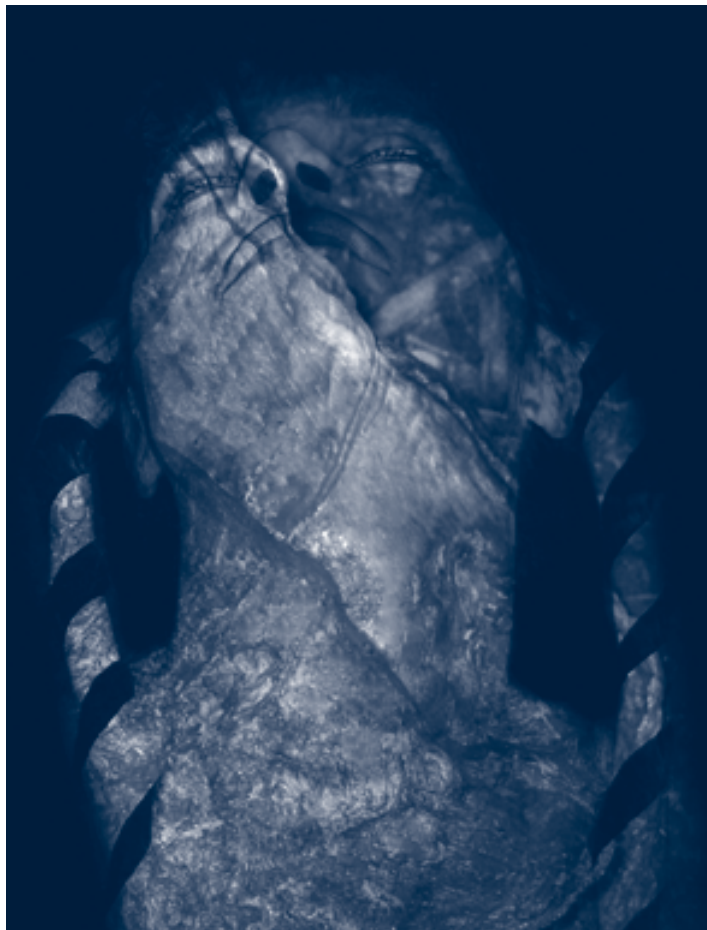


reproducción y seguimiento). En Latinoamérica, ni Toledo, Choco, Szyslo, Borges, Viteri, Delfin, Matta ni otros artistas distinguidos que han internacionalizado su obra tienen la capacidad de cobrar las regalías de su trabajo por todo el mundo. Las sociedades de gestión, como la recién creada Sociedad Colombiana de Artes Visuales (SCAV), sí pueden hacerlo gracias a la red de organizaciones homólogas que forman parte de las 210 sociedades adheridas a la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC). Esta red mundial para el cobro de regalías opera gracias a convenios de reciprocidad firmados entre ellas.

Finalmente, respecto a las videocreaciones y los soportes interactivos, se estima que en el mundo existen 20 mil millones de fonogramas y 4 mil millones de videogramas. Además, se pronostica que las videocreaciones, que hoy alcanzan tirajes pequeños, se acrecentarán en la próxima década debido al aumento de videoastas y al fortalecimiento de la cultura videográfica.

Es decir, cada día se incrementará el público que degustará las creaciones únicas o de edición limitada. Éstas echarán mano de cualquier soporte interactivo y cuanta novedad tecnológica aparezca en el mercado, como se percibe con el desarrollo a troya de las llamadas tecnologías en arborescencia; verbigracia, el último diseño de chamarra con equipo de CD integrado, realizado en Japón, el cual incluye sistema regulador y camuflaje automático en función de la temperatura externa; o la futura comercialización masiva de los teléfonos ordenadores, cámaras digitales-reproductoras de imagen con controlador de funciones específicas (control remoto de máquinas, simuladores, procesos de postproducción, etcétera).

