

REVISTA MEXICANA
DEL
DERECHO
DE AUTOR

RECIENTES
REFORMAS
LEGALES
PARA LAS
ACCIONES
DIRECTAS
EN EL
ÁMBITO CIVIL

Instituto Nacional
del Derecho de Autor



REVISTA MEXICANA DEL DERECHO DE AUTOR

Contratos y transmisiones
de derechos patrimoniales de autor

SEGUNDO SEMESTRE 2013

NÚMERO 3

NUEVA ÉPOCA

Revista semestral
[octubre 2013 - marzo 2014]

Secretaría de Educación Pública

Lic. Emilio Chuayffet Chemor

Subsecretario de Educación Superior

Dr. Fernando Serrano Migallón

INSTITUTO NACIONAL DEL DERECHO DE AUTOR

Director General

Lic. Manuel Guerra Zamarro

COMITÉ EDITORIAL

Presidencia

Lic. Manuel Guerra Zamarro

Secretaría técnica

Lic. Marco Antonio Morales Montes

Miembros

Dr. Jesús Parets Gómez, Lic. Rogelio Rivera Lizárraga, Lic. Oscar Eduardo Zárate Díaz, Lic. Luis Jorge Bolaños Mejía, Lic. Gilberto Barrios Aldana, Lic. Ana Laura López Cotero y Álvarez, Lic. Ma. Elsa López Paniagua, Lic. Guadalupe Zapata González, Lic. Cynthia Sánchez Barrera, Lic. Eréndida Rubio Juárez.

Coordinación editorial

María Teresa de Icaza Solana

Diseño

Lic. José Luis Paz Zavala, Lic. Rosa Yanira Madrigal Duck.

Colaboraciones especiales

Manuel Alfonso Arredondo Cisneros, Natalie Sammyter Briones Sánchez, Arit Adriana Cedeño Delgadillo, Gisela Ibarra Salazar, Benjamín Vicente Muñoz Mateu y Armando Pérez Rugerio.

REVISTA MEXICANA DEL DERECHO DE AUTOR. Año 2, No. 3, octubre 2013 - marzo 2014, es una publicación periódica electrónica semestral, publicada y editada por la Secretaría de Educación Pública a través del Instituto Nacional del Derecho de Autor (INDAUTOR) con domicilio en Puebla No. 143, Col. Roma Norte, Delegación Cuauhtémoc, C.P. 06700, México, D.F., teléfono 3601-2200, web: www.indautor.sep.gob.mx Reserva de Derechos al Uso Exclusivo 04-2012-092413574800-203, ISSN: 2007-5677, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Editor responsable: Marco Antonio Morales Montes. Responsable de la versión electrónica: Unidad de Informática del INDAUTOR, con domicilio en Puebla No. 143, Col. Roma Norte, Delegación Cuauhtémoc, C.P. 06700, México, D. F., Responsable informático: Lic. Eréndida Rubio Juárez, fecha de última modificación, 12 de septiembre de 2013.

El contenido de los artículos publicados es responsabilidad de cada autor y no representa el punto de vista del INDAUTOR. Se autoriza cualquier reproducción parcial o total de los contenidos o imágenes de la publicación, incluyendo el almacenamiento electrónico, siempre y cuando sea sin fines de lucro o para usos estrictamente académicos, citando invariablemente la fuente sin alteración del contenido y dando los créditos autorales.

ÍNDICE

7	Manuel Guerra Zamarro Presentación	
8	Sección I: Ensayos académicos	
9	Cuauhtémoc Hugo Contreras Lamadrid	Alcances de las decisiones de la corte interamericana de derechos humanos
24	Victor Drummond	Protección internacional de obras audiovisuales e interpretaciones (cuestiones contractuales y mercadológicas del sector)
41	Fredy Adolfo Forero Villa	Regulación de los contratos de derechos de autor y prestaciones conexas en Colombia
56	Hernán García Torres	Breviario acerca de los principales elementos de forma que rigen los contratos sobre materia autoral en Latinoamérica
70	Gisela Ibarra Salazar	Recientes reformas a la Ley Federal del Derecho de Autor: señalamiento expreso de la independencia del ejercicio de las acciones administrativas y civiles
78	Manrique Moheno Aguilar	Contratos en la industria del entretenimiento I
84	Efraín Olmedo Velázquez	Limitantes en la adquisición de obras de arte en México
96	León Felipe Sánchez Ambía	La validez de las licencias <i>Creative Commons</i> conforme a la legislación mexicana
101	Ricardo Jesús Sánchez Gil	Licencias <i>Creative Commons</i> ¿válidas conforme a la legislación mexicana? Un breve análisis sobre reglas mínimas de contratación en materia autoral
116	Sección II: Legislaciones comentadas	
117	José Ramón Cárdeno Shaadi	Comentarios a la Ley Federal del Derecho de Autor
144	Eduardo De La Parra Trujillo	Comentario al artículo 83 de la Ley Federal del Derecho de Autor
158	José Manuel Magaña Rufino	Comentarios a los artículos 61 a 64 de la LFDA sobre el contrato de representación escénica
162	Raúl Pastor Escobar	Comentarios al capítulo del contrato de edición de obra musical de la Ley Federal del Derecho de Autor
166	Ernesto Rengifo García	Recientes reformas normativas del Derecho de Autor en Colombia

ÍNDICE

180	Sección III: Resoluciones jurídicas comentadas o casos prácticos	
181	Manuel Alfonso Arredondo Cisneros	Diferencias entre Derechos de Autor y Reservas de Derechos al uso Exclusivo Análisis de un caso en concreto
187	Manuel Alfonso Arredondo Cisneros	Autoridad competente para conocer de impugnaciones sobre constancias, anotaciones o inscripciones emitidas por el Registro Público del Derecho de Autor
191	Natalie Sammyter Briones Sánchez	Resguardo de obras registradas
195	Federico Andrés Villalba Díaz	¿Las descargas P2P vulneran el derecho de autor en la Argentina?
200	Federico Andrés Villalba Díaz	¿Qué facultades se transfieren cuando es enajenado el soporte material de una obra pictórica?
204	Sección IV: Tesis o jurisprudencias comentadas	
205	Gisela Ibarra Salazar	Independencia entre las acciones administrativas y civiles
209	Benjamín Muñoz Mateu	Sociedades de gestión colectiva. Una vez obtenida su autorización para operar como tales por el Instituto Nacional del Derecho de Autor, se crea una presunción <i>iuris tantum</i> de legitimación a su favor respecto de la representación de los autores y titularidad del repertorio que administra para el ejercicio de los derechos colectivos
215	Armando Pérez Rugerio	Ánalisis del uso del principio de proporcionalidad en la tesis aislada: Derechos de autor. El artículo 200 de la ley federal relativa, que prevé un régimen de legitimación especial a las sociedades de gestión colectiva, no viola la garantía de igualdad
222	Sección V: Derecho comparado	
	Compilación de legislaciones latinoamericanas en materia de contratos y modalidades de explotación	



Presentación



Estimado lector:

Uno de los principales objetivos del Instituto Nacional del Derecho de Autor, INDAUTOR, es la salvaguarda y el fomento del derecho de autor. Es en este sentido que la Ley Federal del Derecho de Autor establece reglas mínimas y máximas para la suscripción de actos jurídicos relativos a la transmisión de los derechos patrimoniales que nos ocupan.

Actualmente, las variadas formas de contratación, uso y explotación de las obras, resultantes de las nuevas tecnologías, pueden no encontrarse reguladas de manera expresa en la Ley Federal del Derecho de Autor. De ahí que hayamos elegido el tema de **contratos y transmisiones de derechos patrimoniales** de nuevo en este número; debido a su importancia y trascendencia.

Destacados estudiosos del derecho de autor han manifestado un profundo interés por abordar estos temas y contribuyen con los valiosos ensayos que ponemos a su disposición en este tercer número de la **Revista Mexicana del Derecho de Autor**. Asimismo, encontrará las conocidas secciones de legislación, resoluciones jurídicas y jurisprudencias comentadas, así como de derecho comparado.

Agradezco a todos los colaboradores de este tercer número e invito a nuestros lectores a contribuir con sus apreciables comentarios y futuras publicaciones a través de nuestro correo revistaindautor@sep.gob.mx

Manuel Guerra Zamarro

Director General

Sección I

Ensayos académicos



Alcances de las decisiones de la corte interamericana de derechos humanos

Cuauhtémoc Hugo CONTRERAS LAMADRID *

SUMARIO

I. Hipótesis. **II.** Marco legal. **III.** Consideraciones. **IV.** Conclusiones. **V.** Bibliografía.

I

HIPÓTESIS

El Derecho de Autor representa el poder jurídico que corresponde al creador intelectual para ejercer derechos de naturaleza moral y patrimonial respecto de sus obras, independientemente del género a que éstas pertenezcan,¹ facultad que de manera exclusiva recae en una persona física por ser la única capaz de crear una obra, artística y/o literaria,² en su carácter de individuo.

En ese sentido, es necesario precisar que ante la existencia del autor de una obra, artística y/o literaria, el Estado deberá tomar en consideración, precisamente, que esa obra es el resultado del intelecto humano, para lo cual se cuenta con capacidades, virtudes y características especiales por parte de su autor, mismas que lo facultan para ejercer el privilegio que constitucionalmente se le otorga a los de su clase.³

De la misma forma, la Ley Federal del Derecho de Autor prevé la existencia de la Reserva de Derechos al Uso Exclusivo, a la que define como la facultad de usar y explotar en forma exclusiva títulos, nombres, denominaciones, características físicas y psicológicas distintivas, o características de operación originales aplicadas, de acuerdo con su naturaleza.⁴

El Derecho de Autor tutela al creador de una obra, si por autor se ha identificado a aquel individuo (persona natural) que ha creado una obra literaria o artística⁵ y respecto del segundo concepto – obra –, se ha sostenido, a propósito de su debida protección, que el derecho de autor está destinado a proteger la forma

* Profesor de las materias de Teoría del Proceso, Derecho Procesal Civil, Obligaciones y Contratos y Laboratorio de Enseñanza Práctica de Derecho de la Facultad de Derecho y Formalidad y Publicidad del Acto Jurídico en la Especialización en Derecho Civil de la División de Estudios de Posgrado, ambos de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

1 CABALLERO Leal, José Luis, *Derecho de autor para autores*, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 2004, p. 1.

2 Artículo 12.- Autor es la persona física que ha creado una obra literaria y artística.

3 **Artículo 28.-** ...Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora.

4 Capítulo II, De las Reservas de Derechos al Uso Exclusivo, Artículo 173...

5 CABALLERO Leal, José Luis, *ibidem*, p. 1.

representativa, la exteriorización de su desarrollo en obras concretas aptas para ser reproducidas, representadas, ejecutadas, exhibidas, radiodifundidas, etc., según el género al cual pertenezcan, y a regular su utilización.⁶

Persona significa todo ser o ente sujeto de derechos y obligaciones⁷ y el ejercicio de un derecho se encuentra restringido a dos supuestos: por un lado, a que la propia norma sustantiva reconozca ese derecho – legitimación en la causa, entendiendo por ésta el resultado de la imputación normativa sustancial, mediante la cual se establece si cualquiera de las partes, o ambas, son quienes hubieron de demandar o ser demandadas únicamente⁸ y, por el otro, que ese derecho pueda ser ejercitado a través, precisamente, de aquella persona a la que la ley faculta – legitimación en el proceso, a quien se define como la capacidad de comparecer en juicio, o sea para realizar actos procesales con efectos jurídicos en nombre de o representando a otro.⁹

Ante la existencia de una dualidad de derechos aparentemente de la misma jerarquía, a saber, un autor y un titular registral de una Reserva de Derechos al Uso Exclusivo, en el género que corresponda, el primero de ellos, como un derecho natural otorgado por la Legislación Autoral y como un privilegio constitucionalmente otorgado, surge el tema materia del conflicto: cuál de esos dos derechos es superior:

- a) Ser autor de un obra, literaria y/o artística.
- b) Contar con la titularidad registral de un Reserva de Derechos al Uso Exclusivo.

Es un hecho incontrovertible que de ninguna manera un derecho natural de autor puede verse violado por un registro que lo único que supone es que su titular cumplió con determinados requisitos previstos por la ley. Así, es necesario señalar que tanto la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como la Ley Federal del Derecho de Autor son acordes con el contenido de los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte.

Dentro del Bloque Constitucional de garantías y tratados internacionales previsto en el Estado mexicano, en materia de Derechos de Autor, se encuentran los siguientes ordenamientos jurídicos:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948
- Convención Universal Sobre Derecho de Autor
- Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre el Derecho de Autor
- Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio (OMC) sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC)
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)

6 LIPSYC, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, Unesco-Cerlalc-Zavalía, 1993, p. 62.

7 DOMINGUEZ Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho Civil. Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, México, ed. Porrúa, 8^a edición, 2000, p. 131.

8 FERREYRA de de la Rúa, Angelina, et al, *Teoría general del Proceso*, tomo I, Córdoba, Argentina, ed. Advocatus, 2005, p. 328.

9 FERREYRA de de la Rúa, Angelina, et al, *ibidem*, p. 327.

Es un hecho incontrovertible que en los Estados Unidos Mexicanos el autor de una obra, artística o literaria, cuenta con los derechos que la propia ley le otorga por el solo hecho de haberla producido. Así, en la Ley Federal del Derecho de Autor se establecen como presupuestos procesales para la existencia de la protección que la misma otorga al creador de una obra las siguientes:

1. Que se trate una obra original y,
2. que se encuentre fijada en algún soporte material.¹⁰

Ahora bien, si una obra cumple con este requisito de estar fijado en un soporte material es evidente que existe una duplicidad de derechos otorgados constitucionalmente y trasladados a la Ley Federal del Derecho de Autor, en la que se supondría que ambos cuentan con la misma calidad, es decir, el Derecho de

Para poder establecer la presencia de una presunción es necesario que exista un hecho probado.

Autor como creador de una obra y el derecho como registrador.

En las condiciones anotadas, con objeto de resolver la controversia, previo a acudir a la aplicación de los tratados internacionales, se sostiene la aplicación directa del contenido del derecho común, es decir, el contenido del artículo 20 del Código Civil Federal en el que se establece:

Artículo 20.- *Cuando haya conflicto de derechos, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trate de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener lucro. Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados.*

Ante la existencia de los derechos a los que me he venido refiriendo – derechos de autor y titular registral de una Reserva de Derechos al Uso Exclusivo – habrá que privilegiar aquél que resulte menos perjudicado con el reconocimiento del otro y, más aún, atendiendo a lo que el Derecho de Autor y un autor supone; en el caso concreto, el supuesto normativo enfrentaría el derecho de un autor del creador de una obra literaria o artística a aquél con el que cuenta un individuo al que el Estado, a través del Instituto Nacional del Derecho de Autor, le otorgó el derecho que supone una Reserva de Derechos al Uso Exclusivo, sea cual sea la clase o género. Es un hecho probado que debe ser privilegiado el Derecho del Autor por encima de aquél individuo que simplemente obtuvo un registro, sobre todo en los casos en los que ese derecho ha sido reconocido de manera expresa por la propia parte que ha registrado la obra de que se trata.

El otorgamiento de la Reserva de Derechos al Uso Exclusivo supone la existencia de una obra y, por lo tanto, de un autor. Debe señalarse que para poder establecer la presencia de una presunción es necesario que exista un hecho probado, por lo que se ha establecido

10 Artículo 3o.- Las obras protegidas por esta ley son aquellas de creación original susceptibles de ser divulgadas o reproducidas en cualquier forma o medio.

Artículo 5o.- La protección que otorga esta ley se concede a las obras desde el momento en que hayan sido fijadas en un soporte material, independientemente del mérito, destino o modo de expresión.

El reconocimiento de los derechos de autor y de los derechos conexos no requiere registro ni documento de ninguna especie ni quedará subordinado al cumplimiento de formalidad alguna.

III

MARCO LEGAL

Independientemente de las consideraciones de tipo legal mencionadas en el numeral que antecede y tomando en consideración el actual texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, resulta pertinente hacer las siguientes precisiones:

1.- El Presidente constitucional de los Estados Unidos Mexicanos hizo del conocimiento general la “Declaración para el Reconocimiento de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, a través de la expedición del decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha veinticuatro de febrero de mil novecientos noventa y nueve, por lo que el Estado mexicano reconoció, en forma general y con el carácter de obligatoria de pleno derecho la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano jurisdiccional sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2.- Por acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente al día catorce de julio de dos mil once, se determinó lo siguiente:

que un indicio es todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y, en general, todo hecho conocido, mejor dicho debidamente comprobado, susceptible de llevarnos por vía de inferencia al conocimiento de otro hecho desconocido,¹¹ es decir, que se trata del hecho real, cierto (probado o notorio) del que se puede extraer críticamente la existencia de otro hecho no comprobable por medios directos, según el material existente en el proceso.¹²

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, se sostiene que el derecho que debe subsistir es el del autor sobre el del simple registrador.

“resolver el expediente “varios” 912/2010, relativo a la instrucción ordenada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la resolución de fecha siete de septiembre de dos mil diez, dictada dentro del expediente “varios” 489/2010”.

En ese sentido, se determinó que:

“SEXTO. Obligaciones concretas que debe realizar el Poder Judicial. Derivado de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla, resultan las siguientes obligaciones para el Poder Judicial como parte del Estado mexicano, aclarando que aquí únicamente se identifican de manera enunciativa y serán desarrolladas en los considerandos subsiguientes:

- A) Los Jueces deberán llevar a cabo un Control de convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso de constitucionalidad.
- B) ...”

11 ALSINA, Hugo, *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial*, tomo III, Buenos Aires, Argentina, ed. Ediar, 2^a edición, 1956, pp. 683, 684.

12 LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo, *Las presunciones judiciales y los indicios*, Santa Fé, Argentina, Rubinzal-Culzoni editores, 2^a edición, 2006, p. 69.

"23. SÉPTIMO. Control de convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso de constitucionalidad. Una vez que hemos dicho que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las que el Estado mexicano haya sido parte son obligatorias para el Poder Judicial en sus términos, hay que pronunciarnos sobre lo previsto en el párrafo 339 de la sentencia de la Corte Interamericana que establece lo siguiente:

"En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un 'control de convencionalidad' ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana."

24. Lo conducente ahora es determinar si el Poder Judicial debe ejercer un control de convencionalidad ex officio y cómo es que debe realizarse este control, ya que en cada Estado se tendrá que adecuar al modelo de control de constitucionalidad existente.

25. En este sentido, en el caso mexicano se presenta una situación peculiar, ya que hasta

ahora y derivado de una interpretación jurisprudencial, el control de constitucionalidad se ha ejercido de manera exclusiva por el Poder Judicial Federal mediante los mecanismos de amparo, controversias y acciones de inconstitucionalidad. De manera expresa, a estos medios de control, se adicionó el que realiza el Tribunal Electoral mediante reforma constitucional de primero de julio de dos mil ocho, en el sexto párrafo del artículo 99 de la Constitución Federal, otorgándole la facultad de no aplicar las leyes sobre la materia contrarias a la Constitución. Así, la determinación de si en México ha operado un sistema de control difuso de la constitucionalidad de las leyes en algún momento, no ha dependido directamente de una disposición constitucional clara sino que, durante el tiempo, ha resultado de distintas construcciones jurisprudenciales³. (3 En abril de 1919, el criterio del Tribunal Pleno era que todas las leyes que se opusieran a lo dispuesto en la Constitución no debían ser obedecidas por ninguna autoridad, éste criterio se expresaba en la tesis de rubro: "CONSTITUCIÓN, IMPERIO DE LA" (registro IUS 289, 870). En mayo de 1934, la Segunda Sala, estableció una tesis aislada con el rubro: "CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY" (número de registro IUS 336,181), la cual reflejaba un criterio consistente en que conforme con el artículo 133 de la Constitución Federal, todos los jueces de la República tenían la obligación de sujetar sus fallos a los dictados de la misma, a pesar de las disposiciones que en contrario pudieran existir en otras leyes secundarias. Al año siguiente, en agosto de mil novecientos treinta y cinco, la misma Sala señaló que los únicos que pueden determinar la inconstitucionalidad de algún precepto son los tribunales de la Federación, al emitir la tesis aislada de rubro: "LEYES DE LOS ESTADOS, CONTRARIAS A LOS PRECEPTOS CONSTITUCIONALES" (número de registro IUS 335,247). Cuatro años después, en febrero de 1939, la Tercera Sala de la Corte, determinó en un criterio aislado que la observan-

cia del artículo 133 de la Constitución Federal es obligatoria para los jueces locales de toda categoría, el rubro de la tesis es: "LEYES, CONSTITUCIONALIDAD DE LAS" (número de registro IUS 356,069). Posteriormente, en abril de 1942, la Segunda Sala se pronuncia nuevamente en el sentido de que todas las autoridades del país deben observar la Constitución a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en otras leyes, las tesis tienen como rubro: "CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, COMPETENCIA DEL TRIBUNAL FISCAL PARA EXAMINARLA Y ESTATUIR SOBRE ELLAS" (registro IUS 326,678) y "CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DEL IMPUESTO AL SUPERPROVECHO COMPETENCIA DEL TRIBUNAL FISCAL PARA DECIDIR SOBRE ELLA" (Registro IUS 326, 642). En el año de 1949 la misma Segunda Sala emite un criterio contrario a los anteriores, en donde vuelve a sostener que solo las autoridades judiciales de la Federación puede conocer de los problemas de "anticonstitucionalidad", la tesis tiene como rubro: "LEYES, CONSTITUCIONALIDAD DE LAS" (registro IUS 320,007). En septiembre de 1959, la Segunda Sala consideró que la vía adecuada para resolver los problemas sobre la oposición de una ley secundaria y la Constitución era el juicio de amparo, la tesis tiene como rubro: "CONSTITUCIÓN Y LEYES SECUNDARIAS, OPOSICIÓN EN LAS" (registro IUS 268, 130). En 1960 la Tercera Sala resuelve que si bien las autoridades judiciales del fuero común no pueden hacer declaratorias de inconstitucionalidad de leyes, en observancia al artículo 133 están obligadas a aplicar en primer término la Constitución Federal cuando una ley ordinaria la contravenga directamente, la tesis es de rubro: "CONSTITUCIÓN. SU APLICACIÓN POR PARTE DE LAS AUTORIDADES DEL FUERO COMÚN CUANDO SE ENCUENTRA CONTRAVENIDA POR UNA LEY ORDINARIA" (registro IUS 270, 759). En septiembre de 1968, la Tercera Sala emite un criterio en el que considera que sólo el Poder Judicial de la Federación puede calificar la constitucionalidad de las leyes a través del

juicio de amparo, el rubro es: "CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, EXÁMEN DE LA, IMPROCEDENTE, POR LA AUTORIDAD JUDICIAL COMÚN" (número de registro IUS 269,162). En agosto de 1971, la Tercera Sala se pronunció en el sentido de que todas las autoridades judiciales deben apegar sus resoluciones a la Constitución, la tesis tiene el rubro: "LEYES, CONSTITUCIONALIDAD DE LAS. SU VIOLACIÓN ALEGADA ANTE EL TRIBUNAL DE APELACIÓN" (número de registro IUS 242, 149). En junio de 1972, la Tercera Sala consideraba que el examen de la constitucionalidad de las leyes solamente estaba a cargo del Poder Judicial Federal a través del juicio de amparo, el rubro de la tesis es: "CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, EXAMEN DE LA, IMPROCEDENTE POR LA AUTORIDAD JUDICIAL COMÚN" (registro IUS 242, 028). Ya en la novena época y mediante criterio plenario emitido en mayo de mil novecientos noventa y cinco, reiterado en junio de mil novecientos noventa y siete y en tres precedentes de mil novecientos noventa y ocho, se determinó que el artículo 133 de la Constitución no autoriza el control difuso de la constitucionalidad de normas generales, la tesis es la P/J. 74/99 y lleva por rubro: "CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN". Este criterio se reitera mediante la tesis plenaria P/J. 73/99 de rubro: "CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN". En agosto de dos mil cuatro, la Segunda Sala reitera el criterio en la tesis de jurisprudencia 2ª/J. 109/2004 de rubro: "CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA CARECE DE COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE LOS VICIOS DE CONSTITUCIONALIDAD QUE EN LA DEMANDA RESPECTIVA SE ATRIBUYAN A UNA REGLA GENERAL ADMINISTRATIVA". En la misma novena época, esta Suprema Corte de Justicia al resolver la Contradicción de Tesis 2/2000, emitió la tesis

P/J. 23/2002 de rubro: "TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. CARECE DE COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES", la que quedó posteriormente sin efecto por la reforma constitucional al artículo 99 publicada el 13 de noviembre de 2007 en el Diario Oficial en la que se facultó a las Salas del Tribunal Electoral para inaplicar leyes electorales contrarias a la Constitución.)

3.- Con fecha diez de junio de dos mil once se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto por el que se modificó la denominación del capítulo I del título primero y se reformaron diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, entre ellos y para efecto del concepto de violación en que se actúa, el primero.

En ese sentido, el texto modificado y reformado antes señalado, en particular por cuanto hace al contenido del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es el siguiente:

"Título Primero

Capítulo I

De los Derechos Humanos y sus Garantías

Artículo 10. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas."

4.- Tomando en cuenta la reforma constitucional a la que me refiero en el numeral que antecede, por cuanto hace al tema de Derechos Humanos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó:

"...De este modo, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales firmados por el Estado mexicano, sino también por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se entiende en la doctrina como el principio *pro persona*."

5.- Se estableció la armonía que debe de existir entre el contenido de los artículos 1º y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con objeto de determinar el marco dentro del que debe realizarse el Control de Convencionalidad, por lo que se aleja el sistema Jurisdiccional respecto del previo control concentrado que operó, por lo que se determinó que los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal y en los Tratados Internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario establecidas en cualquier norma que no cuente con esa calidad superior, estableciendo limitaciones a los efectos de las resoluciones que el Órgano Jurisdiccional llegue a emitir - declaración general sobre la invalidez o dejar sin efecto las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos tanto en la Constitución General como en los Tratados Internacionales.

6.- A propósito del mecanismo para el Control de Convencionalidad Ex Oficio en Materia de Derechos Humanos, se determinó que:

“...debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente, pues no podría entenderse un control como el que se indica en la sentencia que analizamos si el mismo no parte de un control de constitucionalidad general que se desprende del análisis sistemático de los artículos 1º y 133 de la Constitución y es parte de la esencia de la función judicial.

31. El parámetro de análisis de este tipo de control que deberán ejercer todos los jueces del país, se integra de la manera siguiente:

- Todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 1º y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación;

- Todos los derechos humanos contenidos en Tratados Internacionales en los que el Estado mexicano sea parte. (Los tratados competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecida en el mismo texto de los tratados o mediante jurisprudencia de la misma Corte, son los siguientes: Convención Americana sobre Derechos Humanos; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; Párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”; Artículo 7 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención De Belém Do Pará”; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; y, Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.)

- Criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecidos en las sentencias en las que el Estado mexicano haya sido parte, y criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado mexicano no haya sido parte.”

“33. De este modo, este tipo de interpretación por parte de los jueces presupone realizar tres pasos:

A) Interpretación conforme en sentido amplio. Ello significa que los jueces del país, al igual que todas las demás autoridades del Estado mexicano, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

B) Interpretación conforme en sentido estricto. Ello significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquélla que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos.

C) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Ello no afecta o rompe con la lógica del principio de división de poderes y del federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte.

7.- El modelo general de control de constitucionalidad y convencionalidad, atendiendo a la resolución a la que se ha venido haciendo referencia, cuenta con las siguientes características:

Tipo de Control:

Difuso

Órgano, medios de control y fundamento constitucional:

Tribunales:

a. Federales: Juzgados de Distrito, Tribunales Unitarios de Proceso Federal y Tribunales Administrativos (**Fundamento constitucional:** 1°, 133, 104 y derechos humanos en tratados internacionales).

b. Locales: Judiciales, Administrativos y Electorales (**Fundamento constitucional:** 1°, 133, 116 y derechos humanos en tratados internacionales).

Possible resultado:

No hay declaración de inconstitucionalidad, sólo inaplicación.

Forma:

Incidental, sin que ello suponga la apertura de un expediente por cuerda separada, sino la posibilidad de inaplicación durante el proceso correspondiente.

Por cuanto hace al "Control de convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso de la constitucionalidad", se determinó:

"Por mayoría de siete votos de los señores Ministros Cossío Díaz, porque la obligación deriva de un sistema, Franco González Salas, con base en lo dispuesto en el artículo 1º constitucional y en la propia sentencia, Zaldívar Lelo de Larrea, por la razón manifestada por el señor Ministro Cossío Díaz, Valls Hernández, en atención a lo dispuesto en el artículo 1º constitucional, Sánchez Cordero de García Villegas, Ortiz Mayagoitia y Presidente Silva Meza, se determinó que, de conformidad con el párrafo 339 de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Radilla Pacheco, el Poder Judicial de la Federación debe ejercer un control de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes."

"Por mayoría de siete votos de los señores Ministros Cossío Díaz, sin perjuicio de las demás obligaciones que corresponden al resto de las autoridades del Estado Mexicano, Franco González Salas, en los mismos términos que el señor Ministro Cossío Díaz, Zaldívar Lelo de Larrea, en el mismo sentido, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas, Ortiz Mayagoitia, ya que así se determinó en la sentencia respectiva y ésta es obligatoria para la Suprema Corte, y Presidente Silva Meza, en

los mismos términos que el señor Ministro Ortiz Mayagoitia, se determinó que el control de convencionalidad debe ejercerse por todos los jueces del Estado Mexicano.”

“Por mayoría de siete votos de los señores Ministros Cossío Díaz, Franco González Salas, Zaldívar Lelo de Larrea, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas, Ortiz Mayagoitia y Presidente Silva Meza, se determinó que el modelo de control de convencionalidad y constitucionalidad que debe adoptarse a partir de lo establecido en el párrafo 339 de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, y en los artículos 1º, 103, 105 y 133 de la Constitución Federal, propuesto por el señor Ministro Cossío Díaz, es en el sentido de que: 1) los jueces del Poder Judicial de la Federación, al conocer de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y de amparo, pueden declarar la invalidez de las normas que contravengan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos; 2) los demás jueces del país, en los asuntos de su competencia, podrán desaplicar las normas que infrinjan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos, sólo para efectos del caso concreto y sin hacer una declaración de invalidez de las disposiciones, y 3) las autoridades del país que no ejerzan funciones jurisdiccionales deben interpretar los derechos humanos de la manera que más los favorezca, sin que estén facultadas para declarar la invalidez de las normas o para desaplicarlas en los casos concretos.”

8.- La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Palamara Iribarne *versus* Chile, en la Sentencia de veintidós de noviembre de dos mil cinco (*Fondo Reparaciones y Costas*),¹³ determinó:

“67. El artículo 13 de la Convención Americana dispone, inter alia, que:

- 1.** Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
- 2.** El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
 - a.** el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
 - b.** la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
- 3.** No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.
- 4.** Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos

13 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf

para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

[...]"

1) "La libertad de pensamiento y de expresión

71. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Convención, los Estados no pueden impedir ni restringir, más allá de lo legítimamente permitido, el derecho de las personas a "buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, [...] ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección". Además, dicha norma establece los supuestos en los que se pueden realizar restricciones a esos derechos, así como regula lo relativo a la censura previa. En varias oportunidades el Tribunal se ha pronunciado sobre los medios a través de los cuales pueden establecerse legítimamente restricciones a la libertad de expresión, y sobre lo dispuesto en el artículo 13 en materia de censura previa.¹⁴

72. Tal como ha establecido la Corte, "la expresión y la difusión del pensamiento son indivisibles",¹⁵ por lo que para garantizar efectivamente el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión el Estado no puede limitar indebidamente el derecho a difundir las ideas y opiniones.

73. En el presente caso, para que el Estado garantizara efectivamente el ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión del señor Palamara Iribarne no bastaba con que permitiera que escribiera sus ideas y opiniones, sino que tal protección comprendía el deber de no restringir su difusión, de forma tal que pudiera distribuir el libro utilizando cualquier medio apropiado para hacer llegar tales ideas y opiniones al mayor número de destinatarios, y que éstos pudieran recibir tal información."¹⁶

"78. La Corte considera que, en las circunstancias del presente caso, las medidas de control adoptadas por el Estado para impedir la difusión del libro "Ética y Servicios de Inteligencia" del señor Palamara Iribarne constituyeron actos de censura previa no compatibles con los parámetros dispuestos en la Convención, dado que no existía ningún elemento que, a la luz de dicho tratado, permitiera que se afectara el referido derecho a difundir abiertamente su obra, protegido en el artículo 13 de la Convención."

"102. La jurisprudencia del Tribunal ha desarrollado un concepto amplio de propiedad, el cual abarca, entre otros, el uso y goce de los "bienes", definidos como cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona. Dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor.¹⁷ Por ello

14 Cfr. Caso Ricardo Canese, supra nota 172, párr. 95; Caso Herrera Ulloa, supra nota 174, párrs. 108-111; Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros), supra nota 174, párr. 70; y La Colegiación Obligatoria de Periodistas. Opinión Consultiva OC-5/85, supra nota 172, párrs. 36-38..

15 Cfr. Caso Ricardo Canese, supra nota 172, párr. 78; Caso Herrera Ulloa, supra nota 174, párr. 109; y La colegiación obligatoria de periodistas. Opinión consultiva OC-5/85, supra nota 172, párr. 36.

16 Cfr. Caso Ricardo Canese, supra nota 172, párr. 78; Caso Herrera Ulloa, supra nota 174, párr. 108; y Caso Ivcher Bronstein, supra nota 173, párr. 146.

