

ANÁLISIS DE LAS LICENCIAS PARA LA EXPLOTACIÓN DE OBRAS ARTÍSTICAS Y DERECHOS CONEXOS EN MÉXICO Y LAS OBLIGACIONES ADQUIRIDAS EN EL T-MEC

Ana Luisa ESPINO ARAGÓN*

Iván Enrique SANTOS AYALA ACUÑA**

Al día de hoy, el mercado global de *videostreaming* está valuado en 59.14 mil millones de dólares, y sigue en crecimiento gracias a los avances tecnológicos en la distribución de contenido *on demand*.¹ Las empresas a nivel mundial se disputan el mercado, compitiendo principalmente en la distribución global y en las producciones de contenido original, no solamente en contenido exclusivamente creado en el país de origen de la distribuidora, sino tratando de captar suscriptores en los diferentes mercados nacionales, invirtiendo en producciones locales y generando contenidos para los diversos públicos en todo el mundo.

Dentro de las empresas más importantes de *videostreaming* se encuentran los gigantes corporativos Netflix, Amazon Prime Video, Disney Plus, Tencent Video, IQiyi, con al menos cien millones o más suscriptores cada una. En segundo lugar, empresas como YOUKU, HBO Max, Youtube Premium, con entre 50 y 99 millones de suscriptores. De acuerdo con estos datos, entre las empresas más importantes se encuentran aquellas de nacionalidad estadounidense, que se dividen el mercado con algunas otras empresas de origen chino.

Según Parrot Analytics and Kagan, el crecimiento de la inversión de productoras, principalmente estadounidenses, como Netflix Inc., ha sido de entre 12 y 13 mil millones de dólares, de acuerdo con los datos de la evaluación de 2018 de *streaming on demand*. En 2019 se invirtieron 9.22 mil

* Profesora de la materia de aspectos legales en SAE Institute y de derechos de autor en el Centro de Estudios Cinematográficos, A. C.

** Profesor de la materia de semiótica en el Centro de Estudios Cinematográficos, A. C.

¹ Grand View Research, Video Streaming Market Size, Share & Trends Analysis Report by Streaming Type, by Solution, by Platform, by Service, by Revenue Model, by Deployment Type, by User, by Region, and Segment Forecasts, 2022-2030, disponible en: <https://www.grandviewresearch.com/industry-analysis/video-streaming-market> (fecha de consulta: abril de 2022).

millones de dólares, y en 2020, 10.81 mil millones en contenido original. De esto, en México se ha creado contenido original hasta la fecha: alrededor de veinticinco series, dos especiales, siete películas documentales, cuatro series documentales, tres *shows* y doce largometrajes, de entre los cuales se pueden contar *Roma*, de Alfonso Cuarón, ganadora a mejor película de habla no inglesa en la edición 91 de los *Premios Óscar*.

De acuerdo con *Forbes*, en 2021, Amazon Prime Video anunciaba que realizarían hasta quince nuevas series y cinco películas originales en México. Asimismo, otro de los gigantes de *streaming on demand*, como HBO, ha invertido en producciones locales, de creadores, guionistas, actores, directores, fotógrafos, compositores musicales y animadores mexicanos.

Al ser las distribuidoras de nacionalidad estadounidense basadas en los principios del *Common Law*, se encuentran sujetas a la legislación del *copyright*, y establecen convenios con los productores audiovisuales sujetos a las prácticas contractuales de su país de origen.

En consecuencia, los productores audiovisuales establecen términos y condiciones regidos por la legislación extranjera, sin considerar el principio de *locus regit actum*. Actualmente, en algunos casos, existe una dispraxis entre particulares que llevan a cabo contratos en materia de derechos de autor que incluyen: desde renunciias a los derechos morales, hasta vigencias a perpetuidad.

Entender los aspectos del origen de la producción audiovisual en relación con el análisis de los textos legales nacionales e internacionales, pondrán de manifiesto la posición de los productores audiovisuales en las producciones locales con inversión extranjera para comprender las relaciones comerciales del mercado digital.

Tanto México como Estados Unidos comparten criterios dentro de la regulación internacional de los derechos de autor, toda vez que están sujetos mediante tratados internacionales que regulan la explotación de obras artísticas.

Por su parte, en la Circular 38a., revisada en 2021, donde se manifiestan las relaciones internacionales del *copyright* de Estados Unidos, se hace referencia a las convenciones internacionales de otros acuerdos bilaterales vigentes, de los que el país es parte contratante. Entre los anteriores, se encuentra el Convenio de Berna para la Protección de Obras Artísticas y Literarias, del cual la fecha efectiva de adherencia fue el 1o. de mayo de 1989; la Convención Universal sobre los Derechos de Autor, que entró en vigor el 16 de septiembre de 1955, y la Ronda Uruguay de negociaciones económicas multilaterales, y, por lo tanto, el acuerdo por el que se esta-

blece la OMC, del cual se hizo miembro oficialmente el 1o. de enero de 1995.²

Por su parte, en México, el Convenio de Berna entra en vigor el 17 de diciembre de 1974. La Convención Universal sobre los Derechos de Autor entró en vigor el 31 de octubre de 1975, y fue publicada en el *DOF* el 9 de marzo de 1976.

Asimismo, la relación contractual regional establecida entre Canadá, México y Estados Unidos se vincula a través de una serie de tratados internacionales, que hacen la norma para las relaciones comerciales que establecen los países contratantes en materia de DA.

Actualmente no existe una legislación internacional que rija de forma global los derechos de autor, por lo que habrá que referir que aunque los países pertenezcan a una convención internacional, el nivel de protección para cada uno será diferente. De este modo, dicha adhesión entre países únicamente refiere las bases mínimas de los criterios que deberán considerarse en los derechos de autor, y las que rigen son las determinaciones establecidas en las leyes de cada país.³

De acuerdo con la Guía del Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas, en los comentarios al artículo 14 bis, en el que se establece la protección de la obra cinematográfica como una obra original, el titular del derecho de autor gozará de los mismos derechos que el autor de una obra original. Las determinaciones para los titulares del derecho de autor sobre la obra cinematográfica quedan reservadas a la legislación del país en que la protección se reclame.⁴

En el caso de México, se establecen los términos y condiciones generales de la vigencia, remuneración y reconocimientos de los derechos morales, principalmente dentro de los artículos 13, 27, 29, 30, 31 y 33 de la LFDA. Por lo anterior, debemos considerar que la base fundamental para la transmisión de derechos de autor será onerosa y temporal.⁵

Los derechos de explotación pactados entre las partes, mediante una transferencia de derechos, se sujetan a disposiciones normativas, como la temporalidad, con el objetivo de no infringir o traspasar el dominio público,

² Circular 38 A, International Copyright Relations of the United States, pp. 2 y 3 (fecha de consulta: 28 de marzo de 2022).