De lo anterior se infiere que será muy complicada la procura-

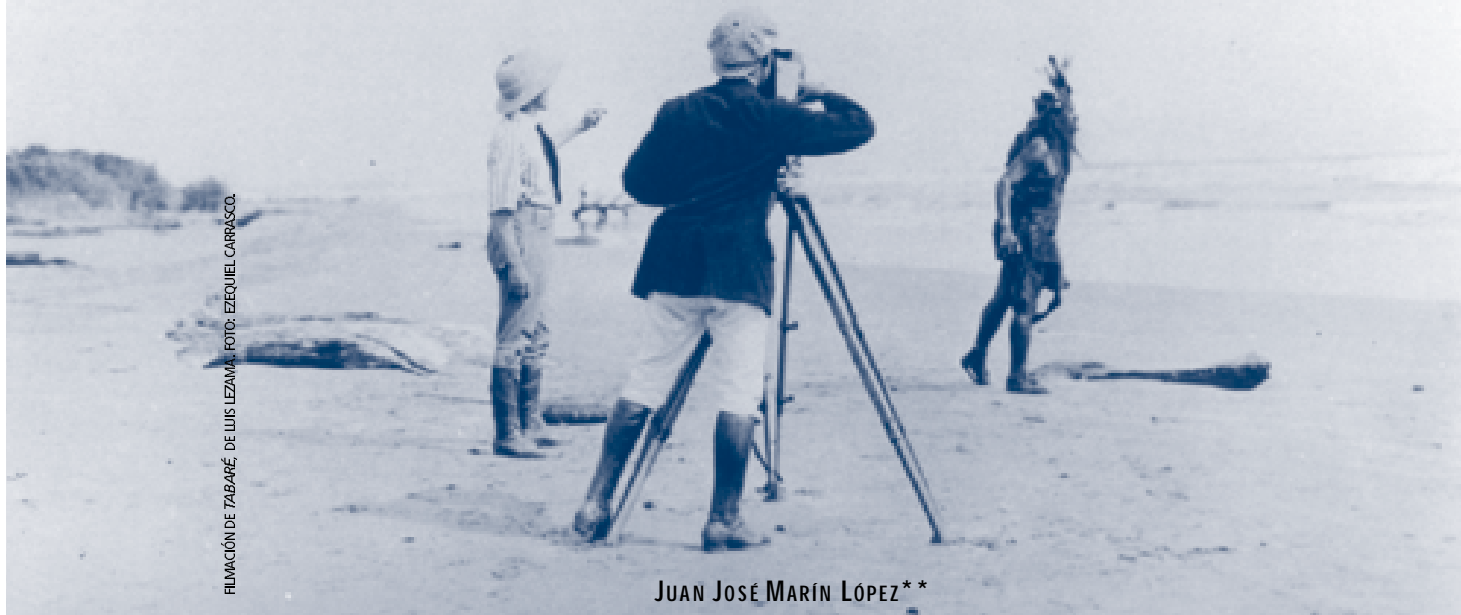


ción del cumplimiento de las disposiciones autorales. En el futuro inmediato representará un desafío la búsqueda de nuevas soluciones encaminadas a la protección de la propiedad intelectual. En el presente, lo que necesitamos fortalecer es la cultura autoral de modo triangular, es decir, difundir la información autoral entre los artistas, la sociedad civil y el grupo gobernante en turno. En México, ha sido necesario “culturizar” a nuestros diputados y senadores, ya que como integrantes del Poder Legislativo son los encargados de realizar las enmiendas y modificaciones a las leyes, en nuestro caso la Ley Federal del Derecho de Autor. Para impulsar nuestra política de adopción, primero requerimos que los legisla-

dores valoren la propiedad intelectual de la obra de un creador plástico o visual.

Quizá uno de los principales obstáculos que recae sobre las conciencias latinoamericanas es la fragilidad del estado de derecho. En nuestros países siguen pesando más los factores reales de poder de las oligarquías, que las mismas leyes. Y por otra parte, nuestras sociedades civiles carecen de una práctica auténtica de respeto a las leyes en general. Si ni siquiera existe una cultura de respeto a las leyes generales, ¿cómo pretender que se adquiera una cultura de respeto a los derechos autorales? El reto es inmenso, pero ponderamos el esfuerzo de haber dado el primer paso en Colombia, con la creación de la SCAV ■

## Un apunte Derechos patrimoniales sobre la obra audiovisual en la LFDA\*



FILMACIÓN DE TABARÉ, DE LUIS LEZAMA. FOTO: EZEQUIEL CARRASCO.