17 Cfr. Caso de la comunidad indígena Yakye Axa, supra nota 5, párr. 137; Caso de la Comunidad Moiwana. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C, No. 124, párr. 129; y Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, No. 79, párr. 144.

dentro del concepto amplio de "bienes" cuyo uso y goce están protegidos por la Convención, también se encuentran incluidas las obras producto de la creación intelectual de una persona, quien, por el hecho de haber realizado esa creación adquiere sobre ésta derechos de autor conexos con el uso y goce de la misma.

103. La protección del uso y goce de la obra confiere al autor derechos que abarcan aspectos materiales e inmateriales. El aspecto material de estos derechos de autor abarca, entre otros, la publicación, explotación, cesión o enajenación de la obra y, por su parte, el aspecto inmaterial de los mismos se relaciona con la salvaguarda de la autoría de la obra y la protección de su integridad. El aspecto inmaterial es el vínculo entre el creador y la obra creada, el cual se prolonga a través del tiempo. Tanto el ejercicio del aspecto material como del aspecto inmaterial de los derechos de autor son susceptibles de valor y se incorporan al patrimonio de una persona. En consecuencia, el uso y goce de la obra de creación intelectual también se encuentran protegidos por el artículo 21 de la Convención Americana."

104. Además de la Convención, diversos instrumentos internacionales y acuerdos reconocen los derechos de autor y en Chile se encuentra regulado en la Ley No. 17.336 de Propiedad Intelectual, así como en la Ley No. 19.912, en la cual se indica que se adecua la legislación chilena a los acuerdos suscritos por dicho Estado con la Organización Mundial del Comercio. La primera de las referidas leyes establece en su artículo 1, inter alia, que el derecho de autor comprende los derechos patrimonial y moral, que protegen el aprovechamiento, la paternidad y la integridad de la obra. Además, en el Capítulo II indica que el titular original de dicho derecho es el autor de la obra y se presume como tal a la persona que figura en el ejemplar que se registra."

"111. Por las anteriores consideraciones, la Corte concluye que el Estado violó en perjuicio del señor Humberto Antonio Palamara Iribarne el derecho a la propiedad privada establecido en el artículo 21.1 y 21.2 de la Convención Americana, y ha incumplido la obligación general de respetar y garantizar los derechos establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado."

III CONSIDERACIONES

Ante la existencia de los derechos que de manera expresa prevé la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, resulta un hecho incontrovertible que el Estado mexicano:

1.- Se encuentra obligado a garantizar de manera efectiva el derecho humano y las garantías con las que cuentan los gobernados.

2.- Debe privilegiar la libertad de pensamiento y de expresión.

3.- Debe aplicar, a manera de criterio rector en sus resoluciones, en el caso concreto y que es materia del presente trabajo, el contenido de la resolución emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al resolver el Caso Palamara Iribarne vs. Chile, a través de la Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Fondo Reparaciones y Costas) como un Derecho Humano.

4.- Deberá privilegiar al autor de una obra, artística o literaria, sobre el derecho que supone el Registro que se otorga a través de una Reserva de Derechos al Uso Exclusivo.

5.- Evitar que se prohíba el derecho del autor de difundir y utilizar abierta y libremente su obra, so pretexto de la existencia del registro que se otorga a través de una Reserva de Derechos al Uso Exclusivo.

6.- Tomar en consideración el derecho tutelado en el artículo 13 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), aplicado e interpretado de manera directa por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el caso Palamar Iribarne vs. Chile determinó que "dentro del concepto amplio de "bienes" cuyo uso y goce están protegidos por la Convención, también se encuentran incluidas las obras producto de la creación intelectual de una persona, quien, por el hecho de haber realizado esa

creación adquiere sobre ésta derechos de autor conexos con el uso y goce de la misma".

7.- Tomar en cuenta que el Derecho de Autor, para ser protegido *per se* no se encuentra subordinado a formalidad alguna, registro u otorgamiento alguno, sino que la protección se otorga al autor y su obra desde el momento en que hayan sido fijadas en un soporte material, independientemente del mérito, destino o modo de expresión.

Evitar que se prohíba el derecho del autor de difundir y utilizar abierta y libremente su obra, so pretexto de la existencia del registro que se otorga a través de una Reserva de Derechos al Uso Exclusivo.

CONCLUSIONES

Lo que una Reserva de Derechos al Uso Exclusivo supone y lo que de su propia naturaleza se desprende es el Derecho de Autor.

Se debe privilegiar el Derecho de Autor como una característica indispensable y sin la cual la cultura y el desarrollo de las naciones no serían posibles.

Privilegiar un simple registro sobre el Derecho de Autor mismo, es una contradicción que deberá ser, en todo caso, resuelta por los más altos tribunales del país al instaurar, precisamente, la aplicación de la ley o la no aplicación del precepto legal que corresponda, simplemente como una consecuencia del respeto a los derechos humanos como la tutela indispensable y necesaria para todo creador.

El reconocer y privilegiar la creación misma en estricto respeto a las garantías constitucionales y aquellos principios fundamentales que el ser autor y creador de una obra supone, propicia la

existencia y desarrollo de la cultura, por lo que ese reconocimiento y privilegio deberá materializarse evitando que un registro se ubique por encima de la obra misma y su autor.

La opinión del suscrito siempre será en el sentido de apoyar al autor de una obra, al creador, a aquel sujeto que dedica su tiempo a la creación, al resultado del intelecto, a la cultura, a todo aquello sin lo que no podría un Estado ser lo que es; no hacerlo así supone renunciar a la cultura, al privilegio que otorga una Constitución, una Carta Magna, a todos aquellos que han trabajado por y para la cultura de un país.

SedebeprivilegiarelDerecho de Autor como una característica indispensable y sin la cual la cultura y el desarrollo de las naciones no serían posibles.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido y colocado en su justo medio lo que es un autor y los derechos que ello supone. ©

V

BIBLIOGRAFÍA

ALSINA, Hugo, *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial*, , tomo III, Buenos Aires, Argentina, ed. Ediar, 2^a edición, 1956.

CABALLERO Leal, José Luis, *Derecho de autor para autores*, México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 2004.

DOMINGUEZ Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho Civil. Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, México, ed. Porrúa, 8^a edición, 2000.

FERREYRA de la Rúa, Angelina, et al, *Teoría general del Proceso*, tomo I, Córdoba Argentina, ed. Advocatus, 2005.

LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo, *LAS PRESUNCIONES JUDICIALES Y LOS INDICIOS*, Santa Fé, Argentina, Rubinzal-Culzoni editores, 2^a edición, 2006.

LIPSZYC, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, Unesco-Cerlalc-Zavalía, 1993.

Caso Palamara Iribarne vs. Chile.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)

Código Civil Federal

Ley Federal del Derecho de Autor

Cuauhtémoc Hugo CONTRERAS LAMADRID

Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), concluyó la Especialidad en Propiedad Intelectual en la División de Posgrado de la Facultad de Derecho de la misma Universidad, especialista en Derecho Civil por la Universidad Panamericana y con estudios de posgrado en Derecho Procesal y Amparo en la UNAM. Profesor de las materias de Teoría del Proceso, Derecho Procesal Civil, Obligaciones y Contratos y Laboratorio de Enseñanza Práctica de Derecho de la Facultad de Derecho y Formalidad y Publicidad del Acto Jurídico en la Especialización en Derecho Civil de la División de Estudios de Posgrado, ambos de la UNAM, impartiendo cátedra en los diplomados para titulación en materias civil, procesal civil y familiar, organizados por la División de Educación Continua de la Facultad de Derecho de la misma Universidad; forma parte del claustro de profesores que de manera permanente imparten el Ciclo de Conferencias "Temas Selectos de Derecho Procesal Civil", organizado por el Laboratorio de Enseñanza Práctica de Derecho de la Facultad de Derecho de la UNAM.

Ha sido distinguido por la Facultad de Derecho de la UNAM con la Cátedra Extraordinaria "José Castillo Larrañaga" por su alto desempeño académico.

Es miembro del Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la UNAM; del Colegio Nacional de Profesores de Derecho Procesal; del Colegio de Profesores de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la UNAM; del Instituto

Iberoamericano de Derecho Procesal; Miembro Honorario del Colegio de Abogados Procesalistas de Chiapas, A.C.; Miembro Honorario del Instituto de Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador, Buenos Aires, Argentina; Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional; Miembro Honorífico de la Asociación Panameña de Derecho Procesal Constitucional y de la Asociación Nacional de Abogados de Empresa, Colegio de Abogados, A.C. (ANADE).

Ha participado como Coordinador Académico en el programa de televisión Mirador Universitario organizado por la Coordinación de Universidad Abierta y Educación a Distancia (CUAED) de la UNAM en las series "El derecho de autor, un factor de desarrollo cultural, social y económico", "¿Y tú, defiendes tus derechos?" y "La Propiedad Intelectual y la innovación tecnológica".

Ha pronunciado conferencias en materia de Derechos Humanos, Derecho Procesal, Propiedad Intelectual y Amparo en México y en el extranjero.

Es asesor legal de empresas editoriales, de telecomunicaciones, inmobiliarias y personas físicas en general.

Socio de la firma Vázquez, Contreras y Rivera, Abogados (VCRA), de la que es Socio Director del área de Litigio Judicial, comprendiendo las materias civil (mercantil, familiar, arrendamiento), propiedad intelectual, competencia económica, amparo y temas administrativos.

Protección internacional de obras audiovisuales e interpretaciones (cuestiones contractuales y mercadológicas del sector)

Victor DRUMMOND *

SUMARIO

- I. Introducción.
- II. La importancia del Tratado de Beijing para el desarrollo de los derechos de autor y conexos en el sector audiovisual.
- III. Derechos de los intérpretes del sector audiovisual.
- III.1. El derecho de imagen (derecho a la propia imagen).
- III.2. Derecho laboral.
- III.3. Derechos conexos.
- IV. El derecho de remuneración compensatoria.
- V. La circulación de obras audiovisuales y la ampliación de la diversidad cultural como consecuencia de modificaciones del paradigma actual.
- VI. Conclusiones.
- VII. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN



En el presente texto trataré de analizar algunos aspectos sobre la protección internacional de obras audiovisuales e interpretaciones. No pretendo ser exhaustivo, ya que el tema no lo permite por su complejidad, pero de todos modos tengo la pretensión de proponer ideas generales sobre la protección de los derechos de los intérpretes del sector audiovisual, con indicación de algunos elementos que han sido apuntados en el Tratado de Beijing, y cómo estos elementos pueden influir en el mercado de audiovisual.

Ya adelanto que, en mi opinión, respecto a los países del sistema de derecho de autor y conexos, el diferencial que permite el desarrollo de medidas de protección de derechos de los intérpretes está basado en los valores económicos, como también el propio cambio paradigmático del análisis de protección jurídica de los titulares del sector tiene origen en la cuestión económica.

De esta forma, voy a tratar de indicar las categorías jurídicas que protegen a los intérpretes del sector audiovisual y destacar una de ellas, el derecho de remuneración por la explotación de la obra, modalidad de derecho que está incluida entre los derechos de los intérpretes de naturaleza económica,¹ y que considero

* Abogado y profesor universitario. Director general de Inter Artis Brasil (IAB), abogado en materia de Propiedad Intelectual. Presidente del Instituto Latino de Derecho y Cultura (ILDC). Titulado con la maestría (LLM) por la Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa con la tesis "La tutela jurídica de las expresiones culturales tradicionales". Doctorando por la UNESA, Rio de Janeiro. Profesor universitario invitado de diversas universidades en España y Portugal. Ponente en más de 15 países, incluido México.

1 Sobre el tema de las categorías jurídicas es importante subrayar que los derechos morales no serán parte de mis análisis. El contexto no económico de los derechos conexos de los intérpretes no será analizado, toda vez que mi estudio está centrado en la influencia de las manifestaciones jurídicas en el mercado y también la justificación económica para el desarrollo del nuevo paradigma de derecho que se implementa con el Tratado de Beijing. Comprendo, en este sentido, que los derechos morales de autor están limitados y en gran parte – y como cláusula general - no justifican los impedimentos de la circulación de la obra, por lo que analizar esta hipótesis será trabajar sobre condiciones muy específicas, que no es el objetivo del presente estudio, que trata del enfoque jurídico-económico.

como la posibilidad del efectivo desarrollo de los derechos y de la efectiva protección de los intérpretes en países con sistema de derecho de autor y conexos.

Así, propongo la percepción de que algunos elementos del indicado derecho son fundamentales y que, además de estar indicados en el Tratado de Beijing, siguen siendo propues-

tos en textos de distintas legislaciones nacionales, como se podrá observar.

Por otro lado, trataré de señalar algunos aspectos del mercado que influyen y, a la vez, son influidos por supuestos jurídicos importantes. También voy a analizar, desde una perspectiva panorámica, las diferencias estructurales de los derechos relacionados con los intérpretes del sector audiovisual.

LA IMPORTANCIA DEL TRATADO DE BEIJING PARA EL DESARROLLO DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS EN EL SECTOR AUDIOVISUAL

Como ya sabemos, el día 24 de junio de 2012 se celebró en la capital de República Popular de China la Conferencia Diplomática que ha dado lugar al esperado Tratado de Beijing.²

El Tratado de Beijing no empezó en 2012, pues ya en 1996 la OMPI había intentado la consolidación de un mínimo de derechos en la Conferencia Diplomática de ese año que, como es sabido, terminó sin acuerdo de mínimos. El mismo procedimiento se intentó en líneas generales en el año 2000, pero la Conferencia se suspendió porque los países miembros de la OMPI no llegaron a un consenso.

Ya en la conferencia del año 2012 se evidenció que el ánimo de los delegados era altamente positivo. Destacaron las propuestas de participantes como México, Brasil, Nigeria, India, EEUU, Unión Europea, entre otros, que resultaron constructivas y ayudaron a consolidar el Tratado.

El hecho de que las delegaciones buscaran desde el inicio del trabajo una consolidación

de opiniones favorables, además de haber contribuido al éxito del Tratado, puede ser analizado como una consecuencia del cambio de paradigma jurídico y, en algún sentido, un cambio de perspectiva de cómo debe ser observado el mercado de audiovisual.

En síntesis, se puede decir que el Tratado de Beijing es un marco por diversos aspectos:

1. Ha **establecido un marco legal internacional** que estaba en negociación desde mediados de la década de los años 90 del siglo pasado.
2. Ha permitido la constatación, por el contenido de su propio texto, incluso en el ámbito oficial de la OMPI, de que **el mercado de derechos de autor y conexos en el sector audiovisual no está exclusivamente dirigido a la música.**
3. Ha destacado un **mínimo de derechos** que no interfiere en los distintos sistemas de derecho de autor y derechos conexos pero estimula el desarrollo de leyes nacionales;

² Texto integral en el sitio de la OMPI: wwwOMPI.int

4. Permite un **equilibrio sistémico** al considerar que los países de sistemas jurídicos diferentes no necesitan cambiar sus supuestos y principios jurídicos.³
5. **Estimula la creación de entidades de gestión colectiva del sector audiovisual especialmente en países en desarrollo**, lo que es importante en cuanto a la colaboración internacional.
6. **Incrementa las fuentes de remuneración de los intérpretes** del sector audiovisual.

Además de estas indicaciones, es importante percibir de qué manera se manifiestan las relaciones entre los diferentes participantes del sector de derechos de autor y conexos en el audiovisual y de qué modo el Tratado podrá influir en las legislaciones nacionales sobre el tema.

Trataré seguidamente de indicar las diferencias entre la naturaleza de los distintos derechos aplicables a los intérpretes del sector audiovisual, con especial atención a los que interpretan un papel en una obra audiovisual, los actores y actrices de voz o de doblaje.

DERECHOS DE LOS INTÉRPRETES DEL SECTOR AUDIOVISUAL

Considerando los derechos de los artistas y creadores en el ámbito del sector audiovisual, es cierto que los derechos de los intérpretes están entre los que presentan más complejidad en su naturaleza, en especial cuando hablamos de los que interpretan un papel.

Ante todo hay que entender que la protección de sus actividades son consecuencia de sus interpretaciones, pero hay que distinguir, por un lado si lo son del propio oficio, es decir, de las actividades que componen su propio trabajo (bajo la protección del derecho laboral) o si por el contrario, lo son de su participación en una obra audiovisual (derechos conexos a los derechos de autor).⁴

Por otro lado, también es cierto que en muchos países los actores son protegidos, como

cualquier otra persona, en el ámbito del derecho de imagen, materia que puede formar parte del ordenamiento civil o constitucional, como en el caso de Brasil, Portugal y España, por citar algunos.

De este modo, es muy importante diferenciar los tres grupos de derechos que importan objetivamente a los intérpretes del sector audiovisual.

III.1. EL DERECHO DE IMAGEN (DERECHO A LA PROPIA IMAGEN)

Aunque muchas veces se confunde con otros derechos, el derecho de imagen no es una prerrogativa de los intérpretes del sector audiovisual, ni tampoco tiene relación tan directa con la condición del intérprete como se suele imaginar.

3 En este sentido, es evidente y público el hecho de que la aceptación y acuerdo entre la delegación de los EEUU y otras delegaciones del sistema de derecho de autor y conexos han conducido a una solución efectiva sobre los términos del Tratado. Y ello porque en las negociaciones de los años 1996 y 2000 este obstáculo era insuperable. Tanto es verdad que no se llegó a un texto final para un Tratado en ninguna de las dos ocasiones.

4 Y de la explotación de las obras en las que hayan participado, como son los derechos de valor económico desarrollados bajo la forma de remuneración económica por el uso de la obra.

El derecho que alguien tiene sobre su imagen viene a significar, en líneas muy generales, que terceros no pueden hacer uso de la imagen de la persona sin una autorización previa. Es decir, cualquier persona que pueda ser identificable por su imagen es titular de ese derecho.⁵ En esta cuestión debemos comprender que hay excepciones del ejercicio del uso relacionadas con la divulgación de personas que sean personajes públicos (políticos, etc.) o que hayan elegido una profesión que en la práctica conduce a que su imagen sea publicada muchas veces aunque no exista autorización (como puede ser el caso de deportistas, actores, modelos, presentadores de televisión, etc.).⁶

Por otro lado, es importante subrayar que la imagen es tanto la representación perceptible a los ojos -"imagen-retrato"- , como también la consideración social, la que llamamos "imagen-atributo". Por estos motivos, con mayor razón se puede concluir que la imagen no es una exclusividad de los intérpretes del sector audiovisual.

Lo importante y lo que debemos advertir es que el derecho de alguien a poder protegerse contra el uso de su imagen puede ser ejercido por cualquier persona independientemente de su condición de actor o intérprete del sector audiovisual. Los mismos actores, en muchas ocasiones confunden esta protección de la imagen con los derechos conexos, que serán seguidamente analizados.

III.2. DERECHO LABORAL

Cuando una persona actúa como trabajadora en alguna actividad que sea su especialidad o

El derecho que alguien tiene sobre su imagen viene a significar, en líneas muy generales, que terceros no pueden hacer uso de la imagen de la persona sin una autorización previa.

Es decir, cualquier persona que pueda ser identificable por su imagen es titular de ese derecho.

simplemente su oficio, la ley le permite que sea valorada por esta actividad recibiendo en consecuencia una remuneración. De las diferentes profesiones que hay muchas están, efectivamente, reglamentadas. El oficio del intérprete del sector audiovisual, especialmente el de los actores, consiste en llevar al público en general la emoción de un papel interpretado, "poniendo color" a las obras de ficción y, en algún sentido, transformándolas por su elección de cómo interpretar al personaje que le ha sido asignado.

El oficio del actor es interpretar el papel, algunas veces en el teatro, otras frente a la cámara de televisión o de cine. Como consecuencia de la actividad de interpretar un papel, y considerando las ocasiones que su interpretación formará parte de una obra audiovisual, el intérprete tendrá derechos de orden patrimonial y moral, de valor no económico, como se examinará seguidamente. Estos valores protegidos por las leyes de derecho de autor y conexos no son de naturaleza laboral, aunque de hecho sean una consecuencia de una misma actividad, pero lo que viene a diferenciar su aplicación

5 Aquí estoy indicando básicamente la protección de la imagen retrato o imagen objeto y no el derecho relacionado con la imagen atributo.

6 Esta condición pública de las indicadas personas no implica, en todo caso, un uso libre de sus imágenes pues, obviamente, no se puede ofender a los retratados "lícitamente".

es precisamente la existencia de una obra audiovisual.⁷

La remuneración del intérprete y el conjunto de protecciones relacionadas con esta actividad laboral (protección contra horas excesivas de trabajo, entre otras) están reguladas en el derecho laboral de cada país, siempre teniendo en cuenta las especialidades del mercado de actividades del sector.

Pero, por otro lado, el conjunto de protecciones relacionadas con la obra audiovisual incide en otro campo de derechos, que son los derechos conexos.

III.3. DERECHOS CONEXOS

El contexto de derechos conexos se aplica al entender que el autor de una obra ostenta una serie de derechos reconocidos en las leyes nacionales y tratados internacionales, como consecuencia de su actividad interpretativa en una obra audiovisual. El hecho es que cada legislación puede variar en algunos derechos puntuales, pero, en esencia, hay algunos derechos que efectivamente forman parte de las legislaciones de los países y de los tratados.

Es importante subrayar que el derecho de autor es aplicable una vez que una obra sea

creada por algún autor, variando la posibilidad de aplicación de acuerdo con el sistema aplicable. Es decir, en los países del sistema del *copyright* en general se exige que la obra esté en un soporte físico y otras veces, que esté registrada. En cambio, en el otro sistema, el de derecho de autor y conexos, lo que usualmente se observa es la protección con la simple exteriorización de la obra. Aunque se tenga en las manos tales diferencias, el derecho relacionado con los intérpretes no es una consecuencia de una creación, sino de una interpretación, por lo que tal derecho no se trata como de autor, sino como conexo o vecino al de autor.

Así, todo el sistema que trata de incluir el derecho conexo al de autor, considera que tiene un derecho conexo el titular que aporta algo significativo a la creación, en el sentido que la propia creación tenga su curso en la vida de las manifestaciones artísticas.⁸

El hecho de que el intérprete aporte "algo" a la creación es lo que le pone en una posición de titular de derecho, que, a final, no es la misma que la del titular del derecho de autor, como titular de derecho sobre la creación misma. La valoración de la interpretación es de orden económico, pero también está constituida por valores no económicos que por su complejidad no serán tratados en este estudio.

7 Sobre el tema, ver las indicaciones en el texto de la UNESCO: *Informe de síntesis sobre la aplicación por los estados miembros de la recomendación de 1980 relativa a la condición del artista en la 36^a reunión de la Conferencia General de la UNESCO en París, Punto 8.6 del orden del día provisional*. http://unesdoc.unesco.org/images/0021/002132/213223s.pdf#xml=http://unesdoc.unesco.org/ulis/cgi-bin/ulis.pl?database=&set=50120677_2_404&hits_rec=30&hits_lng=spa

UNESCO, Paris, 2011 *Empleo y condiciones de trabajo y de vida*: 14. Una de las principales dificultades que se deben tomar en consideración es que muchos artistas creativos trabajan por proyectos, y pueden tener varios al mismo tiempo, o ninguno. Además, mientras que los artistas asalariados reciben por lo general el mismo trato que otros trabajadores, esas normas no se aplican a los que trabajan de manera intermitente, por su cuenta o de forma ocasional, o son contratistas independientes.

8 Para los efectos de lo que ahora se indica, estoy tratando de considerar los derechos conexos excluyendo de la definición y del análisis los derechos de los titulares de fonogramas y de las empresas de radiodifusión, también considerados titulares de derechos conexos no por aportar algo por su interpretación, sino por facilitar la circulación de la obra en el ambiente cultural Si la denominación de estos derechos es o no la más apropiada no es un tema que deba ser tratado en este estudio.

Todo esto que he considerado hay que percibirlo desde el simple hecho de que, para el titular de las obras del sector audiovisual, ser titular del derecho sobre su interpretación no es necesariamente suficiente para obtener regalías por los derechos relacionados con la efectiva circulación de la obra. Es decir, aunque el intérprete de una obra audiovisual sea titular de un derecho conexo, no significa que el titular de derecho conexo podrá hacer circular o disminuir la circulación de la obra de modo independiente al titular de la obra misma.

En este sentido, muchas legislaciones nacionales, en especial en el contexto europeo, han preferido dar otra interpretación al tema, tratando el derecho del intérprete del sector audiovisual como un derecho no de características de derecho exclusivo (como suele ocurrir en el derecho de autor), sino como de simple remuneración.

Es decir, aunque se estuviera tratando de derechos conexos, como consecuencia de las actividades efectuadas por el intérprete, se podría hablar de una remuneración posterior basada en el uso de la obra, considerado éste de modo independiente a los derechos laborales y no permitiendo que el intérprete sea responsable de la circulación de la obra.

Así, obviamente, el mercado considera que cuando una obra es creada y desarrollada en el sector audiovisual tomará vida propia y será explotada en muchas y distintas situaciones. Una obra, sea película, serie, telenovela, dependiendo de su categoría podrá ser explotada de muchos modos distintos como: exhibición en salas de cine; exhibición por canales de cable; exhibición en televisiones abiertas; exhibición en medios de transporte, etc. La lógica general que existe por el hecho de la explotación de la obra es que cuanto más se pueda explotar su contenido y exhibir y acercar al público, mas fuerza económica

tendrá la obra y más regalías podrá generar a sus titulares, llegando ya el momento de remunerar también a los intérpretes.

En este sentido, muchas legislaciones nacionales, en especial en el contexto europeo, han preferido dar otra interpretación al tema, tratando el derecho del intérprete del sector audiovisual como un derecho no de características de derecho exclusivo (como suele ocurrir en el derecho de autor), sino como de simple remuneración.

En este sentido, se ha implementado una tendencia en Europa continental, que se ha trasladado también a países latinoamericanos y ahora se ha convertido en internacional, de que, además de los titulares y participantes de la cadena productiva, que permiten la circulación de la obra como producto final (los productores, distribuidores, exhibidores, entre otros), también podrán recibir derechos de autor en la obra audiovisual todos los titulares involucrados y que sean protegidos por la ley, sean autores (guionistas, directores, compositores, etc.) o titulares de derechos conexos por su condición de intérpretes (actores y actrices de imagen y de doblaje, bailarines, etc.). La indicada tendencia internacional acaba de ser confirmada con la aprobación de los términos del Tratado de Beijing en junio pasado.

En líneas todavía muy generales, lo que interesa en términos económicos a la protección de los intérpretes del sector audiovisual es saber que estos titulares también deben recibir valores por la explotación de la obra, una vez que la misma sea utilizada y ello, aunque se tenga ya abonado el trabajo del intérprete con ocasión de su actividad laboral en el momento de la producción de la obra por algún titular de derecho, empleador del intérprete.

Mientras el derecho laboral protege al actor contra los excesos por parte de su empleador y garantiza la recepción de salarios por su actividad laboral, los derechos conexos (que forman parte de la categoría de derechos de autor y derechos conexos) protegen algunas actividades del intérprete y, cuando se establecen bajo la forma de derechos de remuneración, posibilitan al intérprete la recepción de mayores regalías, cuantos más ingresos económicos haya generado la explotación de la obra en la que ha participado.

Todo esto demuestra que los derechos aplicables a las actividades relacionadas con los intérpretes del sector audiovisual son de distintas naturalezas: mientras el derecho de imagen protege a cualquier persona contra actividades que puedan ser ofensivas para su imagen atributo o retrato, los derechos laborales y derechos conexos de los intérpretes tienen una naturaleza específica de protección de las actividades del actor.

A su vez, mientras el derecho laboral protege al actor contra los excesos por parte de su empleador y garantiza la recepción de salarios por su ac-

tividad laboral, los derechos conexos (que forman parte de la categoría de derechos de autor y derechos conexos) protegen algunas actividades del intérprete y, cuando se establecen bajo la forma de derechos de remuneración, posibilitan al intérprete la recepción de mayores regalías, cuantos más ingresos económicos haya generado la explotación de la obra en la que ha participado.

Es decir, durante el período en el cual la obra puede generar valores y ser utilizada mediante ingresos, los titulares de la misma participan económicamente de las ganancias, aunque ya hayan recibido su salario por su participación en el momento de la producción de la obra (pues en este caso lo que justifica el cobro son los derechos laborales), mientras que, a partir del momento de la explotación económica de la obra, se trata de derechos conexos del intérprete, con todos los matices y características que se observan sobre los valores económicos y sobre los derechos de remuneración.

El marco legal más importante para los actores es la indicación de que debe haber una remuneración por el uso de la obra audiovisual cada vez y por cada explotación y que el derecho de esta naturaleza tiene como importantes características, ser inalienable e irrenunciable.

Entre los derechos que son aplicables y que generan ingresos a los intérpretes del audiovisual están los siguientes: la remuneración por comunicación al público por televisiones abiertas, por cable, salas de cine, medios de transporte entre otros; el derecho por el alquiler de las obras de audiovisual; el derecho de remuneración por copia privada; el derecho de puesta a disposición al público (internet) y otros, de acuerdo con cada legislación nacional que los determine.

En este sentido, el marco legal más importante para los actores es la indicación de que debe haber una remuneración por el uso de la obra audiovisual cada vez y por cada explotación y que el derecho de esta naturaleza tiene como importantes características, ser inalienable e irrenunciable.

EL DERECHO DE REMUNERACIÓN COMPENSATORIA

Cuadro 1 – Leyes nacionales de derecho de autor con disposiciones sobre el derecho de remuneración (Chile, México, Colombia y Perú).

CHILE	MÉXICO	COLOMBIA	PERÚ
<p>Chile; ley nº 20.243:</p> <p>Art. 3º. El artista intérprete y ejecutante de una obra audiovisual, <u>incluso después de la cesión de sus derechos patrimoniales</u>, tendrá el derecho <u>irrenunciable e intransferible</u> de percibir una remuneración por cualquiera de los siguientes actos que se realicen respecto de soportes audiovisuales (...) en que se encuentran fijadas o representadas sus interpretaciones o ejecuciones audiovisuales:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) La comunicación pública y radiodifusión que realicen los canales de televisión, canales de cable, organismos de radiodifusión y salas de cine, mediante cualquier tipo de emisión, análogo o digital; b) La puesta a disposición por medios digitales interactivos; c) El arrendamiento al público, y d) La utilización directa de un videograma o cualquier otro soporte audiovisual o una reproducción del mismo, con fines de lucro (...). <p>La remuneración a que se refiere este artículo no se entenderá comprendida en las cesiones de derechos que el artista hubiere efectuado con anterioridad a esta ley (...).</p> <p>Art. 4º.- El pago de la remuneración podrá efectuarse a través de la entidad de gestión colectiva que los represente (...)</p>	<p>México; Ley Federal del Derecho de Autor de 1996:</p> <p>Art. 117-bis "... el artista intérprete o el ejecutante, tiene el derecho <u>irrenunciable</u> a percibir una remuneración por el uso o explotación de sus interpretaciones o ejecuciones que se hagan con fines de lucro directo o indirecto, por cualquier medio, comunicación pública o puesta a disposición.</p>	<p>Colombia; Ley 1403/2010, por la cual se adiciona la Ley 23 de 1982.</p> <p>Art. 1º Parágrafo 1º. (...) los artistas intérpretes de obras y grabaciones audiovisuales <u>conservarán, en todo caso</u>, el derecho a percibir una <u>remuneración equitativa</u> por la comunicación pública, incluida la puesta a disposición y el alquiler comercial al público, de las obras y grabaciones audiovisuales donde se encuentren fijadas sus interpretaciones o ejecuciones (...).</p> <p>Este derecho de remuneración se hará efectivo a través de las sociedades de gestión colectiva, constituidas y desarrolladas por los artistas intérpretes de obras y grabaciones audiovisuales (...)</p>	<p>Perú; Ley nº 28131 del Artista Intérprete y Ejecutante.</p> <p>Art. 18º. Derecho de Remuneración</p> <p>18.1 Los artistas, intérpretes o ejecutantes tienen el derecho a percibir una <u>remuneración equitativa</u> por:</p> <ol style="list-style-type: none"> a) La utilización directa o indirecta para la radiodifusión o para la comunicación al público de las interpretaciones o ejecuciones fijadas o incorporadas en obras audiovisuales (...) b) El alquiler de sus fijaciones audiovisuales o fonogramas (...) c) La transferencia de la creación artística (...) para ser utilizada por un medio diferente al originario. <p>Art. 20º. Compensación por Copia Privada</p> <p>20.1 La reproducción realizada exclusivamente para uso privado (...) origina el pago de una compensación por copia privada, a ser distribuida entre el artista, el autor y el productor del videograma y/o del fonograma (...)</p> <p>Art. 21º. Atribución de las Sociedades de Gestión.</p> <p>Los derechos establecidos en los artículos 14, 15, 16, 17, 18 y 19 serán administrados por las Sociedades de Gestión Colectiva de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes y de los Productores de Fonogramas y de Videogramas. Asimismo, será recaudada por las indicadas entidades la Compensación por copia privada establecido en el artículo 20 (...)</p>

El derecho de remuneración es una evolución en el pensamiento de la circulación de obras, productos, derechos y, consecuentemente, regalías a sus titulares.

Se observa como natural percepción que los derechos exclusivos podrían dificultar la circulación de la obra y que, en el caso particular del sector audiovisual, resultaría imposible evitar un desequilibrio entre los poderes instituidos y negociadores en el momento de contratación para la creación e interpretación; surge un ambiente económico y jurídico propicio a una nueva indicación de derechos, con una percepción de nueva naturaleza y características.

Según SALAMANCA,⁹ la formulación del derecho de remuneración "...responde a una maduración del derecho de autor. Éste abandona, poco a poco, el radicalismo de las proclamaciones iniciales y relativiza el *ius prohibendi* que hace del derecho subjetivo de propiedad intelectual, algo más que un derecho exclusivo de monopolio."

El derecho de remuneración garantiza la democratización del uso de la obra, con la libertad del productor y otros participantes de la cadena de la obra audiovisual, una vez que los titulares sean compensados cada vez que se explote la obra y sea efectiva la relación entre su participación y el valor añadido percibido por el éxito de la explotación. Si la obra no ha generado valores por su explotación, no se deberá nada a los titulares que han participado de su creación.

