ahora simplemente planteada la regulación general de la legislación española y argentina para, posteriormente, realizar el análisis comparativo de los límites a los derechos de explotación de forma individualizada.

De esta manera, el derecho de reproducción está reconocido por la normativa internacional en:

- El ya citado art 7 del Convenio de Roma de 1961 que, de igual forma al derecho de fijación, otorga al artista, intérprete o ejecutante la facultad de impedir.
 - El art 7 del ya citado TOIEF que establece *“el derecho exclusivo de autorizar la reproducción directa o indirecta de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma”*³⁶.
 - El art 7 del ya citado Tratado de Beijing que establece que *“Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo a autorizar la reproducción directa o indirecta de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales, por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma.”*
 - Y nuevamente, aunque no sea de aplicación en argentina, el art 7 de la Directiva 92/100/CEE que concede a los Estados Miembros *“el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta respecto de las fijaciones de sus actuaciones”*.
- En la legislación española, el derecho de reproducción de los artistas, intérpretes y ejecutantes se encuentra explícitamente regulado en el art 107 LPI: *“Corresponde al artista, intérprete o ejecutante el derecho exclusivo de autorizar la reproducción, según la definición del art 18, de las fijaciones de sus actuaciones. Dicha autorización deberá otorgarse por escrito. Este derecho podrá transferirse, cederse o ser objeto de la concesión de licencias contractuales”*.

Al igual que en el derecho de fijación, y por ello no volveremos a explicarlo, la autorización del intérprete debe formalizarse por escrito, so pena de nulidad del contrato.

Por otro lado, es importante señalar que la autorización debe ser interpretada de forma restrictiva respecto de la voluntad del intérprete, pues cabe la posibilidad de que la autorización se limite a un único ámbito, como por ejemplo el músico que interpreta una canción en la televisión sin intención de que esta sea grabada en un disco para su venta posterior.

No obstante, sin perjuicio de lo anterior, el art 110 LPI invoca el principio *iuris tantum* para la cesión del derecho de reproducción del artista, intérprete o ejecutante en favor del empresario cuando la interpretación se realiza en cumplimiento de un contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios, de tal manera que si la interpretación o ejecución se realiza en este marco, y no hay cláusula en la que el artista se reserva el derecho de autorizar la reproducción de la fijación de su interpretación, el empresario adquiere tales derechos.³⁷

³⁶ Esta vez vemos que la normativa internacional, al regular explícitamente el ámbito fonográfico, deja desamparado al rubro teatral.

³⁷ López Sánchez, C, Martín Carrascal, A, y Pérez Solís, M, “Derechos de los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes”, en Esteve Pardo, M.A (coord.), *Propiedad Intelectual: Doctrina, Jurisprudencia, Esquemas y Formularios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pag 580.

Sin embargo, es habitual en el tráfico jurídico español, al igual que con el derecho de fijación, que el artista ceda el derecho al productor fonográfico o audiovisual³⁸, pues es un derecho inherente al objeto del contrato que, sin su cesión, no se podría explotar con normalidad la obra.

De esta manera, en la legislación española el artista, intérprete o ejecutante tiene un derecho exclusivo sobre la reproducción, pudiendo negarse o prohibir la reproducción de sus actuaciones -con excepción de las limitaciones que veremos más adelante- sin olvidar que dicha autorización recae exclusivamente sobre su propia interpretación. El derecho del autor se expande hacia todas las interpretaciones posibles de su obra, mientras que este derecho conexo de artistas, intérpretes y ejecutantes no tiene tal alcance.³⁹

-Por su parte, la legislación argentina, a diferencia de la española, no regula el derecho de reproducción de los artistas, intérpretes y ejecutantes en único texto legal, sino que, partiendo del primer párrafo del art 56 que establece la remuneración equitativa en favor de estos últimos, va reglamentándolo a través de varios decretos.⁴⁰ Como decimos, se regula explícitamente el derecho a una remuneración por la reproducción mediante radiodifusión, televisión..., así como el derecho moral a que aparezca su nombre o seudónimo en cada una de ellas.

Por otro lado, como ya hemos visto, en el segundo párrafo del art 56 se dispone la facultad del artista a oponerse a la reproducción de su interpretación o ejecución si, en el desarrollo de esta, perjudica sus intereses artísticos. Esto se refiere a la *tesis de los tres pasos*, cuestión que ya hemos analizado, con lo cual no volveremos sobre ello.