³ Owen, Lynette, *Comprar y vender derechos*, trad. de Victoria Schussheim, México, 2007, pp. 15 y 16.

⁴ Artículo 14 bis, "Guía del Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas", Ginebra, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 1978.

⁵ Artículo 30, Ley Federal del Derecho de Autor, *Diario Oficial de la Federación*, México, 24 de diciembre de 1996.

el cual en México corresponde en estricto sentido a cien años después de la muerte del autor.⁶ Y en cada país se sujeta a la legislación local.

Por tanto, los tratados internacionales y las legislaciones nacionales en Latinoamérica establecieron una relación saludable con los convenios internacionales de manera entusiasta, aunque no unánime. Latinoamérica contribuyó a la ratificación de los convenios, pero también establecieron principios que rigen la elaboración de las leyes locales; dicho lo anterior, esto deberá considerarse al momento de la aplicación de la ley en cada país.⁷

Asimismo, la legislación mexicana establece disposiciones especiales para cada figura de contrato regulada. Por principio de cuentas, es importante enfatizar que la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) no hace la diferencia entre una transmisión, una cesión, una autorización o una licencia. Sin embargo, al momento de realizar contratos para una transmisión de derechos de autor, deberán establecerse de forma clara y precisa los principios que rigen los derechos de autor para encontrar el equilibrio en el objeto que ha de pactarse, pues siempre es importante saber a quién benefician estos contratos.

La práctica jurídica requiere el aspecto de que inicialmente, al llevar a cabo una titularidad de derechos, se hable sobre las primeras etapas de la negociación entre autor y editor, y la posición acordada tiene que estar claramente especificada en el contrato maestro entre las partes.⁸

Puesto que en materia de derechos de autor rige el principio general *in dubio pro autore*, se señala que la interpretación de la ley siempre será en beneficio del titular de los derechos de autor, y no al contrario, por lo que deberán establecerse condiciones viables para la explotación de las obras audiovisuales por parte del productor audiovisual. De esta forma, pactar un contrato para la explotación de una obra audiovisual deberá reflejar posibilidades adecuadas entre las partes para que la explotación pueda llevarse a cabo.

En el caso de la producción audiovisual, deberán establecerse los términos y condiciones a favor de los autores, que son: director realizador, fotógrafo, guionista, compositor de la música y el creador de las animaciones. Lo anterior, de conformidad con el artículo 97 de la LFDA.

Aunque en apariencia una cesión exclusiva de derechos por parte de los autores de la obra podría considerarse una condición restrictiva o que propicie desventaja para los autores de la obra audiovisual, al momento de

⁶ *Ibidem*, artículo 29.

⁷ *Ibidem*, p.13

⁸ *Ibidem*, p. 38.

establecer una transmisión de derechos al productor se garantiza la forma idónea para la explotación y comercialización de la obra audiovisual.

El panorama idóneo para la explotación de las obras audiovisuales es que la persona especializada que conozca la importancia de la explotación de derechos sea quien establezca las relaciones comerciales para autorizar o prohibir el manejo de la obra audiovisual, ya que generalmente, a medida que aumente la escala de compraventa de derechos, será necesario dedicarle más tiempo y recursos a la labor proactiva dentro del área de comercialización de los derechos.⁹

La figura del productor audiovisual es aquella persona física o moral que mediante una iniciativa, coordinación y financiamiento de capital humano o económico realiza la explotación de la obra audiovisual. Debe considerarse que generalmente, dentro de una producción audiovisual, el productor es quien cuenta con la titularidad de los derechos de la obra audiovisual, salvo pacto en contrario.¹⁰

Existen dos figuras que tenemos que dejar muy en claro para determinar la relación contractual: por un lado, el productor, el cual comparte la titularidad de la obra; y, por otro lado, el inversionista, estas dos figuras comprenden una diferencia de relación que tendrá consecuencias en la relación contractual.

En principio, los productores requieren de la figura del contrato de coproducción para pactar la titularidad de los derechos de explotación de la obra audiovisual, así como las obligaciones que corresponderán a cada uno de los productores para llevar a cabo la coordinación de todos los elementos de la producción de la obra audiovisual.

Los inversionistas o patrocinadores de una obra audiovisual realizan mediante un contrato de inversión o patrocinio, determinadas aportaciones en dinero o en especie para la realización de la producción audiovisual, sin que ello implique una transferencia de derechos de explotación sobre la obra audiovisual.

Lo anterior, significa que para que el productor formalice la transmisión de derechos con los autores de la obra audiovisual deberá llevar a cabo un contrato que transfiera los derechos, para lo cual el ordenamiento jurídico mexicano contempla las figuras de la cesión de derechos, de contrato de obra por encargo, de contrato de prestación de servicios, de contrato de producción audiovisual y de licencia de uso exclusivo o no exclusivo. Por lo

⁹ *Ibidem*, p. 67.

¹⁰ Artículo 98, Ley Federal del Derecho de Autor, *Diario Oficial de la Federación*, México, 24 de diciembre de 1996.

que todos y cada uno de estos contratos deberán establecer condiciones de tiempo, modo y lugar.

Es importante observar la figura de contrato de producción audiovisual, con la que el productor adquiere la titularidad total de la obra audiovisual. Dicho contrato tiene por objeto ceder en exclusiva al productor los derechos patrimoniales de reproducción, distribución, comunicación pública y subtítulo de la obra audiovisual entre el productor y los autores de la obra, excepto el creador de la música, y en la práctica el guionista, para lo cual se requiere una figura de contrato distinta.¹¹

La comercialización de una obra audiovisual requiere de un compromiso, obligaciones y responsabilidades que únicamente el productor tendrá la facultad de poder realizar a través de sí, o de un tercero que éste designe mediante un contrato, por lo que requerirá de estrategia y coordinación para que mediante una gestión correcta de la propiedad intelectual se pueda llevar a cabo la explotación.