En el mercado audiovisual sería como decir que, ya que no se puede impedir la circulación de la obra (y claro, ésta no es la intención de los autores e intérpretes del sector), es importante tener alguna posibilidad de asegurar una participación proporcional de los titulares en las actividades que permiten la explotación económica de las obras.

Así es que si disminuyen los dispositivos impositivos (impedimentos de uso desautorizado de las obras) se incrementa la relación de causa y efecto entre el valor generado por la obra y la participación de los titulares de la obra misma.

Cuando indicamos que un intérprete del sector audiovisual recibe regalías por la vía del derecho de remuneración, estamos indicando que, económicamente, se valora y reconoce el valor agregado de la obra como consecuencia de la participación del intérprete en la obra.

Otra vez más se llega a lo que defiendo: el derecho de remuneración garantiza la democratización del uso de la obra, con la libertad del productor y otros participantes de la cadena de la obra audiovisual, una vez que los titulares sean compensados cada vez que se explote la obra y sea efectiva la relación entre su participación y el valor añadido percibido por el éxito de la explotación. Si la obra no ha generado valores por su explotación, no se deberá nada a los titulares que han participado de su creación.

Por toda esta lógica, el derecho de remuneración no es un derecho exclusivo, aunque sea derecho de naturaleza patrimonial del autor, pero con un matiz claramente diferente, por razones de mercado y de lógica jurídica, como ya se ha indicado.

Como nombramiento, el derecho de remuneración por el uso de la obra va a denominarse derecho de/por: remuneración compensatoria; remuneración equitativa;¹⁰ remuneración obligatoria u otras variaciones, y va a tener diferentes denominaciones en las diferentes leyes naciona-

9 Salamanca, Sara Martín, *Remuneración del autor y comunicación pública*, Madrid, Editorial REUS, Colección de propiedad intelectual, Fundación AISGE, 2004, p. 15.

10 La ley española, el llamado Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, originalmente de 1987 y ya algunas veces modificado, utiliza en su artículo 108.3. la expresión remuneración equitativa y única. Para comprensión de lo que la doctrina española indica como remuneración con tales características, véase, por todos: Carlos Rogel Vide, *La remuneración equitativa y única, a favor de los artistas, del artículo 108.3 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI)* y la interpretación de las normas, Madrid, Editorial REUS, en Estudios Completos de Propiedad Intelectual, Colección de propiedad intelectual, Fundación AISGE, 2006.

les y, además, a partir de junio del 2012, también estará presente en el Tratado de Beijing.¹¹

Por otro lado, es evidente que algunos principios rectores han de estar presentes en los textos legales; en especial, el hecho de que los intérpretes no pueden impedir la circulación de la obra y a la vez deben recibir regalías como consecuencia de la explotación de la obra en la que participaron. Como la participación económica estará relacionada con la explotación misma de la obra, el recibimiento de regalías deberá ser proporcional y equilibrado entre las distintas categorías de titulares participantes (guionistas, directores, actores, etc.).

Asimismo, la remuneración operará en función de los distintos usos de las obras audiovisuales, como por ejemplo la comunicación al público de televisiones abiertas o por cable (principal entre las utilizaciones que generan derechos y valores); la remuneración por exhibición de obras en salas de cine (que, al final, son actos de comunicación al público); la exhibición en medios de transporte, hoteles, restaurantes y locales de frecuencia colectiva (que también son actos de comunicación al público a la postre), y la remuneración por copia privada. Para los derechos, el uso de las obras está claro, la indicación de las participaciones de los titulares es más claro aún, mientras que en el derecho de remuneración por copia privada la distribución de los valores es más genérica, teniendo en cuenta muestras de pagos por aparatos o materiales que puedan permitir copias de las obras protegidas. De todos modos, en cada una de las actividades indicadas está presente un análisis colectivo de uso, tanto

en el hecho de qué obras son explotadas, como de cuáles son los titulares participantes.¹²

Como se puede ver, en algunas leyes nacionales indicadas hay determinaciones precisas de la naturaleza irrenunciable y/o intransferible de los derechos de remuneración (Méjico, Chile); en otras hay nombramientos del derecho como de naturaleza obligatoria o de obligación por parte de entidades de gestión colectiva (Colombia) y también hay indicaciones de la naturaleza equitativa de los derechos de remuneración.

Así, algunos aspectos mercadológicos se aclaran por análisis de los textos legales nacionales, que básicamente se refieren a la posición dominante de los productores de audiovisual (especialmente cuando se confunda su actividad con las actividades de las empresas emisoras de obras). Y por eso la comprensión del mercado en esta materia es fundamental para la preparación de los textos legales nacionales.

Si no se considera que los derechos sean irrenunciables y/o intransferibles, hay que hacer al menos la indicación que los derechos de remuneración no podrán ser objeto, o formar parte, del contrato firmado entre los artistas y los productores. O, a veces, como indica la ley de Chile, se mantiene la titularidad de los derechos de remuneración a los titulares, *"incluso después de la cesión de sus derechos patrimoniales"* (Art. 3º, Ley 20.243). La ley de Colombia, a su vez, no ha sido tan explícita, pero ha indicado que el referido derecho será conservado (Art. 1º, Ley 1403) y, cuando se interpreta la expresión "conservado" quiere decir

11 Tratado de Beijing, Artículo 12.3. *Independientemente de la cesión de los derechos exclusivos descrita supra, en las legislaciones nacionales o los acuerdos individuales, colectivos o de otro tipo se podrá otorgar al artista intérprete o ejecutante el derecho a percibir regalías o una remuneración equitativa por todo uso de la interpretación o ejecución, según lo dispuesto en el presente Tratado, incluyendo lo relativo a los artículos 10 y 1. (wwwOMPI.int)*

12 En este sentido, el sector audiovisual tiene una facilidad técnica si es comparado con el sector musical, considerando que es mucho más fácil indicar la participación de los titulares de obras audiovisuales que en la música por muchas razones: en la música hay muchas más explotaciones de obras; hay muchas más obras en circulación y, además, los titulares en el audiovisual son más fáciles de identificar, toda vez que casi siempre se tiene acceso a la imagen.

que lo mismo se conservará en la titularidad de los intérpretes, aunque en los contratos se propongan su transferencia.

En el modelo de remuneración por uso de las obras se garantiza la circulación de las obras y se compensa a los intérpretes, siempre que la obra genere efectivamente ingresos para su cadena productiva. Así los productores tienen garantizada la circulación, que cada día es más importante con las nuevas tecnologías, y para los intérpretes hay un incremento de sus ganancias como consecuencia de sus actividades creativas.

Por otro lado y comparando, mientras en la obra musical en muchas ocasiones es posible que el uso de las obras sea prohibido – incluso por razones económicas no tan justas, principalmente por insatisfacciones de usuarios de muchos sectores-¹³ en el caso de la obra audiovisual sólo el productor puede hacer un uso posterior de la obra y como consecuencia la podrá hacer circular, inicialmente de modo controlado. Es decir, la libertad de circulación para el productor es seguridad jurídica.¹⁴

Muchas veces la práctica del mercado puede impedir el desarrollo legal, por lo que se hace más evidente que con la adopción de un tratado se puede auxiliar el desarrollo del marco legal nacional de los países firmantes y adherentes.

Esto ya es así en casi todos los países. En el caso de Brasil y en otros países de la región existe un agravante, que es la prohibición legal y la total ignorancia del mercado. Así, la mayor parte de los contratos prevé que los artistas reciban parte de su actividad como derecho laboral o prestación de servicios y muchas veces con una indicación de un porcentaje como parte del valor de pago. En Brasil, por ejemplo, es muy común que el 70% de los importes recibidos sea considerado como prestación de actividades laborales o de servicios, mientras que el 30% restante, como derechos conexos – genéricamente indicados. Esta atribución, que puede ser interpretada contraria a la ley laboral de Brasil¹⁵ es la más aplicada en el mercado, con la constatación de que muchas veces la práctica del mercado puede impedir el desarrollo legal, por lo que se hace más evidente que con la adopción de un tratado se puede auxiliar el desarrollo del marco legal nacional de los países firmantes y adherentes. En términos contractuales, particularmente en el mercado brasileño, la vigencia del tratado podría arreglar estas diferencias de fuerza entre los productores/emisores y los titulares de derechos conexos.

Por otro lado, esta práctica del mercado permite la circulación de la obra, pero sin una compensación a los intérpretes que han participado de la misma, lo que hace que sea ignorado el impacto económico de la obra para sus intérpretes. Además de eso, hay sectores que efectivamente creen que la importancia

13 Por ejemplo una cuestión muy común es la ausencia de autorización para la reproducción, impidiendo muchas veces por las editoras musicales si no se alcanza determinadas cantidades de dinero. El problema es que las cantidades de dinero que se cobran muchas veces son desproporcionadas a los resultados económicos del producto, como son los CDs de música independiente en los cuales se pide autorización para hacer nuevas versiones de obras musicales ya conocidas y protegidas. En relación con este tema, hay tesis más flexibles que defienden, incluso, la llamada licencia compulsoria, pero comprendo que este no es el ámbito académico donde tratar este tema.

14 Y esta seguridad es una consecuencia de la existencia de los derechos de remuneración.

15 Ley 6.533/78 que regula las relaciones laborales de las actividades de los artistas y técnicos en espectáculos de diversión: *Art. 13 – No será permitida la cesión o promesa de cesión de derechos de autor y conexos consecuentes de la prestación de servicios profesionales. Párrafo único – Los derechos de autor y conexos de los profesionales serán debidos en consecuencia de cada exhibición de la obra.*

de las obras de cine y el hecho de que participar de las mismas ya supone una gran divulgación de la actividad del participante y un estímulo a su propia carrera profesional, es suficiente para que el actor no cobre nada, cuestión que obviamente es un equívoco.

Como conclusión, el derecho de remuneración, en el caso de Brasil y de muchos otros países en desarrollo, soluciona (o, por lo menos, equilibra) el flujo de los derechos de autor y derechos conexos en el sector audiovisual, ya que las empresas que utilizan obras de audiovisual son los usuarios de las obras convertidas en productos audiovisuales y deben pagar por los activos de terceros, que se presentan bajo la forma de insumo (en su caso).¹⁶ Lo que ocurre es que por el derecho de remuneración, los titulares que puedan ejercerlo indirectamente estarán -al fin y al cabo considerando la recepción de regalías- participando de la circulación más efectiva de la obra y de su valor agregado.

Sin interferencia en el sector productivo y sin crear impedimentos al productor, o más bien a los participantes (*players*) del mercado que hacen circular la obra, no se puede admitir que los usuarios de obras (que cobran por una serie de servicios para mantener su negocio) no paguen por el uso de los activos principales que les permiten existir, como son los casos de las empresas radiodifusoras (emisoras) y las empresas de tv por cable, por citar algunos. Por otro lado, tienen razón las compañías de TV abierta, por cable, y otras empresas usuarias de modo general, cuando denuncian que muchas entidades de gestión colectiva cobran excesivamente y además excluyen a los titulares del sector audiovisual.¹⁷ El argumento puede ser válido, pero no permite que como consecuencia se impida el surgimiento (históricamente exigido) y el propio desarrollo de un derecho de remuneración que incluya a los intérpretes en la cadena productiva del sector audiovisual, conjuntamente con los otros titulares de derechos de autor, tales como el director y los guionistas, entre otros.

16 En otras palabras, el insumo de los usuarios de obras de audiovisual representa el repertorio de los titulares del sector, entre los cuales están incluidos los intérpretes.

17 Parte de los efectos técnicos y del desarrollo que comprenden las leyes nacionales y el marco legislativo internacional, representado por el Tratado de Beijing, son consecuencia de una relación fundada en aspectos mercadológicos ya conocidos. Así, no es efectivamente una novedad decir que el mercado del audiovisual –en relación con los derechos de autor y derechos conexos- fue dominado por el mercado de música, y eso no interfiere en los recibimientos de los autores, sino que es una compensación histórica para las pérdidas de la industria musical, con la piratería y con la facilidad de circulación de las obras por internet, incluso por transferencias de archivo *peer-to-peer*. Esta situación ha sido diagnosticada inclusive por análisis académicos, como se puede ver, por ejemplo, en los estudios de Negreiros (Negreiros, Alexandre Hees de, *Música Apócrifa: a legitimidade dos compositores da televisão brasileira, O ECAD e a música composta para a TV, a maior usuária de música do Brasil*, Dissertação - Mestrado - Escola de Música - Centro de Letras e Artes - Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), 2005, p. 107: *Poco a poco se consolida la posición económica hegemónica de la obra audiovisual en comparación con otros medios de conducción de la música, y, junto con su penetración en los nuevos medios digitales como internet y la telefonía móvil, este formato lleva al centro de los debates que culminaron en 1996, en los acuerdos ADPIC con el objetivo de modernización del concepto de la protección autoral sobre la obra, así como la creación de nuevos paradigmas que serían consagrados a lo largo de la era digital que le fue impuesta.* En el sector musical, con la disminución de los ingresos debido a la piratería y la circulación de las obras, ha habido una transferencia de circulación económica y, consecuentemente, de “fuentes pagadoras de regalías”. Por tales pérdidas, las industrias han buscado otras fuentes, y la más eficaz de ellas fue el cobro de derechos por el uso de obras y, obviamente, de fonogramas. Mientras en la “industria del disco” las pérdidas han sido compensadas con la búsqueda de nuevos “pagadores”, en el audiovisual eso no se produjo. En primer lugar porque en el mercado del audiovisual no hubo una transferencia y modificación de la distribución de productos y obras y, por otro, porque no había terreno a ocupar, ya que los derechos conexos estaban siendo pagados para el sector musical integralmente en la mayor parte de los países, como todavía sigue siendo realidad en los países en los cuales no existan sociedades de gestión y derechos reconocidos. Por ello, hay que comprender que se produjo una transferencia de los derechos de los intérpretes y ejecutantes del sector audiovisual y de la música (y curiosamente, con anterioridad al establecimiento de los derechos de estos titulares) para las editoriales y compañías fonográficas, como medida compensatoria de las pérdidas que se produjeron por el funcionamiento de internet y la facilidad de obtener copias físicas. Por otro lado, esta invasión del terreno ajeno no es justa ni tampoco adecuada al desarrollo de la distribución de derechos en el sector audiovisual. La piratería y la facilidad de transferencia de archivos ha desviado el enfoque de ganancias de las editoriales y de las compañías fonográficas, con lo que no es coincidencia que las recaudaciones del sector musical hayan sido tan incrementadas en los últimos años. (Indico solamente el ejemplo de la evolución de las distribuciones de derecho del sector de la música en el caso de Brasil. En el año 2006 ECAD ha distribuido R\$ 205.939.540,17 (US\$ 101.543.089,68)...

V

LA CIRCULACIÓN DE OBRAS AUDIOVISUALES Y LA AMPLIACIÓN DE LA DIVERSIDAD CULTURAL COMO CONSECUENCIA DE MODIFICACIONES DEL PARADIGMA ACTUAL

Como ya se ha dicho, el sector audiovisual, de forma diferente a otros sectores culturales, es un sector en que la circulación se mantiene muy centralizada, sea en términos de producción, distribución y exhibición de obras (consideradas aquí como productos). En comparación, el sector musical permite una circulación más grande e incluso muy fácil con los nuevos medios de comunicación de la sociedad tecnocomunicacional.¹⁸ Además, el número de obras musicales y fonogramas es mucho más grande que el de obras audiovisuales, lo que por otro lado permite muchas opciones de uso de obras musicales, una vez que una u otra no pueden ser utilizadas por cuestiones de impedimento por aplicación de derecho exclusivo.

Las obras audiovisuales obviamente no tienen una circulación tan amplia¹⁹ y están concentradas en agentes de mercado que manejan sus valores y los espacios de utilización de las obras, sean exhibidores cinematográficos, operadores de cable, emisoras de televisión, etc.

En este sentido, la propia explotación de la obra tiene que considerar valores añadidos de la obra en el mercado que, muchas veces, no tienen relación con su valor cultural. En otras palabras, hay obras que tienen mucho valor añadido y hacen circular mucho dinero y no se configuran como ejemplos de circulación de manifestaciones culturales. Es más que sabido que es uno de los indicadores más evidentes, por ejemplo, del sector independiente de producción audiovisual. Así, cuando el mundo observa el desarrollo de nuevos centros de producción y distribución como *Bollywood* o *Nollywood* hay una euforia por ver surgir nuevas modalidades de producción/distribución.

Por otro lado, las mismas condiciones de producción y distribución, como las indicadas, no se hacen siempre posibles en otros países; se operan otras modalidades de desarrollo y estímulo creativo, como son las cuotas de pantalla.

¹⁷ y en 2011 se llegó al valor de distribución de R\$ 411.775.388,13 (US\$ 203.035.051,59) (fuente: www.ecad.org.br). El aumento de la distribución no puede ser visto como algo negativo, sino simplemente como una indicación de que, además de otros elementos más eficientes, como medidas más eficaces de cobro judicial, adaptación y desarrollo de nuevas tecnologías y bancos de datos, también hay que analizar el hecho de que se incrementó el pago de los derechos de autor y conexos en el sector audiovisual). Además de todo su contenido, comprendo que la eficiencia del Tratado de Beijing está también en indicar, por su propia y simple existencia, que hay un sector de producción artística que nunca ha sido considerado en el ámbito internacional como destinatario de las regalías, que son consecuencia de los derechos conexos de sus actividades y que son los intérpretes del audiovisual, por supuesto. Es un mensaje, por lo menos subliminal, de estos hechos. Claro que el Tratado de Beijing también determina un mínimo de protección a los aspectos no económicos, pero como el fundamento de cambio de paradigma en el derecho de autor y derechos conexos siempre se fundamenta en los aspectos económicos, prefiero evaluar este tema como lo más relevante, especialmente si hablamos de un momento de cambio único. Aún así, es importante comprender que eso no significa una disminución de los derechos del sector musical, sino que hay efectivamente la necesidad de una distribución más efectiva a los participantes del sector musical desde su origen, que es la creación (como una demanda de los compositores, por ejemplo). En otras palabras, los cambios en los sistemas de gestión colectiva son inclusivos, para que se hagan pagos a los titulares que nunca han recibido compensaciones (actores y otros intérpretes del audiovisual) y un equilibrio con los que siempre parecen estar insatisfechos por no recibir (compositores musicales, por ejemplo).

¹⁸ Drummond, Victor Gameiro, *Internet, privacidad y datos personales* (con traducción y notas de Isabel Espín Alba), Madrid, Editorial Reus, 2004.

¹⁹ Hasta que los medios tecnológicos lo permitan – y aun así, tampoco serán usos tan amplios en cuanto a lo que la naturaleza de la obra musical permite actualmente.

Además del problema de producción, centralizada en pocos agentes del mercado, también así son los sectores de distribución, exhibición y todos los demás. Y si no hay posibilidad de elegir las obras que serán consideradas productos, no habrá posibilidad de desarrollar la diversidad cultural con efectividad y con la amplitud deseada.

En este sentido, no hay desarrollo cultural sin diversidad cultural, pues tener siempre la misma información cultural no es desarrollarse culturalmente, sino repetir lo que está puesto y lo que ya ha sido absorbido o comprendido. La diversidad cultural supone educación, pero a la vez es parte del proceso cultural, en el sentido de que hace que exista un interés por lo diferente, por lo distinto, aunque a veces el diferente, desafortunadamente, sea considerado extraño, raro.

En esta misma línea de pensamiento, para que exista un derecho cultural es fundamental que exista un derecho a la educación, en el sentido de los derechos fundamentales (visto bajo el punto de vista del Estado) o de los derechos humanos (visto bajo el punto de vista universal), pero con plena efectividad. Solo ahí se podrá hablar de derecho cultural y, como consecuencia, derecho a la diversidad cultural.²⁰ Pero para que los derechos culturales tengan algún valor, es

importante considerar la educación como fundamento²¹ para la comprensión y, obviamente, más amplia circulación de cultura. La diversidad cultural también es parte de la amplitud del derecho a la educación, por permitir el acceso a nuevas formas de expresión, de ideas, y por permitir y generar un estímulo al pensamiento y a la creación. Esto es parte de lo que llamo *circularidad cultural*.²²

Cuanto más somos dominados por la presencia de las obras/productos "artificialmente" creados por la necesidad de consumo, más podemos reflexionar si necesitamos de verdad, lo que se nos ofrece.

El impedimento, al no permitir el acceso al centro de desarrollo y creación cultural, tampoco permite el origen, desarrollo y circulación de otras formas de cultura por una "barrera" invisible que observamos y vivimos, y que llamo de "fuerza centrífuga cultural". También imposibilita el acceso de los consumidores finales a las manifestaciones culturales que llamo "manifestaciones culturales auténticas"²³ La fuerza centrífuga cultural es más que la cultura de masa, es la propia imposibilidad de algo considerado originalmente no "de masa" pero que no puede adentrarse en el centro de donde viene la manifestación artificialmente construida.

20 Y, en este sentido, las obras audiovisuales son las que mas complejidad pueden dar a una distribución de la difusión de la diversidad cultural, por divulgar las imágenes del país, del pueblo, su música, su literatura, su arquitectura y, todo eso, con calidad visual, sonora y técnica, cada día mas grande y cada día mas presente en las casas de las personas.

21 p. 142. "El concepto de los derechos culturales es, en primer lugar, sin valor para más de la mitad de la humanidad. Es necesario un mínimo de bienestar material para que la propia idea de la cultura pueda tener el mínimo significado. (...) la propia existencia de los derechos culturales supone que el derecho a la educación, tal como es indicado por el art. 26 de la declaración universal de los derechos del hombre, ha encontrado previamente una aplicación práctica. Efectivamente, no hay derecho a la cultura sin un mínimo de educación. El individuo que no sabe leer ni tampoco escribir y que no puede beneficiarse de la enseñanza mas elemental es impermeable a toda la verdadera cultura. Y hasta ahora una gran parte de la humanidad se mantiene analfabeta." Boutros Ghali, Boutros, *Do Estado-Nação a comunidade internacional – O direito à cultura e a declaração universal dos direitos do homem*, Porto, Livraria Telos Editora - UNESCO, en Os direitos culturais como direitos do homem, 1970.

22 Circularidad cultural es la relación entre los distintos participantes del círculo cultural, sean creadores, usuarios o agentes culturales y todo el contexto que permite las condiciones de distintas actividades, obras y productos culturales.

23 Utilizo la expresión "manifestaciones culturales auténticas" simplemente para hacer oposición a la existencia de la fuerza centrífuga cultural.

V

CONCLUSIONES

Como conclusiones generales, puedo decir que la protección de los derechos de los intérpretes del sector audiovisual es mucho más que una rotura de paradigmas en el escenario de los derechos de autor y conexos, por las siguientes razones:

En el sector audiovisual, no hay duda de que el desarrollo de una industria creativa y basada en valores nacionales y regionales es enriquecedor para el desarrollo cultural y su difusión. La obra audiovisual, sin menoscabo de la naturaleza de las otras manifestaciones artísticas, obras y otros productos culturales, permite una mayor complejidad de presentación y, quizás, de comprensión de la cultura. A través de la obra audiovisual se puede "ver" la cultura de un pueblo, comprender su literatura, escuchar su música y tener acceso a todas las manifestaciones culturales que pueden ser plasmadas en la obra.

La "cara" del pueblo está evidenciada en la obra audiovisual.

Así es que las medidas de apoyo y estímulo al desarrollo de obras audiovisuales representativas de los distintos pueblos conducen a la diversidad cultural.

En este sentido, concluyo para decir que:

1. Hay una tendencia a que los productores independientes sean menos dirigidos a la creación y producción, con lo cual sean responsables directos de la fase inicial de la circulación de obras/productos caracterizados como de cultura de masa por la posibilidad

de innovar y por el interés en participar de mercados alternativos. Hay incluso franjas de mercado menos interesantes para la piratería como la producción de documentales, producciones de obras de música erudita, programas de apreciación regional, etc.;

2. La efectiva producción de más obras audiovisuales nacionales favorecerá la presencia de titulares del sector audiovisual, lo que significa decir que habrá más derechos para los titulares y, consecuentemente, más regalías para ser recibidas por ellos, lo que es un incremento y estímulo para más creaciones;
3. La tendencia a crear nuevas obras audiovisuales con estas características y con la incidencia anteriormente indicada hace que existan más obras que representen una cultura regional o nacional, aunque eventualmente muchos modelos de productos audiovisuales sean ya más o menos estandarizados.²⁴

Finalmente, el estímulo a la creación de obras nacionales es un punto favorable para el desarrollo del sector audiovisual y, a la vez, garantiza el recibimiento de regalías a los intérpretes del sector, lo que hace que lo que llamo de circulación cultural sea mucho más efectiva.

1. La armonización internacional asegura la presencia de otros titulares del sector audiovisual y equilibra el sector, garantizando la libertad de circulación de las obras y el incremento de las regalías a sus titulares, principalmente en el caso aquí indicado, a los intérpretes de las obras audiovisuales;

24 Siempre ha sido así, el mercado independiente tradicionalmente es más innovador que el mercado tradicional, en cualquier sector, editorial, musical, literario, entre otros.

2. La nueva comprensión del sistema de circulación de derechos de autor y conexos permite el arreglo de una injusticia histórica a los titulares del sector audiovisual;
3. El derecho de remuneración es el fundamento de la libertad de circulación de la obra y, también, la base del nuevo modelo cuyo origen es la justicia histórica a los intérpretes;
4. El fortalecimiento de los derechos del sector audiovisual equilibra también las relaciones con el sector musical, sea por una nueva adaptación de las entidades de gestión musical, sea por la presencia de nuevos participantes en la cadena de distribución de derechos;
5. El fortalecimiento de los modelos de desarrollo y estímulo creativo y de producción audiovisual son consecuencia de políticas legislativas de Estado y a la vez hacen crecer la participación de los titulares, hacen circular las distintas manifestaciones culturales, incrementando la diversidad cultural. Por ello es cíclico, pues el estímulo a las producciones nacionales aumenta la presencia de los titulares y hace crecer el incremento de sus participaciones lo que, a su vez, aumenta la diversidad cultural.

La diversidad cultural es el elemento que incluso posibilita que la sociedad pueda salir de la influencia de la fuerza centrífuga ya indicada como fundamento de la sociedad de consumo que no permite aproximarse al "núcleo cultural" de donde han salido los productos culturales, los cuales finalmente

son obras creadas en un contexto cultural muchas veces distinto de su transformación en productos de consumo.

Es decir, la protección de los derechos de autor y derechos conexos es también protección de desarrollo de la cultura y parte también de un concepto amplio de derecho cultural. La posibilidad de hacer algo nuevo, crear algo inédito, forma parte de la protección fundamental de la libertad creativa humana, es derecho fundamental presente en los derechos constitucionales de muchos países y derecho humano en el concepto de la protección cultural. De esta forma, posibilitar la creación representativa de los distintos pueblos es garantizar el desarrollo de las culturas y la inserción en la circularidad cultural.

En algún sentido es lo que significa lo que ya indicaba en los años 1970 Boutros-Gali: *"la concretización de los derechos culturales deberá permitir al hombre liberarse de la presión de la publicidad, dándole los medios para contestar y ejercer la discriminación que se le impone entre las diversas fuentes de información"*²⁵

Al estimular la creación de nuevos modelos y proteger a los creadores e intérpretes, el derecho de remuneración en el sector audiovisual es una importante herramienta de desarrollo, además de permitir que la circulación cultural sea más efectiva y el propio desarrollo económico de los involucrados los estimule a participar más en la circulación cultural, universalizando un acceso a la cultura y un desarrollo creativo en el que claramente esté también ubicado la protección de los derechos de autor y derechos conexos. ©

²⁵ Boutros Ghali, Boutros, *Do Estado-Nação a comunidade internacional – O direito à cultura e a declaração universal dos direitos do homem*, Porto, Livraria Telos Editora - UNESCO, Os direitos culturais como direitos do homem, 1970.

BIBLIOGRAFÍA

Boutros Ghali, Boutros, *Do Estado-Nação a comunidade internacional – O direito à cultura e a declaração universal dos direitos do homem*, Porto, Livraria Telos Editora - UNESCO, Os direitos culturais como direitos do homem, 1970.

CERLALC, *legislaciones nacionales de derecho de autor*, www.cerlalc.org

DRUMMOND, Victor Gameiro, *Internet, privacidad y datos personales*, (con traducción y notas de Isabel Espín Alba), Madrid, Editorial Reus, 2004.

ECAD, *Escritório Central de Arrecadação e Distribuição*, Rio de Janeiro, www.ecad.org.br, 2012.

NEGREIROS, Alexandre Hees de, *Música Apócrifa: a legitimidade dos compositores da televisão brasileira, O ECAD e a música composta para a TV, a maior usuária de música do Brasil*, Dissertação, - Mestrado - Escola de Música - Centro de Letras e Artes - Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), 2005.

OMPI, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Tratado de Beijing*, Genève, wwwOMPI.int, 2012.

SALAMANCA, Sara Martín, *Remuneración del autor y comunicación pública*, Madrid, Editorial REUS, Colección de propiedad intelectual, Fundación AISGE, 2004.

UNESCO: *Informe de síntesis sobre la aplicación por los estados miembros de la recomendación de 1980 relativa a la condición del artista en la 36ª reunión de la Conferencia General de la UNESCO en París, Punto 8.6 del orden del día provisional.*

http://unesdoc.unesco.org/images/0021/002132/213223s.pdf#xml=http://unesdoc.unesco.org/ulis/cgi-bin/ulis.pl?database=&set=50120677_2_404&hits_rec=30&hits_lng=spa

VIDE, Carlos Rogel, *La remuneración equitativa y única, a favor de los artistas, del artículo 108.3 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI) y la interpretación de las normas*, Madrid, Editorial REUS, Estudios Completos de Propiedad Intelectual, Colección de propiedad intelectual, Fundación AISGE, 2006.

**Victor
DRUMMOND**

Abogado y profesor universitario. Director general de Inter Artis Brasil (IAB), abogado en materia de Propiedad Intelectual. Presidente del Instituto Latino de Derecho y Cultura (ILDC). Titulado con la maestría (LLM) por la Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa con la tesis "La tutela jurídica de las expresiones culturales tradicionales". Doctorando por la UNESA, Rio de Janeiro. Profesor universitario invitado de diversas universidades en España y Portugal. Ponente en más de 15 países, incluido México. ©

Regulación de los contratos de derechos de autor y prestaciones conexas en Colombia

Fredy Adolfo FORERO VILLA *

SUMARIO

- I. Introducción. II. Principios que gobiernan la contratación de derechos de autor. II.1. Buena fe. II.2. Salvaguarda de los derechos morales. II.3. Independencia entre las distintas formas de explotación. II.4. Interpretación restrictiva. II.5. Prohibición de comprometer de forma general e indeterminada la producción intelectual futura o restringir la creatividad. II.6. Presunción de onerosidad. II.7. *Indubio pro auctore*. III. Los contratos típicos. III.1. El contrato de edición. III.2. Contrato de edición de obras musicales. III.3. Contrato de cesión de derechos. III.4. Contrato laboral o de prestación de servicios. III.5. Contrato de representación. III.6. Contrato de inclusión en fonogramas. III.7. Contrato de fijación cinematográfica. IV. Conclusión. V. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN



Si bien nos ha sido solicitada la presentación de un compilado de la normativa colombiana aplicable a los contratos de derechos de autor y prestaciones conexas, objeto central del presente trabajo, es de advertir que como todas las instituciones del derecho, el régimen autoral no es ajeno a las transformaciones económicas, políticas y sociales. En este sentido, el legislador ha sido cuidadoso en establecer unos principios básicos del derecho de autor que sirven como marco lógico para que el ejercicio de la autonomía privada de la voluntad se ajuste al interés de nuestras sociedades en salvaguardar los legítimos intereses de nuestros autores y sus creaciones.

Solicitar la actualización de la ley ante el surgimiento de nuevos modelos de negocio constituye un exabrupto, no sólo por el desgaste administrativo que dicha tarea conllevaría, sino por la futilidad del ejercicio. Sin duda alguna el crecimiento exponencial del comercio electrónico ha transformado los hábitos de consumo, acelerado la evolución de los canales de distribución y por ende la proliferación de contratos atípicos, los cuales son negociados dentro de los parámetros trazados por los principios que guían toda transacción que comprometa creaciones del espíritu, por lo que no se requiere más que una cuidadosa y previsiva redacción del clausulado y el apego inexorable al espíritu de la norma, asegurar a los autores el respeto de sus intereses materiales.

Por tal motivo el presente trabajo inicia con una mención a dichos principios que gobiernan el trasiego de las creaciones desde su concepción hasta su disfrute.

* Abogado de la Universidad Nacional de Colombia, aspirante al título de Especialista en Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Javeriana y profesor de cátedra de la asignatura "Propiedad Intelectual para Editores" en dicha institución educativa. Asesor de la Subdirección de derecho de autor del Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe (CERLALC) y miembro del Centro Colombiano de Derecho de Autor (CECOLDA).

H

PRINCIPIOS QUE GOBIERNAN LA CONTRATACIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

Independientemente de la figura contractual elegida para el ejercicio de derechos patrimoniales por parte de terceros, todos los instrumentos suscritos en virtud de la autonomía de la voluntad están guiados por una serie de principios que deben ser observados inexorablemente.

II.1 BUENA FE

Este principio universal le impone a los contratantes el deber de lealtad con la contraparte, en la etapa precontractual, durante la ejecución del contrato y la etapa postcontractual.

En Colombia el código de comercio en su artículo 863 expresa: "Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual", lo que impone hacer patente a la contraparte la situación real de las cosas, informando todos aquellos detalles que puedan incidir en la voluntad negociadora del otro, como puede ser la existencia de ediciones previas.