En conclusión, la legislación argentina, si bien pertenece a tratados internacionales que reconocen y regulan explícitamente el derecho exclusivo de reproducción⁴¹, en su ámbito nacional, no regula expresamente el derecho exclusivo del artista, intérprete y ejecutante, sino que debemos llevar a cabo un proceso de exégesis sobre toda la normativa, decretos y tratados internacionales incluidos, para encontrar la protección de los derechos. Ejemplo de ello es, por ejemplo, el requisito de autorización expresa del artista para la reproducción de su obra fijada, el cual no se regula en el texto legal, pero sí, sin embargo, se deduce al reconocerse la interpretación restrictiva de los contratos de explotación de la obra, quedando autorizados sólo aquellos que expresamente se mencionen en el contrato⁴² Lo mismo ocurre con la presunción de onerosidad de la cesión de derechos de explotación⁴³.

³⁸ Como dato empírico, la cesión suele darse con carácter exclusivo sobre todas las formas y modalidades de reproducción existentes a cambio de una compensación del 5% sobre su base salarial.

³⁹ Por ello, desde un punto de vista práctico, el artista, intérprete o ejecutante no tiene derecho de reproducción, y por tanto posibilidad de autorizar o prohibir, sobre una *cover* musical realizada por otro artista. En cambio, para que ambos puedan hacer su interpretación, sí necesitarán la autorización del autor.

⁴⁰ Son el Decreto 746/1973 que reglamenta el art. 56 de la ley 11.72, Decreto 1670/1974 por el cual se modifican arts. 35 y 40 del decreto 41.233/1934 y Decreto 1671/1974 sobre Derechos de intérpretes y productores de fonogramas.

⁴¹ Art 7 Convención de Roma, art 7 del TOIEF y art 7 del Tratado de Beijing.

⁴² Tal y como se deduce de los artículos .38, 39 y 47 de ley 11.723

⁴³ Art.40 ley 11.723.

Nuevamente, insistimos en que esta “descentralización” de la normativa jurídica de los derechos de artistas, intérpretes y ejecutantes, entorpece y complejiza el ejercicio y protección de los derechos. Sería mucho más efectivo, así como otorgaría mayor seguridad jurídica, que hubiera un precepto único y estructurado donde se recogieran todas estas cuestiones. Así, nos remitimos a la propuesta hecha en el epígrafe del derecho de fijación, es decir, actualizar la legislación, compilando y estructurando el derecho de artistas, intérpretes y ejecutantes dentro de la ley 11.723.

Derecho de Comunicación Pública

La comunicación pública es todo acto mediante el cual una pluralidad de personas, sin la previa distribución de ejemplares pueda tener acceso a la obra, en este caso, interpretación o ejecución. No sería pública si este acceso se da en el ámbito doméstico, siempre y cuando no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo⁴⁴.

La normativa internacional reconoce el derecho de la comunicación pública de los artistas, intérpretes y ejecutantes en:

- El ya citado art 7 del Convenio de Roma.
- El art 10 del citado TOIEF, que otorga al artista, intérprete o ejecutante *“el derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición de sus actuaciones de forma que los miembros del público puedan tener acceso a ellas desde el lugar y momento que elijan”*.
- El art 11 del ya mencionado Tratado de Beijing que establece que *“Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo a autorizar la radiodifusión y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales.”*
- Aunque no se aplique en Argentina, el art 8 de la Directiva 92/100/CEE y, especialmente, el art 3.2 de la Directiva 2001/29/CE que se pronuncian en el mismo sentido que el TOIEF.

Por su parte, la legislación española regula expresamente el derecho de comunicación pública de los artistas, intérpretes y ejecutantes en el art 108 LPI.

En este caso no mostraremos el texto completo del artículo a causa de la extensión, de tal forma que, en favor de la agilidad de la exposición, trataremos los puntos más importantes.

En primer lugar, el art 108 otorga al artista, intérprete o ejecutante el derecho exclusivo de autorizar la comunicación pública de sus actuaciones, interpretaciones o ejecuciones. No tendrá esta facultad de autorizar si la actuación de comunicación pública es, en sí misma, una actuación retransmitida por radiodifusión o se realiza sobre una fijación que, previamente, ha sido autorizada.

Ambas excepciones encuentran su razón de ser en la coherencia propia de los contratos, pues el artista, intérprete y ejecutante, en ambos supuestos, ya ha ejercido su derecho exclusivo:

⁴⁴ Según la definición establecida en el art 20 LPI española.