JUAN JOSÉ MARÍN LÓPEZ\*\*

**E**l contrato de producción audiovisual y la cesión de derechos al productor. La Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) contiene en sus artículos 68 a 72 una regulación del contrato de producción audiovisual.<sup>1</sup> Sin embargo, sería erróneo pensar que el régimen de ese contrato se constriñe exclusivamente a los mencionados preceptos, pues lo cierto es que, junto a ellos, también hay que tomar en cuenta las siguientes normas o bloques de normas:

i) las disposiciones generales sobre transmisión de los derechos patrimoniales establecidas en los artículos 30 a 41 de la LFDA [en lo sucesivo, siempre que mencione un artículo me estaré refiriendo a la LFDA, salvo que especifique lo contrario];

ii) las normas sobre el contrato de edición literaria en los artículos 42 a 57, que se aplican con carácter supletorio al contrato de producción audiovisual (artículo 72)<sup>2</sup>, y

\* El origen de este trabajo se encuentra en la conferencia pronunciada por su autor en el "Seminario sobre Propiedad Intelectual y Economía del Sector Audiovisual"; promovido por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, conjuntamente con el Instituto Nacional del Derecho de Autor, por parte de México, y la Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales y el Ministerio de Cultura, por parte de España, con el auspicio académico de la Universidad de Castilla-La Mancha, también de España, y la colaboración de la Universidad Panamericana de México, del Instituto Mexicano de Derechos de Autor y de la Asociación Mexicana para la Protección de la Propiedad Intelectual. Este seminario fue celebrado en la Universidad Panamericana, en la Ciudad de México, del 28 de junio al 1 de julio de 2004. Agradezco a la *Revista Mexicana del Derecho de Autor*, y de modo particular a su editor, Guillermo Bermúdez Garza Ramos, su amabilidad por acoger entre sus páginas este trabajo.

\*\* El doctor Marín es catedrático de derecho civil en la Universidad de Castilla-La Mancha, en Toledo, España. Correo electrónico: [juanjose.marin@uclm.es](mailto:juanjose.marin@uclm.es)

<sup>1</sup> Los citados artículos 68 a 72 integran el Capítulo VI ("Del contrato de producción audiovisual") del Título III ("De la transmisión de los derechos patrimoniales") de la LFDA. El contrato regulado en tales preceptos es el que celebra el productor con quienes son coautores de la obra audiovisual ex artículo 97 de la LFDA. En lo que se refiere al contrato que el productor celebra con los artistas intérpretes o ejecutantes, hay que estar a lo previsto en el artículo 121 de la LFDA.

<sup>2</sup> Las normas sobre el contrato de edición literaria tienen, en cierto modo, una vocación de generalidad muy similar a la que es propia de las disposiciones generales de los artículos 30 a 39 de la LFDA, pues se aplican también con carácter supletorio a los contratos de edición musical (Art. 60), de representación escénica (Art. 65), de radiodifusión (Art. 67) y a los de orden publicitario (Art. 76).



Filmación de *La Leyenda del Manco*, dirigida por Jaime Casillas, 1987.

iii) las normas de naturaleza contractual sistemáticamente colocadas en la regulación de la obra cinematográfica y audiovisual, en particular el artículo 99.

La pluralidad de normas o bloques de normas aplicables al contrato de producción audiovisual, más allá de las que específicamente la LFDA recoge bajo esa denominación, dota a esta materia de una particular complejidad cuyo análisis detallado desborda el limitado espacio de estas páginas.

No obstante, creo que cabe sentar un par de reglas en esta materia. En primer lugar, la aplicación supletoria al contrato de producción audiovisual de las normas sobre el contrato de edición literaria no sólo constituye un aspecto criticable de la Ley sino, además, no parece que conduzca a ninguna consecuencia práctica relevante.<sup>3</sup> En segundo lugar, el contrato de producción audiovisual habrá de respetar, en la medida que les sean aplicables, las exigencias impuestas por las “disposiciones generales” de los artículos 30 a 42. Por esa razón, i) habrá de hacerse por escrito (Art. 30, párrafo tercero); ii) será oneroso (Art. 30, párrafo segundo), por lo que tendrá que establecer a favor del autor una participación proporcional o una remuneración fija y determinada (Arts. 31 LFDA, y 18 y 34 de su

Reglamento); iii) desplegará eficacia contra terceros una vez inscrito en el Registro Público del Derecho de Autor (Art. 32),<sup>4</sup> y iv) tendrá una duración temporalmente limitada (Art. 33)<sup>5</sup>. El artículo 35 dispone que la cesión tendrá carácter de exclusiva si así se pacta de modo expreso; pero la exclusividad constituye un elemento natural del contrato de producción audiovisual, a tenor de la definición que del mismo ofrece el artículo 68 (“ceden en exclusiva al productor”). Por ello, salvo pacto en contra, el contrato de producción audiovisual comporta de suyo la cesión al productor con carácter de exclusiva.