A su vez el código civil dispone en el artículo 1603: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe; y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella" en concordancia con el código de comercio que en su artículo 871 ordena: "Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural".

De modo que las partes tienen la carga de ejecutar las obligaciones que emanen de la naturaleza y objeto del contrato así no estén expresamente estipuladas en el mismo. Sin embargo, en materia autoral debe tenerse en cuenta la existencia del principio de interpretación restrictiva de los contratos que impide la extensión del objeto contractual vía interpretativa a derechos patrimoniales y modalidades de explotación no incluidas expresamente. Por lo tanto, en un contrato de edición, por ejemplo, el autor tendrá la obligación de apoyar la campaña publicitaria de la obra así no se haya incluido una cláusula en este sentido, pero no se podrá entender por ningún motivo que la autorización dada al editor le permite realizar la difusión en Internet si así no se pactó inicialmente, aunque esto resulte benéfico para ambas partes.

Por último, en la relación contractual subsisten obligaciones entre las partes que deben ser observadas así ya no exista un vínculo. El deber de buena fe en la etapa postcontractual obliga a las partes a mantener el actuar leal, así por ejemplo el editor conserva el deber de mantener la reserva del nombre del autor que haya decidido publicar bajo un seudónimo, o el autor la obligación de reserva de aquella información descubierta en ejercicio del derecho de inspección.

II.2 SALVAGUARDA DE LOS DERECHOS MORALES

Ningún contrato suscrito por un autor podrá comprometer sus derechos morales, los cuales siempre deberán recaer en cabeza del titular originario dado su carácter de inalienables, inembargables e irrenunciables.¹

¹ Decisión Andina 351 de 1993, artículo 11.

Las prerrogativas de orden moral no pueden ser objeto de transmisión, ser alteradas o gravadas, ni verse limitadas en ningún grado por el ejercicio de derechos patrimoniales por parte de terceros.

En este sentido la ley 23 de 1982, al reconocer los derechos morales, dispone que los mismos "no pueden ser renunciados ni cedidos" y agrega que: "Los autores al transferir o autorizar el ejercicio de sus derechos patrimoniales no conceden sino los de goce y disposición a que se refiere el respectivo contrato, conservando los derechos consagrados en el presente artículo".² A su vez el artículo 182 de la mencionada ley señala: "La transmisión del derecho, sea total o parcial, no comprende los derechos morales consagrados en el artículo 30 de esta ley".

El ordenamiento jurídico colombiano admite un caso en el cual es posible que el titular derivado limite el ejercicio de los derechos morales.

Sin embargo, el ordenamiento jurídico colombiano admite un caso en el cual es posible que el titular derivado limite el ejercicio de los derechos morales al disponer en el artículo 91, inciso 3, de la ley 23 de 1982 que los derechos morales de las obras realizadas por funcionarios o empleados públicos "Serán ejercidos por los autores, en cuanto su ejercicio no sea incompatible con los derechos y obligaciones de las entidades públicas afectadas". De modo que, si bien los funcionarios conservan sus prerrogativas morales, la entidad pública podrá limitar el ejercicio de éstos si cuenta con una justificación válida para ello.

II.3 INDEPENDENCIA ENTRE LAS DISTINTAS FORMAS DE EXPLOTACIÓN

Aunque en la práctica no se haga regularmente, los derechos patrimoniales pueden ser gestionados de manera desagregada, bien sea en el ámbito modal o territorial. Por ejemplo el autor podrá ceder los derechos de reproducción y distribución de una obra literaria en edición de lujo a una editorial y los mismos derechos de la edición de bolsillo a otra, teniendo presente el principio de buena fe por supuesto, o limitar una cesión a un territorio, conservando el ejercicio de los derechos cedidos en el resto del mundo.

Por tal motivo en el artículo 77 de la ley 23 de 1982 se dispone: "Las distintas formas de utilización de la obra son independientes entre ellas; la autorización del autor para una forma de utilización no se extiende a las demás". Por lo tanto, la transferencia de derechos o autorización de uso se limitará a aquellos derechos pactados expresamente en el contrato. A modo de ejemplo podemos decir que la autorización dada por una sociedad de gestión colectiva para la radiodifusión de su catálogo no autoriza a una emisora a realizar actos de puesta a disposición de las obras musicales en un portal de Internet.

La Decisión Andina 351 de 1993 en su artículo 31 consagra que "Toda transferencia de los derechos patrimoniales, así como las autorizaciones o licencias de uso, se entenderán limitadas a las formas de explotación y demás modalidades pactadas expresamente en el contrato respectivo".

² Ley 23 de 1982 artículo 30, parágrafo 1. A su vez el artículo 182, parágrafo de la citada ley señala: "La transmisión del derecho, sea total o parcial, no comprende los derechos morales consagrados en el artículo 30 de esta ley".

A su vez, la Decisión Andina 351 de 1993 en su artículo 31 consagra que "Toda transferencia de los derechos patrimoniales, así como las autorizaciones o licencias de uso, se entenderán limitadas a las formas de explotación y demás modalidades pactadas expresamente en el contrato respectivo".

II.4 INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA

Este principio, estrechamente ligado al que sostiene la independencia entre las diferentes formas de explotación, se encuentra plasmado en el artículo 78 de la ley 23 de 1982 que estipula: "La interpretación de los negocios jurídicos sobre derechos de autor será siempre restrictiva. No se admite el reconocimiento de derechos más amplios de los expresamente concedidos por el autor en el instrumento respectivo". De modo que los derechos conferidos o licenciados no pueden ser ampliados por la vía interpretativa en ninguna circunstancia, quedando limitado el objeto de la transferencia o autorización a lo expresamente pactado. Así por ejemplo, no es dable entender que los contratos de edición suscritos para la publicación de "la obra en forma de libro" o similares sin especificar el formato, incluyan la explotación en el entorno digital, menos si gran parte del clausulado hace referencia al manejo de ejemplares; en virtud de este principio no se aceptará ningún tipo de interpretación que extienda la autorización otorgada al editor.

II.5 PROHIBICIÓN DE COMPROMETER DE FORMA GENERAL E INDETERMINADA LA PRODUCCIÓN INTELECTUAL FUTURA O RESTRINGIR LA CREATIVIDAD

La ley 1450 de 2011 introdujo un inciso al artículo 183 de la ley 23 de 1982 en los siguientes términos: "Será inexistente toda estipulación en virtud de la cual el autor transfiera de modo

general o indeterminable la producción futura, o se obligue a restringir su producción intelectual o a no producir".

Asimismo, respecto del contrato de edición, la ley 23 de 1982, artículo 129, inciso segundo determina: "Será nula toda estipulación en virtud de la cual el autor comprometa de modo general o indeterminadamente la producción futura o se obliga a restringir su producción intelectual o a no producir".

Por último y reiterando la presencia del mencionado principio en nuestra legislación, el artículo 155 *ibidem* en lo referente al contrato de inclusión en fonogramas dispone: "La producción futura no podrá ser objeto del contrato regulado por este capítulo, salvo cuando se trate de comprometer la producción de un máximo de cinco obras del mismo género de la que es objeto del contrato, durante un término que no podrá ser mayor al de cinco años desde la fecha del mismo. Será nula toda estipulación en virtud de la cual el autor comprometa en forma general o indeterminada su producción futura, o se obligue a restringirla o a no producir".

La razón de ser de las mencionadas normas radica, por un lado en el derecho fundamental a expresar libremente y difundir el pensamiento y opiniones, consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política de Colombia, en cuanto a la sanción de inexistencia de aquellos pactos contractuales que tengan como objeto restringir la producción intelectual de un ciudadano, y por el otro, en lo referente a la prohibición de comprometer la producción intelectual futura de forma indeterminada, como lo anota Valdés Alonso: "la proscripción de aquellos casos, frecuentes en el pasado, en que el autor se encontraba ligado de por vida con un determinado cesionario, siendo este por tanto, el receptor de toda su obra y los derechos a ella inherentes. Siendo

esto así, el legislador instaura este precepto para, de esta manera, proteger al autor de aquellas decisiones que, aun cuando fueran voluntariamente tomadas, a posteriori pudieran causarle perjuicios”.³

De tal forma, los contratos de cesión, edición, inclusión en fonogramas, laboral, prestación de servicios y en general cualquier instrumento contractual que implique la cesión o licencia de derechos patrimoniales, no podrá versar sobre obras futuras indeterminadas.

Lo anterior con base en los artículos citados y la máxima del régimen civil que circunscribe la validez de las declaraciones de voluntad que versen sobre cosas que se espera que existan, a aquellos casos en que éstas estén determinadas.⁴ Aclarando por supuesto, como dispone el código civil, que la prohibición radica en que el objeto de un contrato abarque obras indeterminadas, siendo totalmente válida la cesión de obras futuras bajo parámetros que las hagan determinables. De modo que por ejemplo, un contrato laboral no podrá comprometer toda la capacidad creativa del empleado, pero sí podrá prever la transferencia de derechos sobre todas las obras que se creen en desarrollo del objeto contractual limitado a los términos y condiciones de éste.

II.6 PRESUNCIÓN DE ONEROSIDAD

Si bien el ordenamiento colombiano no estipula expresamente este principio, el legislador en algunos casos asegura una retribución al autor a través de normas supletivas o

imperativas, como es el caso del artículo 106 de la ley 23 de 1982 que dispone “En todo contrato de edición deberá pactarse el estipendio o regalía que corresponda al autor o titular de la obra. A falta de estipulación, se

Los contratos de cesión, edición, inclusión en fonogramas, laboral, prestación de servicios y en general cualquier instrumento contractual que implique la cesión o licencia de derechos patrimoniales, no podrá versar sobre obras futuras indeterminadas.

presumirá que corresponde al autor o titular un 20% del precio de venta al público de los ejemplares editados”. En el mismo sentido, en lo referente al contrato de representación de obra dramática, dramático-musical o similares la norma citada dispone en el artículo 143: “Cuando la remuneración del autor no hubiere sido fijada contractualmente, le corresponderá como mínimo el 10% del monto de las entradas recaudadas en cada función o representación, y el 15% de la misma en la función de estreno.”

Asimismo, el artículo 100 de la ley 23/82 exige que en el contrato de fijación cinematográfica se pacte la remuneración debida por el productor a los demás coautores de la obra y a los artistas intérpretes o ejecutantes que en ella intervengan.

Por último, el régimen laboral y la reglamentación general de los contratos de prestación de servicios también contienen

3 “VALDÉS ALONSO, Alberto. Citado en Ríos Pinzón, Yecid Andrés. *Transferencias del derecho de autor (reflexiones frente a la reciente reforma legislativa en Colombia)*, Bogotá, Revista Iberoamericana de Derecho de Autor, CERLALC, p. 248.

4 El artículo 1518 del código civil señala: “No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciales y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género”.

III

LOS CONTRATOS TÍPICOS

III.1 EL CONTRATO DE EDICIÓN

Iniciamos con el estudio del contrato de edición por ser el que ha sido regulado en mayor medida en la legislación colombiana.

Conforme a la definición legal (artículo 105 ley 23 de 1982), “por este contrato el titular del derecho de autor de una obra literaria, artística o científica, se obliga a entregarla a un editor que se compromete a publicarla mediante su impresión gráfica o propagarla y distribuirla por su cuenta y riesgo” (subrayado fuera del texto) de modo que en primer lugar cabe aclarar que la explotación de obras literarias en el entorno digital escapa a la regulación de este contrato, imperando por consiguiente la autonomía privada de la voluntad y el régimen general de los contratos del derecho de autor y civil en lo que respecta a la comercialización de libros en formato electrónico.

II.7 INDUBIO PRO AUCTORE

Un amplio sector de la doctrina sostiene la existencia de este principio en el ordenamiento colombiano con base en lo dispuesto en el artículo 257 de la ley 23 de 1982 “En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de las normas de esta ley, se aplicará la más favorable para el titular de los derechos de autor”. Sin embargo, debe anotarse que la norma al referirse de manera general al “titular de los derechos” se presta a disímiles interpretaciones.

Asimismo es de anotar que el contrato de edición no implica la transferencia de derechos conforme a lo dispuesto en el artículo 119 de la ley 23 de 1982⁸ y tampoco “involucra los demás medios de reproducción o de utilización de la obra”.⁹ Si bien es de común usanza la suscripción de contratos titulados como “de edición” cuyo objeto es la transferencia de todos los derechos patrimoniales de la obra literaria, se debe advertir que los mismos no estarán sujetos a la normativa descrita por cuanto su contenido escapa a la definición del contrato típico.

Adicional a lo anterior, el artículo 130 estipula que “El derecho de editar separadamente una o varias obras del mismo autor, no confiere al editor el derecho para editarlas conjuntamente. Así mismo, el derecho de editar las obras conjuntas de un autor no confiere al editor la facultad de editarlas por separado.”

5 Código Sustantivo del Trabajo de Colombia, artículo 27.

6 Código Sustantivo del Trabajo de Colombia, artículo 142.

7 Código Civil de Colombia, artículo 2054, “Si no se ha fijado precio, se presumirá que las partes han convenido en el que ordinariamente se paga por la misma especie de obra, y a falta de este, por el que se estimare equitativo a juicio de peritos” norma aplicable a la creación de obras inmateriales por remisión expresa del artículo 2062 *ibidem*.

8 Ley 23 de 1982, artículo 119: “Por el solo contrato de edición, no se transfiere en ningún momento el derecho de autor; por lo que se presumirá entonces que el editor sólo podrá publicar las ediciones convenidas y en defecto de estipulación, una sola”.

9 Artículo 131 *ibidem*.

De acuerdo con los artículos 106 y 107 de la ley 23 de 1982 en el contrato de edición deberá constar:

- a) Si la obra es inédita o no;
- b) Si la autorización es exclusiva o no;
- c) El plazo y las condiciones en que debe ser entregado el original;
- d) El plazo convenido para poner en venta la edición;
- e) El plazo o término del contrato cuando la concesión se hiciere por un período de tiempo;
- f) El número de ediciones o reimpresiones autorizadas;
- g) La cantidad de ejemplares que debe constar cada edición, y
- h) La forma como será fijado el precio de venta de cada ejemplar al público;
- i) El estipendio o regalía que corresponda al autor o titular de la obra.

En caso de omisiones, la ley 23 de 1982 incluye una serie de normas supletivas que actúan en su gran mayoría como cláusulas mínimas de protección a favor del autor, que estipulan ante el silencio de las partes lo siguiente:

- a) La remuneración del autor o titular de derechos corresponderá a un 20% sobre el precio de venta al público de los ejemplares distribuidos (artículo 106).
- b) El proceso editorial podrá tardar un máximo de (2) meses contados a partir de la entrega de los originales cuando se trate de la primera edición autorizada o dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha en que se agote la edición anterior cuando el contrato autorice más de una edición (artículo 109).
- c) Los originales deberán ser entregados al editor en la fecha de la firma del respectivo contrato en copia mecanográfica, a doble espacio, debidamente corregida para ser reproducida por cualquier medio de com-

posición, sin interpolaciones ni adiciones. Si se tratare de una obra impresa los originales podrán ser entregados en una copia de dicha obra, en condiciones aptas de legibilidad, con interpolaciones o adiciones hechas por fuera del texto en copias mecanográficas debidamente corregidas y aptas para la reproducción. Si los originales deben contener ilustraciones, éstas deberán ser presentadas en dibujos o fotografías aptas para su reproducción por el método usual según el tipo de edición (artículo 113).

- d) El precio de venta al público será fijado por el editor (artículo 118).
- e) El contrato se limita a una sola edición (artículo 119).
- f) Cada edición autorizada se limitará a 3.000 ejemplares (artículo 122).

Si bien el editor no puede producir más ejemplares de los expresamente pactados en el contrato, el artículo 122 prevé que podrá "imprimir una cantidad adicional de cada pliego, no mayor del 5% de la cantidad autorizada, para cubrir los riesgos de daño o pérdida en el proceso de impresión o de encuadernación."

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 110 y 132 de la ley 23/82, las regalías deberán ser entregadas cuando la obra esté lista para su distribución, en el caso que se haya pactado una cifra a tanto alzado, o en liquidaciones semestrales como mínimo cuando la remuneración se hubiere pactado en proporción con los ejemplares vendidos. Para asegurar la veracidad de las liquidaciones el artículo 123 *ibidem* confiere a los autores el derecho de inspección al disponer que "podrán controlar la veracidad del número de ediciones y de ejemplares impresos, de las ventas, suscripciones, obsequios de cortesía y en general de los ingresos causados por concepto de la obra, mediante la vigilancia del tiraje en los talleres del editor o impresor y la inspección de

almacenes y bodegas del editor, control que podrán ejercer por sí mismos o a través de una persona autorizada por escrito."

Más allá de la obligación inherente al contrato de entregar la debida contraprestación al autor, y de aquellas pactadas por las partes, el artículo 124 dispone expresamente las siguientes obligaciones a cargo del editor:

- a) Dar amplia publicidad a la obra en la forma más adecuada para asegurar su rápida difusión.
- b) Suministrar en forma gratuita al autor o a los causahabientes, 50 ejemplares de la obra en la edición corriente si ésta no fuere inferior a 1.000 ejemplares ni superior a 5.000, 80 ejemplares si fuere mayor de 5.000 e inferior a 10.000 y 100 ejemplares si fuere mayor de 10.000. Los ejemplares recibidos por el autor de acuerdo con esta norma quedarán fuera de comercio y no se considerarán como ejemplares vendidos para los efectos de la liquidación de honorarios o regalías.
- c) Rendir oportunamente al autor las cuentas o informes y permitir la inspección por él o por su delegado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 110 y 123 de la presente ley.
- d) Dar cumplimiento a la obligación sobre depósito legal si el autor no lo hubiere hecho.

En desarrollo del deber de información derivado del principio de buena fe, el artículo 112 de la norma ordena: "Si el autor ha celebrado con anterioridad contrato de edición sobre la misma obra, o si ésta ha sido publicada con su autorización o conocimiento, deberá dar a conocer esta circunstancia al editor antes de la celebración del nuevo contrato. La ocultación de tales hechos occasionará el pago de los daños y perjuicios que pudiera occasionar al editor."

En lo referente a la integridad de la obra y el derecho de modificación la norma citada dispone en su artículo 111: "El autor tendrá derecho a efectuar las correcciones, adiciones o mejoras que estime convenientes, antes de que la obra entre en prensa.

Así mismo, el editor no podrá hacer una nueva edición que no esté pactada, sin que el autor la autorice y sin darle oportunidad de hacer las reformas y correcciones pertinentes.

Si las adiciones o mejoras son introducidas cuando ya la obra esté corregida en pruebas, el autor deberá reconocer al editor el mayor costo de la impresión. Esta regla se aplicará también cuando las reformas, correcciones o ampliaciones sean de gran magnitud y hagan más onerosa la impresión, salvo que se trate de obras actualizadas mediante envíos periódicos"

El artículo 115 aclara que "cuando se trate de obras que deban ser actualizadas por envíos periódicos, el editor deberá preferir al autor para la elaboración de los envíos de actualización; si el autor no aceptare hacerlo, podrá el editor contratar dicha elaboración con una persona idónea", adicionado por lo dispuesto en el artículo 126, "cuando se trate de obras que por su carácter deban ser actualizadas, la preparación de los nuevos originales deberá ser hecha por el autor, pero si éste no pudiere o no quisiere hacerlo, el editor podrá contratar su elaboración con una persona idónea, indicándolo así en la respectiva edición y destacando en tipos de diferente tamaño o estilo las partes del texto que fueron adicionadas o modificadas, sin perjuicio de la remuneración pactada a favor del autor" y finalizando con lo estipulado en el artículo 127: "El editor no podrá iniciar una nueva edición que hubiere sido autorizada en el contrato, sin dar el correspondiente aviso al autor, quien tendrá derecho a efectuar las correcciones o adiciones que estime convenientes, con la obligación de

reconocer los costos adicionales que ocurrirán al editor en el caso previsto en el artículo 111 de esta ley.”

Como se mencionó en el capítulo referente a los principios, el régimen colombiano sanciona con nulidad cualquier disposición del contrato de edición que comprometa la producción intelectual futura de forma indeterminada u obligue a no producir.¹⁰

Por último, en cuanto a la terminación del contrato la ley 23/82 dispone:

Artículo 114. El incumplimiento por parte del autor en cuanto a la fecha y forma de entrega de los originales dará al editor opción para rescindir el contrato, devolver al autor los originales para que su presentación sea ajustada a los términos convenidos, o para hacer por su cuenta las correcciones a que hubiere lugar. En caso de devolución de los originales el plazo o plazos que el editor tiene para la iniciación y terminación de la edición serán prorrogados por el término en que el autor demore la entrega de los mismos debidamente corregidos.

Artículo 120. Si el contrato de edición se ha realizado por un término fijo y éste expira antes de que los ejemplares editados hayan sido vendidos, el autor o sus causahabientes tienen derecho de comprar los ejemplares no vendidos al precio fijado para su venta al público con un descuento del 30%. Este derecho podrá ser ejercido dentro del plazo de sesenta (60) días a partir de la fecha de expiración del contrato. Si no fuere ejercido, el editor po-

drá continuar la venta de los ejemplares restantes en las condiciones del contrato, el que continuará vigente hasta que se hubieren agotado.

Artículo 121. Cualquiera que sea la duración convenida para un contrato de edición, si los ejemplares autorizados por él hubieren sido vendidos antes de la expiración del contrato se entenderá que el término del mismo ha expirado.

Artículo 133. Si antes de terminar la elaboración y entrega de los originales de una obra, el autor muere o sin culpa se impone la imposibilidad para finalizarla, el editor podrá dar el contrato por terminado, sin perjuicio de los derechos que se hayan causado a favor del autor. Si optare por publicar la parte recibida del original podrá reducir proporcionalmente la remuneración pactada. Si el carácter de la obra lo permite, con autorización del autor, de sus herederos o de sus causahabientes, podrá encomendar a un tercero la conclusión de la obra, mencionando este hecho en la edición, en la que deberá hacerse una clara distinción tipográfica de los textos así adicionados.

Artículo 134. La quiebra o el concurso de acreedores del editor, cuando la obra no se hubiere impreso, terminará el contrato. En caso de impresión total o parcial, el contrato subsistirá hasta la concurrencia de los ejemplares impresos. El contrato subsistirá hasta su terminación si al producirse la quiebra, se hubiere iniciado la impresión y el editor o síndico así lo pidieren, dando garantías suficientes, a juicio del juez, para realizarlo hasta su terminación.

10 Ley 23 de 1982, Artículo 129 “La producción intelectual futura no podrá ser objeto del contrato regulado por este capítulo, a menos que se trate de una o de varias obras determinadas, cuyas características deben quedar perfectamente establecidas en el contrato. Será nula toda estipulación en virtud de la cual el autor comprometa de modo general o indeterminadamente la producción futura o se obligue a restringir su producción intelectual o a no producir”.

La terminación del contrato por esta causa da derecho de preferencia igual al concedido por la ley a los créditos laborales, para el pago de la remuneración o regalías del autor.

Artículo 135. Si después de cinco años de hallarse la obra en venta al público no se hubieren vendido más del 30% de los ejemplares que fueron editados, el editor podrá dar por terminado el contrato y liquidar los ejemplares restantes a un precio inferior al pactado inicialmente fijado por el editor, reduciendo la remuneración del autor proporcionalmente al nuevo precio, si éste no se hubiere pactado en proporción a los ejemplares vendidos. En este caso el autor tendrá derecho preferencial a comprar los ejemplares no vendidos al precio de venta al público menos un cuarenta por ciento (40%) de descuento, para los que tendrá un plazo de 60 días a partir de la fecha en que el editor le hubiere notificado su decisión de liquidar tales ejemplares. Si el autor hiciere uso de este derecho de compra, no podrá cobrar honorarios o regalías por tales ejemplares, si la remuneración se hubiere pactado en proporción a las ventas.

El legislador, además de incluir cláusulas mínimas de protección en favor del autor en caso de silencio de las partes, optó por disponer que éste sea un negocio jurídico solemne al exigir la existencia de un pacto escrito. Cabe recordar que antes de la reforma introducida por la ley 1450/11 el contrato de cesión debía ser elevado a escritura pública o realizarse por medio de documento privado reconocido ante notario para efectos de validez.

III.2 CONTRATO DE EDICIÓN DE OBRAS MUSICALES

Conforme al artículo 138 de la ley 23/82 los contratos para la edición de obras musicales

estarán regulados en todo lo aplicable por lo dispuesto en el capítulo VIII del contrato de edición de obras literarias, adicionando únicamente tres casos en los que se podrá rescindir el contrato:

- a) Si el editor no pusiere a la venta un número de ejemplares escritos suficiente para la difusión de la obra, a más tardar a los tres meses de firmado el contrato;
- b) Si a pesar de la petición del autor, el editor no pusiere a la venta nuevos ejemplares de la obra, cuya tirada inicial se hubiese agotado; y,
- c) Si la obra musical no hubiere producido derechos en tres años y el editor no demuestra que realizó actos positivos para la difusión de la misma.

III.3 CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS

Si bien el contrato de cesión no está contemplado en el ordenamiento legal colombiano, la ley 23/82 regló la enajenación o transferencia de derechos patrimoniales en su artículo 183, que tras haber sido reformado por la ley 1450 de 2011 dispone que:

- a) En caso de no ser pactado en el contrato, la transferencia se limitará a 5 años y, en el ámbito territorial, al país en el que se celebre el contrato.
- b) El contrato deberá constar por escrito para efectos de validez.
- c) El contrato deberá ser inscrito ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor para efectos de oponibilidad frente a terceros.
- d) No podrán ser cedidos los derechos patrimoniales de obras futuras indeterminadas.

Por lo tanto el legislador además de incluir cláusulas mínimas de protección en favor del autor en caso de silencio de las partes, optó por disponer que éste sea un negocio

jurídico solemne al exigir la existencia de un pacto escrito. Cabe recordar que antes de la reforma introducida por la ley 1450/11 el contrato de cesión debía ser elevado a escritura pública o realizarse por medio de documento privado reconocido ante notario para efectos de validez, trámite que entorpecía el desarrollo normal de los negocios sin ofrecer un grado adicional de garantía a los creadores, por lo que la disminución de las formalidades de los actos por medio de los cuales los autores se desprenden de sus prerrogativas materiales y se constituye un titular derivado, no fue tomado como una reducción en el grado garantista de nuestra legislación.

Vale anotar que el artículo 30 de la ley 1450 de 2011 también modificó el artículo 183 de la ley 23 de 1982 en el sentido que, a los efectos de oponibilidad, deberán registrarse los actos de enajenación del derecho o cualquier otro acto que cambie o limite el dominio sobre el derecho de autor así como aquellos que impliquen exclusividad.

Adicionalmente cabe resaltar que la reforma introducida al artículo 183 aclaró que la solemnidad, esto es, la exigencia de pacto escrito, abarca la cesión de derechos conexos, ya que la falta de mención expresa en la anterior redacción de la norma permitía inferir lo contrario.

Por último, además del limitante del objeto de una cesión fijado por los principios del derecho de autor mencionados en el acápite anterior, la ley 1450/11 circunscribió la transferencia de derechos, en caso que las partes no estipulen nada al respecto, en cuanto al ámbito territorial, el país en el que se suscriba en contrato, y el temporal, 5 años tras de los cuales retornarán los derechos al cedente.

III.4 CONTRATO LABORAL O DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Si bien estos contratos no están tipificados por el derecho de autor propiamente dicho, en Colombia este régimen consagra una presunción de transferencia de los derechos patrimoniales sobre las obras creadas en desarrollo de un contrato de prestación de servicios o laboral, salvo pacto en contrario, conforme lo estipula el artículo 20 de la ley 23/82, régimen de presunción de transferencia de las obras creadas por encargo que, al igual que el contrato de cesión, fue reformado por la ley 1450/11.

El artículo 20 de la ley 23/82 antes de la reforma dictaba: "Cuando uno o varios autores, mediante contrato de servicios, elaboren una obra según plan señalado por persona natural o jurídica y por cuenta y riesgo de ésta, solo percibirán, en la ejecución de ese plan, los honorarios pactados en el respectivo contrato. Por este solo acto, se entiende que el autor o autores transfieren los derechos sobre la obra..."

Norma que, tras haber sido reformada por la ley 1450/11, dispone: "En las obras creadas para una persona natural o jurídica en cumplimiento de un contrato de prestación de servicios o de un contrato de trabajo, el autor es el titular originario de los derechos patrimoniales y morales; pero se presume, salvo pacto en contrario, que los derechos patrimoniales sobre la obra han sido transferidos al encargante o al empleador, según sea el caso, en la medida

"En las obras creadas para una persona natural o jurídica en cumplimiento de un contrato de prestación de servicios o de un contrato de trabajo, el autor es el titular originario de los derechos patrimoniales y morales; pero se presume, salvo pacto en contrario, que los derechos patrimoniales sobre la obra han sido transferidos al encargante o al empleador, según sea el caso, en la medida necesaria para el ejercicio de sus actividades habituales en la época de creación de la obra. Para que opere esta presunción se requiere que el contrato conste por escrito".

necesaria para el ejercicio de sus actividades habituales en la época de creación de la obra. Para que opere esta presunción se requiere que el contrato conste por escrito."

De modo que, como puede observarse, la modificación del 2011 introdujo los siguientes cambios al régimen de transferencia de las obras creadas por encargo:

- a) Amplió la presunción de transferencia al contrato de trabajo o laboral: Si bien es cierto que la Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia sostuvo en su momento, a través de distintos conceptos, que el artículo 20 era aplicable a los contratos laborales por cuanto dicha norma hacía referencia a los "honorarios", clasificación propia de este tipo de contrato, lo cierto es que la falta de mención expresa al mismo se prestaba para múltiples interpretaciones, por lo que en la reforma introducida por el artículo 28 de la ley 1450/11 se incluyó la frase "o de un contrato de trabajo", zanjando de esta manera cualquier discusión que pudiera presentarse sobre el particular.
- b) Eliminó algunos requisitos: La anterior redacción de la norma circunscribía la presunción de transferencia a aquellos casos en que la obra fuera elaborada según plan señalado por el encargante y por cuenta y riesgo de éste, lo cual generaba múltiples inconvenientes interpretativos en aquellos casos cuando si bien el contratante solicitaba la creación de la obra y costeaba su producción, no diseñaba un plan de ejecución del contrato, o en aquellos en que, por la figura de la subcontratación, quien solicitaba la obra y dictaba los parámetros para su realización era una persona jurídica y quien financiaba y asumía el riesgo era otra. Por este motivo se eliminó dicho re-

quisito de la norma, abarcando los derechos sobre las obras que sean solicitadas y financiadas por un tercero en general.

- c) Adicionó una solemnidad: Teniendo en cuenta que se eliminó el requisito anteriormente mencionado, y con miras a otorgar algún grado de protección a los autores, la nueva redacción del artículo 20 exige la existencia de un contrato escrito para que opere la presunción de transferencia.
- d) Limitó la transferencia de derechos: La norma antes de la reforma estipulaba que se presumía la transferencia de todos los derechos patrimoniales sobre la obra creada por encargo, lo que ocasionaba en muchos casos, que el titular derivado ostentara derechos que no estaba interesado o no tenía la capacidad técnica de ejercer, por lo que el legislador creyó pertinente limitar la transferencia a los derechos que realmente requiera el encargante, y en este sentido la nueva redacción del artículo 20 dicta que la transferencia estará limitada en la medida necesaria para el ejercicio de las actividades habituales del empleador o contratante en la época de creación de la obra.

Conforme a lo anterior, podemos sostener que la mencionada reforma responde a un esfuerzo por ajustar los términos de la norma a la realidad jurídica de las obras creadas por encargo.

III.5 CONTRATO DE REPRESENTACIÓN

"El contrato de representación es aquel por el cual el actor de una obra dramática, dramático-musical, coreográfica o de cualquier género similar, autoriza a un empresario para hacerla representar en público a cambio de una remuneración,"¹¹ y su regulación integra una serie de normas supletivas que en caso de silencio de las partes disponen:

¹¹ Ley 23 de 1982 artículo 139.

- a) La remuneración del autor corresponderá como mínimo al 10% del monto de las entradas recaudadas en cada función o representación, y el 15% de la misma en la función de estreno (artículo 143 ley 23/82).
- b) El empresario deberá repetir las representaciones tantas veces cuantas lo justifique económicamente la concurrencia del público. La autorización dada en el contrato caduca cuando la obra deja de ser representada por falta de concurrencia del público (artículo 143 ley 23/82).
- c) El contrato de representación no puede ser cedido por el empresario (artículo 148 ley 23/82).

Asimismo y en salvaguarda de los derechos morales del autor el artículo 144 *ibidem* prescribe que "Si los intérpretes principales de la obra, y los directores de orquesta o coro fueren escogidos de común acuerdo entre el autor y el empresario, éste no podrá sustituirlos sin el consentimiento previo de aquél, salvo caso fortuito que no admite demora".

III.6 CONTRATO DE INCLUSIÓN EN FONOGRAMAS

El artículo 151 de la ley 23/82 describe el contrato de inclusión en fonogramas como aquel por medio del cual el autor de una obra musical autoriza a una persona natural o jurídica, mediante una remuneración a grabar o fijar una obra sobre un disco fonográfico, una banda, una película, un rollo de papel o cualquier otro dispositivo o mecanismo análogo, con fines de reproducción, difusión o venta. Excluyendo expresamente la comunicación pública de la obra y ordenando al productor del fonograma a hacer esta reserva sobre la etiqueta que deberá ser adherida al disco, dispositivo o mecanismo en que se haga la grabación.

Asimismo el artículo 154 aclara que el contrato de grabación no comprende ningún otro medio de utilización de la obra, ni podrá ser cedido, en todo o en parte, sin autorización del autor o de sus representantes, como tampoco podrá comprometer la producción intelectual futura salvo cuando se trate de un máximo de cinco obras del mismo género de la que es objeto del contrato, durante un término que no podrá ser mayor al de cinco años desde la fecha del mismo conforme a lo dispuesto en el artículo 155.