- Cuando autorizó la fijación de su actuación en virtud del art 106 LPI. No obstante, si la comunicación pública se realiza a través de la modalidad de *puesta a disposición* recogida en el art 20.2 i) que se refiere a las plataformas de contenido digital, la autorización siempre deberá otorgarse por parte del artista intérprete o ejecutante, aun se haya autorizado la fijación previa.⁴⁵
- Cuando se obligó a través del contrato de representación cuyo objeto es, en sí mismo, la actuación retransmitida por radiodifusión. En este sentido se pronuncia el art 110 LPI que dispone que, si la ejecución o interpretación se realiza en el cumplimiento de un contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios, el empresario adquiere los derechos exclusivos de autorizar la reproducción y comunicación pública, en las modalidades que resulten circunscritas al contrato. Esto último opera salvo que se disponga lo contrario por contrato, lo cual es habitual, pues suele cederse todos los actos y modalidades de comunicación existentes.⁴⁶

En segundo lugar, y en estrecha relación con lo anterior, pues esa última excepción termina por abarcar prácticamente la totalidad del ejercicio del derecho, el art 108 LPI establece la obligación de que los usuarios que utilicen un fonograma publicado u obra audiovisual con ánimo de lucro o una reproducción que se utilice en cualquier forma de comunicación pública, tengan que satisfacer una remuneración equitativa y única a los artistas, intérpretes y ejecutantes que, a su vez, se repartirán a partes iguales si no hubiese acuerdo entre ellos⁴⁷.

Esto se realiza en forma de compensación por esa falta de exclusividad que se ha dispuesto respecto del derecho de comunicación pública del artista, intérprete o ejecutante en favor del productor audiovisual o de fonogramas.

Por último, la gestión de estos derechos de remuneración equitativa se ha otorgado a las entidades de gestión colectiva.⁴⁸

Por su parte, la legislación argentina no regula explícitamente el derecho exclusivo de comunicación pública del artista, intérprete y ejecutante, sino que directamente regula y adopta el sistema de licencias no voluntarias en el primer apartado del art 56, de tal manera que es de aplicación el art 7 de la Convención de Roma y art 10 TOIEF que sí regula explícitamente este derecho exclusivo.

⁴⁵ Según lo establecido en el art 108.1 b) de la LPI.

⁴⁶ Esta excepción responde a la necesidad de poder explotar la interpretación o ejecución con normalidad, pues de no establecerse este *iuris tantum* sobre la cesión, contra la que cabe una reserva de derechos por parte del artista si tuviera especial interés, los usuarios tendrían que ir reuniendo las autorizaciones de cada uno de los artistas intervinientes cada vez que se fuera a producir un acto de comunicación pública. Es más eficaz que esta facultad la tenga el productor y que el usuario tenga que negociar con, además de pagar una retribución equitativa a los artistas, intérpretes y ejecutantes.

⁴⁷ Hablaremos del derecho de remuneración en el epígrafe de limitaciones al derecho.

⁴⁸ En este sentido, es interesante señalar el régimen especial estipulado en el art 20.4 b) para los actos de comunicación pública de retransmisión por cable en la UE, donde la titularidad y, por tanto, facultad para autorizar o prohibir, reside en las entidades de gestión colectiva. Es el único caso en el se habla de titularidad de un derecho exclusivo y no, como es habitual, de derechos de simple remuneración.

Según Lipszyc y Villalba, *“una vez que un artista ha consentido la fijación de su actuación, esta puede ser comunicada al público mediante ejecución pública y radiodifusión sin necesidad de autorización, pero quienes efectúen la comunicación al público, deben abonar los aranceles establecidos al efecto.”*⁴⁹

La legislación española, como hemos visto, lo contempla de igual manera, con la única diferencia de regularlo explícitamente en una norma.

Derecho de Distribución

La distribución es la puesta a disposición del público del original o copias de la obra, en un soporte tangible, mediante ventas, alquiler, préstamo o cualquier otra forma⁵⁰. Se distingue de la comunicación pública precisamente en la tangibilidad de los ejemplares.

La normativa internacional reconoce el derecho de distribución de los artistas, intérpretes y ejecutantes:

- Art 8 y 9 del mencionado Tratado de Beijing, que establece, respectivamente, que *“Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo a autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales, mediante venta u otra transferencia de propiedad”* y que *“Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo a autorizar el alquiler comercial al público del original y de los ejemplares de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales, según lo dispuesto en la legislación nacional de las Partes Contratantes, incluso después de su distribución realizada por el artista intérprete o ejecutante o con su autorización.”*
- Y aunque no sea de aplicación en Argentina, el art 9 de la Directiva 92/100/CEE que obliga a los Estados Miembros a otorgar a los artistas, intérpretes o ejecutantes el derecho exclusivo de puesta a disposición del público de las fijaciones de sus actuaciones, mediante venta u otros medios.