Es mucho más difícil saber cuáles son, con arreglo a la LFDA, los derechos patrimoniales que los autores ceden al productor en virtud del contrato, y cuál es la posición jurídica de éste respecto de la obra audiovisual.<sup>6</sup> Se trata de una cuestión fundamental en el régimen de la obra audiovisual, pero que resulta, por la propia Ley, defectuosa y contradictoria. El punto de partida lo constituye el reconocimiento a favor de los autores de un derecho patrimonial, que comprende “el derecho de explotar de manera exclusiva sus obras, o de autorizar a otros su explotación, en cualquier forma” (Art. 24). El artículo 27 enumera algunas facultades patri-

<sup>3</sup> De hecho, no creo que constituya una opción acertada de la LFDA pretender hacer de las normas del contrato de edición literaria una especie de “normas generales sobre transmisión de derechos”, sobrepuestas y agregadas a las que específicamente se recogen con esa denominación en los artículos 30 a 41.

<sup>4</sup> Si además se formaliza ante notario, corredor público o cualquier fedatario público, llevará aparejada ejecución (Art. 37).

<sup>5</sup> La duda radica en saber si puede pactarse por un plazo superior a 15 años, circunstancia que el artículo 33 permite excepcionalmente “cuando la naturaleza de la obra o la magnitud de la

inversión requerida así lo justifique” (véase también el Art. 17 del Reglamento). Me inclino por la respuesta positiva.

<sup>6</sup> Aunque a lo largo de la exposición me referiré a los “autores”, esta expresión ha de entenderse en un sentido amplio, comprensivo no sólo de los autores en sentido estricto (es decir, los creadores de una obra original; Art. 3), sino también de sus herederos cuando el autor haya fallecido. Aunque los herederos son denominados titulares del derecho patrimonial (Art. 25), en términos puros de derecho civil son causahabientes o sucesores *mortis causa* del autor.



“CUANDO NO SE CONTEMPLE EN EL CONTRATO ALGUNA MODALIDAD DE EXPLOTACIÓN, ÉSTA SE ENTENDERÁ RESERVADA A FAVOR DE LOS AUTORES DE LA OBRA AUDIOVISUAL”.

moniales concretas que abarca ese derecho de explotar (derecho exclusivo, pues los autores podrán “autorizar o prohibir”), entre las cuales se incluyen la comunicación pública (fracción II), la transmisión pública o radiodifusión (fracción III) o la distribución (fracción IV). Sin embargo, se trata de una enumeración simplemente ejemplificativa y no cerrada pues, en última instancia, “cualquier utilización pública de la obra” (fracción VII) está amparada por el derecho patrimonial que corresponde al autor y únicamente puede ser realizada de manera lícita cuando la autoriza el autor.<sup>7</sup> Cada una de estas facultades es independiente de las restantes, y lo mismo sucede con cada una de las modalidades de explotación (Art. 28).<sup>8</sup> En definitiva, el autor goza de un amplio derecho patrimonial sobre su obra, el cual comprende cualesquiera formas o modalidades de explotación de ésta.

En virtud del contrato de producción audiovisual, el autor cede en exclusiva al productor los derechos patrimoniales de reproducción, distribución, comunicación pública y subtitulado de la obra audiovisual (Art. 68).<sup>9</sup> Éstos son, pues, los derechos adquiridos por el productor en virtud del contrato, salvo que se acuerde algo distinto.<sup>10</sup> Quedan excluidas de este régimen de cesión las obras musicales.<sup>11</sup> Respecto de ellas habrá que atenerse, en todo caso, a lo pactado entre su autor y el productor en el contrato respectivo, sin que sea aplicable el artículo 68.