Puesto que el contrato de producción audiovisual consiste en una cesión de forma exclusiva hacia el productor, a dicha cesión le serán aplicables las disposiciones del contrato de edición de obra literaria en todo aquello que no se oponga a lo establecido en la legislación respecto del contrato de producción audiovisual.¹²

El contrato deberá incluir las formas y condiciones de uso de la obra audiovisual en los medios de comunicación, independientemente de las facultades y modalidades contempladas en el artículo 27 de la LFDA.

Por su parte, el titular de los derechos de explotación de la obra audiovisual, o quienes estén legítimamente facultados, deberá manifestar en el contrato tanto el lapso de tiempo de los derechos de explotación pactados entre las partes, como los derechos y obligaciones de las partes respecto de la obra audiovisual, la onerosidad, las condiciones de explotación de la obra, los tipos de medios de comunicación en los que será publicada la obra y el reconocimiento al derecho moral de paternidad de los autores de la obra audiovisual.

Para que dichas transferencias de derechos sean oponibles *erga omnes*, es requisito del ordenamiento jurídico mexicano el registro del contrato, lo cual protege los derechos de los titulares de la obra audiovisual y garantiza un manejo adecuado entre las partes sobre los pactos, ya que el registro se lleva a cabo frente a una autoridad especializada en materia de derechos de autor, la cual podrá dar fe de actos entre particulares con el compro-

¹¹ *Ibidem*, artículo 68.

¹² *Ibidem*, artículo 72.

miso de que integren los principios básicos de transmisiones de derechos de autor.

De acuerdo con la Ley de *copyright* de Estados Unidos, en el §101, referente a las definiciones, por lo que se refiere a la transferencia de derechos de autor, éste consiste en una transmisión por concesión a cualquier licencia, cesión o transferencia de cualquier derecho de autor con sus debidas excepciones.¹³

En general, para las obras creadas a partir del 1 de enero de 1978, el plazo de los derechos de autor es la vida del autor más setenta años después de la muerte del autor. Si la obra es un trabajo conjunto con varios autores, el término dura setenta años después de la muerte del último autor sobreviviente. Para trabajos realizados por encargo y obras anónimas o seudónimas, la duración de los derechos de autor es de 95 años desde la publicación, o 120 años desde la creación, lo que sea más corto.¹⁴

Asimismo, de acuerdo con la Circular 15, referente a los derechos de autor, existe un método opcional por el cual los autores pueden reclamar sus derechos después de un número considerable de años. Como una regla general, los términos de la vigencia de los derechos son de 39 años regularmente;¹⁵ sin embargo, en la Circular 9, sobre obras por encargo, refiere a un estimado de entre 35 a 40 años cumplidos después de la fecha de la primera publicación,¹⁶ lo anterior, de conformidad con las secciones 203 y 304 de la Ley de *copyright* de Estados Unidos. Las primeras terminaciones de transferencias de dicha sección entraron en vigor a partir de 2013.¹⁷

La sección 203 fue promulgada para dar a los autores la oportunidad de recuperar los derechos que pueden haber cedido cuando tenían poco poder de negociación, excepto cuando se ha llevado a cabo mediante obras realizadas por encargo.¹⁸

De acuerdo con la *Author Alliance*, para realizar una cancelación de transferencia según la sección 203 de la Ley de *copyright*, la oficina encargada requiere una investigación razonable para asegurarse de que las partes originales que reciben la garantía siguen siendo los *right holders*; asimismo, como

¹³ Crespín, Margo E., *A Second Bite of The Apple, A Guide to Terminating Transfers under Section 203 of the Copyright Act*, disponible en: *Microsoft Word-Termination of Rights.doc (authorsguild.org)* (fecha de consulta: 30 de abril de 2022).

¹⁴ Copyright Basics, Circular 1, recuperado de Circular 1 Copyright Basics, p. 4 (fecha de consulta: 8 de mayo de 2021).

¹⁵ Circular 15t, Extension of Copyright Terms, recuperado de circ15t.pdf (*copyright.gov*), p. 3 (fecha de consulta: 19 de febrero de 2022).

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ *Idem.*

de una investigación de la última dirección conocida del cesionario o sucesor en título, y la notificación deberá ser entregada a los concesionarios o al sucesor de los concesionarios, por correo o por servicio personalizado.¹⁹ “En los Estados Unidos, las leyes de rescisión de las transferencias permiten a los autores recuperar los derechos sobre sus obras que podrían haber sido cedidos, incluso si sus contratos contienen un lenguaje en contrario”.²⁰

Por lo anteriormente establecido, las transferencias de derechos a perpetuidad quedan subordinadas bajo la posibilidad de recuperar los derechos, salvo en los casos expresamente establecidos por la legislación, como las obras realizadas mediante obra por encargo. Lo anterior, de conformidad con la Ley de *copyright* de Estados Unidos, la cual establece que en las obras hechas por encargo, el empleador o cualquier tercero para quien se realizó la obra será considerado autor, salvo pacto en contrario, por lo que dicho contrato establecerá que el empleador es asimismo titular de todos los derechos comprendidos en él.²¹

En la circular 9 de las oficinas de registro de *copyright* en Estados Unidos, acerca a las obras por encargo, se determina bajo una interpretación de la Suprema Corte de Justicia que se debe comprender la diferencia entre el trabajo de un empleado y el de un comisionista.²²

Se toma en cuenta que el término “empleado” aparece en los términos generales de la ley, y, por otro lado, se considera de forma especial un “trabajo comisionado para una persona”, no siendo un trabajador contratado mediante una relación laboral.²³

Según esta interpretación, en una obra por encargo el empleador y el comitente serían inicialmente los titulares de los derechos, salvo pacto en contrario. Por tal motivo, en las disposiciones que corresponden a las obras por encargo, no es aplicable el supuesto de la cancelación de la transferencia de derechos a petición del autor.²⁴

De acuerdo con las oficinas de registro en línea de derechos de autor, en Estados Unidos uno de los requisitos dentro de la solicitud de registro de una

¹⁹ Authors Alliance, “Termination Transfer, Information and Templates for Notices of Termination Under § 203 and § 304(c)”, recuperado de Terminación de la Transferencia, Información y Plantillas para Avisos de Terminación bajo los artículos § 203 y § 304(c), Alianza de Autores (authorsalliance.org) (fecha de consulta: 30 de marzo de 2022).