La legislación española, por su parte, reconocer explícitamente el derecho exclusivo de distribución y de alquiler a los artistas, intérpretes y ejecutantes en el art 109 LPI. Al igual que en el derecho de comunicación pública, a causa de la extensión del artículo, simplemente trataremos los puntos más importantes:

- Establece un derecho exclusivo de autorizar la distribución, pudiendo transferirse, cederse o ser objeto de concesión de licencias contractuales, aunque se establece una presunción *iuris tantum* de la cesión del derecho de distribución y de alquiler en favor del productor fonográfico o audiovisual cuando se celebre un contrato de grabaciones relativo a la producción de las mismas, sin perjuicio del derecho irrenunciable a la remuneración equitativa.

⁴⁹ Lipszyc, D y Villalba, C. *“Derechos Conexos y su gestión colectiva”*, *Derechos de Autor en la Argentina*, La ley, Buenos Aires, 2016,

⁵⁰ Art 19 LPI española.

- Se establece, efectivamente, como un derecho irrenunciable la remuneración equitativa de ejercicio colectivo, constituyendo un límite al derecho exclusivo de explotación, obligando a los operadores jurídicos que realicen dicha actividad a abonarla.
- Se distingue entre alquiler y préstamo, diferenciándose el primero del segundo en su carácter lucrativo.

La legislación argentina, por su parte, no tiene reconocidos específicamente los derechos específicos exclusivos de distribución y alquiler ya no sólo de los artistas, intérpretes y ejecutantes, sino tampoco los de los autores propiamente dichos. Esto sucede a causa de cómo está articulado el art 2 de la ley 11.723, pues tal y como exponen Lipszyc y Villalba⁵¹, con la expresión “y de reproducirla en cualquier forma” se incluyen todos los modos de explotación de la obra, entre otros, el alquiler y puesta a disposición.⁵²

Si bien jurisprudencial y doctrinalmente pueden suplirse estas “carencias” normativas, este comportamiento de no regular y realizar un ejercicio de transposición de las normas internacionales al ordenamiento nacional, conduce al legislador argentino a perderse una oportunidad de fortalecer y blindar la protección de derechos de autor, así como de agilizar la eventual carga que tienen los tribunales al tener que elaborar fallos que, quizá, de haber estado contemplados explícitamente en el ordenamiento, no se hubieran materializado.

Por otro lado, con el incipiente y creciente desarrollo de las tecnologías, que ponen en jaque continuamente las legislaciones más nutridas, pareciera justificar, más que nunca, una legislación activa respecto de los derechos de autor, especialmente si se pretende no caer en la obsolescencia. Prueba de ello es la copiosa legislación que está elaborando la Unión Europea a través de sus directivas, como la reciente Directiva 2019/790 sobre Derecho de Autor y Derechos Afines en el Mercado Único Digital.

3.3 Límites

Tanto los derechos de explotación del autor como los derechos de explotación de los artistas, intérpretes y ejecutantes no son absolutos, sino que tienen una serie de límites que se articulan en:

- La vigencia y durabilidad de los derechos y protección, esto es, limitaciones de carácter temporal. En Argentina se encuentran regulados en el art 17 TOIEF y 14.5 ADPIC que establece 50 años contados a partir de que la fijación fue realizada en un fonograma, misma protección mínima que se establece en el oficioso Tratado de Beijing. En España, la protección también es de 50 años, regulada por el art 112 LPI, computados desde el día 1 de enero del año siguiente al de la interpretación o ejecución.

⁵¹ Lipszyc, D y Villalba, C. “Contenido del Derecho de Autor”, *Derechos de Autor en la Argentina*, La ley, Buenos Aires, 2016

⁵² Reflexión que se deduce también en "SADAIC c. Compact Disc" (CNCom., sala B, abril 9-1999, L.L., 2000-C, 503), donde el tribunal sostuvo, con respecto a las grabaciones sonoras que, de conformidad con la legislación de fuente interna (Constitución Nacional; ley 11.723 de propiedad intelectual, arts. 1º, 2º, 4º y 72 bis) y con el AADPIC de la OMC, el alquiler de discos no es una actividad permitida sin la autorización de los titulares de los derechos.

- El propio contenido de los derechos que limitaran los derechos exclusivos, ya sea por la justificación del interés social o por argumentos más realistas como es la imposibilidad o alto coste de control⁵³, distinguiéndose entre:
 - a) Las excepciones, que no conllevan el pago compensatorio porque se entiende que el ejercicio de ese límite no perjudica sustancialmente la normal explotación de la obra, como sería el caso de las **reproducciones provisionales** que forman parte del funcionamiento normal de Internet.
 - b) Las limitaciones, que sí conllevan un pago compensatorio en favor de los artistas, intérpretes o ejecutantes. Son también denominadas licencias obligatorias, pues al ser imposible o altamente costoso el impedir un uso concreto, se licencia directamente exigiendo un pago a los usuarios. Un ejemplo sería el famoso **cannon** que recaudan las Entidades de Gestión Colectiva a comercios, restaurantes, hoteles...