III.7 CONTRATO DE FIJACIÓN CINEMATOGRÁFICA

El contrato de fijación cinematográfica es aquel por medio del cual el autor o autores del argumento o guión cinematográfico, conceden al productor derecho exclusivo para fijarla, reproducirla o explotarla públicamente, por sí mismo, o por intermedio de terceros, de acuerdo con la definición dada en el artículo 100 de la ley 23 de 1982, el cual además exige que en dicho contrato se incluya:

- a) La autorización del derecho exclusivo;
- b) La remuneración debida por el productor a los demás coautores de la obra y a los artistas intérpretes o ejecutantes que en ella intervengan, así como el tiempo, lugar y forma de pago de dicha remuneración;
- c) El plazo para la terminación de la obra, y
- d) La responsabilidad del productor frente a los demás autores, artistas, intérpretes o ejecutantes, en el caso de una coproducción de la obra cinematográfica.

Conforme a los artículos 97, 98 y 103 *ibidem*, "El productor cinematográfico es la persona natural o jurídica legal y económicamente responsable de los contratos con todas las personas y entidades que intervienen en la realización de la obra cinematográfica" y, salvo pacto en contrario, el titular de los derechos patrimoniales para:

- a) Fijar y reproducir la obra cinematográfica para distribuirla y exhibirla por cualquier medio a su alcance en salas cinematográficas o en lugares que hagan sus veces o cualquier medio de proyección o difusión que pueda surgir, obteniendo un beneficio económico por ello;
- b) Vender o alquilar los ejemplares de la obra cinematográfica o hacer aumentos o reducciones en su formato para su exhibición, y

Autorizar las traducciones y otras adaptaciones o transformaciones cinematográficas de la obra, explotarlas en la medida en que se requiere para el mejor aprovechamiento económico de ella, y perseguir ante los tribunales y jueces competentes cualquier reproducción o exhibición no autorizada de la obra cinematográfica, derecho que también corresponde a los autores, quienes podrán actuar aislada o conjuntamente.

-
- c) Autorizar las traducciones y otras adaptaciones o transformaciones cinematográficas de la obra, explotarlas en la medida en que se requiere para el mejor aprovechamiento económico de ella, y perseguir ante los tribunales y jueces compe-

tentes cualquier reproducción o exhibición no autorizada de la obra cinematográfica, derecho que también corresponde a los autores, quienes podrán actuar aislada o conjuntamente.

Sin perjuicio que, como lo indica el artículo 101, cada uno de los coautores de la obra cinematográfica puedan disponer libremente de la parte que constituya su contribución personal para utilizarla por un medio distinto de comunicación, salvo estipulación en contrario. Asimismo, dicho artículo aclara que si el productor no concluye la obra cinematográfica en el plazo convenido, o no la hace proyectar durante los tres años siguientes a partir de su terminación, también se entenderán liberados los derechos de comunicación pública y distribución.

Por otro lado el artículo 99 aclara que los derechos morales sobre la obra cinematográfica en su conjunto corresponden al director o realizador, sin perjuicio de los que corresponden a los diversos autores, artistas, intérpretes o ejecutantes que hayan intervenido en ella, con respecto a sus propias contribuciones.

N

CONCLUSIÓN

En el nuevo escenario para la difusión de los bienes culturales, marcado por el comercio transfronterizo y la exponencial evolución de los modelos de negocio y avance tecnológico, la figura del contrato cobra una enorme importancia como elemento regulador de las transacciones mercantiles y, en lo que nos atañe en el presente trabajo, la relación entre titulares de derechos y los usuarios.

El contrato, dotado de fuerza de ley entre las partes y con la particularidad de ser lo suficientemente flexible como para ajustarse a cualquier situación jurídica que pudiera llegar a presentarse frente a la explotación de

las obras del intelecto, es el instrumento regulador por excelencia llamado a llenar los vacíos que la ley, entendida como un marco general, no puede cubrir. La inmediatez de los acuerdos comerciales perfeccionados a través de un solo clic entre partes conectadas a miles de kilómetros de distancia, superando los ámbitos territoriales de las leyes nacionales y abarcando modalidades de explotación impensadas por el legislador, es muestra de ello.

Desde el siglo XVIII se ha identificado el derecho privado con la autonomía de la voluntad, con una equivalencia en apariencia inequívoca. Como menciona el profesor

Arrubla Paucar¹² a partir de la revolución inglesa de 1688, la americana de 1776 y la francesa de 1789, el estado liberal se caracterizó por reducir sus funciones a la seguridad y protección de los derechos individuales: vida, libertad y propiedad privada, limitando su actuar a la tarea de elaborar reglas generales para rodear de seguridad jurídica la expresión de la voluntad de los individuos.

El liberalismo económico es la base que consolidó la teoría del negocio jurídico, la cual abarca la transacción de derechos para el uso y explotación de bienes culturales, y es por esto que, como se mencionó al inicio del presente trabajo, los regímenes autorales fijan un marco general para que indiferentemente de la figura elegida en desarrollo de la autonomía privada, se asegure a los autores, como titulares originarios, la potestad de realizar, autorizar o prohibir todo uso que de sus obras pueda llegar a hacerse, así como la protección de sus prerrogativas de orden moral, sin entrar a regular en mayor medida las figuras contractuales.

La regulación de las obras creadas por encargo y los contratos para la producción audiovisual,

editorial y de fonogramas tipificados en la legislación colombiana se siguen aplicando actualmente y como se vio, en algunos casos se han realizado reformas legislativas para ajustar la tipificación a la realidad nacional. Sin embargo, se ha señalado como un exabrupto el apuntar a la especificidad de las normas y su actualización ante el surgimiento de nuevos modelos de negocio o modalidades de explotación de obras protegidas o prestaciones conexas, por lo que el aumento del uso de figuras atípicas no sólo resulta un paso natural sino saludable para las industrias creativas.

Por lo anterior podemos sostener que el grado de protección del derecho de autor en Colombia no podrá ser medido en la amplitud de la regulación del régimen contractual, por cuanto que el carácter general de los principios que permean el régimen autoral permite a los operadores jurídicos ajustar las distintas realidades jurídicas al sentir de la norma, asegurando que en los nuevos modelos de negocio se garantice a los autores su derecho a participar en los rendimientos económicos de sus obras y se eviten abusos frente a los consumidores. ©

BIBLIOGRAFÍA

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto, *Contratos mercantiles. Teoría general del negocio mercantil*, Bogotá, Legis editores, 2012, p.

RÍOS PINZÓN, Yecid Andrés, *Transferencias del derecho de autor (reflexiones frente a la reciente reforma legislativa en Colombia)*, Bogotá, Revista Iberoamericana de Derecho de Autor, CERLALC, p. 248.

Fredy Adolfo FORERO VILLA

Abogado de la Universidad Nacional de Colombia, aspirante al título de Especialista en Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Javeriana y profesor de cátedra de la asignatura "Propiedad Intelectual para Editores" en dicha institución educativa. Asesor de la Subdirección de derecho de autor del Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe (CERLALC) y miembro del Centro Colombiano de Derecho de Autor (CECOLDA).

¹² ARRUBLA PAUCAR Jaime Alberto. *Contratos mercantiles. Teoría general del negocio mercantil*. Bogotá 2012. Legis Editores S.A., p.

Breviario acerca de los principales elementos de forma que rigen los contratos sobre materia autoral en Latinoamérica

Hernán GARCÍA TORRES*

SUMARIO

Introducción. **I.** De la transmisión de los derechos patrimoniales. Modalidades de explotación y aspectos contractuales. **I.1.** La cesión. **I.2.** Las licencias o autorizaciones de uso. **II.** De las formalidades de escritura y registro en los contratos. **II.1.** Breve análisis sobre las formalidades contractuales en Latinoamérica (escritura y registro). **III.** Conclusiones. **IV.** Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Para toda la comunidad internacional no es un secreto que Latinoamérica se encuentre en plena evolución, esté creciendo enormemente y por ende esté pasando a ser una potencia y un referente económico, político, social y cultural en franco ascenso. En consonancia con estos preceptos y refiriéndonos específicamente a los aspectos socio-culturales que involucran intrínsecamente una debida protección legal a la prolífica producción intelectual que caracteriza a los pueblos de esta pujante región, cabe plantearse ciertas interrogantes que no dejan de preocupar a los distintos actores que hacen vida alrededor de la materia autoral. Por una parte encontramos a las instituciones gubernamentales que legislan, regulan, sancionan y velan por la correcta aplicación y por el debido cumplimiento de la normativa sobre propiedad intelectual en los distintos países que conforman la región -y por el caso específico que nos ocupa- por el derecho de autor y sus conexos, por otra parte las denominadas entidades de gestión colectiva de derechos que representan, recaudan, administran y distribuyen las remuneraciones de sus miembros y entidades homólogas. En otro ámbito están los académicos, doctrinarios, profesionales del derecho, estudiantes, entre otros, todos ellos que a estas alturas se plantean interrogantes básicas, tales como: ¿Por qué en la generalidad de los casos a los creadores, autores, compositores, músicos, entre otros, pareciera no importarles tomar las medidas preventivas en cuanto a la protección de los derechos de explotación o derechos patrimoniales de sus respectivas obras? Todos solemos pensar aún que la respuesta a esta interrogante es sencilla, mas no así la solución...muchas veces hemos escuchado que los creadores y/o los artistas deben dedicarse justamente a lo que sus dones les brindan, que no es otra cosa que

* Abogado litigante dedicado a la defensa, estudio y difusión de la Propiedad Intelectual, con casi 7 años al servicio de una entidad de gestión colectiva del Derecho de Autor y Conexos (SACVEN), desempeñando los cargos de Abogado, Abogado-Supervisor y Coordinador Legal para las Regiones (en la actualidad). Escritor de artículos sobre PI para revistas universitarias y medios digitales. Músico.

crear obras, generar contenidos, y no deben llevar consigo esa carga tediosa que implica estar alerta a las respectivas normativas que puedan en un momento determinado resguardar sus intereses frente a un uso no autorizado de sus creaciones. Estas afirmaciones las hemos escuchado frecuentemente de personas vinculadas, laboral o institucionalmente, con este ámbito, pero lo que resulta preocupante es de quiénes se escuchan más estos justificativos, que no son otros sino los propios creadores...

Pero ¿qué lleva implícito la situación anterior y cuáles son sus consecuencias? Lo planteado simplemente lleva a una sola dirección, a la indefensión de los creadores frente a las infracciones que podrían sufrir sobre sus obras, al aprovechamiento de terceros frente al desconocimiento o la necesidad de los mismos.

La peculiar anatomía del derecho de autor, disciplina donde se conjugan elementos de orden moral con elementos de carácter económico, hace necesariamente distinta su forma de transmisión. El no contar con un oportuno asesoramiento al momento de firmar un contrato, una cesión de derechos o una licencia, entre otros instrumentos constitutivos de derechos, podría marcar la diferencia en cuanto a la titularidad de los derechos de explotación, que por desconocimiento, negligencia o impericia

afectaría moralmente al incauto cedente y mermar significativamente su esfera patrimonial y en casos más graves, repercutir sobre el acervo cultural, social y económico de toda una nación, de toda una región...

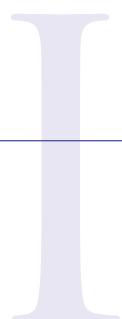
El leitmotiv del presente trabajo se centra en la necesidad de dar a conocer sumariamente a los distintos actores que se desenvuelven en el ámbito del derecho de autor y sus conexos, o a cualquier lector que se interese en esta disciplina, diferentes tópicos propios de la materia, así como un compendio sobre las formalidades contractuales que se exigen actualmente en las legislaciones latinoamericanas. Así mismo está dirigido a toda persona que esté convencida que la desprotección legal, los abusos de poder, el aprovechamiento indebido y todas aquellas situaciones que afecten de alguna manera los derechos autorales, muchas veces son un tema de desinformación primigenia y que las creaciones intelectuales son preciados activos intangibles que nutren el acervo histórico-cultural, la idiosincrasia y la economía de los pueblos, en especial nuestros pueblos latinoamericanos.

las creaciones intelectuales son preciados activos intangibles que nutren el acervo histórico-cultural, la idiosincrasia y la economía de los pueblos.

DE LA TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES. MODALIDADES DE EXPLOTACIÓN Y ASPECTOS CONTRACTUALES

Como sabemos, los denominados derechos patrimoniales de los autores o de los titulares originarios son susceptibles de transmisión por acto inter vivos, más no así los derechos morales, como bien nos apunta al respecto Delia Lipszyc:

...en efecto, el derecho moral es inalienable; aun en caso de transmisión *mortis causa* los sucesores no reciben las facultades esencialmente personales que integran el derecho moral del autor (*las positivas*) pues, salvo excepciones, no se transmiten, los sucesores solo pueden ejercer las facultades *negativas*



(el derecho al reconocimiento de la paternidad y el derecho al respeto y a la integridad de la obra) y el derecho de divulgación de las obras póstumas.¹

Ahora bien, pero ¿cómo pueden transmitirse esos derechos patrimoniales o económicos a terceros? En la generalidad los cambios en la titularidad de estos derechos se efectúan a través de cesiones y/o licencias (autorizaciones de uso) que no son otra cosa que contratos, donde el titular originario (persona en cabeza de quien nace el derecho de autor) manifiesta su voluntad de autorizar, ceder, total o parcialmente estos derechos a una persona física o jurídica, quien ostentará, luego de ello, la titularidad derivada sobre los derechos que se le han cedido o autorizado por el tiempo y para el territorio estipulado.

También es posible la transmisión de pleno derecho, pues se trata de la transmisión de los derechos *mortis causa*, y no nos referimos a otra cosa sino a la transferencia de los derechos del autor (a causa de su muerte) que subroga de forma natural a sus herederos o causahabientes. Dentro de esos derechos se encuentran los derechos patrimoniales que por su carácter temporal tendrán una duración limitada en el tiempo que, según lo consagrado en la legislación correspondiente de conformidad con el Convenio de Berna (art 7,1), debe ser mínimo de cincuenta años *post-mortem auctoris*. Por otra parte están los derechos morales del autor que son de carácter perpetuo, salvo el derecho de arrepentimiento que se extingue con la muerte del mismo.

I.1 LA CESIÓN

Como ya hemos hecho referencia, la cesión no es más que un contrato que transfiere derechos, es traslativo de la titularidad, pero está sujeto al régimen especial y propio del derecho de autor; como nos decía el gran maestro Ricardo Antequera Parilli: El objeto de la cesión del derecho patrimonial es la facultad de explotar la obra de acuerdo con la modalidad, las limitaciones de tiempo y lugar y las condiciones de remuneración contempladas en el contrato.²

la cesión no es más que un contrato que transfiere derechos, es traslativo de la titularidad, pero está sujeto al régimen especial y propio del derecho de autor

Sobre la Cesión nos comenta Henry Jessen:

La cesión sobre los derechos de una obra puede ser total o parcial. Se entiende por cesión total aquella que transfiere al adquiriente, en forma absoluta e ilimitada, todas las facultades patrimoniales del autor sobre la obra, incorporándose estas al patrimonio del cesionario, que sustituye al autor en el ejercicio de sus derechos pecuniarios.

Parcial será la cesión por la cual solo se transfiere al adquiriente, uno, o algunos de los derechos patrimoniales del autor, como por ejemplo, el de representación o el de reproducción en general, o el de una de las formas de reproducción. La cesión parcial puede así mismo referirse a una parte de determinado derecho y para determinado territorio.³

1 LIPSYC, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, Ediciones UNESCO, CERLALC, ZAVALIA, 1993, p. 127.

2 ANTEQUERA, Ricardo, *Derecho de Autor*, 2º edición, tomo I, Caracas, SAPI, DNDA, 1998, p. 510.

3 JESSEN, Henry, *Derechos intelectuales de los autores, artistas, productores de fonogramas y otros titulares*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 83.

I.2. LAS LICENCIAS O AUTORIZACIONES DE USO

Es otra de las modalidades contractuales que regula la explotación de las obras por titulares derivados, pero que dista de la cesión ya que la titularidad de la propiedad no se desplaza al tercero. En esta modalidad se contempla una mera autorización para que se lleve a cabo el uso de la(s) obra(s), enmarcada dentro de las cláusulas que especifican aspectos contractuales, tales como el tiempo de duración, las remuneraciones, entre otros tópicos que puedan convenir las partes en dicho instrumento. A este respecto la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) nos refiere:

En algunos países no se considera legal la cesión del derecho de autor y solo se permiten las licencias. Por concesión de licencia se entiende que el titular del derecho de

autor conserva la propiedad, pero autoriza a un tercero a realizar determinados actos protegidos en virtud de sus derechos patrimoniales, por lo general durante un plazo específico y con una finalidad concreta. Por ejemplo el autor de una novela puede conceder una licencia a un editor para realizar y distribuir ejemplares de su obra. Además puede conceder una licencia a un productor cinematográfico a fin de realizar una película basada en su novela. Las licencias pueden ser exclusivas en el sentido de que el titular del derecho de autor conviene en que no otorgará autorización a tercero alguno para realizar los actos objeto de licencia, o no exclusivas, lo que significa que el titular del derecho de autor puede autorizar a otros a realizar los mismos actos. A diferencia de la cesión, la licencia no atribuye por lo general el derecho a autorizar a terceros a realizar actos amparados mediante derechos patrimoniales.⁴

DE LAS FORMALIDADES DE ESCRITURA Y REGISTRO EN LOS CONTRATOS

Respecto a toda negociación que tenga por objeto la transmisión de los derechos de explotación, en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas que regulan la materia autoral puede apreciarse un certero alejamiento de la antigua concepción mercantilista sobre las producciones intelectuales, donde conceptos como enajenación, venta, entre otros, eran aplicados a estas relaciones contractuales sin distingo, lo que traía consigo que el "comprador" ostentara luego de la operación todos y cada uno de los derechos inherentes a las creaciones del ingenio de un tercero.

Podemos inferir que bajo estas premisas en casi toda la normativa autoral latinoamericana se acogieron y adoptaron opciones menos traumáticas para los intereses patrimoniales de los creadores al brindarles la posibilidad legal de elegir de acuerdo y de conformidad con sus necesidades entre un contrato de cesión o concesión sobre derechos de explotación y una licencia o autorizaciones de uso exclusivas o no.

Ahora bien, en relación con una de las formalidades más tradicionales y de aplicación general

4 Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos*, publicación en línea, <http://goo.gl/39lt6p> pp. 15-16.

en las relaciones contractuales, como lo es el principio de la escritura, encontramos que en la mayoría de la normativa latinoamericana como regla general estas relaciones deben constar por escrito. Sobre este tema la profesora Delia Lipszyc esgrime que sin embargo cuando se incumpla con este requisito no debe traer aparejada, sin más, la nulidad del contrato, toda vez que existen vastas áreas de utilización de obras en las que la celebración contractual por escrito se elude frecuentemente.⁵

En la mayoría de la normativa latinoamericana como regla general estas relaciones deben constar por escrito.

II.1. BREVE ANÁLISIS SOBRE LAS FORMALIDADES CONTRACTUALES EN LATINOAMÉRICA

(ESCRITURA Y REGISTRO)

La normativa de **Argentina** establece en su artículo 51 y siguientes un apartado referido a la venta. No discrimina entre la enajenación y la cesión parcial o total, sino que éstas se establecen como opciones para el autor o sus causahabientes, respetando de alguna forma el derecho moral de autor, pero exigiendo como requisito *sine qua non* -para su validez- la inscripción en el Registro Nacional de la Propiedad Intelectual. La formalidad de la escritura no se contempla al menos de forma directa. Además de que se establece la forma contractual para las traducciones, ediciones, representaciones, en su artículo 55 bis menciona los contratos de licencia para el uso o reproducción de los programas de computación. En el artículo 40 se contempla la retribución pecuniaria del autor o sus derechohabientes; considerándose siempre oneroso el contrato, salvo prueba en contrario.

En el **Brasil**, de acuerdo con el artículo 29 de su ley Nº 9610, cualquier modalidad de explotación depende de una autorización previa del autor y las modalidades de explotación son independientes unas de las otras y pueden ser cedidas a terceros total o parcialmente por medio de cesión, concesión, licencia o cualquier otro medio contemplado en sus leyes; se exige la formalidad de la escritura en los contratos y con la presunción de que siempre serán onerosos. En la legislación brasileña el registro es potestativo, los derechos morales son inalienables e irrevocables.

En **Bolivia**, el artículo 20 de la ley 1322 deja claro que se considerarán cedidos a las empresas de impresión, radio, televisión y otros medios de comunicación social los derechos de autor de artículos, guiones, libretos, dibujos, fotografías y demás producciones sin firma, aportados por el personal de redacción y producción de la empresa, sujeto a contrato de empleo. En el caso de publicarse con firma, se consideran cedidos sólo los derechos de publicación por la empresa, reteniendo los autores todos los demás derechos que ampara dicha ley. Los derechos patrimoniales del autor pueden ser transmitidos por disposición testamentaria tal cual lo dispone el artículo 27. En su artículo 29 se exige que la transmisión de una o de todas las modalidades de explotación se efectúe mediante contrato privado registrado en la Dirección General de Derecho de Autor con las formalidades de ley; la transmisión a un editor o productor de los derechos de explotación de la obra creada en virtud de una relación laboral se regirá por lo pactado en el contrato, debiendo éste realizarse por escrito. Toda autorización de uso de una obra se presume onerosa y la exclusiva debe ser expresamente convenida. En el artículo 13 del reglamento de la ley se establece que las distintas formas de utilización de la

5 Lipszyc, Delia, , óp. cit., p. 275.

obra son independientes entre ellas, la autorización del autor para una forma de utilización no se extiende a las demás. En el literal "a" de ese mismo artículo se señala que el cedente de un derecho de utilización de una obra responderá ante el autor solidariamente con el cesionario por las obligaciones contraídas por aquél en el respectivo contrato, así como por la compensación por daños y perjuicios que el cesionario pueda causarle por el incumplimiento de algunas de esas obligaciones contractuales.

En **Chile**, su legislación contempla en su artículo 17 que el derecho patrimonial confiere al titular del derecho de autor las facultades de utilizar directa y personalmente la obra, de transferir, total o parcialmente, sus derechos sobre ella y de autorizar su utilización por terceros. Establece que el titular del derecho de autor autorizará por medio de cualquier forma contractual la utilización de la obra; dicha autorización debe precisar cuáles son los derechos autorizados, duración, remuneración, forma de pago, territorialidad, y cualquiera que el autor imponga, y la remuneración no podrá ser inferior a la establecida en el reglamento. Los contratos de edición y representación se perfeccionan con la escritura pública o documento privado firmado ante notario. En su artículo 73 se establece la obligación de registro, y la transferencia deberá efectuarse por instrumento público o por instrumento privado autorizado ante notario. También deberá inscribirse, dentro del mismo plazo, la resolución del contrato que originó la transferencia.

En **Colombia** el derecho patrimonial del autor se causa desde el momento en que la obra o producción, susceptible de estimación económica y cualquiera que sea su finalidad, se divulgue por cualquier forma o modo de expresión; tal cual lo concibe el artículo 72 de su régimen autoral. Se contempla también la independencia en las modalidades de explotación. Todo

acto que verse sobre la enajenación de derechos de autor, ya sea total o parcial, debe constar en escritura pública o en documento privado reconocido ante notario y para que tengan validez frente a terceros deben ser registrados ante la Oficina de Registros de Derecho de Autor, con las formalidades que la ley dispone (artículo 183). La onerosidad en los contratos es opcional para el autor, quien podrá escoger bajo su libre criterio su remuneración.

En cuanto a **Costa Rica**, su Ley sobre derechos de Autor y Derechos Conexos vigente, en su artículo 16 numeral 1, establece que al autor de la obra literaria o artística le corresponde el derecho exclusivo de utilizarla. Los contratos sobre derechos de autor se interpretarán siempre restrictivamente y al adquirente no se le reconocerán derechos más amplios que los expresamente citados, salvo cuando resulten necesariamente de la naturaleza de sus términos. Se menciona en esta legislación (artículos 88 y siguientes) términos como "enajenación" para referirse a la forma de transmitir sus derechos patrimoniales y exige que todos esos actos deben constar en instrumento público o privado ante dos testigos. Se llega a mencionar el término "venta" en su artículo 93. La onerosidad es potestad de los titulares de derechos de autor, los artistas, intérpretes o ejecutantes, sus mandatarios, herederos, sucesores o cesionarios.

En **Cuba**, a través del artículo 28, se plantea la posibilidad de que el autor o sus derechohabientes puedan ceder mediante contrato el derecho a utilizar una obra por parte de una entidad autorizada para tal fin. A su vez, para la utilización de las obras pueden existir diferentes tipos de contrato, tales como el de edición, el de representación o ejecución pública, el relativo a la obra cinematográfica, y el de creación de una obra por encargo. De acuerdo con las disposiciones de la ley, el Ministerio de Cultura podrá establecer los correspondientes modelos de contratos. De conformidad con el

artículo 29, todo contrato debe estipular fundamentalmente el nombre de las partes que contratan, el título de la obra, el derecho cedido, el término de la cesión, si es total o parcial, exclusiva o no, la forma y el grado de utilización de la obra, la cuantía y la remuneración que corresponda. Todo contrato debe ser concertado por escrito (artículo 30). Son lícitas sin el consentimiento del autor, pero con remuneración, las siguientes utilizaciones de una obra que sea de conocimiento público, siempre que se respeten sus valores específicos, de acuerdo con el artículo 40, el cual establece que puede utilizarse una obra sin el consentimiento del autor, pero con la debida remuneración, en los supuestos siguientes:

- a. Representar o ejecutar en público una obra;
- b. Utilizar una obra literaria como texto de una obra musical;
- c. Grabar o ejecutar una obra musical con o sin letra, y difundirla por cualquier medio;
- ch. Grabar y difundir, o ejecutar, fragmentos de una obra musical, con o sin letra, exclusivamente como fondo o presentación musical de programas de radio y televisión, noticieros radiales, televisivos o cinematográficos y presentaciones artísticas.

En todos estos casos se debe mencionar el nombre del autor y el título de la obra, a no ser que por razones técnicas o de costumbres en la difusión no resulte posible o adecuado. Se establecen licencias para la utilización gratuita de obras de producción nacional. A saber, el artículo 36 explana que la autoridad competente puede conceder a una institución oficial, entidad, empresa u organización social o de masas de un país que no se encuentre en condiciones de adquirir determinado derecho de utilización de una obra científica, técnica, artística, literaria o educacional, una licencia gratuita para utilizar sin propósito de lucro dicha obra en cualquiera de las formas autorizadas por la ley, siempre que haya

sido creada por un ciudadano cubano; que su distribución o utilización se realice exclusivamente dentro del territorio del Estado a cuya institución oficial, entidad, empresa, u organismo social o de masas se le haya otorgado la licencia; que se haga constar el nombre del autor y que se respete la integridad de la obra. Dicha licencia no podrá ser objeto de cesión. También se consideran las Licencias para la Utilización de Obras de Gran Interés Social y Necesarias para la Educación, la Ciencia, la Técnica y la Superación Profesional.

En el caso de **Ecuador**, el artículo 5 de su respectiva ley explana que el reconocimiento de los derechos de autor y de los derechos conexos no está sometido a registro, depósito, ni al cumplimiento de formalidad alguna. Con respecto a las obras creadas bajo relación de dependencia laboral, menciona que salvo pacto en contrario o disposición especial en la ley, la titularidad de las obras creadas bajo relación de dependencia laboral corresponderá al empleador, quien estará autorizado a ejercer los derechos morales para la explotación de la obra. En las obras creadas por encargo, la titularidad corresponderá al comitente de manera no exclusiva, por lo que el autor conservará el derecho de explotarlas en forma distinta a la contemplada en el contrato, siempre que no entrañe competencia desleal (artículo 16). La explotación de la obra por cualquier forma es ilícita sin la autorización expresa del titular de los derechos de autor, salvo las excepciones previstas en la ley. Así mismo el artículo 2 dice: El derecho exclusivo de explotación, o separadamente cualquiera de sus modalidades, es susceptible de transferencia y, en general, de todo acto o contrato previsto en esta ley, o posible bajo el derecho civil. En caso de transferencia, a cualquier título, el adquirente gozará y ejercerá la titularidad. La transferencia deberá especificar las modalidades que comprende, de manera que la cesión del derecho de

reproducción no implica la del derecho de comunicación pública ni viceversa, a menos que se contemplen expresamente. La enajenación del soporte material no implica cesión o autorización alguna respecto al derecho de autor sobre la obra que incorpora. Es válida la transferencia del derecho de explotación sobre obras futuras, si se las determina particularmente o por su género, pero en este caso el contrato no podrá durar más de cinco años. En relación con la onerosidad y la formalidad de escritura de los contratos se menciona en el artículo 44 que los contratos sobre autorización de uso o explotación de obras por terceros deberán otorgarse por escrito, serán onerosos y durarán el tiempo determinado en el mismo, sin embargo podrán renovarse indefinidamente de común acuerdo de las partes. Las diversas formas de explotación de la obra son independientes entre sí.

En **El Salvador** el derecho de autor recae sobre cualquier obra literaria, científica o artística y reviste un derecho de propiedad. En su artículo 7 recalca el derecho pecuario del autor por la facultad que tiene de recibir beneficios económicos por la utilización de sus obras. De acuerdo con el artículo 8, este derecho puede transferirse a cualquier título o transmitirse por causa de muerte, por lo que el autor o sus causahabientes podrán autorizar o denegar la autorización de la obra total o parcialmente y de esta misma forma todo traspaso entre vivos se presume efectuado a título oneroso pero salvo pacto expreso en contrario (artículo 51). Así mismo se establece en el artículo 56 la obligatoriedad sobre las formalidades de escritura y registro de los contratos de cesión y las licencias de uso.

Guatemala establece en el artículo 72 de su normativa la posibilidad de transmitir los derechos patrimoniales, total o parcialmente, y la presunción de onerosidad salvo pacto en contrario. Se limitará expresamente al derecho y a las modalidades cedidas, al plazo y a la te-

rritorialidad debidamente determinadas. Toda contratación debe ser por escrito; las licencias podrán ser exclusivas o no según lo establecido en el artículo 81, donde el autor de una obra podrá otorgar por escrito licencias a terceros para realizar actos comprendidos en sus derechos patrimoniales. Las licencias podrán ser exclusivas o no; ninguna licencia se considerará exclusiva si así no se indica expresamente en el contrato respectivo. La exclusividad otorgará al cesionario la facultad de explotar la obra en exclusión de otra persona, incluido el propio cedente, y, salvo pacto en contrario, la de otorgar autorizaciones no exclusivas a terceros. Se equipara en el artículo 82 que las obligaciones por cesión o por licencia de derecho de autor tienen el mismo privilegio que las de los trabajadores, en los procedimientos concursales de los cesionarios o de los licenciatarios. La obligación de registro no se exige taxativamente, pero el órgano administrativo facultado para inscribir los convenios o contratos sobre los temas de marras será el Registro de la Propiedad Intelectual.

En **Honduras** los derechos patrimoniales pueden transmitirse por cesión entre vivos, por disposición testamentaria o por imperio de la ley; estará limitada al derecho o derechos cedidos y a las modalidades de explotación expresamente previstas y al tiempo y al ámbito territorial que se determinen. El contrato debe formalizarse, debe ser por escrito y la formalidad sobre el registro no es expresa. De conformidad con su artículo 65 el autor podrá conferir por escrito licencias exclusivas o no. En cuanto a la onerosidad, el artículo 192 establece que todas las empresas que transmitan programación de televisión por el sistema de televisión abierta, de cable u otros medios análogos que operen legalmente en el país, tendrán la obligación de presentar ante la Oficina Administrativa los contratos debidamente legalizados, que acrediten la autorización de los titulares de derecho de autor y de los Derechos Conexos sobre los bienes intelectuales a radiodifundir o

transmitir al público, ya sea que ésta se origine en el extranjero o en el territorio de Honduras.

México, conforme al artículo 30 de su ley establece que el autor podrá libremente transferir sus derechos patrimoniales u otorgar licencias de uso exclusivo o no exclusivo. Considerará que toda transmisión de derechos es onerosa y temporal y en el caso que no se estipule remuneración alguna, ni el procedimiento para fijarla, la determinarán los tribunales competentes. Es requisito *sine qua non* para la validez de cualquier acto, convenio o contrato que tenga por objeto la transmisión de derechos patrimoniales, así como de las licencias de uso, que estos se celebren invariablemente por escrito -so pena de nulidad. En el artículo 32 se establece la obligatoriedad de inscripción ante el Registro Público del Derecho de Autor de los mencionados instrumentos, con la finalidad de que surtan efectos contra terceros. El derecho a la remuneración del autor es irrenunciable. En suma a esto el Reglamento de la Ley Federal del Derecho de Autor establece en su artículo 18 lo siguiente: En los actos, convenios y contratos por los que se transmitan derechos patrimoniales de autor se deberá hacer constar en forma clara y precisa la participación proporcional que corresponderá al autor o la remuneración fija y determinada, según el caso. La misma regla regirá para todas las transmisiones de derechos posteriores celebradas sobre la misma obra. En cuanto a la contratación sobre obras futuras el artículo 34 establece lo siguiente: La producción de obra futura sólo podrá ser objeto de contrato cuando se trate de obra determinada cuyas características deben quedar establecidas en él. Son nulas la transmisión global de obra futura, así como las estipulaciones por las que el autor se comprometa a no crear obra alguna. En cuanto a la equivalencia de forma de los contratos se establece en el artículo 37 que los actos, convenios y contratos sobre derechos patrimoniales que se formalicen ante notario, corredor público o cualquier fedatario público y que se encuentren

inscritos en el Registro Público del Derecho de Autor, traerán aparejada ejecución. El artículo 120 contempla y regula las contrataciones relativas al derecho conexo, al establecer que los contratos de interpretación o ejecución deberán precisar los tiempos, períodos, contraprestaciones y demás términos y modalidades bajo los cuales se podrá fijar, reproducir y comunicar al público dicha interpretación o ejecución.