A mi juicio, las consecuencias que se extraen del artículo 68, tal y como acabo de interpretarlo, quedan corroboradas con la lectura de otros preceptos de la Ley y su Reglamento. Así, conforme al artículo



TOMADA DE CÓMO FILMAR BUENAS PELÍCULAS, EASTMAN KODAK COMPANY.

<sup>7</sup> “Salvo en los casos expresamente establecidos en esta Ley”, añade esa misma fracción VII del citado artículo 27. La expresión entrecomillada nos remite a las limitaciones de los derechos de autor y de los derechos conexos, reguladas en el Título VI de la LFDA (particularmente, en los artículos 147 a 151), y en el Título V de su Reglamento (en concreto, los artículos 44 a 46).

<sup>8</sup> En derecho español, cada uno de los derechos de explotación (reproducción, distribución, comunicación pública y transformación) es independiente de los restantes (Art. 23 de la Ley de la Propiedad Intelectual, LPI). Además –y esta regla no está expresamente contemplada en la LFDA–, la cesión queda limitada al derecho o derechos cedidos y a las modalidades de explotación expresamente previstas (Art. 43.1, LPI).

<sup>9</sup> Este precepto guarda un evidente paralelismo con el artículo 88.1 de la LPI, conforme al cual “por el contrato de producción audiovisual se presumirán cedidos al productor, con las limitaciones establecidas en este Título, los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, así como los de doblaje y subtitulado de la obra”. Adviértase cómo el precepto español comprende

también, en la presunción de cesión el doblaje de la obra, derecho no mencionado en el artículo 68 de la LFDA. En todo caso, conviene destacar que, cuando menos desde el punto de vista literal, existe una diferencia importante entre los artículos 88.1 de la LPI, y el 68 de la LFDA: mientras que en el precepto español se sienta una presunción de cesión (“se presumirán cedidos”), en el mexicano más bien parece que hay una auténtica cesión derivada *ex lege* del contrato (“los autores [...] ceden”). En lo tocante a los derechos de los artistas que el productor adquiere en virtud del contrato celebrado con ellos, el artículo 121 de la LFDA, considera comprendidos “el derecho de fijar, reproducir y comunicar al público las actuaciones del artista”.

<sup>10</sup> El artículo 68 admite, ciertamente, pacto “en contrario”, que puede ser por lo menos de una doble índole. En primer lugar, puede pactarse que la cesión de derechos sea en régimen de no exclusiva (lo que será muy infrecuente). Y en segundo lugar, es posible acordar que la cesión comprenda menos derechos de los enumerados en el precepto, o –por el contrario–, que incluya algunos derechos más de los enumerados.



www.agsb.co.uk

Filmación de *The Boy King*, de Ronald Gow. Inglaterra, 1929.

99, párrafo primero, de la LFDA, el contrato que se celebre entre el autor y el productor “no implica la cesión ilimitada y exclusiva a favor de éste (el productor) de los derechos patrimoniales sobre la obra audiovisual”. Y ello porque sólo comporta la cesión limitada –pero exclusiva– de los derechos mencionados en el artículo 68, así como, en su caso, la de aquellos otros pactados en el contrato.<sup>12</sup> En esta misma orientación se coloca el artículo 34 del Reglamento, al disponer que “cuando no se contemple en el contrato alguna modalidad de explotación, ésta se entenderá reservada a favor de los autores de la obra audiovisual”.

En definitiva, todos estos preceptos responden a una misma idea común: los derechos cedidos al productor son únicamente aquellos que se mencionan en el artículo 68 (además, en su caso, de los previstos en el contrato), y los no cedidos quedan en manos del titular. Esta situación es la más acorde con los principios generales de la LFDA en materia de transmisión de derechos de autor.

Sin embargo, estas conclusiones quedan en entredicho cuando se contrastan con otros preceptos de la Ley. Las dudas que se plantean son de triple orden:

En primer lugar, el artículo 99, párrafo segundo, establece: “Una vez que los autores o los titulares de

<sup>11</sup> El artículo 14 bis.3 del Convenio de Berna (CB) permite que los Estados parte excluyan de la presunción de legitimación establecida en el apartado 2.b) de ese mismo precepto “a los autores de los guiones, diálogos y obras musicales creadas para la realización de la obra cinematográfica [y] al realizador principal de ésta”. La ley mexicana exime del régimen de cesión de derechos derivado del contrato de producción audiovisual al autor de la obra musical, pero no a los restantes autores. La ley española, por su parte, no excluye a ninguno de ellos. Hay que señalar, sin embargo, que el CB menciona –lo que permite su exclusión de la presunción de legitimación– a las obras musicales “creadas

para la realización de la obra cinematográfica”, es decir, a las compuestas para destinarse a una obra cinematográfica. Pero el derecho mexicano reconoce la condición de coautor de la obra audiovisual al autor de la obra musical, con independencia de que haya compuesto o no su obra específicamente para la obra audiovisual (Art. 97, fracción III).