De esta manera, vamos a analizar como regulan el ordenamiento español y el ordenamiento argentino, los tres tipos de limitaciones en cada uno de los derechos exclusivos.

1) Derecho de Fijación y de Reproducción.

En este caso no cabe separar la fijación de la reproducción, pues los límites contemplados se refieren a ambos derechos, lo cual no significa que no sean independientes entre sí.

En la legislación española, se establecen los límites al derecho de reproducción en el art 31 LPI, la copia privada, y en los artículos 35 y 37 LPI en los que se señalan dos supuestos donde la autorización del intérprete no será necesaria. En concreto:

- Se establece art 35 que *“Cualquier obra susceptible de ser vista u oída con ocasión de informaciones sobre acontecimientos de la actualidad puede ser reproducida, distribuida y comunicada públicamente, si bien sólo en la medida que lo justifique dicha finalidad informativa”*.

En este artículo se refiere a aquella reproducción que se encuentra en el cuerpo de la noticia y que ha sido captada/fijada con ocasión de informar sobre la actualidad, de tal manera que habrá que atender a cada caso concreto, fijándose en la conveniencia de su utilización y el modo. La jurisprudencia no esboza criterio sólido, pues no es necesario que la interpretación sea la noticia principal para que opere esta excepción, sino que puede ilustrar la noticia de manera incidental⁵⁴. En cualquier, mientras no impida la normal explotación de la obra (tesis de los tres pasos), el uso será legítimo.

- Se establece en el art 37 que *“los titulares de derechos no podrán oponerse a las reproducciones de las obras cuando aquellas se realicen sin finalidad lucrativa por museos, bibliotecas (...) y para fines de investigación o de conservación. Asimismo, los museos, bibliotecas, (...) no deberán abonar remuneración por los préstamos que realicen. No necesitará autorización la comunicación de obras o su puesta a*

⁵³ STS del 8 junio de 2007, Tol 1113035.

⁵⁴ Como en SAP Barcelona, Sección 15, 10-09-2003 donde las fotografías sólo ilustraban el reportaje sobre Cabo de Creus.

disposición de personas concretas del público a efectos de investigación cuando se realice mediante red cerrada e interna a través de terminales especializados y por las entidades anteriormente mencionadas, sin perjuicio del derecho a percibir una remuneración equitativa”.

En este caso, el 37 establece una limitación del derecho exclusivo, pues dispone una utilización sin autorización de las entidades como museos, bibliotecas y otras incluidas en el art 37 LPI, siempre que se realicen con la finalidad de la investigación o conservación. Aquí, lo fundamental es el carácter no lucrativo y que no impida la normal explotación de la obra.

Por otro lado, se estipula el pago de una remuneración equitativa que gestionará las entidades de gestión colectiva.

- Se establece en el art 31 el límite de reproducciones provisionales y por copia privada.

En 31.1 se regula el ámbito de las reproducciones provisionales, entendidas como tal aquella que carezca de significación económica independiente, sea transitoria o accesoria y forme parte integrante y esencial de un proceso tecnológico. Está pensando en las reproducciones que se generan en la utilización normal de Internet, pues al realizar una búsqueda en Google, por ejemplo, se producen varias reproducciones que, de tener que solicitar una autorización a los titulares de derechos, la utilización del servicio se vería totalmente neutralizada⁵⁵.

Por otro lado, el art 31.2 regula el límite por copia privada, de tal manera que es lícita la reproducción para uso privado de interpretaciones por una persona física siempre que se haya accedido legalmente a esas interpretaciones y no se haga utilización colectiva (que el medio para realizar copias esté a disposición de una pluralidad indeterminada de personas) ni tenga carácter lucrativo⁵⁶, excluyéndose explícitamente la piratería.

A todo ello hay que sumarle el establecimiento de la remuneración equitativa, que deberán abonar los fabricantes o importadores de equipos, aparatos y soportes materiales idóneos para realizar las reproducciones⁵⁷.

Por su parte, la legislación argentina no se regula explícitamente la limitación al derecho exclusivo de reproducción en los mismos términos que acabamos de ver en el ordenamiento español. Nuevamente, deberemos realizar un proceso de exégesis en la totalidad de la normativa e ir deduciendo los diferentes límites.