En **Nicaragua**, de conformidad con el artículo 23 de su normativa inherente, el derecho patrimonial del autor es inalienable; puede ser objeto de cesión o licencias por actos entre vivos, en exclusividad o sin ella quedando limitada al derecho o derechos concedidos, a las modalidades de explotación expresamente previstas y al tiempo y ámbito territorial. A efectos de su cesión, los derechos se consideran independientes entre sí. Toda transferencia de derechos deberá formalizarse por escrito. La formalidad del registro es potestativa y se efectuará ante la Oficina Nacional del Derecho de Autor y Derechos Conexos.

En **Panamá** el autor tiene el derecho exclusivo de explotar y obtener beneficios de los derechos patrimoniales derivados por la utilización de sus obras. En el artículo 54 de su normativa se admite la posibilidad de transferencia por mandato o presunción legal, mediante cesión entre vivos o por *mortis causa* o por cualquier medio admitido en Derecho. Toda cesión entre vivos se considerará realizada a título oneroso. Se exige que tanto los contratos, como cesiones o licencias consten en forma escrita. En cuanto a la formalidad de escritura se observa en el artículo 105 lo siguiente: El registro dará fe, salvo prueba en contrario, de la existencia de la obra, interpretación, producción fonográfica o radiofónica, y del hecho de su divulgación y publicación, así como la autenticidad y seguridad jurídica de los actos que transfieran, total o parcialmente, derechos reconocidos en esta ley, u

otorguen representación para su administración o disposición. Se presume, salvo prueba en contrario, que las personas indicadas en el registro son los titulares del derecho que se les atribuye en tal carácter.

En el caso de **Paraguay**, respecto al derecho patrimonial la legislación paraguaya ha establecido que podrá transferirse por mandato o presunción legal, mediante cesión entre vivos o transmisión *mortis causa*, por cualquiera de los medios permitidos por la ley. Se presumirá siempre que toda cesión se efectúe a título oneroso, salvo pacto expreso en contrario. De conformidad con el artículo 91 el titular de derechos patrimoniales podrá igualmente conceder a terceros una simple licencia de uso, no exclusiva e intransferible, la cual se rige por las estipulaciones del contrato respectivo y las atinentes a la cesión de derechos, en cuanto sean aplicables. Los contratos de cesión de derechos patrimoniales y los de licencia de uso deberán hacerse por escrito, no estando sujetas a otra formalidad, salvo en los casos en que la ley presume la transferencia entre vivos de tales derechos.

En **Perú**, de acuerdo con el artículo 18 de su correspondiente normativa, el autor de una obra tiene, por el solo hecho de la creación, la titularidad originaria de un derecho exclusivo y oponible a terceros, que comprende, a su vez, los derechos de orden moral y patrimonial determinados en la ley. Asimismo, el autor goza del derecho exclusivo de explotar su obra bajo cualquier forma o procedimiento y de obtener por ello beneficios, salvo en los casos de excepción legal expresa; siempre debe mediar la autorización previa y escrita del titular del derecho patrimonial. De conformidad con el artículo 88, el derecho patrimonial puede transferirse por mandato o presunción legal, mediante cesión entre vivos o transmisión *mortis causa*, por cualquiera de los medios permitidos por la ley.

Toda cesión se presume a título oneroso; a menos que exista pacto expreso en contrario se limitará al derecho o derechos cedidos y al tiempo y ámbito territorial pactados contractualmente. Cada una de las modalidades de utilización de las obras es independiente de las demás y, en consecuencia, la cesión sobre cada forma de uso debe constar en forma expresa y escrita, quedando reservados al autor todos los derechos que no haya cedido en forma explícita. La formalidad de registro es meramente facultativa.

República Dominicana establece que en sus aspectos patrimoniales el derecho de autor es transferible por acto entre vivos. Mediante contrato de cesión, podrá celebrarse a título gratuito u oneroso, en forma exclusiva o no exclusiva; salvo pacto en contrario o disposición expresa en la ley, se presume que ha sido otorgada en forma no exclusiva y a título oneroso. El autor tendrá la facultad de sustituir la cesión por una licencia de uso, que no transfiere titularidad alguna al licenciatario sino que lo autoriza a la utilización de la obra u obras por la modalidad o modalidades previstas en la misma. Los contratos de cesión de derechos y las licencias de uso deben constar por escrito salvo que la ley misma establezca una presunción de cesión de los derechos. En el artículo 81 se establece lo siguiente:

La interpretación de los negocios jurídicos sobre derecho de autor será siempre restrictiva. No se admite el reconocimiento de derechos más amplios de los expresamente concedidos o licenciados por el autor en el contrato respectivo.

Los actos o contratos que transfieran total o parcialmente los derechos patrimoniales podrán ser inscritos facultativamente por los interesados ante el Registro Nacional de Derecho de Autor.

Uruguay en su artículo 2 aclara que el derecho de propiedad intelectual sobre las obras protegidas conforme a la ley, comprende la facultad exclusiva del autor de enajenar, reproducir, distribuir, publicar, traducir, adaptar, transformar, comunicar o poner a disposición del público las mismas, en cualquier forma o procedimiento. La facultad de reproducir comprende la fijación de la obra o producción protegida por la ley, en cualquier forma o por cualquier procedimiento, incluyendo la obtención de copias, su almacenamiento electrónico –sea permanente o temporario-, que posibilite su percepción o comunicación. La facultad de distribuir comprende la puesta a disposición del público del original o una o más copias de la obra o producción, mediante su venta, permuta u otra forma de transmisión de la propiedad, arrendamiento, préstamo, importación, exportación o cualquier otra forma conocida o por conocerse, que implique la explotación de las mismas. En su artículo 8 se explanan las formalidades de registro y escritura, a saber: Los derechos de autor, de carácter patrimonial, se transmiten en todas las formas previstas por la ley. El contrato, para ser válido, deberá constar necesariamente por escrito, pero no se podrá oponer contra terceros, sino a partir de su inscripción en el Registro. Cuando el contrato se otorgue en el extranjero, la inscripción podrá hacerse ante las autoridades diplomáticas o consulares del país.

En **Venezuela** los derechos patrimoniales pueden ser cedidos a título gratuito u oneroso. En el artículo 23 de la normativa aplicable se le confiere al autor la potestad del derecho exclusivo de explotar su obra en la forma que le plazca y de sacar de ella beneficio. Salvo pacto en contrario, toda cesión de derechos de explotación se presume realizada a título oneroso. Respecto a las obras futuras el artículo 52 es claro en cuanto a la posibilidad de establecer relaciones contractuales, a saber:

Es válida la cesión de los derechos de explotación del autor sobre sus obras futuras si se las determina particularmente o por su género; pero la cesión sólo surte efecto por un término máximo de cinco años contados a partir de la fecha del contrato, aun cuando en éste se haya fijado un plazo mayor. La formalidad de la escritura, tanto para las cesiones como para las licencias de uso, está plenamente establecida en el artículo 53. En cuanto a la remuneración se establece lo siguiente en el artículo 55: En caso de cesión a título oneroso de los derechos del autor sobre su obra, debe establecerse en su provecho una participación proporcional en los ingresos que obtenga el cesionario por la explotación de la obra. No obstante, la remuneración del autor puede consistir en una cantidad fija en los casos siguientes:

1. Si no puede ser determinada prácticamente la base del cálculo de la participación proporcional.
2. Si faltan los medios para fiscalizar la aplicación de participación.
3. Si los gastos de las operaciones de cálculo y de fiscalización no guardan proporción razonable con la suma a la cual alcanzaría la remuneración del autor.
4. Si la naturaleza o las condiciones de la explotación hacen imposible la aplicación de la regla de la remuneración proporcional, sea porque la contribución del autor no constituye uno de los elementos esenciales de la creación intelectual de la obra o porque la utilización de la obra sólo presente un carácter accesorio en relación con el objeto explotado. Lo mismo rige cuando el autor o el cesionario se encuentran domiciliados en el exterior. Es igualmente lícita, a pedido del autor, la conversión entre las partes contratantes de los derechos provenientes de contratos en vigor, en anualidades vitalicias de monto fijo. En relación a la transferencia de los derechos cedidos, el artículo 57 establece que la transferencia de los derechos de explotación por parte del cesionario

a un tercero mediante acto entre vivos implica también la transmisión al tercero de las obligaciones del cesionario frente al cedente. Salvo pacto en contrario, la transferencia no puede efectuarse sino con el consentimiento del cedente dado por escrito, excepto en el caso de que ésta quede comprendida dentro de la enajenación del fondo de comercio del cesionario o de parte del mismo. No obstante, si en tal caso la transferencia compromete gravemente los intereses del autor, éste puede demandar al adquirente por la rescisión del contrato de cesión. También debe darse por escrito al cesionario el consentimiento del autor en una transferencia ulterior. En relación con las obras por encargo la legislación venezolana estipula en su artículo 59 que se presume, salvo pacto expreso en contrario, que los autores de las obras creadas bajo relación de trabajo o por encargo, han cedido al patrono o al comitente, según los casos, en forma ilimitada y por toda su duración, el derecho exclusivo de explotación definido en el artículo 23 y contenido en el título II de esta ley. La entrega de la obra al patrono o a quien encarga la creación, según corresponda, implica la autorización para que éstos puedan divulgarla, así como para ejercer los derechos a que se refieren los artículos 21 y 24 de la Ley y la de defender los derechos morales, en

cuanto sea necesario para la explotación de la obra. La cesión a que se refiere este artículo, no se efectúa implícitamente respecto de las conferencias o lecciones dictadas por los profesores en universidades, liceos y demás instituciones docentes. La formalidad del registro es potestativa; en este sentido el reglamento de la ley establece en su artículo 49 que para el registro de los actos y contratos que transfieran total o parcialmente los derechos reconocidos en la Ley, que constituyan sobre ellos derechos de goce, o en los actos de partición o de sociedades relativas a aquellos derechos, se indicara, de acuerdo con la naturaleza y características del contrato o acto que se inscribe, lo siguiente:

- 1.- Partes intervenientes.
- 2.- Naturaleza del acto o contrato.
- 3.- Objeto.
- 4.- Derechos o modalidades de explotación que conforman la transferencia, constitución de goce o la partición, según el caso.
- 5.- Determinación de la cuantía, si corresponde.
- 6.- Plazo y duración del contrato.
- 7.- Lugar y fecha de la firma.
- 8.- Nombre y demás datos de identificación del solicitante de la inscripción cuando el contrato ya haya sido reconocido, autenticado o registrado ante otra autoridad.

III

CONCLUSIONES

Los creadores latinoamericanos deben saber que el derecho de autor es un derecho humano reconocido internacionalmente, que está amparado bajo sistemas complejos de acuerdos internacionales que han incidido de forma importante en las distintas legislaciones que han adoptado, como bien se pudo percibir en este trabajo, casi en la totalidad de ellas, elementos similares para formalizar y armonizar la protección de las obras del ingenio humano.

Pero ¿qué podemos dejar como conclusión en este trabajo?

Se deben tener en cuenta importantes aspectos de especial relevancia al momento de suscribir una cesión, licencia de uso, mandato o cualquier otro contrato que implique la transmisión de derechos patrimoniales, a saber:

1. Lo primero que hay que verificar es si en la legislación autoral correspondiente es exigida la formalidad de la escritura del contrato, si está o no sujeta a registros o formalidades notariales.
2. Si el titular originario en ese acto está cediendo todas o algunas formas de explotación.

3. El tiempo de duración de la cesión u autorización.
4. Si se está cediendo la explotación o autorizando el uso para un territorio en específico o de manera global.
5. Si la contratación implica exclusividad o no para quien se constituirá en el titular derivado.
6. Si la negociación se está efectuando a título gratuito u oneroso.
7. Si es transferible a terceros por parte del cedentario.
8. Si la cesión recae sobre obras creadas y plenamente identificadas o si comprenden las que puedan crearse en un futuro y si éstas pueden identificarse por género o cualquier otra característica esencial.

Como conclusión quedará también lo legado por el destacado jurista venezolano Ricardo Antequera Parilli en referencia al tema planteado, a saber;

Al contrario de lo que ocurre con otras industrias, el mundo en desarrollo, y muy especialmente América Latina, ha sido tradicionalmente un importante productor de bienes culturales, en literatura, música y artes plásticas, por ejemplo superando, en muchos casos, a algunos de los económicamente desarrollados.⁶ ©

⁶ ANTEQUERA, Ricardo, *Op. cit.*

BIBLIOGRAFÍA

ANTEQUERA, Ricardo, *Derecho de Autor*, México, 2º edición, tomo I, Caracas, SAPI, DNDA, 1998.

JESSEN, Henry, *Derechos intelectuales de los autores, artistas, productores de fonogramas y otros titulares*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1970.

LIPSZYC, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, Ediciones UNESCO, CERLALC, ZAVALIA, 1993.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. *Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos*, publicación en línea,
<http://goo.gl/39lt6p>

Hernán GARCÍA TORRES

Abogado. Especialista en Derecho Procesal Civil, USM, Caracas, Venezuela. Especialista en Propiedad Intelectual ULA (EPI)-UCV (CENDES), Caracas/ Mérida, Venezuela. Estudios de Postgrado en Derecho de Autor y Conexos en la Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Buenos Aires, República Argentina. Coordinador de la Gerencia Legal de la Sociedad de Autores y Compositores de Venezuela (SACVEN). Músico, Autor y Compositor.

Recientes reformas a la Ley Federal del Derecho de Autor: señalamiento expreso de la independencia del ejercicio de las acciones administrativas y civiles

Gisela IBARRA SALAZAR*

SUMARIO

I. Introducción. **II.** Presentación. **III.** Dictamen. **IV.** Publicación. **V.** Alcances de la reforma legal. **VI.** Entrada en vigor. **VII.** Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Las reformas o adiciones se realizan a un texto normativo como parte de la actividad parlamentaria deben tener como finalidad la mejora del mismo y cubrir ciertas deficiencias que de origen no fueron detectadas. En el caso de la LFDA, vigente desde el año 1997, las diferentes reformas que ha sufrido la han fortalecido adecuándose a los diversos cambios jurídicos y sociales suscitados desde su promulgación.

El 10 de junio de 2013 se publicaron en el Diario Oficial de la Federación (DOF) las últimas reformas a la LFDA, consistentes en cuatro artículos, cuya importancia recae particularmente en lo dispuesto en el numeral 213 (adición de un tercer párrafo), situación que ha motivado la realización del presente trabajo.

PRESENTACIÓN Y CONTENIDO DE LA INICIATIVA

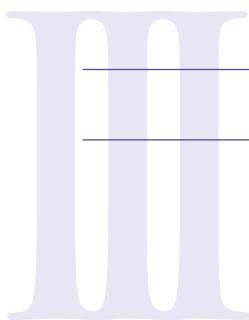
En la LXI Legislatura del Congreso de la Unión se presentó el 10 de diciembre de 2010 la iniciativa “que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Ley Federal del Derecho de Autor”, por parte de Armando Jesús Báez Pinal, quien era diputado federal del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional (PRI), de cuya exposición de motivos sobresale lo siguiente:

- 1) Otorgar al Instituto Nacional del Derecho de Autor (INDAUTOR) las facultades necesarias para efectuar visitas de inspección y requerir informes y datos (artículo 210, fracción I), toda vez que estas facultades se encontraban previstas únicamente en el Reglamento de la LFDA, lo que hacía fácilmente impugnable dichos actos de molestia.

* Gisela Ibarra Salazar, Abogada Consultor adscrita a la Dirección Jurídica del INDAUTOR.

- 2) Modificar el artículo 213 a efecto de establecer la competencia de los Tribunales Federales respecto de las controversias que se suscitan con motivo de la aplicación de la LFDA, para lo cual se preveía la existencia de una vía especial de derecho de autor, la cual se tramitaría de conformidad con lo previsto por la LFDA, su Reglamento y el Código Federal de Procedimientos Civiles, señalando que para ejercitarse dicha vía no sería necesario agotar ningún procedimiento previo como condición para el ejercicio de dichas acciones.
 - 3) Establecer un juicio especial en materia de derecho de autor (adición de los artículos 214 bis a 214 bis 9), cuyas características eran similares a las de un procedimiento sumario, con similitud de etapas y formalidades de un juicio ordinario.
- La demanda y la contestación irían acompañadas de las pruebas respectivas; las pruebas confesional y testimonial no serían aceptadas a menos que fuera para refrendar, ratificar o negar documentos; se preveía la posibilidad de las pruebas supervenientes. El resultado de las visitas de inspección realizadas por el INDAUTOR tendría el carácter de prueba plena. La única excepción permitida sería la de legitimación, que se sustanciaría vía incidental ante el juez de la causa, cuya sentencia interlocutoria sería recurrible al resolverse en definitiva el asunto principal. La legitimación de las sociedades de gestión colectiva o asociaciones cuyo objetivo fuera el de la defensa conjunta de los derechos de autor, se daría cuando se presentasen ante el juicio la certificación de la lista de socios inscritos ante el Registro Público del Derecho de Autor y de sus repertorios. Los titulares de derecho de autor, derechos conexos y de otros derechos de propiedad intelectual, sus representantes o las sociedades de gestión colectiva, tendrían la posibilidad de solicitar medidas provisionales con el propósito de salvaguardar sus derechos, previa acreditación de la titularidad del derecho que le asiste y la inminencia de la violación.
- 4) Contemplar la reforma de la fracción III del artículo 218 para incluir un monto mínimo y máximo para la multa por inasistencia a la junta de avenencia, en virtud del criterio señalado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en cuanto a que el establecimiento de multas fijas es contrario a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
 - 5) Precisar una división a los supuestos referentes a las infracciones en materia de derecho de autor previstos en el artículo 230 a efecto de distinguir entre las infracciones de naturaleza meramente administrativas y cuya competencia le correspondería al INDAUTOR y aquellas referentes a conflictos de intereses entre particulares y que por tal motivo deberían ser sancionadas por los Tribunales Federales.
 - 6) Incluir en las infracciones en materia de comercio previstas en el artículo 231, la mención expresa de que el uso sin autorización de los titulares de fonogramas, videogramas, ediciones o emisiones de radiodifusión constituye una violación.
 - 7) Establecer que el concepto de escala comercial o industrial se debería entender en términos del Código de Comercio.
 - 8) Definir que la autoridad competente para sancionar las infracciones serían los Jueces de Distrito, al igual que para emitir una resolución de suspensión de libre circulación de mercancías de procedencia extranjera, quitándole al Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI) esa competencia.

La iniciativa fue turnada en la misma fecha de su presentación a la Comisión de Cultura de la Cámara de Diputados, sin embargo, al no ser dictaminada durante el periodo de sesiones respectivo, fue turnada nuevamente el jueves 15 de diciembre de 2011, con base en el artículo sexto transitorio del Reglamento de la Cámara de Diputados.



DICTAMEN

El 26 de febrero de 2013 se publicó en la Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados el “Dictamen de la Comisión de Cultura y Cinematografía, con proyecto de Decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Ley Federal del Derecho de Autor”.

De la iniciativa original, sólo algunas propuestas fueron consideradas como procedentes

De la iniciativa original, sólo algunas propuestas fueron consideradas como procedentes por la Comisión de Cultura y Cinematografía de la Cámara de Diputados:

- 1) Reforma a la fracción I del artículo 210, en donde se le otorga la facultad expresa al INDAUTOR para realizar visitas de inspección y requerir informes y datos.

- 2) Adiciona un tercer párrafo en el artículo 213 para precisar que el ejercicio de las acciones que derivan de ella y su Reglamento, no requiere agotar ningún procedimiento previo. La propuesta de una vía judicial especial fue desechada.
- 3) Modifica la fracción III del artículo 218 para establecer un monto mínimo y máximo de las multas que se impongan por la inasistencia a una junta de avenencia.
- 4) Determina en el artículo 235 la competencia de los Tribunales Federales para ordenar medidas provisionales en aduanas. La competencia del IMPI se mantiene sin ninguna modificación.

Este dictamen quedó de primera lectura el 28 de febrero de 2013, con la siguiente votación:¹

Votos	Total	PRI	PAN	PRD	PVEM	PT	PNA	MC	SP
Favor	426	191	98	80	24	11	7	15	0
Contra	2	0	0	1	1	0	0	0	0
Abstención	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Quórum *	1	0	0	1	0	0	0	0	0
Ausente	71	22	16	19	3	4	3	4	0
Total	500	213	114	101	28	15	10	19	0

* Quórum, significa que pasó lista de asistencia y no votó.

1 <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/Votaciones/62/tabla1or2-30php3>

El oficio de envío del Dictamen por parte de la Cámara de Diputados al Senado, en su carácter de cámara revisora, fue publicado en la Gaceta Parlamentaria del Senado de la República el 5 de marzo de 2013. En esta publicación se señala el turno a las Comisiones Unidas de Cultura y de Estudios Legislativos Primera de la Cámara de Senadores.

El 25 de abril de 2013 se da la publicación en el órgano de difusión de la Cámara de Senadores

del Dictamen de Primera Lectura de las Comisiones Unidas de Cultura y de Estudios Legislativos, en el cual se señala la adhesión de los integrantes de esas comisiones al contenido del proyecto enviado por la Cámara de diputados. El 30 de abril de 2013 se aprobó el Decreto en lo general y en lo particular con 101 votos a favor y 0 en contra, por lo que fue remitido al Ejecutivo Federal para su promulgación y publicación en el DOF.

PUBLICACIÓN

El 10 de junio de 2003 se publicó en el DOF el *Decreto por el que se reforman los artículos 210, fracción I; 218, fracción III; 235; y se adiciona un último párrafo al artículo 213 de la Ley Federal del Derecho de Autor*, para quedar de la siguiente manera:

Artículo 210.- *El Instituto tiene facultades para:*

- I. *Realizar investigaciones respecto de presuntas infracciones administrativas, llevar a cabo visitas de inspección y requerir informes y datos;*
- II. *a V ...*

Artículo 213.- *...*

...

Para el ejercicio de las acciones derivadas de la presente Ley y su Reglamento no será necesario agotar ningún procedimiento ni acción previa como condición para el ejercicio de dichas acciones.

Artículo 218.- *El procedimiento administrativo de avenencia lo llevará a cabo el Instituto conforme a lo siguiente:*

I. y II. ...

III. Se citará a las partes a una junta de avenencia, apercibiéndolas que de no asistir, se les impondrá una multa de cien a ciento cincuenta días de salario mínimo general

vigente en el Distrito Federal. Dicha junta se llevará a cabo dentro de los veinte días siguientes a la presentación de la queja;

IV. a VI. ...

...

Artículo 235.- *Los Tribunales Federales en cualquier caso y el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, tratándose de infracciones en materia de comercio, quedan facultados para emitir una resolución de suspensión de la libre circulación de mercancías de procedencia extranjera en frontera, en los términos de lo dispuesto por la Ley Aduanera.*

TRANSITORIOS

PRIMERO. *El presente Decreto entrará en vigor a los sesenta días de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.*

SEGUNDO. *Las controversias que se encuentren en trámite ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial y/o ante el Instituto Nacional del Derecho de Autor al momento de la entrada en vigor de este Decreto, continuarán hasta su conclusión conforme a los ordenamientos en vigor existentes al momento de su inicio.*

V

ALCANCES DE LA REFORMA LEGAL

Las reformas efectuadas revisten gran importancia, toda vez que con ellas se aclara de manera expresa y definitiva la independencia de las acciones civiles de las administrativas para la reparación del daño por violaciones a los derechos contemplados por la LFDA.

Con las reformas efectuadas se aclara de manera expresa y definitiva la independencia de las acciones civiles de las administrativas. Se deja sin efectos las tesis aisladas LXXX/2008 y XXIX/2011.

Con las reformas efectuadas se aclara de manera expresa y definitiva la independencia de las acciones civiles de las administrativas. Se deja sin efectos las tesis aisladas LXXX/2008 y XXIX/2011.

La adición del último párrafo al artículo 213 deja sin efectos las tesis aisladas LXXX/2008 y XXIX/2011, cuya interpretación fue realizada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en las cuales se establece como requisito de procedencia de la acción indemnizatoria por daños y perjuicios la declaración previa de infracción por parte del INDAUTOR o en su caso del IMPI. Dichas tesis son:

"DERECHOS DE AUTOR. LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS EN LA VÍA JURISDICCIONAL REQUIERE UNA PREVIA DECLARACIÓN POR PARTE DEL INSTITUTO MEXICANO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, SOBRE LA EXISTENCIA DE INFRACCIONES EN LA MATERIA. Localización: [TA]; 9a. Época; 1a. Sala;

S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVIII, Agosto de 2008; Pág. 47. 1a. LXXX/2008."

"DERECHOS DE AUTOR. LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN LA VÍA JURISDICCIONAL SÓLO ESTÁ CONDICIONADA A LA DECLARACIÓN PREVIA DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA CUANDO LA CONTROVERSIAS DERIVA DE UNA INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA O EN MATERIA DE COMERCIO REGULADA POR LOS ARTÍCULOS 229 Y 231 DE LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR. Localización: [TA]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIII, Febrero de 2011; Pág. 613. 1a. XXIX/2011."

Ambas Tesis desafortunadamente fueron resultado de una incorrecta interpretación apegada a la Jurisprudencia por contradicción de tesis en materia de propiedad industrial 13/2004,² cuya naturaleza y regulación es distinta a la materia del derecho de autor. En este sentido, el texto adicionado como tercer párrafo al artículo 213 tiene como antecedente lo dispuesto por los artículos 137 y 138 del Reglamento de la LFDA, vigente desde 22 de mayo de 1998, los cuales se transcriben para su mejor entendimiento:

El texto adicionado como tercer párrafo al artículo 213 de la Ley Federal del Derecho de Autor tiene como antecedente lo dispuesto por los artículos 137 y 138 de su Reglamento.

El texto adicionado como tercer párrafo al artículo 213 de la Ley Federal del Derecho de Autor tiene como antecedente lo dispuesto por los artículos 137 y 138 de su Reglamento.

² "PROPIEDAD INDUSTRIAL. ES NECESARIA UNA PREVIA DECLARACIÓN POR PARTE DEL INSTITUTO MEXICANO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, SOBRE LA EXISTENCIA DE INFRACCIONES EN LA MATERIA PARA LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS. [J]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XIX; Mayo de 2004, Pág. 365".

"Artículo 137.- Cualquier violación a los derechos y a las prerrogativas establecidos por la Ley, faculta al afectado para hacer valer las acciones civiles, penales y administrativas que procedan."

"Artículo 138.- El ejercicio de las acciones establecidas en la Ley dejará a salvo el derecho de iniciar otro procedimiento de conformidad con la misma, el Código Civil Federal, el Código de Comercio, la Ley de la Propiedad Industrial o, en su caso, la legislación común aplicable, así como presentar denuncia o querella en materia penal."

De estos preceptos ya se desprendía que podían ejercer las acciones civiles, penales y administrativas previstas en la LFDA de manera independiente, sin que se tuviese que agotar un procedimiento previo para su procedencia. No obstante lo anterior, y sin que existiera disposición contraria en la Ley o que prescribiera alguna condición para demandar la reparación del daño en materia de derechos de autor, los tribunales federales, al conocer de este tipo de juicios, se empezaron a declarar incompetentes, argumentando con base en la Jurisprudencia aplicable a la materia de propiedad industrial que se requería agotar el procedimiento ante las autoridades administrativas, INDAUTOR o IMPI.

Al respecto, el Dr. Eduardo de la Parra Trujillo³ señala que la independencia de las acciones civiles y administrativas se da por las siguientes razones:

- a) La diferente finalidad entre ambas acciones.
- b) La subordinación de la acción civil a la administrativa violaría el derecho fundamental de acceso a la justicia.
- c) La LFDA no contiene disposición expresa en el sentido de que hay que agotar previamente un procedimiento de infracción.
- d) La normatividad en materia de derechos de autor señala expresamente la procedencia directa de acciones civiles.

De estos argumentos se desprende que no existe sometimiento de la acción civil a la acción administrativa, y por lo tanto los jueces civiles no podrían desechar una demanda en donde se estuviese reclamando la indemnización por el daño moral o material o la indemnización por daños y perjuicios en materia de derecho de autor, argumentando no haberse agotado el procedimiento administrativo, particularmente el de infracción en materia de derechos de autor o en materia de comercio, regulados en los artículos 229 y 231 de la LFDA, respectivamente.

Asimismo, en virtud de que se trata de un conflicto entre particulares, la LFDA otorga al afectado la facultad de elección entre el fuero federal o local para la resolución del mismo,⁴ de conformidad con el artículo 213, primer párrafo, que a la letra dice: *"Los Tribunales Federales conocerán de las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de esta Ley, pero cuando dichas controversias sólo afecten intereses particulares, podrán conocer de ellas, a elección del actor, los tribunales de los Estados y del Distrito Federal."*

3 De la Parra Trujillo, Eduardo, *Acciones civiles en materia de derechos de autor: ¿necesidad de declaración previa de infracción administrativa?* Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, www.juridicas.unam.mx.

4 Jurisdicción concurrente: facultad otorgada a jueces y tribunales de distinto fuero o competencia, para conocer del inicio de un juicio, en virtud de lo dispuesto en el artículo 104, fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual señala: "Los Tribunales de la Federación conocerán de todas las controversias del orden civil o mercantil que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano. A elección del actor y cuando sólo se afecten intereses particulares, podrán conocer de ellas, los jueces y tribunales del orden común."

V

ENTRADA EN VIGOR

Al señalarse, con la reforma reciente, de manera expresa en el último párrafo del artículo 213 de la LFDA la independencia entre las acciones que se pueden hacer valer ante una violación de cualquier derecho contemplado por la LFDA, se da seguridad jurídica a

los titulares del derecho de autor, derechos conexos y de otras figuras de propiedad intelectual contempladas en el ordenamiento en cita, como son las reservas de derechos al uso exclusivo⁵ o el derecho imagen de persona retratada.⁶

A partir esa fecha, sin duda alguna, una demanda ante un Juez de Distrito en materia civil por violación a los derechos conferidos por la LFDA podrá incluir dentro de las prestaciones la reparación del daño material y/o moral, el cumplimiento de un contrato o de alguna disposición legal, así como la indemnización por daños y perjuicios en términos del artículo 216 bis del mismo ordenamiento, por ejemplo.

Por otra parte, cabe señalar que con la entrada en vigor de la reforma al artículo 218, fracción

III de la LFDA, el INDAUTOR a través del Director Jurídico, el Subdirector de Conciliación y Consulta y el Jefe de Departamento de Conciliaciones podrán imponer como autoridades competentes en el procedimiento administrativo de avenencia las multas por inasistencia considerando el monto mínimo de 100 hasta el máximo de 150 veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal, señalando la debida justificación prevista en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

Finalmente, en el Artículo Segundo Transitorio del Decreto se señala que las controversias que se encuentren en trámite ante el INDAUTOR y/o ante el IMPI al momento de la entrada de la vigencia del mismo, continuarán hasta su conclusión conforme a los ordenamientos vigentes al momento de su inicio, pero sin que ello impida ejercitarse acción simultánea por reparación del daño ante tribunales. ©

5 Ver artículo 173 de la LFDA.

6 Ver artículo 87 de la LFDA.

BIBLIOGRAFÍA

Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados.

Gaceta del Senado de la República.

DE LA PARRA TRUJILLO, Eduardo, *Acciones civiles en materia de derechos de autor: ¿necesidad de declaración previa de infracción administrativa?* Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, www.juridicas.unam.mx.

Diccionario Jurídico Mexicano, Editorial Porrúa, Decimoprimera edición, 1998, p. 1885.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Gisela IBARRA SALAZAR

Gisela Ibarra Salazar cursó la licenciatura en Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), así como la especialidad en Propiedad Intelectual en el Ilustre y Nacional Colegio de Abogados. Ha participado en diversos diplomados y talleres en materia de Propiedad Intelectual y Derecho de Autor.

Actualmente se desempeña como abogada consultor en el Departamento de Consultas de la Dirección Jurídica. Dentro de sus funciones se encuentra la de efectuar opiniones a iniciativas de ley; desde la argumentación al proyecto propuesto, la redacción del texto legal, hasta el seguimiento del proceso legislativo en ambas Cámaras.

Contratos en la industria del entretenimiento I

Manrique MOHENO AGUILAR*

SUMARIO

I. Preámbulo: La industria del entretenimiento y el derecho que la rige. **II.** El contrato de artista exclusivo para intérprete (cantante).

PREÁMBULO LA INDUSTRIA DEL ENTRETENIMIENTO Y EL DERECHO QUE LA RIGE

Desde hace muchos años en el Derecho sajón, se ha venido desarrollando un área jurídica que se conoce como “Entertainment Law” en la cual se pretende agrupar todas las leyes, tratados internacionales y casos relacionados con lo que en los catálogos internacionales para la clasificación de industrias, como el Sistema de Clasificación Industrial para América del Norte (SCIAN), se han clasificado los diversos sectores del entretenimiento formando una de las más grandes “industrias sin chimeneas” del mundo contemporáneo y que hoy en día forma parte importante de las economías de los países. En México se calcula que de 2011 al 2014 se espera un crecimiento anual de un 5% o más y el desarrollo cada vez mayor de empresas que se dedican a esta industria. Basta mirar las grandes carteleras de todo tipo de espectáculos públicos que gozamos en el país: conciertos, cine, teatro, deportes, ferias, toros, palenques, exposiciones, danza, artes plásticas, obras literarias, juegos de video, juegos de casino y demás actividades relacionadas que día a día generan un enorme número de fuentes de trabajo y gran derrama económica. Por supuesto que existen ordenamientos jurídicos para normar a los participantes en estas actividades; si bien todas ellas son distintas, las unen intereses comunes.