²⁰ *Idem*.

²¹ Chapter 2, § 201 (b), US Copyright Law, (Title 17) recuperado de Copyright Law of the United States, U.S. Copyright Office (fecha de consulta: 19 de febrero de 2022).

²² *Ibidem*, 16, p. 2.

²³ *Idem*.

²⁴ *Idem*.

Motion Picture es acreditar la titularidad de los derechos de autor cuando éstos han sido transferidos a un tercero por parte del autor,²⁵ para lo cual el solicitante deberá adjuntar el documento que acredite la titularidad de derechos, lo cual significa que previo a esa gestión estratégica de propiedad intelectual, que incluye actos como el registro de obra ante una autoridad competente, es importante contar con la transferencia de derechos de conformidad con las formalidades establecidas en el lugar del acto.²⁶

Conforme al §204, que hace referencia a la ejecución de transferencias de propiedad de derechos de autor, se establecen aspectos generales para una transferencia de propiedad de derechos que no sea por ministerio de la ley. Ésta requiere de validez tratándose de un instrumento de transmisión o memorando de transferencia, la cual deberá ser por escrito y firmada por el propietario de los derechos transferidos, o bien cualquier tercero que cuente con las debidas facultades para llevar a cabo la transmisión.²⁷

Dicha transferencia no requiere de un certificado de registro para poder ser válida frente a terceros; sin embargo, la certificación es una probanza *prima facie* de la realización de la transferencia.²⁸

La Ley de Derechos de Artistas Visuales de 1990, conocida por sus siglas en inglés (VARA), promovió los derechos morales de los artistas visuales; derivado de esto, se estipula en el artículo 106 A del Código del Copyright los derechos de los autores a la atribución e integridad de la obra, en el inciso (A) se estipula que tienen derecho a reclamar la autoría de su obra; sin embargo, de acuerdo con el inciso (e), estos derechos no pueden ser transferidos, pero se puede renunciar a éstos mediante un acuerdo.²⁹

Sin embargo, las obras audiovisuales están excluidas de lo que se considera artes visuales en el 101, por lo que la excepción se da nuevamente en las obras por encargo en las que se puede hacer una renuncia de los derechos morales a perpetuidad.

En el contexto del Tratado de México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC), acuerdo por el cual se promueve la competencia leal en la zona de libre comercio, una de las prerrogativas es proteger y hacer valer de forma adecuada y efectiva los derechos de propiedad intelectual en el territorio

²⁵ Motion Picture/Audio Visual Work, Application Format: Standard, p. 17, disponible en: *motion-pictures-audiovisual-works-standard.pptx (live.com)* (fecha de consulta: 9 de diciembre de 2021).

²⁶ *Idem.*

²⁷ *Ibidem*, §204 p. 169.

²⁸ *Idem.*

²⁹ *Ibidem*, Artículo 106 A.

de cada una de las partes. Una de las prioridades y compromisos del tratado es generar mayor protección a la propiedad intelectual y crear nuevas reglas para comercio electrónico.³⁰

El capítulo XIX del T-MEC contiene disposiciones sobre comercio digital, e incluye los productos digitales, que se consideran videos, grabaciones, imágenes de sonidos u otros productos que estén codificados digitalmente.³¹

Con fundamento en el artículo 19.4, de la no discriminación de productos digitales, se puede entender que se debe considerar el mismo trato favorable para los autores e intérpretes, productores, desarrolladores o titulares de derechos, de modo que se debe garantizar la observancia en igualdad de los productos digitales creados, producidos publicados, contratados para comisionados, o puestos a disposición por primera vez en condiciones comerciales, en el territorio de otra de las partes.³²

Tomando en cuenta que Estados Unidos es fuente de los mayores productores e inversores en productos digitales, este principio de no discriminación da importancia a las condiciones que puedan favorecer al goce y ejercicio de los derechos de autor.

La democratización de la tecnología, el acceso a la información y la cultura, han generado en el ámbito de lo digital una apertura, que tiene como trasfondo nuevos retos para los derechos de autor mediante la difusión y distribución de obras literarias y artísticas, lo que implica una mayor observancia en materia de derechos de autor.

De acuerdo con la Carta de la UNESCO sobre la Preservación del Patrimonio Digital de 2009, el patrimonio digital consiste en recursos únicos que son fruto del saber de la expresión de los seres humanos; los objetos digitales pueden ser textos, bases de datos, imágenes fijas o en movimiento, grabaciones sonoras, material gráfico, programas informáticos o páginas web, entre otros muchos formatos posibles dentro de un vasto repertorio de diversidad creciente.³³

La noción de patrimonio de la UNESCO identifica lugares y objetos tangibles e intangibles que poseen determinado valor dentro del ámbito cul-

³⁰ Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, Cámara de Diputados, p. 11, disponible en: www.diputados.gob.mx/cesop (fecha de consulta: 19 de diciembre de 2020).

³¹ Capítulo XIX, artículo 19.1, Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC), SICE: Trade Agreements: Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá (*oas.org*) (fecha de consulta: 29 de abril de 2019).

³² *Idem*.

³³ UNESCO, El patrimonio digital, recuperado de El patrimonio digital (*unesco.org*) (fecha consulta: 8 de marzo de 2022).

tural, histórico, estético, arqueológico, científico, etnológico o antropológico para determinados grupos o individuos.³⁴

En el artículo 8o. de la Carta de la UNESCO sobre la Preservación del Patrimonio Digital se propone que para la protección del patrimonio digital cada miembro deberá disponer de mecanismos adecuados para garantizar la protección, pues de acuerdo con la Carta, el propio mercado de productos culturales digitales no puede por sí solo llevar a cabo dicha función.³⁵

La demanda y competencia en el mercado de productos digitales representa un reto para los principios del derecho de autor, ya que la rapidez y la numerosa creación de contenidos digitales, así como la transformación de las obras, se almacena en el espacio digital, procurando el acceso desde una pluralidad de lugares sin prejuicio de su alcance, contenido y forma de expresión.