En primer lugar, en argentina no hay excepciones ni limitaciones al derecho exclusivo al derecho de reproducción para usos personales o privados, de tal manera que no se está protegiendo debidamente autor/intérprete, pues la razón de ser de estas limitaciones es la imposibilidad de control sobre las copias

⁵⁵ STS 3 abril 2012 Megaquini contra Google. En esta sentencia no se aplicó la excepción pues no se cumplían los requisitos establecidos en el art 31.1 LPI.

⁵⁶ Tal y como se pronuncia el Tribunal Supremo en STS de la Sala Primera del 8 de junio de 2007 (Tol 1113035)

⁵⁷ Tal y como establece el art 25 LPI. Incluso, en este mismo artículo, en su cuarto apartado, establece la responsabilidad solidaria de distribuidores, mayoristas y minoristas.

realizadas, de tal manera que debería poder exigirse a los operadores que facilitan la concurrencia de esta actividad el pago de una retribución equitativa.

Por otro lado, Como ya hemos visto, el art 56 regula el derecho de los artistas, intérpretes y ejecutantes a percibir una retribución equitativa en compensación por las utilidades secundarias, la cual será gestionada por la Entidad de Gestión que corresponda⁵⁸.

La primera excepción la encontramos en el art 36 de la ley 11.723, cuando dice: *“Será lícita y estará exenta del pago de derechos de autor y de los intérpretes que establece el artículo 56, la representación, la ejecución y la recitación de obras literarias o artísticas ya publicadas, en actos públicos organizados por establecimientos de enseñanza, vinculados en el cumplimiento de sus fines educativos, planes y programas de estudio, siempre que el espectáculo no sea difundido fuera de lugar donde se realice y la concurrencia y la actuación de los intérpretes sea gratuita. También gozarán de la exención del pago del derecho de autor a que se refiere el párrafo anterior, la ejecución o interpretación de piezas musicales en los conciertos, audiciones y actuaciones públicas a cargo de las orquestas, bandas, fanfarrias, coros y demás organismos musicales pertenecientes a instituciones del Estado Nacional, de las provincias, de las municipalidades, siempre que la concurrencia de público a los mismos sea gratuita”*.

También la encontramos reglamentada por el decreto reglamentario 41.233/34, modificado por el ya mencionado decreto 1670/74, cuyo art 35.3 establece que *“No será necesario abonar compensación alguna por utilidades ocasionales de carácter didáctico, o conmemoraciones patrióticas, en establecimientos educacionales oficiales o autorizados por el Estado.”* A esto hay que añadir que es requisito indispensable para que opere esta excepción que las reproducciones y/o comunicación se realicen con fines educativos, sea a cargo de instituciones públicas y la asistencia sea gratuita.⁵⁹ La legislación argentina la dispone como una excepción⁶⁰, mientras que la española como limitación al derecho exclusivo, pues establece la obligación, por parte de las entidades que ejercen este uso, del pago de una remuneración equitativa.

EL uso para información viene establecido en el art 27 y 28 de la ley 11.723, pero sólo se refiere a los *“Los discursos políticos o literarios y en general las conferencias sobre temas intelectuales”*, de tal manera que el uso informativo de las interpretaciones no se encontraría contemplado en la norma.

2) Derecho de Comunicación Pública.

⁵⁸ Como por ejemplo el Decreto 1914/2006 y el Decreto 181/2008 que reconocen a S.A.G.A.I como entidad de gestión colectiva de las retribuciones por usos secundarios de las interpretaciones actorales o de danza fijadas en grabaciones audiovisuales y otros soportes,

⁵⁹ Sentencia AADI CAPIF ACR c. Disco S.A.", Cám. de Apel. en lo Civ. y Com. de 1ª. Nominación de la Ciudad de Córdoba, noviembre 7-2006,

⁶⁰ Tal y como dicen Lipszyc y Villalba, el art 36 resulta incompatible con el Convenio de Berna y TOIEF pues *“no prevé excepciones al art. 11 que reconoce el derecho exclusivo de representación y de ejecución públicas en favor de los autores. Además, esas privaciones del derecho de autor no están justificadas y son irrazonables por la desproporción entre el precio del derecho de autor y el volumen de los presupuestos nacionales, provinciales y municipales”* en Lipszyc, D y Villalba, C. *“Limitaciones del Derecho de Autor”*, *Derechos de Autor en la Argentina*, La ley, Buenos Aires, 2016

La legislación española contempla en el art 108 en sus apartados, 3, 4 y 5 la obligación para los usuarios de un fonograma o interpretación audiovisual en cualquier forma de comunicación pública, articulada como un derecho irrenunciable desde el punto de vista del artista, intérprete o ejecutante, del pago de una remuneración equitativa a los artistas, intérpretes y ejecutantes y gestionada y administrada por la Entidad de Gestión Colectiva. La falta de acuerdo entre estos últimos tendrá como consecuencia que el reparto se realice por partes iguales. En estos actos de comunicación pública se incluye, aunque se regula de forma independiente en el apartado 6 del artículo 108, la modalidad de *puesta a disposición* de la interpretación, de tal manera que también los usuarios de esta modalidad deberán pagar una retribución equitativa a los artistas, intérpretes y ejecutantes.