El tema en este ensayo no es económico. Para ello el lector puede consultar, si le interesa, la clasificación “**71 Servicios de esparcimiento culturales y deportivos, y otros servicios recreativos**” del referido catálogo del SCIAN, para darse cuenta de la gran cantidad de servicios que conforman esta industria; además, existen diversos estudios económicos al respecto.

* Abogado mexicano egresado de la Escuela Libre de Derecho, con más de 28 años de experiencia en la industria del entretenimiento.

El hecho es que, a pesar de la reticencia de algunos colegas, el término sajón mencionado se ha colado en nuestro país y en otros, como España, y bien o mal traducido ya se habla de un Derecho del Entretenimiento, como una rama del derecho en la que se vinculan todas las leyes, tratados y reglamentos locales que regulan las actividades que seres humanos y empresas desarrollan a diario dentro de todos los sectores de esta industria del entretenimiento, donde por supuesto se incluye la creatividad en todos sus aspectos.

Podemos mencionar que en España la DENAE (Derecho del Entretenimiento Asociación Española) ha nacido como “consecuencia de importar el término anglosajón “Entertainment Law” para así lograr vincular industrias del ámbito cultural (en un sentido amplio incluyendo el espectáculo) que comparten intereses y público similares, y lo más importante, industrias con un mismo objetivo: entretenir de cualquier manera a los consumidores finales; de esta manera los miembros de esta asociación expresan su sentir al mencionar que: “El Derecho del Entretenimiento se configura como una materia que estudia todas las disciplinas que configuran el día a día de este sector. De esta forma nace un nuevo concepto de especialidad, que se traslada de un conocimiento de una disciplina en concreto al conocimiento extremo de una industria y sus necesidades.” (Texto tomado de su portal de internet).

De mi parte, desde hace años me he adherido a esta corriente y propalado su existencia, junto con mi querida materia de la Propiedad Intelectual, que se sitúa como columna vertebral de esta área del derecho, dentro de la cual participan otros ordenamientos legales como el Código Civil, la Legislación Mercantil, la Ley Federal del Trabajo, la Ley de Protección de Datos, la de Competencia Económica, por mencionar algunos.

Quizá valga la pena aclarar que una cosa es el derecho al entretenimiento que es en sí, en sentido amplio, el derecho que todos tenemos para gozar de todas las actividades creadas por el ser humano para proporcionarnos un goce a los sentidos y un bienestar a la vida, de por sí cada vez más complicada; por ello hay entretenimiento para todas las edades y capacidades económicas y el Estado mismo se preocupa porque todos los ciudadanos de alguna u otra manera gocemos de este derecho. Otra cosa es el Derecho del Entretenimiento en el sentido del conjunto de normas que rigen todas las actividades humanas y empresariales que se dedican a esta industria de la que forma ya parte la cultura del entretenimiento y, ¿por qué no?, de la diversión, sana por supuesto.

El derecho al entretenimiento es en sí, en sentido amplio, el derecho que todos tenemos para gozar de todas las actividades creadas por el ser humano para proporcionarnos un goce a los sentidos y un bienestar a la vida.

Como lo he referido, la Ley Federal del Derecho de Autor (en lo sucesivo LFDA), por el contenido que regula relacionado con los derechos de autor y los derechos conexos y que se dan aquí por conocidos del lector, es columna vertebral de esta área del Derecho del Entretenimiento.

El Derecho del Entretenimiento (se refiere al) conjunto de normas que rigen todas las actividades humanas y empresariales que se dedican a esta industria.

Basta sólo con mencionar que protege los derechos de los autores de todo tipo de obras musicales, literarias, audiovisuales, dramáticas, de danza, pictóricas o de dibujo, escultóricas, programas de radio y televisión, programas de cómputo, la fotografía y demás creaciones del

H

intelecto humano que, además de sensibilizar nuestros sentidos, tienden a entretenernos al ser humano; protege a todos aquellos que dan vida a estas obras como los artistas, intérpretes, ejecutantes, cantantes, músicos, bailarines, editores, productores de fonogramas, videogramas, radio y televisión y demás participantes denominados como titulares de derechos conexos, estableciendo la normatividad al día de hoy y siempre, en proceso de mejorar. De esta manera se ha venido legislando para su protección y para normar sus actividades y relaciones jurídicas entre ellos y

con terceros, tratando de seguir los estudios jurídicos internacionales, adaptados a las necesidades del país.

Sirva este preámbulo como un marco para manifestar nuestros comentarios en una serie de artículos, relacionados con los diversos contratos contenidos o relacionados con esta ley y su vinculación con la rama de la industria de la música, que desde luego forma parte de la industria del entretenimiento, por lo que los llevan a ser parte del Derecho del Entretenimiento, contexto dentro del que se pretenden analizar.

EL CONTRATO DE ARTISTA EXCLUSIVO PARA INTÉPRETE (CANTANTE)

Partimos de la base que éste es uno de los tipos de contrato mediante el cual una persona física que pretende dedicarse profesionalmente al canto –en forma individual o con un grupo musical– como participante(s) en la industria del espectáculo, se liga(n) jurídicamente con un productor de fonogramas –otro partícipe de la misma industria–, y en el cual establecen los derechos, las obligaciones, las participaciones económicas y demás directrices que regularán su relación jurídica por el tiempo convenido.

No es momento de escribir sobre el desarrollo histórico que ha tenido este contrato desde su nacimiento pues es una larga historia, ni tampoco de criticar si es o no “leonino” como es costumbre escuchar en el ámbito musical mundial –otro tema muy largo–, sino solamente dejar establecido al día de hoy por qué es parte del Derecho del Entretenimiento y los contextos legales que contiene.

El legislador ha tenido a bien definir legalmente en la LFDA al cantante como un artista intérprete de obras musicales –con letra–, y entendemos que es la persona que utiliza su

voz como un instrumento musical, la que utilizará con el talento con el que haya nacido y recibido de Dios, y la dirigirá y desarrollará mediante el estudio y la técnica que domine; hay personas que cantan por gusto y que se dedican a otras actividades y hay otras que han decidido que su actividad primordial en la vida sea el canto y a eso se quieren dedicar profesionalmente. Cabe destacar que estos mismos comentarios pueden aplicar al artista ejecutante de instrumentos musicales e intérprete de obras musicales sin letra, quienes se relacionan con los productores de fonogramas de la misma manera.

El profesional de canto resulta ser un prestador de servicios profesionales y tiene una larga carrera por seguir y la necesidad de establecer un sinnúmero de relaciones jurídicas con terceros para el desarrollo y cumplimiento de los fines que se haya planteado. Que llegue a ser una “estrella” son pocos los elegidos y no está en sus manos, siempre será el público quien lo convierta y la verdad vienen ya designados “de arriba”, pero que trabaje y coseche más o menos triunfos en su ámbito profesional y viva de

su talento, depende de la forma en cómo se organice y se desarrolle por sí y con terceros, claro, en forma profesional, pues es una profesión como lo puede ser cualquier otra que requiere de estudio, dedicación, preparación y trabajo. Finalmente siempre será considerado en el ámbito profesional y fiscal como un prestador de servicios profesionales, aunque también es normal que para mejor organización constituyan sus propias empresas, pero su actuar humano es el mismo.

Así es como en principio una de las principales relaciones jurídicas que necesita entablar es con un productor de fonogramas, conocido en la industria musical como "disquera" y la vinculación con ésta es por medio del contrato que comentamos.

Hemos dejado en claro que ambos son participantes activos del entretenimiento; sus trabajos en conjunto tienen la finalidad de crear un producto musical, como se le conoce a un disco (CD, LP, o cualquier formato incluyendo digitales y legalmente llamados fonogramas), para llegar a un público que será mayor o menor consumidor, según le guste o le entreteenga el contenido creado entre artista y productor, le invada sus sentidos para, por así decirlo, forme parte de su vida y cultura musical. El público, al llevarse un disco a casa se lleva la vida del artista. El disco, como dice mi gran amigo y mentor Don Guillermo Infante, "*es el único producto que habla*" y ese hablar contiene la participación de un sinnúmero de personas que con cariño y dedicación se esforzaron en crear este producto artístico que se convierte masivamente en un producto industrial: ¡El Disco!

Claro está que en su contenido participan autores y compositores de letra y música de las obras grabadas, el cantante en sí, los músicos ejecutantes, los ingenieros de grabación, el productor musical y el ejecutivo. Se crea toda una cadena de personas, dibujantes, promotores,

fabricantes, vendedores, difusores de radio, televisión e internet y finalmente puntos de venta físicos –tiendas- y hoy digitales en la red; todos activos partícipes de esta vasta industria musical y con vinculaciones jurídicas (contratos) específicas, cuya finalidad es lograr ganancias económicas mediante el entretenimiento. Esta primera etapa luego prosigue con el desarrollo de los "conciertos", o espectáculos musicales en vivo, donde la cadena de personas y empresas aumenta; todas jurídicamente relacionadas y siempre con la finalidad de producir ganancias y derrama económica mediante el entretenimiento, seguido de todo tipo de comercialización de artículos. Por ello digo: ¿cómo no va a existir el derecho que regule ésta área?

Si bien no existe capítulo específico en la LFDA que haya establecido las reglas específicas para este contrato, ya que abarca varios aspectos legales, una de sus partes primordiales –los derechos conexos- está íntimamente ligada a ella; el artículo 120 de la LFDA esboza las reglas generales a seguir.

El contrato en commento resulta de naturaleza civil como un contrato de prestación de servicios, por medio del cual una persona que generalmente se le denomina "el artista" presta sus servicios profesionales de cantante intérprete para grabar obras musicales a otra, a quien generalmente se le denomina "el productor", el cual se encarga de costear la grabación, producirla, reproducirla, promoverla y comercializarla pagando a todos los implicados en ello, y por lo cual el artista va a recibir un pago específico que se le conoce como "regalía artística" y sujeto siempre a ciertos puntos primordiales:

- i)** una exclusividad absoluta, en el sentido de que no puede prestar este servicio a ningún tercero;
- ii)** una territorialidad que generalmente es mundial y que internacionalmente se plasme, aunque parezca de broma, "*para el espacio sideral*";
- iii)** una temporalidad relacionada con un principio de cantidad , es decir con un cierto número de

grabaciones dentro de un espacio de tiempo; **iv)** una apropiación particular a favor del "productor" en el sentido que la voz fijada en la grabación será de su propiedad; de hecho las grabaciones son los activos fijos más importantes de las compañías grabadoras y lo que les concede mayor o menor valor como empresa, y **v)** una contraprestación a favor del profesional **artista**.

Ahora bien, dentro de este contexto, e íntimamente relacionado con el título de los derechos conexos que norma la LFDA, se establece la regulación esencialmente de la transmisión exclusiva a favor del **productor** de los derechos conexos que surgen a favor del **artista** por su trabajo, lo que ha llevado a nombrar a este contrato como "*Contrato de Interpretación en Exclusiva para Grabación de Fonogramas, Videogramas y Cesión de Derechos de Intérprete*" o algún otro similar pero siempre atendiendo a: **i)** La prestación de servicios exclusivos y **ii)** la transmisión de derechos del cantante, que son los denominados derechos conexos transmisibles que por su interpretación vocal y fijación de la misma en un fonograma la LFDA le consigna, por lo que a esa parte se refiere.

En nuestro caso, la LFDA como se sabe concede al **artista** (art.117) ciertos derechos semejantes a los derechos morales concedidos a un autor, en el sentido de que goza del reconocimiento de su nombre respecto de sus interpretaciones (grabaciones) y el de oponerse a toda deformación, mutilación o atentado sobre su interpretación (grabación) que pueda lesionar su prestigio o reputación. Derechos a todas luces personales e intransmisibles y que finalmente es la única protección que le queda, ya que al ceder en forma exclusiva los derechos que podemos denominar "patrimoniales" que le concede el artículo 118, estas facultades morales son su única defensa.

En este sentido, **el artista**, conviene en ceder al **productor** los derechos patrimoniales conexos

que le concede dicho artículo: **i)** la propiedad de su voz que deja fijada en un fonograma; **ii)** el derecho de que ésta sea reproducida y comercializada; **iii)** el derecho de que sea comunicada públicamente .Dicho de otra manera, como se regula en el párrafo final del mencionado artículo, el **artista** autoriza al **productor** para usar con fines de lucro la incorporación de su voz en una fijación sonora –fonograma- y audiovisual -cuando se graban los videos musicales del fonograma-, mediante el pago de la "regalía artística" convenida y por ende los derechos que le concede la ley quedan agotados y no podrá ejercerlos.

Tal y como está redactado este párrafo, esta parte del contrato resulta ser una cesión de derechos o una licencia de derechos? No pretendo en este momento entrar en esta disertación, finalmente se puede tratar de una cesión de estos derechos, por supuesto que solamente sobre las grabaciones fijadas, y por ende el cesionario tendrá la autorización de explotarlos comercialmente. Ahora bien, ¿por cuánto tiempo? Éste es otro tema controvertido en el sentido de la perpetuidad sajona y nuestros principios de temporalidad, como el que ordena el artículo 122 de LFDA por 75 años contados de diversas formas, que sería el que aplica en nuestro derecho.

Pero además, en el contrato en comento se actualizan y se autorizan licencias de uso de imagen, nombres artísticos, obras de diseño gráfico (logotipos), marcas, páginas de internet y derechos para comercializarlos en diversas maneras, todas relacionadas con el trabajo del **artista**, licencias exclusivas durante la vigencia y no exclusivas posteriormente a la finalización del contrato, ya que el **productor** al quedar como propietario de las grabaciones fijadas y con todos los derechos absolutos para comercializarlas, quedará siempre autorizado a utilizar la imagen –foto o video- el nombre y nombre artístico, biografía y logotipos para la venta del

producto musical, quedando siempre obligado a pagar la contraprestación de la regalía artística, durante todos los años que las grabaciones se comercialicen de cualquier forma.

Para finalizar, hace ya varios años, el amplio desarrollo de la industria musical y la desafortunadamente cada vez mayor explotación ilegal de las grabaciones, ha forzado en alguna medida a los **productores** de fonogramas, a intervenir en otras áreas de la vida profesional del **artista** –solista o grupo- en lo que se ha denominado la participación de 360 grados, es decir a percibir una remuneración económica por cualquier tipo de actividad que realice el **artista**, entrado a gobernar en los terrenos de la representación y venta de espectáculos. En un principio se plasmaban este tipo de relaciones dentro del clausulado del mismo contrato

y actualmente han creado sus propias compañías para el manejo de estos aspectos supuestamente con contratos en forma separada, pero al final son los mismos dueños, por lo que la idea final es la pretensión de ser partícipes de toda la derrama económica de cualquier forma que logre generar el **artista**. Ya lo podemos comentar en un futuro junto con otros contratos de esta serie. ©

la desafortunadamente cada vez mayor explotación ilegal de las grabaciones, ha forzado en alguna medida a los productores de fonogramas, a intervenir en otras áreas de la vida profesional del artista –solista o grupo- en lo que se ha denominado la participación de 360 grados

Manrique MOHENO AGUILAR

Abogado mexicano egresado de la Escuela Libre de Derecho, con más de 28 años de experiencia en la industria del entretenimiento.

Puestos ejecutivos y empresas propias:

Talei Representaciones Artísticas, SA, Director propietario.

Gerencia Nacional de Promoción y Publicidad, Dirección Artística y de Repertorio y asesor de *Business Affaires* en la compañía Polygram Discos, S.A. de C.V.

Director de Coordinación Ejecutiva de la Organización Musical Los Temerarios, S.A. de C.V. Responsable del manejo legal del grupo Los Temerarios y de las empresas AFG Sigma Records, ADG y Ángel Editoras de Música, Productora de Espectáculos, AFG Estudios de grabación y Fábrica de casetes.

Fundador de la firma Infante y Moheno, despacho especializado en la asesoría legal y consultoría artística.

Asesor de la Dirección General de las editoras de música PHAM y EMMI, y Asesor de la Dirección General y de *Business Affaires*, Director Artístico y de Promoción y Publicidad de Discos Orfeón Video Vox, S.A.

Miembro de IAEL (*International Association of Entertainment Lawyers*)

Vicepresidente de la Cámara Nacional de la Industria del Entretenimiento

Fundador de Moheno Aguilar Abogados y Consultores. (Propietario actual.)

Limitantes en la adquisición de obras de arte en México

Efraín OLMEDO VELÁZQUEZ*

SUMARIO

- I. Introducción.
- II. Fijación
- III. Reproducción.
- IV. Comunicación pública.
- V. Distribución pública.
- VI. Compraventa mercantil.
- VII. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN



Las obras de arte a lo largo de la historia han sido valoradas desde diversas perspectivas, ya sea por su importancia cultural o económica, de tal manera que se convierten en activos de valor creciente que forman parte de un patrimonio. Sin embargo, no se trata de cualquier activo pues por sus características se enfrenta a regulaciones muy particulares. Por lo anterior, es importante tener presente que la adquisición de una pieza de arte no es una compraventa común pues ésta encuentra diversas limitantes en la Ley Federal del Derecho de Autor, las cuales comúnmente se ignoran pero al tenerlas en mente y tratarlas en formas contractuales, existe la posibilidad de que dichas limitantes le añadan valor a la obra adquirida.

Ahora bien, vale la pena estar consciente de que el valor en las obras no nace de su originalidad, pues la idea plástica de éstas normalmente no tiene dicha característica ya que trata de reflejar el mundo real, o modelos religiosos o mitológicos que no son nuevos. Lo que da por tanto valor a la obra plástica es la ejecución; no existe todavía, salvo en el caso del grabado o de cierto tipo de escultura, un modo de reproducir la ejecución plástica. Esta puede solamente ser recreada, imitada. Precisamente por ello, la explotación del arte no puede considerarse del mismo modo antes de la fotografía y demás transformaciones técnicas y económicas que han sucedido en el tiempo. Ahora nos encontramos ante una nueva dimensión económica del arte que no había existido nunca antes. Quizá por primera vez en la historia, la explotación económica de la idea plasmada en la obra plástica y no el objeto artístico en sí mismo, adquiere relevancia económica. Es ese uso masivo del arte, como fenómeno nuevo el que hace necesario, como había sucedido en otros sectores del derecho de autor, un replanteamiento del derecho de autor plástico. En cierto modo, sólo en este momento es realmente necesario el reconocimiento de un derecho de autor al artista plástico. Los problemas fundamentales no son ya simplemente la atribución de paternidad o la integridad de un objeto, sino la explotación económica. La creación plástica adquiere una nueva dimensión económica;

* Cursó la Licenciatura en Derecho en la UNAM de 2009 a 2013 con un promedio de 9.23. Su tesis de titulación El Derecho en el mercado del arte en México, dirigida por el Lic. Ignacio Otero Muñoz, ha sido aprobada y está en espera de ser sometida a examen profesional.

el llamado <<mercado secundario>> del arte no es ya secundario y el planteamiento clásico de los problemas no es suficiente. El sistema de protección había sido articulado de un modo que respondía a las formas tradicionales de usar las obras; unas formas que han sido radicalmente alteradas¹ por las nuevas expresiones del arte contemporáneo.

En este sentido, debemos hacer hincapié en que la obra en torno a la cual se desarrollan todas las relaciones jurídicas señaladas en el presente ensayo está compuesta de diversos aspectos, sin embargo los derechos de autor que nacen de dicha obra son primero que nada bienes muebles no fungibles, de acuerdo con los artículos 758 y 763 de nuestro Código Civil Federal.

Asimismo, se deben observar las implicaciones existentes en relación con la apropiación y propiedad de dicho bien mueble, pues de acuerdo con el artículo 830 de nuestro Código Civil Federal el goce y la disposición de la cosa adquirida se encontrarán limitados por las modalidades que fijen las leyes. En este caso en particular, tales modalidades se encuentran en la Ley Federal del Derecho de Autor, estableciendo inicialmente una distinción originaria entre los derechos patrimoniales y los derechos morales de los creadores respecto de sus obras.

De esta manera, observamos que cuando una obra se materializa, su autor tiene respecto de ella un derecho moral² y uno patrimonial.³

Queda claro que el derecho moral es inalienable y por ello no podrá ser considerado un objeto de comercio, aunque ésta fuera la voluntad de su autor, pues se establece en la ley la imposibilidad de comercializar con el mismo y por lo cual tampoco se deberá considerar como un bien mueble. Sin embargo, vale la pena observar las particularidades del derecho moral presentadas en la legislación mexicana, pues a partir de ellas se encontrarán otras limitantes una vez que se dé la transmisión de la propiedad de la obra, por lo cual a continuación se transcribe el siguiente artículo:

Artículo 21.- *Los titulares de los derechos morales podrán en todo tiempo:*

- I. *Determinar si su obra ha de ser divulgada y en qué forma, o la de mantenerla inédita;*
- II. *Exigir el reconocimiento de su calidad de autor respecto de la obra por él creada y la de disponer que su divulgación se efectúe como obra anónima o seudónima;*
- III. *Exigir respeto a la obra, oponiéndose a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de ella, así como a toda acción o atentado a la misma que cause demérito de ella o perjuicio a la reputación de su autor;*
- IV. *Modificar su obra;*
- V. *Retirar su obra del comercio, y*
- VI. *Oponerse a que se le atribuya al autor una obra que no es de su creación. Cualquier persona a quien se pretenda atribuir una obra que no sea de su creación podrá ejercer la facultad a que se refiere esta fracción.*

1 BERCOBITZ, Germán. *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*. Madrid, Editorial Tecnos, 1997, p. 34.

2 El cual, de conformidad con el artículo 18 y 19 de la Ley Federal del Derecho de Autor, establece que el autor es el único y perpetuo titular de los derechos morales sobre las obras de su creación. Asimismo, se establece que dicho derecho se considera unido al autor y es inalienable, imprescriptible, irrenunciable e inembargable.

3 El cual, de conformidad con los artículos 24 y 25 de la Ley Federal del Derecho de Autor, establece que en virtud de este derecho, el autor tendrá el derecho de explotar de manera exclusiva sus obras, o de autorizar a otros su explotación, en cualquier forma, dentro de los límites que establece la Ley y sin menoscabo de la titularidad de los derechos morales. Asimismo, señala que el titular del derecho patrimonial podrá ser el autor, su heredero o el adquirente por cualquier título.

Los herederos sólo podrán ejercer las facultades establecidas en las fracciones I, II, III y VI del presente artículo y el Estado, en su caso, sólo podrá hacerlo respecto de las establecidas en las fracciones III y VI del presente artículo.

En este sentido, observamos que por lo que respecta a la fracción primera, tratándose del mercado del arte, resulta por demás obvio que es la voluntad del autor el que su obra sea divulgada, pues ya la ha puesto en el comercio. Sin embargo puede suceder que el autor haya decidido no divulgarla pero una vez que este derecho pase a manos de sus herederos, ellos podrán decidir divulgarla e introducirla al mercado.

Resultan relevantes las fracciones II y III para los efectos del presente ensayo pues el derecho al reconocimiento de la autoría y el derecho a oponerse a cualquier modificación que cause daño a la obra o al prestigio del autor son los derechos que permanecen para el autor y dentro de los cuales podrá poner límites al uso que el adquirente de la obra le dé a la misma.

Por lo que toca a las fracciones IV y V, en el escenario que se plantea, que es el del mercado del arte, el derecho del autor se encuentra agotado pues ha sido su voluntad la de poner la obra en el mercado y en este sentido no podrá retirarla ni mucho menos modificarla. Sin embargo, sí podrá oponerse a que ésta se modifique de conformidad con la fracción III del mismo artículo.

Una vez que se ha aclarado que algunos derechos morales del autor son inalienables, vale la pena hacer otra distinción, pues la obra de arte estará compuesta por un bien material tangible, que es la forma en la que el artista plasmó su expresión (el soporte material), y por otro lado se encuentra el derecho patrimonial que sobre dicha expresión garantiza la Ley Federal del Derecho de Autor. Por ello,

se debe entender que el Código Civil Federal en su artículo 758 se refiere al derecho patrimonial y al soporte material de la obra y no al derecho moral como un bien mueble, por ello vale la pena realizar un estudio de las modalidades y límites del derecho patrimonial para la ley mexicana:

Artículo 27.- Los titulares de los derechos patrimoniales podrán autorizar o prohibir:

- I. *La reproducción, publicación, edición o fijación material de una obra en copias o ejemplares, efectuada por cualquier medio ya sea impreso, fonográfico, gráfico, plástico, audiovisual, electrónico, fotográfico u otro similar.*
- II. *La comunicación pública de su obra a través de cualquiera de las siguientes maneras: a) La representación, recitación y ejecución pública en el caso de las obras literarias y artísticas; b) La exhibición pública por cualquier medio o procedimiento, en el caso de obras literarias y artísticas, y c) El acceso público por medio de la telecomunicación;*
- III. *La transmisión pública o radiodifusión de sus obras, en cualquier modalidad, incluyendo la transmisión o retransmisión de las obras por: a) Cable; b) Fibra óptica; c) Microondas; d) Vía satélite, o e) Cualquier otro medio conocido o por conocerse.*
- IV. *La distribución de la obra, incluyendo la venta u otras formas de transmisión de la propiedad de los soportes materiales que la contengan, así como cualquier forma de transmisión de uso o explotación. Cuando la distribución se lleve a cabo mediante venta, este derecho de oposición se entenderá agotado efectuada la primera venta, salvo en el caso expresamente contemplado en el artículo 104 de esta Ley;*
- V. *La importación al territorio nacional de copias de la obra hechas sin su autorización;*
- VI. *La divulgación de obras derivadas, en cualquiera de sus modalidades, tales como la traducción, adaptación, paráfrasis, arreglos y transformaciones, y*

VII. Cualquier utilización pública de la obra salvo en los casos expresamente establecidos en esta Ley.

Ahora bien, se debe hacer notar que los derechos patrimoniales no siempre permanecen en manos del autor de la obra protegida; la titularidad sobre los mismos puede transmitirse a terceras personas ajenas al hecho mismo de la creación. Se trata en cualquier caso de adquisiciones derivativas, puesto que la adquisición originaria es previa y corresponde al autor de la obra.⁴

Al abordar el tema de las transmisiones de derechos surge en primer lugar la pregunta de si es posible que el autor se desvincule de su obra; que la venda y deje en manos del adquirente todos los derechos que ostenta inicialmente. Este es el sistema que existía al menos originalmente en los sistemas anglosajones del *copyright*. En estos sistemas –al menos como punto de partida– se considera el derecho del autor fundamentalmente como un bien patrimonial más; por tanto su transmisión no está limitada y se asemeja a la venta de cualquier bien mueble o inmueble.⁵

Sin embargo, en nuestra legislación se imponen al cesionario una serie de condicionantes impropios del derecho real (tomando como referencia el derecho de propiedad y el libre goce, disfrute y enajenación de la cosa adquirida).⁶ En este sentido, en el mercado del arte existe una transmisión real del bien material que constituye la obra de arte, sin embargo los derechos patrimoniales sobre la misma no necesariamente siguen la misma suerte; inclusive el derecho real respecto del bien mueble,

que es el objeto y no el derecho de autor, se encuentra limitado por el *droit de suite*.⁷

De este modo, los derechos que van a ser ahora objeto de estudio tienen en común un fin de tutela de la explotación de todas las posibilidades de lucro que ofrece la obra plástica creada. Los problemas fundamentales que se plantean al considerar el derecho patrimonial son básicamente los mismos respecto de las obras plásticas que respecto de otro tipo de obras (literarias, musicales, etc.). De esta suerte, el nacimiento del derecho de autor como hoy lo concebimos está irremediablemente ligado a la posibilidad de una multiplicación de las obras; en definitiva a la posibilidad de una explotación patrimonial de las mismas que supere la mera negociación del *corpus mechanicum* en que se ha expresado.⁸

Por otro lado, observamos que los derechos de autor no son susceptibles de posesión en el sentido tradicional. La posibilidad de exclusión de terceros del disfrute de la obra, esencia del derecho de autor, no puede partir de bases físicas sino únicamente jurídicas; la entrega de la cosa (el modo transmisivo) tampoco puede ser física –hablando únicamente del derecho y no del soporte material que

Los derechos de autor no son susceptibles de posesión en el sentido tradicional. La posibilidad de exclusión de terceros del disfrute de la obra, esencia del derecho de autor, no puede partir de bases físicas sino únicamente jurídicas.

4 BERCOVITZ, Rodrigo, *Manual de propiedad intelectual*, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, tercera edición, 2006, p. 163.

5 *Ídem*, p. 164.

6 *Ibidem*, p. 165.

7 El *droit de suite* otorga a los artistas plásticos el derecho a percibir un porcentaje del precio de sus obras cuando sean revendidas.

8 BERCOBITZ, Germán, *op. cit.*, p. 181.

constituye la obra. La capacidad de apropiación y de exclusiva son únicamente jurídicas, puesto que el disfrute de terceros es en principio compatible con el disfrute concreto propio. Consecuentemente el derecho de autor en sí mismo no encaja con todas las características tradicionalmente pensadas en los derechos reales.⁹

El derecho de autor respecto de una obra es una conjunción de diversos elementos (soporte material, derecho moral y derecho patrimonial) y cada uno de estos elementos se encontrará con limitaciones particulares de acuerdo con la Ley Federal del Derecho de Autor.

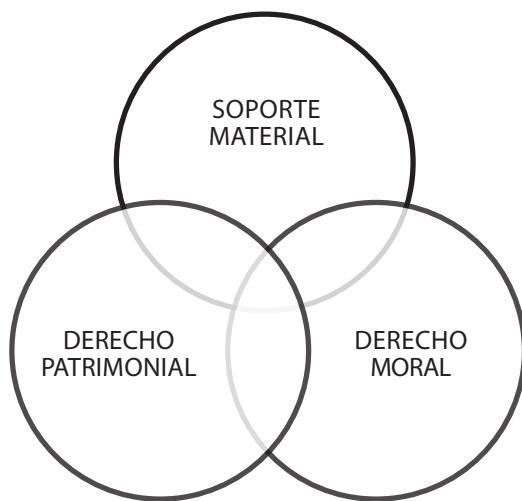
Ahora bien, de conformidad con la legislación mexicana, debe atenderse a la división de conceptos entre el soporte material de la obra –*corpus mechanicum*– y los derechos patrimoniales de la misma –*corpus mysticum*–, el establecerse lo siguiente en la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA):

Artículo 38.- *El derecho de autor no está ligado a la propiedad del objeto material en el que la obra esté incorporada. Salvo pacto expreso en contrario, la enajenación por el autor o su derechohabiiente del soporte material que contenga una obra, no transferirá al adquirente ninguno de los derechos patrimoniales sobre tal obra.*

Artículo 85.- *Salvo pacto en contrario, se considerará que el autor que haya enajenado su obra pictórica, escultórica y de artes plásticas en general, no ha concedido al adquirente el derecho de reproducirla, pero sí el de exhibirla y el de plasmarla en catálogos. En todo caso, el autor podrá oponerse al ejercicio de estos*

derechos, cuando la exhibición se realice en condiciones que perjudiquen su honor o reputación profesional.

De lo anterior podemos comprender que el derecho de autor respecto de una obra es una conjunción de diversos elementos (soporte material, derecho moral y derecho patrimonial) y que cada uno de estos elementos se encontrará con limitaciones particulares de acuerdo con la Ley Federal del Derecho de Autor.



En este sentido, se debe entender que cuando un coleccionista adquiere la obra de un artista, únicamente está adquiriendo el soporte material de la obra, mientras que el artista se reservará para sí tanto los derechos morales como los patrimoniales.

Así, dada la exclusividad del derecho de explotación de un autor respecto de su obra, el autor podrá recibir una retribución económica por la explotación de la misma. Lo anterior resulta relevante pues puede darse el caso, por ejemplo, que un creador haya cobrado por la venta de su obra y que, por otro lado, cobre cada vez que la misma se reproduzca.¹⁰

9 BERCOVITZ, Rodrigo, *op. cit.*, p. 166.

10 Guía de contratación del artista visual, p. 67, <http://bonespractiques.aavc.net/es/contractacio/94/guia-contratacion-artista-visual#descarga> consultado el 11 de diciembre de 2012.

No obstante lo anterior, la LFDA en el mismo artículo 85 establece que existe la posibilidad de transmitir dichos derechos, pero para que esto suceda deberá pactarse expresamente de esta forma, por lo cual de ser así es recomendable llevar a cabo la compraventa por medio

de un contrato. Una vez establecidas las particularidades de esta compraventa, vale la pena señalar específicamente las características y límites de estos derechos patrimoniales a efecto de ilustrar las posibilidades de explotación de una obra determinada.

FIJACIÓN

Al respecto, la Ley Federal del Derecho de Autor establece que la fijación es la incorporación de letras, números, signos, sonidos, imágenes y demás elementos en que se haya expresado la obra, o de las representaciones digitales de aquéllos, que en cualquier forma o soporte material, incluyendo los electrónicos, permita su percepción, reproducción u otra forma de comunicación. No siempre se prescribe la fijación en un soporte material, pero en el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1971) se reserva

a las legislaciones nacionales la facultad de establecer dicha condición. Se ha sostenido que el uso del término “expresión” parece indicar que es necesario cumplir el requisito de la fijación para obtener la protección de las expresiones culturales tradicionales.¹¹

Se entiende que la fijación está incluida en el derecho de reproducción de tal forma que quien autoriza la reproducción está autorizando la fijación, ya que sin ésta no es posible aquélla.¹²

REPRODUCCIÓN

Se trata de la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, en cualquier medio y forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias.¹³

Por su parte, la Ley Federal del Derecho de Autor establece que se trata de la realización de uno o varios ejemplares de una obra, de un fonograma o de un videograma, en cualquier forma tangible, incluyendo cualquier almacenamiento permanente o temporal por medios electrónicos, aunque se trate de la realización bidimensional de una obra tridimensional o viceversa.