<sup>12</sup> Ello “salvo pacto en contrario”, como señala en su inicio el propio artículo 99, párrafo primero, de la LFDA. El pacto al que se refiere esta norma sería aquel que, incluido en el contrato de producción audiovisual, supusiera la cesión “ilimitada y exclusiva” a favor del productor “de los derechos patrimoniales sobre la obra audiovisual”.





CORTESÍA JAIME CASILLAS

*Filmación de El muro de San Sebastián, dirigida por Henry Bernueyll.*

derechos patrimoniales se hayan comprometido a aportar sus contribuciones para la realización de la obra audiovisual, no podrán oponerse a la reproducción, distribución, representación y ejecución pública, transmisión por cable, radiodifusión, comunicación al público, subtítulo y doblaje de los textos de dicha obra.” Se trata de una norma directamente inspirada en el artículo 14 bis, apartado 2.c), del Convenio de Berna, del que lo separan sólo diferencias de matiz. No obstante, existe una grave colisión entre los artículos 99 y 68 de la LFDA. Para éste último, la consecuencia jurídica que se deriva de la celebración del contrato de producción es la cesión en exclusiva al productor de determinados derechos patrimoniales del autor; en cambio, según el párrafo segundo del artículo 99, los autores no podrán oponerse a la realización por parte del productor de determinados actos de explotación de la obra audiovisual. Se trata, evidentemente, de cuestiones diferentes. En mi opinión, una vez que el alcance y efectos del contrato de producción audiovisual están contemplados en el artículo 68, hay que convenir que esa parte del artículo 99 constituye una norma inútil que enturbia innecesariamente la correcta inteligencia del sistema.

En segundo lugar, el artículo 99, párrafo tercero, señala: “Sin perjuicio de los derechos de los autores, el productor puede llevar a cabo todas las acciones necesarias para la explotación de la obra audiovi-

sual.” Esta última previsión debe interpretarse no como una norma de atribución de titularidad al productor, sino, de manera más limitada, como una norma de legitimación del productor frente a terceros. Según esta interpretación, el productor no tiene la titularidad de todos los derechos sobre la obra audiovisual –sino únicamente la de aquellos adquiridos *ex artículo 68*, y *ex contractu*–; pero se encuentra legitimado para realizar con terceros cualesquiera negocios de explotación de la obra audiovisual. Los excesos eventuales cometidos por el productor en los contratos con terceros se resuelven en clave interna (y a esa finalidad de salvaguardar los derechos de los autores responde cabalmente el inciso inicial de la norma: “Sin perjuicio de los derechos de los autores”), pero no comprometen la eficacia de dichos contratos. Esta interpretación del tercer párrafo del artículo 99 permite coordinarlo adecuadamente con el artículo 68, y preservar a éste la función central que le corresponde en la determinación de los derechos del productor audiovisual adquiridos por contrato.

Por último, en tercer lugar, resulta prácticamente imposible encajar de modo satisfactorio en la interpretación precedente el artículo 97, que, después de enumerar quiénes tienen la consideración de coautores de la obra audiovisual, agrega: “Salvo pacto en contrario, se considera al productor como el titular de los derechos patrimoniales de la obra en su conjunto.” Esta calificación del productor como “ti-

tular de los derechos patrimoniales” sobre la obra audiovisual en su conjunto, no resulta congruente con el sistema de adquisición de derechos que se deriva del artículo 68 y preceptos concordantes, pues supone invertir al productor de una titularidad global que va mucho más allá de los derechos singulares que haya podido adquirir en virtud de los contratos celebrados con los autores. A mi juicio, la norma contenida en el artículo 97 implica el reflejo de una indeseable influencia del sistema anglosajón del *copyright* en un marco jurídico –como el diseñado por la LFDA– que se caracteriza por su pertenencia al sistema latino del derecho de autor. Se trata de un cuerpo extraño cuyos efectos deberían ser minimizados.