Es interesante señalar el asunto del *ámbito doméstico* respecto de las habitaciones de hotel, es interesante señalar los criterios que se deducen de la jurisprudencia STS 16 de abril 2007 (*Tol 1079732*). El concepto de comunicación pública debe ser interpretado de forma amplia, el carácter de público se genera cuando hay un número indeterminado de telespectadores potenciales que, a su vez, se renueva con rapidez, es decir, es un público nuevo, diferente del previsto para el acto de comunicación original de la obra. Además, el servicio de “televisión en la habitación” es de carácter suplementario y no esencial al modelo de negocio, lo cual supone un beneficio extra para el empresario pues aumenta la categoría del producto ofrecido. Estos argumentos llevan a concluir que el carácter privado de los dormitorios no impide que se considere como acto de comunicación pública al instalar televisores en ellos, de tal manera que corresponde el pago de la retribución equitativa.

Por su parte, la legislación argentina regula en el ya citado art 56 de la ley 11.723 el derecho a una retribución a los artistas, intérpretes o ejecutantes por el uso de sus interpretaciones en actos de comunicación pública, con las excepciones también ya expuestas del art 36. Además, cabe aunque sea mencionar la diferencia en el texto legal de ambas legislaciones respecto a la solución que aportan en el caso de no haber un acuerdo entre los beneficiarios de la retribución equitativa, pues la norma española establece que *“se reparta en partes igualitarias”* y el art 56, en cambio,, establece que *“el monto de la retribución quedará establecido en juicio sumario por la autoridad judicial competente”*. Entendemos que, en ambos casos, se está instando a las Entidades de Gestión Colectiva lleven a cabo los acuerdos de forma justa y equitativa.

Por otro lado, respecto al asunto de la comunicación pública en hoteles, en el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia argentina, pues la Corte Suprema de Justicia de la Nación se sentenció que

tenía carácter público la comunicación de las radiodifusiones realizadas en un hotel, de tal manera que el hotelero debía pagar la retribución por comunicación pública.⁶¹

Conclusiones

La legislación española ha tenido la suerte de poder pertenecer al llamado *proceso de integración europea*, lo cual quiere decir, dicho mal y pronto si se permite la ibérica expresión, que la Unión Europea ha buscado armonizar en la mayor cantidad de ámbitos posibles la normativa de la región, especialmente en aquellas ramas que, indefectiblemente, implican a dos o más Estados. Este *proceso de integración*, hoy más que nunca puesto en duda, agrupa, entre sus múltiples aristas, el derecho de propiedad intelectual, precisamente por ese carácter trasnacional y, dicho sea de manera tangencial, porque era necesario establecer un contrapoder digno respecto de la potencia norteamericana. Y el adjetivo *suerte* está bien utilizado, pues sin querer desmerecer la tradición jurídica española, claramente su pertenencia al bloque europeo le permite tener su legislación de propiedad intelectual, no sin mediar ocasionalmente algún apremio de la UE, actualizada, y una doctrina ocupada siempre en debates vanguardistas.

Muy distinto sería el escenario en la legislación española si dicha comunidad europea no existiera, probablemente más parecido al de su hermana argentina que al de su vecina francesa. Por ello, tras realizar esta somera y humilde comparación con la legislación argentina, puede verse la necesidad de que el poder legislativo nacional, y no únicamente a través de decretos, actualice su norma base, la ley 11.723, incluyendo preceptos que se puedan aplicar a la compleja y cambiante realidad jurídico-virtual de nuestros tiempos, como puede ser una regulación específica del derecho de *puesta a disposición*, la compensación por copia privada...