Esto entra en conflicto con el requisito de fijación, el cual radica en perpetuar la obra a través del tiempo. De este modo, se asegura el acceso y el goce del patrimonio cultural digital en la sociedad.

De acuerdo con el respeto a la diversidad cultural en el marco de los derechos de autor, en el artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se favorece la inclusión y la igualdad en materia de protección de los derechos de autor para garantizar la protección de las obras artísticas y literarias.³⁶ En el artículo 20.3 fracción 2 del T-MEC se establece un principio de no discriminación para contribuir de manera progresiva al comercio digital entre las partes.

Conforme al artículo 20.8 del T-MEC, respecto de las categorías de propiedad intelectual protegidas por el tratado, cada uno de los contratantes acuerdan otorgar un trato equitativo a las tres nacionalidades para la protección de los derechos de propiedad intelectual protegidos por el tratado.

Por otro lado, el artículo 20.63, referente al plazo de protección para los derechos de autor y derechos conexos, establece que dichos plazos se sujetarán a la disposición del plazo de cada parte de la siguiente forma:

- a) sobre la base de la vida de una persona natural el plazo no será inferior a la vida del autor y 70 años después de la muerte del autor, y

³⁴ UNESCO, Noción de patrimonio digital, recuperado de Noción de patrimonio digital (*unesco.org*) (fecha de recuperación: 8 de marzo de 2022).

³⁵ Artículo 8o., Charter on the Preservation of the Digital Heritage, UNESCO, recuperado de Charter on the Preservation of the Digital Heritage-UNESCO Biblioteca Digital (fecha de consulta: 8 de marzo de 2022).

³⁶ Artículo 27, Declaración Universal de los Derechos Humanos, Asamblea General, resolución 217 A (III), 10 de diciembre de 1948.

- b) sobre una base diferente a la vida de una persona natural, el plazo será
- i) no inferior a 75 años a partir del final del año calendario de la primera publicación autorizada de la obra, interpretación o ejecución o fonograma, o
 - ii) a falta de tal publicación autorizada dentro de los 25 años contados desde la creación de la obra, interpretación o ejecución o fonograma no inferior a 70 años desde el fin del año calendario de la creación de la obra, interpretación o ejecución o fonograma.³⁷

Cada una de las partes contratantes establece vigencias diferentes respecto de la explotación de los derechos de autor en cada una de sus legislaciones locales, incluso el plazo en el que una obra se encuentre dentro del dominio público.

El T-MEC, al establecer una vigencia de derechos distinta a la de cada una de las partes contratantes, propicia incertidumbre jurídica al momento de realizar pactos privados entre particulares que pertenezcan a México, Estados Unidos o Canadá.

Según la nota al pie de página 59 del artículo 20.63 del T-MEC, si las partes conceden a los autores de su país un plazo de protección a los derechos de autor de más de setenta años, se sujetará a lo establecido en el artículo 7 (8) del Convenio de Berna con respecto al plazo que excede del previsto en el subpárrafo de protección para las obras de la otra parte. Lo anterior implica que dentro del T-MEC, y particularmente por lo que refiere al trato nacional (artículo 20.8), no existe impedimento alguno para establecer dicho supuesto.³⁸

En materia de términos contractuales, el artículo 20.66 del T-MEC referente a transferencias contractuales, en su inciso *b* estipula que, conforme a los pactos entre particulares, incluyendo los que sean de carácter laboral, en los cuales se establezcan términos y condiciones para la realización de obras artísticas o derechos conexos, se transferirá la facultad para el ejercicio de ese derecho en representación del autor o titular correspondiente, y gozará de los beneficios del mismo.

La nota al pie de página 62 del inciso *b* del artículo 20.66 refiere que en ausencia de un acuerdo por escrito, las partes podrán establecer contratos para la transmisión de derechos patrimoniales específicos que impliquen la creación de una obra, interpretación, ejecución o fonograma, y deberán ser la figura contractual que rija la transmisión de derechos, advirtiendo que

³⁷ Artículo 20.63 del T-MEC.

³⁸ *Idem*.

éstos deberán contenerse dentro de los límites razonables para proteger los intereses de los titulares primigenios de los derechos, al mismo tiempo, tomando en consideración los intereses legítimos de los cesionarios.³⁹

Sin embargo, en el caso particular de la legislación mexicana, las obras por encargo deben contener una vigencia, y éstas regresarán al titular primigenio al concluir la vigencia. Lo anterior implica un contraste con la legislación de *copyright* en Estados Unidos ya que, como habíamos hecho notorio, las obras por encargo se encuentran dentro de las excepciones en las transferencias de derechos, ya que el comisionista gozará de los derechos de la obra como si éste fuera autor de ésta.

Esto nos lleva a una contradicción en la aplicación de las leyes sustantivas en materia de derechos de autor, ya que para la legislación mexicana la obra por encargo establece los términos y condiciones de una transferencia de derechos entre el autor (titular primigenio) de la obra y el comisionista (titular derivado), por lo que si una persona física o moral comisiona para la producción de una obra mediante una colaboración remunerada, gozará de la titularidad de los derechos, por lo que le corresponderán las facultades de divulgar, transformar y compilar las obras.

A la persona que comisiona para la producción en una obra se le denominará “titular derivado”, y el autor que recibe la remuneración mediante colaboración remunerada a éstos se le denominará “titular primigenio”. De tal suerte que, al momento de llevar a cabo un contrato de obra por encargo, se le transfieren los derechos del autor que tiene, por la naturaleza de ser el titular primigenio, al encomandante, el cual se considera como titular derivado, para ejercer los derechos a favor de la obra.

El ámbito de aplicación del derecho que eligen las partes contratantes de los principios sobre la elección del derecho es aplicable en materia de contratos comerciales internacionales, y contempla todos los aspectos del contrato entre las partes, en particular la interpretación, los derechos y obligaciones derivados de la realización de un contrato, la ejecución del contrato y las consecuencias de su incumplimiento, e incluso la valoración de los daños y perjuicios, los diferentes modos de extinción de las obligaciones y la prescripción y la caducidad, así como las obligaciones precontractuales, entre otros aspectos.⁴⁰

³⁹ *Ibidem*, artículo 20.66.