### LA REMUNERACIÓN

La remuneración de los autores por la comunicación pública de la obra audiovisual. Una de las principales innovaciones de la reforma realizada a la LFDA en 2003 se refiere a las regalías que tienen derecho a percibir los titulares por la comunicación o transmisión pública de sus obras o prestaciones.<sup>13</sup> La reforma de 2003 ha generalizado este derecho de regalías a todos los autores –no sólo a los de obra

audiovisual– y lo extendió también a algunos titulares de derechos conexos, como lo demuestran los nuevos artículos 83 bis, 117 bis y 131 bis.

El artículo 26 bis de la LFDA –que en su aplicación a los autores de obra audiovisual tiene sus precedentes más reconocidos en los apartados 3 y 4 del artículo 90 de la Ley de la Propiedad Intelectual de España– establece un derecho de regalía con las siguientes características esenciales: i) la regalía se genera cuando se produce la comunicación o transmisión pública de la obra por cualquier medio; ii) el acreedor del derecho es el autor o su causahabiente;<sup>14</sup> iii) el deudor es quien realiza la comunicación o transmisión pública (por ejemplo, un organismo de radiodifusión, un exhibidor cinematográfico); iv) el derecho es irrenunciable; aunque sí transmisible *mortis causa*;<sup>15</sup> v) el derecho no es de gestión colectiva obligatoria, pues el deudor puede pagarlo directamente al autor o a la sociedad de gestión colectiva que lo represente, y el importe de la regalía será el resultado del pacto acordado entre acreedor –o su sociedad gestora– y el deudor, aunque en ausencia de pacto lo determinará el Indautor conforme al procedimiento del artículo 212 (y sus correlativos artículos 166 a 173 del Reglamento).<sup>16</sup> ■



Filmación de un reportaje sobre locomotoras en Sabero, España, 1968.

<sup>13</sup> El artículo 8 del Reglamento define la regalía como “la remuneración económica generada por el uso o explotación de las obras, interpretaciones o ejecuciones, fonogramas, videogramas, libros o emisiones en cualquier forma o medio”. Es posible emplear como sinónimos los conceptos “regalía” (o “derecho de regalía”) y “derecho de remuneración”, pues el precepto transcrito define la regalía como una “remuneración económica”. La regalía es un derecho de crédito que su titular (acreedor) tiene frente a quien usa o explota la obra o prestación (deudor). Antes de la reforma de 2003, el artículo 35 del Reglamento ya establecía en favor de los autores de una obra audiovisual y de los artistas participantes en ella una participación en las regalías generadas por su ejecución pública.

<sup>14</sup> Si bien, literalmente, el artículo 26 bis reconoce ese derecho al “autor y su causahabiente”, éste sólo es acreedor de la regalía cuando aquél no existe. Dicho en otros términos, la copulativa “y” significa en realidad la disyuntiva “o”.

<sup>15</sup> Si bien la LFDA no se pronuncia, me inclino por pensar que no es transmisible *inter vivos*.

<sup>16</sup> En la práctica, sin embargo, el Indautor no ha intervenido para fijar las tarifas, pues continúan aplicándose, pese a su antigüedad, las tarifas establecidas en 1965 (y revisadas en 1976) para la exhibición en salas cinematográficas, y en 1957 para la transmisión por televisión.

# Vicente Leñero,

SIN DUDA, COMO HA SEÑALADO VICENTE LEÑERO, LOS VERDADEROS OBSTÁCULOS A LOS QUE SE ENFRENTA UN ESCRITOR SON: "LA PÁGINA EN BLANCO, LA MENTE HUECA, LA INSEGURIDAD CON LA FRASE, EL PÁRRAFO QUE SE ATORA Y RECHINA, LA MALDITA IDEA QUE SE RETUERCE, SE FRENA, SE PATINA EN LA MÁQUINA PARA ESTRELLARSE AL FIN CONTRA LA BARRA PROTECTORA DEL PERIFÉRICO."

## hechos y derechos

TEXTO: MARTHA ELENA GARCÍA / FOTOS: DANIELA BOJORQUEZ