Por otro lado, la realidad de argentina, teniendo a Buenos Aires como una de las capitales con mayor movida cultural del mundo, nos lleva a que nos preguntemos a qué se debe esta carencia de desarrollo legislativo, pues no será por la ausencia de una doctrina que investigue y debata, ni tampoco por una falta de presencia en los principales organismos internacionales, como son la OMPI o la CISAC donde Argentina tiene una notable participación (La última conferencia de la CISAC fue en Buenos Aires). En mi humilde opinión, considero que la respuesta se ha introducido al inicio de estas conclusiones. Un

⁶¹ Sentencia del Corte Suprema de Justicia AADI CAPIF A.C.R. c. ANSEDE y Cía. S.R.L.y otro; y en Sentencia de la Corte Suprema de Justicia AADI CAPIF A.C.R. c. Hotel Belgrano S.A. y otro

proceso de *integración latinoamericana*, cuestión que únicamente puede lograrse con la aterradora “cesión de competencias”, podría unir y armonizar a todos los estados de la región, potenciando y motivando un desarrollo legislativo que, a su vez, podría hacerlos aún más competitivos. Ningún proceso de integración es fácil, pero dado el desafío para el derecho de autor de las nuevas tecnologías, tal emprendimiento valdría la pena, pues tal y como dijo Heráclito de Éfeso, *lo contrario llega a concordar, y de la discordia surge la más hermosa armonía*.

Bibliografía

- CISAC. Informe regional: Europa. En: *CISAC Informe anual 2019*. Departamento de Comunicaciones de la CISAC, 2019, pag 52-58.
- Cohen Jehoram, H., "The relationship between copyright and neighbouring rights", RIDA 144, p. 83.
- Lipszyc, D y Villalba, C. "Derechos Conexos y su gestión colectiva", *Derechos de Autor en la Argentina*, La ley, Buenos Aires, 2016.
- López Sánchez, C, Martín Carrascal, A, y Pérez Solís, M, "Derechos de los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes", en Esteve Pardo, M.A (coord.), *Propiedad Intelectual: Doctrina, Jurisprudencia, Esquemas y Formularios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- Martín Villarejo, A. "Derechos de los actores, Bailarines, Dobladores y Directores de Escena", en Esteve Pardo, M.A (coord.), *Propiedad Intelectual: Doctrina, Jurisprudencia, Esquemas y Formularios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- VILLALBA, C. A. y LIPSZYC, D., *Derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión. Relaciones con el derecho de autor*, Buenos Aires, Zavalía Editor, 1976.
- "Reflexiones para un homenaje", en *Il Diritto di Autore*, 1979, vol. del cincuentenario de la Revista.
- Lipszyc, D. "De los Intérpretes", *Régimen Legal de la Propiedad Intelectual*, Hammurabi, Buenos Aires, 2019

Legislación.

- Constitución Argentina. Artículos 31, 75
- Constitución Española. Artículo 96.
- Código Civil español. Artículo 1. *Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*".
- Ley de Propiedad Intelectual.
- Ley 11.723 de Propiedad Intelectual.
- Ley 27.203. Ley Actoral.
- Decreto 1670/74.
- Decreto 1671/74.
- Decreto 746/1973
- Decreto 41.233/1934
- Decreto 1914/2006
- Decreto 181/2008
- Directiva (UE) 2019/790 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y Directiva 2019/789 por la que se establecen normas sobre el ejercicio de los derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea de los organismos de radiodifusión y a las retransmisiones de programas de radio y televisión.
- Convención Internacional sobre la protección de artistas, intérpretes o ejecutantes de Roma de 1961.

- Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor, sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas de 1999 (TOIEF)
- Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.
- Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones.
- Moción expresada por la Federación Rusa en el Comité Permanente de Derechos de Autor y Derechos Conexos de la OMPI en su trigésimo quinta sesión en Ginebra en 2017.

Jurisprudencia.

Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 19 de Septiembre de 2019. Asunto COFEMEL.

Sentencia del Tribunal Supremo en STS 561/2012 del 12 de Septiembre.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 septiembre del 2000.

Sentencia II Circuito de Apelaciones NY, caso Google Books.

SADAIC c. Compact Disc" (CNCom., sala B, abril 9/4/1999, L.L., 2000-C, 503),

Sentencia del Tribunal Supremo del 8 junio de 2007, Tol 1113035.

Sentencia de Tribunal Supremo del 8 junio de 2007, Tol 1113035.

Sentencia de la Audiencia Provincial Barcelona, Sección 15, 10-09-2003.

Sentencia Tribunal Supremo 3 abril 2012 Megaquini contra Google.

Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala Primera del 8 de junio de 2007 (Tol 1113035).

Sentencia AADI CAPIF ACR c. Disco S.A.", Cám. de Apel. en lo Civ. y Com. de 1ª. Nominación de la Ciudad de Córdoba, noviembre 7-2006,

Sentencia del Corte Suprema de Justicia AADI CAPIF A.C.R. c. ANSEDE y Cía. S.R.L.y otro.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia AADI CAPIF A.C.R. c. Hotel Belgrano S.A. y otro