⁴⁰ Artículo 9o., “Principios sobre la elección del derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales”, trad. de la Oficina de Interpretación y Lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores de España, Haya, 2016, recuperado de Liste Des Abréviations (*hch.net*) (fecha de consulta: 19 de septiembre de 2021).

De acuerdo con el artículo 9o., de los “Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales”,⁴¹ rigen a nivel internacional los principios de los actos entre particulares para promover la autonomía de la voluntad entre las partes en los contratos comerciales internacionales, lo cual generará certeza jurídica para las condiciones esenciales y lograr efectividad de las operaciones comerciales internacionales. Los principios representan un código de las buenas prácticas actuales a nivel internacional sobre los contratos comerciales internacionales.⁴²

Dispuesto en un instrumento no vinculante de La Haya, se configuran procedimientos para facilitar los intercambios comerciales en los que en su artículo 4.13 se expresa que los factores relacionados con la celebración del contrato que puedan resultar particularmente relevantes, pueden influenciar directamente en la elección del derecho aplicable.⁴³

Asimismo, el T-MEC contempla en su artículo 20.66, en la nota al pie de página, que no se afecta el ejercicio de los derechos morales; sin embargo, con las diferencias que hemos notado en las legislaciones tanto de México como estadounidense, se deben contemplar las condiciones del lugar del acto para la observancia de los derechos morales.⁴⁴

A partir de la observancia de los elementos que integran el concepto de los derechos de autor, obtenemos la pauta sobre el entendimiento de los elementos que integran dichos derechos, los cuales conocemos como derechos morales, derechos de explotación y derechos de simple remuneración.

Por tanto, lo que integra el aspecto de la subjetividad en los derechos de autor son las características de esos derechos, como la inmaterialidad en los derechos morales, las características personales, la expresión o representación creativa y personal del autor en relación con su obra. Esta relación está integrada por la originalidad que plasma la individualidad de la creación al distinguirla de cualquier otra; ésta es una expresión y reflejo de la personalidad del creador que corresponde a la esfera íntima del sujeto de derecho y su autonomía, permitiendo la existencia de la obra, además de constituir un requisito de protección en los derechos de autor.

En palabras de Castán Tobeñas, los derechos de la personalidad de un autor constituyen el núcleo fundamental de todo aquel que tiene personalidad, constituyendo determinados atributos o cualidades físicas o morales del hombre, individualizados por el ordenamiento jurídico.⁴⁵

⁴¹ *Idem.*

⁴² *Idem.*

⁴³ *Ibidem*, artículo 4.13.

⁴⁴ *Ibidem*, nota al pie de página 62.

⁴⁵ Castán Tobeñas, José, *Los derechos de la personalidad*, Madrid, Reus, 1952, p. 24.

Por lo que el objeto de los derechos de la personalidad no se encuentra en los titulares ni en los sujetos pasivos, o terceros que se obligan a respetarlos.⁴⁶ Tales características personales del autor, con relación a la creación de su obra, propician su susceptibilidad para ser reproducida, debido a la característica material de la obra mediante un soporte material.⁴⁷

En los derechos conexos regulados por la legislación autoral, el elemento subjetivo podría llegar a considerarse siendo observado dentro de la prestación personal de un artista intérprete, quien también tiene derechos morales sobre la interpretación y ejecución artística. Así, los derechos de autor que se integran por características y aspectos extrapatrimoniales producen consecuencias jurídicas dentro de los pactos entre particulares.

El aspecto extrapatrimonial en los derechos de autor se encuentra identificado dentro de aquellos aspectos de los derechos subjetivos, y forman parte de los derechos morales y personales de los autores, los cuales finalmente concluyen o propician como consecuencia un derecho de carácter económico, como los derechos de explotación y los derechos de simple remuneración.

En estos derechos de carácter económico, particularmente los derechos de explotación, se encuentra la característica de ser derechos transferibles, materiales y con una vigencia establecida.

Los aspectos contractuales de una transferencia de derechos, si bien es cierto que tienen su base en el derecho civil, también requieren de una normatividad especializada en la materia, toda vez que la transferencia de derechos conlleva un aspecto que integra un conjunto al momento de pactar derechos y obligaciones respecto de una obra artística para su explotación.

Lo que significa que el derecho de autor contiene reglas específicas en cada uno de sus contratos especializados para cada uno de los supuestos en donde una obra artística es transmitida para su explotación. Tal es el caso del contrato de edición literaria, el contrato de obra por encargo, el contrato de producción musical, el contrato de producción audiovisual, entre otros supuestos regidos por la ley autoral a nivel nacional e internacional.

Por lo que al ser una protección respecto de los derechos subjetivos de una persona que mediante una actividad intelectual ha creado una obra de carácter material, existe una dualidad con la que se deberán cumplir los

⁴⁶ Mendoza Martínez, Lucía Alejandra, *La acción civil del daño moral*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

⁴⁷ Parets Gómez, Jesús, *Originalidad, creatividad y registro del derecho de autor*, México, 2014, p. 23.

principios que rigen los contratos entre particulares para poder explotar, difundir y comercializar una obra. Lo anterior hace que la transferencia no consista en un derecho civil ordinario, pues no se reduce al pago de la cosa ni la entrega de la cosa.

Llevar a cabo un contrato en materia de derechos de autor para una transferencia de derechos consiste en la transmisión de derechos de explotación, que si bien son derechos exclusivos de los titulares y de carácter económico, también conlleva la obligación de respetar los derechos morales, que se caracterizan por ser inmateriales.

Por lo que dicho intercambio entre particulares significa que no se limita a la entrega de un soporte material. Dado que cuando nosotros adquirimos mediante una compraventa única y exclusivamente el soporte material de una obra, no estamos adquiriendo derechos de explotación de una obra o un derecho conexo, sino que estamos en el supuesto de que únicamente hemos adquirido el soporte para uso privado y personal sin ser acreedores de explotar o transferir la obra o un derecho conexo.

Tal es el caso de que, si nosotros pagamos una membresía mensual de alguna plataforma de contenido audiovisual como Netflix, Amazon o HBO, las cuales permiten la descarga en un dispositivo personal de los audiovisuales, no significa que seamos titulares de los derechos protegidos por la legislación en materia de derechos de autor.

Al pactar derechos de autor, no se habla de una transacción civil común, por lo que los contratos en materia de derechos de autor no se podrán regir mediante los convenios internacionales que rigen los contratos entre particulares a nivel internacional. Éstos deberán estar sujetos tanto a los tratados en materia de derechos de autor como a las legislaciones locales, que establecen disposiciones especializadas para cada tipo de contrato.

Si bien en el Convenio de Berna se procura la misma protección para todas las obras a nivel internacional de los países miembros, también es importante identificar el lugar de origen, de conformidad con las disposiciones del artículo 5o., párrafo 4, en el que se considera la determinación del país de origen de la obra, estipula el complemento lógico de las reglas de vinculación, bajo los estándares que la norma internacional establece para este caso, sin perjuicio de las normas locales.⁴⁸

De conformidad con la Ley de Cinematografía, una obra audiovisual se considera que es de producción nacional cuando las películas cumplen

⁴⁸ Artículo 5o., “Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas”, Ginebra, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 1978.

con haber sido realizadas por personas físicas o morales mexicanas, o haberse realizado en el marco de los acuerdos internacionales o convenios de coproducción suscritos por México con otros países u organismos internacionales.

Así, en el Convenio de Berna se consideran dos criterios principales para definir el país de origen: *a)* el criterio real, que se refiere al lugar de la primera publicación y publicadas simultáneamente en el interior de la Unión y fuera de ella y, *b)* el criterio personal, que se refiere a la nacionalidad o residencia habitual del autor. En relación con estos principios, se especifica la excepción de las obras cinematográficas: “El país de origen está determinado en tal caso por la sede de la sociedad productora o por la residencia habitual del productor, y el carácter general de la fórmula empleada significa que se eliminan los demás criterios personales (nacionalidad o residencia habitual del autor)”.⁴⁹

Sin embargo, se considera que dependiendo del caso se aplicará el criterio *a* o *b*, ya que depende de la situación de la obra en relación con la publicación, en relación con las obras no publicadas o publicadas por primera vez en el interior de la Unión, o si ha sido objeto de publicación simultánea en el exterior de la Unión. En el caso del criterio *a*, se establecerán en relación con la reproducción y distribución de la obra.⁵⁰

La excepción comprende la naturaleza de la obra cinematográfica en su carácter de ser resultado de una colaboración, de manera que establece la titularidad de la obra por la sede de la sociedad productora o por la residencia habitual del productor. El carácter de coproducción internacional en la Ley Federal de Cinematografía comprende las producciones en las que intervengan personas físicas o morales extranjeras, así como personas de nacionalidad mexicana.

Todo recae en la sede de asociación de los productores, lo que implica, por un lado, un proceso de negociación y acuerdos entre las partes, y al mismo tiempo estipular bien la relación contractual, ya que si se establece una relación de inversión o de obra por encargo encontraríamos diferencias concretas con la relación de coproducción.

Ahora bien, para establecer las relaciones de coproducción, normalmente se instituyen acuerdos multilaterales entre países para establecer el marco jurídico de las relaciones contractuales; por ejemplo, el Acuerdo Iberoamericano de Coproducción, del que México es parte, y que establece

⁴⁹ Artículo VI del Anexo de la “Guía del Convenio de Berna...”, *cit.*

⁵⁰ *Idem.*

como parámetro las aportaciones de cada país coproductor como medida para establecer la relación entre los productores, dividiendo así entre coproductores mayoritarios y coproductores minoritarios.⁵¹

Dichos convenios consideran tanto las aportaciones financieras como las aportaciones artísticas y técnicas para establecer los porcentajes de participación. Las aportaciones podrán ser de carácter monetario, en especie, bienes, derechos previamente adquiridos, derechos respecto de obras existentes, servicios de postproducción o comercialización, que de acuerdo con su valor representarán la aportación. De tal modo que se tome en cuenta la proporción de participación para el reparto de la propiedad de los derechos entre las partes, conforme al contrato de coproducción.⁵²

Se debe dejar en claro, en la cadena de derechos, los contratos de los colaboradores que se pueden considerar autores, especificando bien las diferencias entre los contratos de las aportaciones financieras, técnicas o artísticas para la coproducción.

El 18 junio de 1992, en el Acuerdo de Coproducción Cinematográfica y Audiovisual entre México y Canadá, el Gobierno mexicano estableció un marco jurídico principal para las relaciones audiovisuales, y particularmente para los coproductores en materia de cinematografía, televisión y audiovisuales. Por lo pactado en ambos países será coproducción Canadá-México o México-Canadá, de acuerdo con el origen del coproductor mayoritario, o bien estará sujeto a la voluntad de las partes.⁵³

De este modo, no se podrá sujetar a una legislación definitiva, y no resuelve por completo la incertidumbre jurídica para el caso en el que los contratos de transmisión de derechos se realicen con los autores de la obra audiovisual, por lo que si las disposiciones pactadas entre las partes o de acuerdo con la nacionalidad del productor mayoritario son contrarias a los derechos de los realizadores, existe una vaguedad al momento de llevar a cabo la cadena de derechos.

El mismo caso lo podemos observar en el Acuerdo de Coproducción Cinematográfica entre los Estados Unidos Mexicanos y la Confederación Helvética, celebrado el 24 de agosto de 2017, el cual establece en su artículo XIV que para identificar una coproducción México-Suiza o Suiza-México

⁵¹ Artículo V, “Acuerdo Iberoamericano de Coproducción Cinematográfica”, 15 de septiembre de 2016.

⁵² *Idem*.

⁵³ Artículo XIV, “Acuerdo de Coproducción Cinematográfica y Audiovisual entre los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de Canadá”, *Diario Oficial de la Federación*, 18 de junio de 1992.

deberá sujetarse al país de origen del coproductor mayoritario, o bien a lo convenido entre coproductores.⁵⁴

Las disposiciones de coproducción, dentro de la ley local de cinematografía, establecen, mediante su reglamento, que en caso de que una coproducción internacional se lleve a cabo entre una o varias personas físicas o morales extranjeras de un país con el que el Gobierno mexicano no tenga convenio o acuerdo suscrito en materia de coproducción internacional, el contrato deberá establecer y contener mínimamente el título de la película en coproducción, el nombre y nacionalidad de los productores, el nombre y nacionalidad de los autores realizadores, el argumento y guion definitivo del que se adaptó la obra audiovisual y el monto de las aportaciones de cada una de las partes y el carácter de éstas.⁵⁵

A manera de conclusión, en acuerdo con los principios rectores establecidos en el Convenio de Berna, Acta de París (1971), con relación al artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC y los instrumentos internacionales a los que hace referencia en el que Estados Unidos y México son partes, la obra cinematográfica se protege bajo la determinación de que los titulares del derecho de autor sobre la obra cinematográfica y audiovisuales quedan sujetos a la legislación del país en que la protección se reclame.

Por lo que estos titulares (los autores) de las contribuciones aportadas para la creación de la obra audiovisual, una vez que han pactado mediante acto jurídico la aportación de dichas colaboraciones, no podrán oponerse a la explotación de la obra audiovisual. Para determinar si la forma del compromiso debe establecerse en un contrato por escrito, se deberá saber bajo la legislación de qué país perteneciente a la Unión está la sede o residencia habitual del productor de la obra.

Las disposiciones que regularán los contratos en materia de derechos de autor para la producción de obras audiovisuales con el productor, titular de los derechos, deberán sujetarse a la ley donde dicho titular pertenezca, lo cual, al llegar a los términos de coproducción internacional, se sujetará al principio *locus regit actum*, el cual consiste en hacer constar la voluntad entre las partes con relación a las formalidades que determina la legislación del lugar en el que el acto se formó, por lo que el acto otorgado en el extranjero es válido en México cumpliendo con las formalidades

⁵⁴ Artículo XIV, “Acuerdo de Coproducción Cinematográfica entre los Estados Unidos Mexicanos y la Confederación Suiza”, disponible en: *Acuerdo-de-Coproducción-entre-México-y-Suiza-2018.pdf* (*comefilm.gob.mx*) (fecha de consulta: 12 de febrero de 2022).

⁵⁵ Artículo 13, “Reglamento de la Ley Federal de Cinematografía”, *Diario Oficial de la Federación*, México, 29 de marzo de 2001.

de la legislación mexicana, no importando la nacionalidad de los que han celebrado el contrato. Esto, con el objetivo de no hacer imposible en el extranjero el otorgamiento de un acto o celebración de un contrato.

En el caso de México, que no cuenta con un acuerdo de coproducción entre Estados Unidos y México, las disposiciones normativas que establecen las bases serán las normas del lugar en donde se esté llevando a cabo la producción audiovisual, ya que conforme al concepto de productor establecido por la LFDA en su artículo 98 y el artículo 9o. de la Ley de Cinematografía, en el que señala que para cualquier duda derivada de la figura del productor deberá sujetarse a lo dispuesto por la LFDA, la cual establece que el productor será el titular de los derechos de la obra audiovisual, salvo pacto en contrario, para lo cual deberá ajustarse a las disposiciones de los contratos de transmisión de derechos conforme a la misma ley.

En tanto no exista un acuerdo de coproducción entre México y Estados Unidos, el principio extraterritorial *lex locus regit actum* es una solución de un principio internacional que se contempla en la fracción IV del artículo 13 del Código Civil Federal, el cual es supletorio de la legislación en materia de derechos de autor, el cual establece que son imperativos los poderes de un Estado en el otro en función del principio *locus regit actum*, cuando sólo es aplicable a cuestiones de forma o formación, y no de ejecución. Dicho principio establece la autonomía de la voluntad entre las partes para elegir la legislación aplicable y la transcripción de la legislación correspondiente, ya que son disposiciones de orden público, y la elección del derecho aplicable a un acto entre particulares puede afectar a las mismas, pero nunca a terceros.⁵⁶

Por lo que, para el caso entre las inversiones y coproducciones entre Estados Unidos y México, éstas se sujetarán a dicha elección de la legislación aplicable, sin perjuicio de los derechos transferidos para la producción audiovisual en México, entre autores mexicanos y el productor, titular de los derechos.

BIBLIOGRAFÍA

AUTHORS ALLIANCE, “Termination Transfer, Information and Templates for Notices of Termination Under § 203 and § 304(c)”, recuperado de Ter-

⁵⁶ Odriozola Mariscal, Carlos Enrique *et al.*, *Instituto de la Judicatura Federal, Retos Actuales del Derecho Internacional Privado*, México, 22 y 23 de octubre de 2015, p. 283, disponible en: [30824.pdf \(corteidh.or.cr\)](#) (fecha de consulta: 15 de enero de 2022).

minación de la Transferencia, Información y Plantillas para Avisos de Terminación bajo los artículos § 203 y § 304(c), (*authorsalliance.org*).

CASTÁN TOBEÑAS, José, *Los derechos de la personalidad*, Madrid, Reus, 1952.

Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, Cámara de Diputados, disponible en: *www.diputados.gob.mx/cesop*.

CRISPIN MARGO, E., *A Second Bite of The Apple, A Guide to Terminating Transfers under Section 203 of the Copyright Act*, disponible en: *Microsoft Word - Termination of Rights.doc (authorsguild.org)*.

Grand View Research, Video Streaming Market Size, Share & Trends Analysis Report by Streaming Type, by Solution, by Platform, by Service, by Revenue Model, by Deployment Type, by User, by Region, and Segment Forecasts, 2022-2030.

MENDOZA MARTÍNEZ, Lucía Alejandra, *La acción civil del daño moral*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Motion Picture/Audio Visual Work, Application Format: Standard, disponible en: *motion-pictures-audiovisual-works-standard.pptx (live.com)*.

ODRIOZOLA MARISCAL, Carlos Enrique *et al.*, *Instituto de la Judicatura Federal, retos actuales del derecho internacional privado*, México, 22 y 23 de octubre de 2015.

OWEN, Lynette, *Comprar y vender derechos*, trad. de Victoria Schussheim, México, 2007.

PARETS GÓMEZ, Jesús, *Originalidad, creatividad y registro del derecho de autor*, México, 2014.

“Principios sobre la elección del derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales”, trad. de la Oficina de Interpretación y Lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores de España, Haya, 2016.