En este sentido, cualquier reproducción de una obra o de parte de la misma, de forma provisional o permanente a través de cualquier medio y forma, sin el consentimiento del autor se considerará ilícita y en consecuencia puede ser objeto de las acciones y procedimientos judiciales establecidos por la Ley,¹⁴ aunque nuestra legislación en la materia establece ciertas limitaciones a tal derecho en su título VI, capítulos I y II.

En este orden de ideas, el derecho de reproducción es un aspecto sumamente delicado en la compraventa de una obra

¹¹ “Informe de la decimoséptima sesión del Comité” (WIPO/GRTKF/IC/17/12), párr. 50.

¹² BERCOVITZ, Rodrigo, *op. cit.*, p. 237.

¹³ BERCOVITZ, Rodrigo, *op. cit.*, p. 237.

¹⁴ *Op. cit.*, p. 67, <http://bonespractiques.aavc.net/es/contractacio/94/guia-contratacion-artista-visual#descarga> consultado el 11 de diciembre de 2012.

de arte, pues resultaría lógico dentro de los principios de la propiedad que una vez adquirida la obra, su ahora propietario se encontrara en el completo derecho de reproducir y comercializar con imágenes de la obra. Sin embargo la Ley en primer plano prohíbe esta situación y únicamente lo permite si se establece expresamente por las partes.

Si bien no se establece en la Ley la forma en que las partes deberán externar su voluntad, es recomendable la ejecución de un contrato escrito en el que las partes acuerden a modo de una licencia los parámetros dentro de los cuales se podrá reproducir la obra con las limitaciones que existen por los derechos morales respecto de la misma. Además servirá para establecer la contraprestación económica que recibirá el artista tanto por la venta del soporte material de la obra como por la cesión de este derecho patrimonial en particular.

Vale la pena en este punto observar los límites que expresa el artículo 88 de la Ley al respecto del titular del derecho de reproducción de una obra:

Artículo 88.- Salvo pacto en contrario, el derecho exclusivo a reproducir una obra pictórica, fotográfica, gráfica o escultórica no incluye el derecho a reproducirla en cualquier tipo de artículo así como la promoción comercial de éste.

Podemos observar que en virtud del artículo previamente señalado, la ley obliga de manera implícita, en caso de cederse los derechos de reproducción, a establecer expresamente los parámetros dentro de los cuales una obra podrá reproducirse. De no hacerse de esta forma, quien sea titular de los mismos se encontrará en una situación completamente ambigua donde no conocerá en qué casos podrá reproducir o promocionar la reproducción de la obra.

COMUNICACIÓN PÚBLICA

Por lo que toca a la comunicación pública, nuestra legislación se refiere al acto mediante el cual la obra se pone al alcance general, por cualquier medio o procedimiento que la difunda y que no consista en la distribución de ejemplares, que en el caso de las obras de arte sería aplicable únicamente el inciso "b" de la fracción II, del artículo 27 en cuanto se refiere a "la exhibición pública por cualquier medio o procedimiento, en el caso de obras literarias y artísticas".

El autor tiene la posibilidad de reservarse también el derecho de exhibición y fijación en catálogos, pero tendrá que hacer de esta voluntad una situación expresa.

En esa forma de explotación podemos encontrar las exposiciones en galerías. Aunado a ello, debemos tomar en consideración la existencia de nuevas tecnologías que permiten fácilmente mostrar una obra al público, como el caso del internet. Es importante tener presente que cualquier acto de comunicación pública de una obra requiere para su realización el previo consentimiento del autor de la obra y, en consecuencia, en caso contrario, la comunicación pública se considerará ilícita.¹⁵ No obstante lo anterior, existe una excepción puesto que el artículo 85 de la Ley establece que el artista que haya enajenado su obra pictórica, escultórica y de artes plásticas en general, salvo pacto en contrario no ha concedido al adquirente el derecho de reproducirla, pero sí el de exhibirla y el de plasmarla en catálogos.

¹⁵ *Ibidem*, p. 68.

De lo anterior se entiende que el autor tiene la posibilidad de reservarse también el derecho de exhibición y fijación en catálogos, pero tendrá que hacer de esta voluntad una situación expresa, por

lo cual se debe entender que existe la posibilidad de limitar o establecer modalidades al derecho de la exhibición o la fijación en catálogos una vez que se externe dicha voluntad.

DISTRIBUCIÓN PÚBLICA

La Ley Federal del Derecho de Autor establece que se trata de la puesta a disposición del público del original o copia de la obra mediante venta, arrendamiento y en general cualquier otra forma. Naturalmente, cuando la distribución se efectúe por el autor o con su consentimiento mediante venta o cualquier otra forma que transfiera la propiedad (por ejemplo donación), este derecho se extingue a partir de la primera transferencia. Por ello, para poder distribuir una obra, su original o copia es necesario el consentimiento del autor, que es el único que en principio- salvo que hubiera transferido el derecho- puede explotar esta distribución.¹⁶

Este punto puede ser complejo si se piensa que diversas disposiciones se contradicen para tal efecto dentro de los siguientes artículos de la Ley Federal del Derecho de Autor:

Artículo 27.- Los titulares de los derechos patrimoniales podrán autorizar o prohibir:

IV. La distribución de la obra, incluyendo la venta u otras formas de transmisión de la propiedad de los soportes materiales que la contengan, así como cualquier forma de transmisión de uso o explotación. Cuando la distribución se lleve a cabo mediante venta, este derecho de oposición se entenderá agotado efectuada la primera venta, salvo en el caso expresamente contemplado en el artículo 104 de esta Ley;

Artículo 38.- El derecho de autor no está ligado a la propiedad del objeto material

en el que la obra esté incorporada. Salvo pacto expreso en contrario, la enajenación por el autor o su derechohabiente del soporte material que contenga una obra, no transferirá al adquirente ninguno de los derechos patrimoniales sobre tal obra.

Artículo 92 bis.- Los autores de obras de artes plásticas y fotográficas tendrán derecho a percibir del vendedor una participación en el precio de toda reventa que de las mismas se realice en pública subasta, en establecimiento mercantil o con la intervención de un comerciante o agente mercantil, con excepción de las obras de arte aplicado.

Tal y como se establece en la fracción IV del artículo 27, el derecho patrimonial del autor de prohibir la distribución de la obra se agota una vez que se haya efectuado la primera venta. Lo anterior es natural pues el consentimiento del autor en la venta es evidente, de lo contrario nunca se hubiera realizado la venta.

En virtud de lo anterior podría pensarse que la facultad de reclamar el *droit de suite* contemplado en el artículo 92 bis, se encuentra agotada por el artista pues esta situación sólo se presentaría en una venta posterior, de modo tal que el artista ha accedido a la distribución de la obra y por ende su derecho se encuentra agotado.

Sin embargo, es el artículo 38 de la Ley el que le da claridad a esta situación, al separar

¹⁶ Ibídem.

el soporte material de la obra del derecho patrimonial que existe respecto de ella. La situación es que el artículo 27 no habla sobre el soporte material, sino sobre los derechos patrimoniales respecto de la obra; por su parte, el artículo 38 disocia los derechos respecto del derecho de autor y el soporte material que se encuentra en el comercio, y el artículo 92 bis habla de la venta posterior del soporte material de la obra. De ese modo en efecto el derecho de autorizar o prohibir la distribución de la obra se encuentra agotado en la primera venta, sin embargo el *droit de suite* o derecho de participación es un derecho si bien de carácter patrimonial, no se encuentra incluido en los derechos patrimoniales señalados en el artículo 27, aunque sí se establece y regula en la Ley Federal del Derecho de Autor.

El derecho de participación es uno que fue concedido a los artistas de obras plásticas por un contexto histórico determinado, y si bien se encuentra íntimamente relacionado con la venta de la obra, su ejecución en favor del autor no depende de si se ha agotado o no este último derecho patrimonial.

Finalmente, con la intención de mantener un equilibrio apropiado entre los intereses de los titulares del derecho de autor y los usuarios de las obras protegidas, el Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas permite ciertas limitaciones respecto de los derechos patrimoniales, es decir, en los casos en los que las obras protegidas pueden ser utilizadas sin autorización del titular del derecho de autor y sin tener que pagar una remuneración. A estas limitaciones se les llama comúnmente “utilizaciones libres” de las obras protegidas y están previstas en los Artículos 9.2 (reproducción en ciertos casos

especiales) 10 (citas y utilización de las obras a título de ilustración de la enseñanza).¹⁷

Además del vencimiento del plazo del derecho patrimonial (cien años después de la muerte del autor), existen otros tipos de limitantes al derecho patrimonial del autor, las cuales se establecen en los siguientes artículos de la Ley:

Artículo 148.- *Las obras literarias y artísticas ya divulgadas podrán utilizarse, siempre que no se afecte la explotación normal de la obra, sin autorización del titular del derecho patrimonial y sin remuneración, citando invariabilmente la fuente y sin alterar la obra, sólo en los siguientes casos:*

- II.** *Reproducción de artículos, fotografías, ilustraciones y comentarios referentes a acontecimientos de actualidad, publicados por la prensa o difundidos por la radio o la televisión, o cualquier otro medio de difusión, si esto no hubiere sido expresamente prohibido por el titular del derecho;*
Las personas morales no podrán valerse de lo dispuesto en esta fracción salvo que se trate de una institución educativa, de investigación, o que no esté dedicada a actividades mercantiles;
- III.** *Reproducción de partes de la obra, para la crítica e investigación científica, literaria o artística;*
- IV.** *Reproducción por una sola vez, y en un sólo ejemplar, de una obra literaria o artística, para uso personal y privado de quien la hace y sin fines de lucro.*
Las personas morales no podrán valerse de lo dispuesto en esta fracción salvo que se trate de una institución educativa, de investigación, o que no esté dedicada a actividades mercantiles;
- V.** *Reproducción de una sola copia, por parte de un archivo o biblioteca, por razones de seguridad y preservación, y que se encuentre agotada, descatalogada y en peligro de desaparecer;*
- VI.** *Reproducción para constancia en un procedimiento judicial o administrativo, y*
- VII.** *Reproducción, comunicación y distribución*

¹⁷ http://www.wipo.int/copyright/es/activities/pdf/international_protection.pdf consultado el 11 de diciembre de 2012.

por medio de dibujos, pinturas, fotografías y procedimientos audiovisuales de las obras que sean visibles desde lugares públicos.

Artículo 149.- Podrán realizarse sin autorización:

- I. *La utilización de obras literarias y artísticas en tiendas o establecimientos abiertos al público, que comercien ejemplares de dichas obras, siempre y cuando no hayan cargos de admisión y que dicha utilización no trascienda el lugar en donde la venta se realiza y tenga como propósito único el de promover la venta de ejemplares de las obras, y*
- II. *La grabación efímera, sujetándose a las siguientes condiciones:*
 - a) *La transmisión deberá efectuarse dentro del plazo que al efecto se convenga;*
 - b) *No debe realizarse con motivo de la grabación, ninguna emisión o comunicación concomitante o simultánea, y*
 - c) *La grabación sólo dará derecho a una sola emisión.*

La grabación y fijación de la imagen y el sonido realizada en las condiciones que antes se mencionan, no obligará a ningún pago adicional distinto del que corresponde por el uso de las obras.

Las disposiciones de esta fracción no se aplicarán en caso de que los autores o los artistas tengan celebrado convenio de carácter oneroso que autorice las emisiones posteriores.

Ahora bien, tal y como se puede apreciar de lo señalado anteriormente, la Ley Federal del Derecho de Autor establece una tajante diferencia entre los derechos morales y los patrimoniales, en donde estos pueden ser cedidos al igual que el soporte material que compone la obra. Sin embargo, la ley exige que todas estas transmisiones que en primera instancia no están autorizadas, en caso de autorizarse por el autor se haga de manera expresa, si bien en cada uno de estos artículos no se establece que se deba hacer por medio de un contrato, dichas transmisiones se deberán realizar bajo lo establecido por el artículo 30 de la misma ley, para cumplir con las formalidades necesarias para ejercitar la protección que concede la Ley.

De conformidad con la ley, toda cesión sobre derechos patrimoniales deberá llevarse a cabo por escrito, lo cual resulta conveniente pues permitirá establecer los diversos parámetros dentro de los cuales se podrán utilizar tales derechos patrimoniales.

COMPROVENTA MERCANTIL

Luego de lo previamente mencionado, debemos pensar que en el mercado del arte se podría dar la venta del soporte material de una obra de arte, y que al mismo tiempo el comprador solicitará también adquirir algunos o todos los derechos patrimoniales con relación al mismo, de modo tal que se lleve a cabo la venta de un bien tangible –el soporte material– y un bien intangible que nace con la existencia de aquél –el derecho patrimonial. Como se mencionó al inicio de este estudio, la compraventa de arte se da incuestionablemente por estipulación comercial, de modo que debemos observar

la figura contractual que para tal efecto nos presenta la legislación mercantil, el contrato de compraventa mercantil.

El Código de Comercio regula el contrato de compraventa mercantil en sus artículos 371 y 387, pero omite definir el contrato de compraventa. Dicho concepto lo contiene el artículo 2248 del Código Civil Federal, que señala que hay compraventa cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho y el otro, a su vez, se obliga a pagar por ella un precio cierto en dinero.

Se trata de un contrato de carácter consensual, conforme al cual desde que las partes se ponen de acuerdo en precio y cosa es perfecto, aun cuando no se entregue la cosa ni se haya satisfecho el precio. La compraventa, si bien es un contrato típicamente civil, tiene el carácter de mercantil cuando la ley le da ese carácter o cuando se celebra con el objeto directo y preferentemente de traficar.¹⁸

Al respecto se deben considerar los aspectos particulares que en el capítulo primero del título sexto de dicho código se han establecido para la compraventa y al mismo tiempo observarlos en cuanto resulten relevantes para el mercado del arte. Podemos observar que se da una relevancia notable a los plazos de pago y al lugar de entrega de la mercancía, que en este caso se trata de un bien tangible y uno intangible.

Naturalmente la entrega del bien intangible se da en el momento en el que se externa la voluntad de cederlas y se realiza el pago de la contraprestación pactada por ellas. Por cuanto hace a la entrega del bien tangible, que es el soporte material de la obra, se deberá establecer en el contrato dónde será el lugar de entrega, y de esta expresión resultarán consecuencias diversas. Por ejemplo, si se estableciera que el lugar de entrega de la obra es en la galería, entonces el comprador tendría que correr con los gastos para llevar dicha obra hasta el lugar en donde quisiera resguardarla; pero si por el contrario se estableciera que el lugar de entrega es el domicilio del comprador, entonces será el vendedor quien deberá correr con dichos gastos, añadiendo naturalmente a éstos el pago de un seguro de transporte, pues de lo contrario éste se deberá hacer responsable por el daño que pudiese producirse en la obra por un mal manejo o un accidente.

La importancia de hacer un contrato de compra-venta mercantil estriba en que las partes quedan sujetas a las normas sustantivas del Código de Comercio (Arts. 77 a 88 y 371 a 388), donde se determina que la transmisión de los riesgos opera a partir del momento en que se entreguen real, jurídica o virtualmente las mercancías, y no desde que se perfecciona el contrato como ocurre en materia civil. Desde el punto de vista adjetivo también resulta relevante puesto que si una compraventa es civil, las partes quedan sujetas directamente a las normas procesales del código procesal local, en tanto que si la compraventa es mercantil, las partes quedan sujetas en primer lugar a las normas procesales del Código de Comercio y, sólo supletoriamente y en tanto no haya contradicción en las mismas, a las del Código Federal de Procedimientos Civiles; aunque son similares a las previstas por los códigos locales, se diferencian no sólo por los juicios, vías procesales, términos y periodo probatorio, sino también por la forma, los términos y las condiciones para ofrecer pruebas, así como la apreciación de las mismas, que difieren de las previstas en los códigos de las entidades federativas.¹⁹

Finalmente, podemos observar que la celebración de contratos entre las partes añade certeza jurídica a la operación, y en el caso particular del mercado del arte mexicano, le añade la formalidad de la cual carece.

El contrato de compraventa puede celebrarse entre el autor y el coleccionista, o bien puede formar parte del contrato de consignación celebrado entre el galerista y el autor para que aquél actúe en nombre y representación de éste. Sin embargo, el autor deberá emitir un poder en el que expresamente se establezcan tanto la autorización para ceder, como los derechos patrimoniales que se cederán respecto de la obra y en favor del coleccionista.

18 LEON TOVAR, Soyla, *Contratos mercantiles*, México, Oxford University Press, 2012, p. 143.

19 *op. cit.*, 2012. P. 147.

Por medio de este contrato, surge la posibilidad de proteger de manera mucho más eficaz los derechos patrimoniales del autor, y también aclara al adquirente de la obra los límites dentro de los cuales puede utilizar la obra.

Debemos observar que la celebración de contratos como los señalados a lo largo del presente estudio ayuda al fortalecimiento de las relaciones comerciales entre los creadores, promotores, intermediarios y coleccionistas dentro del mercado del arte, lo cual incuestionablemente estimula el crecimiento cultural de nuestra na-

ción, pues permite el acceso de la ciudadanía a un mundo plasmado de arte. Por ello es de vital importancia estimular el uso de estas figuras jurídicas, a efecto de poder crear un mercado eficazmente estructurado dentro del cual puedan desarrollarse todos los actores, y que las controversias que pudiesen suscitarse puedan llegar a una solución mucho más pronta y económicamente eficiente para los involucrados, convirtiendo a México en una plataforma internacional para el comercio del arte, que brinde certeza jurídica tanto a los creadores como a los comerciantes y adquirentes de obras artísticas. ©

BIBLIOGRAFÍA

BERCOBITZ, Germán, *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Madrid, editorial Tecnos, S.A., 1997, p. 34.

BERCOVITZ, Rodrigo, *Manual de propiedad intelectual*, Valencia, editorial Tirant Lo Blanch, tercera edición, 2006.

Guía de contratación del artista visual, p. 67, en:
<http://bonespractiques.aavc.net/es/contractacio/94/guia-contratacion-artista-visual#descarga>
consultado el 11 de diciembre de 2012.

LEON TOVAR, Soyla, *Contratos mercantiles*, México, Oxford University Press, 2012.

Informe de la decimoséptima sesión del Comité (WIPO/GRTKF/IC/17/12), párr. 50.

http://www.wipo.int/copyright/es/activities/pdf/international_protection.pdf
consultado el 11 de diciembre de 2012.

Efraín OLMEDO VELÁZQUEZ

Cursó la Licenciatura en Derecho en la UNAM de 2009 a 2013 con un promedio de 9.23. Su tesis de titulación *El Derecho en el mercado del arte en México*, dirigida por el Lic. Ignacio Otero Muñoz, ha sido aprobada y está en espera de ser sometida a examen profesional. En 2010 cursó el taller básico de negociación y mediación del CENMCA en la Facultad de Derecho de la UNAM. En 2009 participó en el Segundo foro de arbitraje en materia de inversión extranjera, del Instituto de Investigaciones Jurídicas, y llevó a cabo el curso de Historia del Arte

en la Casa Universitaria del Libro, UNAM. En 2008 cursó un semestre de la carrera de Derecho en la Universidad Iberoamericana.

Cuenta con experiencia en la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y, en Propiedad Intelectual, en las compañías Baker & McKenzie, S.C. y Santamarina y Steta, S.C. Asimismo fue colaborador del 10º Regidor de Metepec René Benítez Treviño. Se encuentra en funciones en la Ponencia del Señor Ministro Pardo Rebolledo.

La validez de las licencias *Creative Commons* conforme a la legislación mexicana

León Felipe SÁNCHEZ AMBÍA*

Las tecnologías de la información y el entorno digital han modificado la escena del derecho de autor a nivel mundial. La necesidad de difundir y utilizar obras en este nuevo escenario ha dado lugar al surgimiento de soluciones contractuales que permitan respetar el derecho de autor y proporcionar certeza jurídica al usuario, constituyéndose al mismo tiempo en un facilitador para el libre acceso, reproducción y utilización de estas creaciones intelectuales.

La Ley Federal del Derecho de Autor, en su artículo 30, establece que los titulares de los derechos patrimoniales sobre una obra pueden transmitir dichos derechos u otorgar licencias de uso, exclusivas o no exclusivas, sobre la obra de que se trate. Así mismo, establece como condiciones para las transmisiones de derechos, las siguientes:

- a) Constar por escrito;
- b) Ser temporales;
- c) Prever una remuneración a favor del autor.

En cuanto a las licencias de uso, la Ley estipula que las mismas deberán constar por escrito, sin hacer mención acerca de las otras dos condiciones impuestas para las transmisiones de derechos.

En este orden de ideas, conviene marcar la diferencia, en principio, entre transmisiones de derechos y licencias de uso. Esto es, mientras las primeras imponen una mayor carga a quien recibe los derechos, en función de la salida de los mismos de la esfera patrimonial del autor, las segundas son sumamente menos gravosas para el usuario en función de que los derechos no dejan de poderse ejercer por el autor en ningún momento.

--

En este contexto, es válido establecer que tanto las transmisiones de derechos como las licencias de uso son simplemente contratos en términos de la legislación común pero revestidos de ciertas características particulares en función de su regulación especial.

* Derecho de la Propiedad Intelectual por la UNAM y Derecho de Internet por Harvard.

Así pues, tenemos que las licencias de uso son contratos mediante los que el titular de los derechos patrimoniales sobre una obra determinada establece las condiciones de modo, tiempo, espacio y finalidades bajo las que ha de ser utilizada su obra. En otras palabras, la licencia nos dice para qué podemos usar la obra, siempre que cumplamos con las obligaciones que la misma licencia nos impone. De esta manera, bien podemos denominar a nuestra licencia de una u otra forma, sin que dicha denominación altere o influya en la validez que la misma pueda tener frente a la legislación mexicana.

*Existen muchos mitos alrededor de las licencias Creative Commons.
Que atentan contra el derecho de autor. Falso.*

Ahora bien, esto, aplicado a las licencias *Creative Commons*, hace que sean plenamente válidas frente a la legislación mexicana en virtud de que las condiciones que se establecen en el cuerpo de las mismas no es contrario a lo que dispone la Ley Federal del Derecho de Autor debido a que, como lo he establecido, el único requisito formal que impone es que la licencia conste por escrito, sin sujetarla a temporalidad ni tener que contemplar una remuneración para el titular de los derechos.

Pero ¿qué es lo que tienen de particular estas licencias que hace que muchos duden de su validez? Su origen anglosajón. En efecto, el origen de las licencias *Creative Commons* se remonta al sistema jurídico anglosajón bajo la tradición del *Common Law* que, por naturaleza, hace que existan grandes incompatibilidades en la manera de concebir y gestionar el derecho de autor en los diferentes sistemas jurídicos. No obstante, se ha realizado un trabajo no sólo de traducción sino también de adaptación a la legislación nacional para

hacer que las licencias *Creative Commons* puedan tener plena validez en la República Mexicana. Existen muchos mitos alrededor de las licencias *Creative Commons*. Que atentan contra el derecho de autor. Falso. Que dejan en estado de indefensión al titular de los derechos ante una infracción o mal uso de la obra. Falso. Que implican una renuncia a los derechos establecidos por la ley. Falso de nuevo. Que no son válidas por no estar contempladas en la Ley Federal del Derecho de Autor. Nada más falso que esto último. Analicemos uno por uno estos mitos. Desmitifiquemos las licencias *Creative Commons*.

En primer lugar analicemos cómo es que las licencias no sólo no atentan contra el derecho de autor sino que lo fortalecen. Las licencias *Creative Commons*, como cualquier otro tipo de licencia, sea cual sea el nombre con el que se le quiera denominar o identificar, únicamente pueden ser otorgadas por el titular de los derechos patrimoniales correspondientes a la obra de que se trate. Nadie más que el autor o, en su defecto, el titular de los derechos patrimoniales, puede decidir si la obra ha de estar bajo tal o cual licencia, siendo en el caso del ejemplo una licencia *Creative Commons*. Así pues, las licencias *Creative Commons* honran el derecho de autor al reconocer, en todo momento, a este último o al titular de los derechos patrimoniales como la única persona que puede otorgar una licencia de esta naturaleza. No sólo eso. Si se analiza con atención el espectro de licencias básicas de *Creative Commons* -seis licencias primarias- se encontrará que todas exigen, sin excepción, el reconocimiento a la autoría, es decir el derecho de paternidad, a favor del autor como requisito indispensable para el uso de la obra de que se trate. Así mismo, dependiendo del tipo de licencia por el que se

opte, se establecen las autorizaciones y las condiciones bajo las que las dichas autorizaciones son válidas. Por ejemplo, se puede autorizar la modificación de la obra siempre que no se haga con fines comerciales. En este caso, el autor o titular del derecho patrimonial, como soberano sobre la obra, decide que mediante la licencia quiere autorizar al usuario a realizar modificaciones a su obra. Las únicas condiciones que exige a cambio son que se le reconozca como autor de la obra y que no se lucre con la obra misma o con aquellas obras derivadas de la modificación a la obra primigenia. ¿De qué manera atenta esto contra el derecho de autor si es el autor mismo quien, en ejercicio de las facultades que le concede la Ley Federal del Derecho de Autor, autoriza la modificación de su obra? En todo caso, el otorgamiento de la licencia constituye la exteriorización de la voluntad del autor sobre

El otorgamiento de la licencia constituye la exteriorización de la voluntad del autor sobre su obra y en este tenor, la debemos respetar.

su obra y en este tenor, la debemos respetar. De lo contrario, entonces si estaríamos atentando contra su derecho de autor.

Por lo que hace al mito de que las licencias dejan en estado de indefensión al titular de los derechos en caso de que el usuario realice un mal uso de la obra o infrinja los derechos del titular, basta decir que la protección no se encuentra en la licencia. La protección se obtiene, por ley, con la materialización de la obra. Con su fijación en un soporte material. En ese momento, el autor queda protegido. Así, el incumplimiento a las obligaciones que estipula la licencia -sea *Creative Commons* o cualquiera otra- implica una infracción a los derechos del titular y en consecuencia activa los mecanismos de remedio que establece la ley para dichos casos, quedando a salvo los

derechos del mismo para ejercer las acciones que considere pertinentes para hacer valer sus derechos u obtener la reparación del daño que le ocasione la infracción por parte del usuario. Luego entonces, no es correcto afirmar que al licenciar bajo un esquema como el de *Creative Commons*, o cualquier otro, se corre el riesgo de quedar indefenso. La ley es clara. Si se infringe el derecho, hay una sanción.

La Ley Federal del Derecho de Autor establece que los derechos morales son irrenunciables. De la misma manera impone la característica de irrenunciable al derecho que tiene el autor o el titular de los derechos patrimoniales, a percibir una remuneración en el caso de toda transmisión de derechos o cuando se realice una comunicación pública de la obra. En este sentido, las licencias de *Creative Commons* contienen una disposición expresa en donde se especifica que nada en la licencia implica una renuncia a los derechos que concede la ley. Es necesario destacar que esta disposición se pone como un elemento meramente informativo porque, en estricto sentido, aunque no estuviera puesto de esa manera, los derechos que tienen la característica de ser irrenunciables, lo son por ministerio de ley y no por voluntad de las partes. En otras palabras, la ley protege al autor a pesar del mismo autor. Por otro lado, es importante hacer una diferenciación entre la renuncia a un derecho y la decisión de no ejercer un derecho irrenunciable. En el primer caso, el titular del derecho puede, con las reservas de ley, renunciar a ejercer algunos de los derechos que la propia legislación le concede. En el segundo caso, el titular no renuncia a ningún derecho, sea por decisión propia o por imposición de la ley, sino que decide, de manera unilateral, simplemente no ejercer aquel derecho que pudiera constituirse en una razón para que los usuarios decidan no utilizar la obra por temor a verse involucrados en alguna con-

troversia legal. Es cierto que en el segundo caso el usuario queda sometido a la voluntad y buena fe del titular de los derechos. Esto es así en todos los casos en que se otorgan licencias de uso sin importar la denominación que se imponga a las mismas. Al final, el sistema de Derecho de Autor se basa en la buena fe de las partes para funcionar. Un ejemplo claro es el Registro Público del Derecho de Autor. En este caso, el Registro actúa de buena fe y confía en la buena fe de quien presenta una obra al registro para expedir el certificado correspondiente sin prejuzgar la veracidad de los datos o hechos que en ellos se consignen pero dejando a salvo los derechos de terceros para el caso de que exista una controversia respecto de la titularidad de la obra de que se trate.

Finalmente analicemos el mito de que las licencias de *Creative Commons* no son válidas por no estar expresamente reconocidas en la Ley Federal del Derecho de Autor. La Ley Federal del Derecho de Autor reconoce expresamente seis contratos:

- 1) De edición de obra literaria;
- 2) De edición de obra musical;
- 3) De representación escénica;
- 4) De radiodifusión;
- 5) De producción audiovisual; y
- 6) Publicitarios.

Si nuestro sistema legal no reconociera más contratos que aquellos que expresamente se mencionan en las leyes que lo conforman, estaríamos frente al sistema legal más deficiente en el mundo porque viviríamos en un sistema que no privilegiaría la voluntad de las partes como principio máximo de la contratación. En este sentido, afirmar que las licencias de *Creative Commons* carecen de validez por no estar expresamente reconocidas o mencionadas en la Ley Federal del Derecho de Autor, equivale a afirmar que toda licen-

cia o transmisión de derechos que no esté expresamente reconocida o mencionada en dicho ordenamiento, carece, por ese simple hecho, de validez en nuestro sistema jurídico. Nada más absurdo que esta afirmación. Para entenderlo con mayor claridad, quitémosle el nombre de *Creative Commons* a la licencia. Ya no tiene nombre. ¿Eso le da validez? No. La validez se la da la ley en función de que cumpla con los requisitos que la misma establece para las licencias de uso. Es decir, la licencia será válida con el simple hecho de constar por escrito. Recordemos que los requisitos de temporalidad y remuneración a favor del autor son sólo indispensables en el caso de las transmisiones de derechos.

Si nuestro sistema legal no reconociera más contratos que aquellos que expresamente se mencionan en las leyes que lo conforman, estaríamos frente al sistema legal más deficiente en el mundo.

Entendiendo el concepto de licencia, según lo establece la Ley Federal del Derecho de Autor, y haciendo a un lado los prejuicios y puntos de vista obtusos que se puedan tener en torno a un esquema de licenciamiento que se ubica fuera de las costumbres comunes respecto del licenciamiento de obras, podemos establecer, con toda certeza, que las licencias *Creative Commons* son plenamente válidas en nuestro país porque cumplen con los requisitos de ley, no vulneran los derechos del autor o el titular de los derechos patrimoniales, no implican una renuncia a los derechos que la propia ley establece como irrenunciables y no obstaculizan la labor de recolección de regalías que, en un momento dado, puedan deber llevar a cabo las Sociedades de Gestión Colectiva a quienes se hayan dado en administración las obras correspondientes, aun estando licenciadas bajo *Creative Commons*, dado que, como ha quedado establecido, los

derechos a percibir una remuneración por la comunicación pública de una obra, en México, son irrenunciables. En consecuencia, al establecerse, con toda precisión, en las licencias *Creative Commons* que ninguna disposición contenida en las mismas implica una renuncia de derechos reconocidos por la ley, las mismas no son contrarias al ordenamiento jurídico y por lo tanto válidas.

El entorno digital ha cambiado dramáticamente la manera en que se usan las obras. Un esquema de licenciamiento rígido e incompatible con el medio digital puede fomentar

la ilegalidad porque la gente no va a dejar de usar las obras por más restricciones que se impongan. Al contrario, entre más restricciones se contemplen, el usuario va a buscar los medios para librarse de esas barreras. Por otro lado, un esquema de licenciamiento flexible, fomenta el uso legal de las obras y puede potenciar el modelo de negocio del autor o el titular de los derechos, aunque no hay que perder de vista que la adopción de cualquier esquema de licenciamiento, sea más o menos restrictivo o permisivo, debe ser una decisión libre y autónoma tomada únicamente por el autor o el titular de los derechos patrimoniales. ©

León Felipe SÁNCHEZ AMBÍA

Tiene la especialidad en Derecho de la Propiedad Intelectual por la UNAM y Derecho de Internet por Harvard.

Desde el año 2006 es socio de la firma Fulton & Fulton, Abogados, y responsable del área de Propiedad Intelectual.

Ha participado en diversos congresos y *simposia* a nivel nacional e internacional, entre los que destacan varios seminarios auspiciados por la Comisión de Ciencia y Tecnología del Senado de la República, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la Internet Society (ISOC) y la American University Washington College of Law.

Es profesor de la materia de Propiedad Intelectual en la licenciatura de la Facultad de Derecho de la UNAM y asesor en materia de Propiedad Intelectual y Tecnologías de la Información de la Comisión de Ciencia y Tecnología del Senado de la República, la Comisión Especial de Agenda Digital y Tecnologías de la Información de la Cámara de Diputados y de la Coordinación de Estrategia Digital Nacional de la Oficina de la Presidencia de la República.

Ha colaborado con diversos artículos para publicaciones electrónicas e impresas en coordinación con la International Business Machines, la Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM y es autor del proyecto de Ley Federal para la Protección de los Derechos de los Usuarios de Internet.

Licencias *Creative Commons* ¿válidas conforme a la legislación mexicana?

Un breve análisis sobre reglas mínimas de contratación en materia autoral

Ricardo Jesús SÁNCHEZ GIL *

SUMARIO

I. Introducción. **II.** Análisis de las licencias *Creative Commons* conforme al orden jurídico mexicano. **II.1.** Inexistencia del contrato. **II.2.** Violación al principio de onerosidad. **II.3.** Violación al principio de temporalidad. **II.4.** Violación al principio de independencia de las facultades y modalidades de los derechos de explotación. **II.5.** Autorización limitada de la explotación del derecho de comunicación pública. **II.6.** Incompatibilidad del derecho de distribución con la modalidad de medios digitales de transmisión de audio. **II.7.** Imposibilidad jurídica de la renuncia al derecho de simple remuneración por comunicación pública. **II.8.** No se concede una licencia real sobre el derecho de transformación. **II.9.** Violación al principio de buena fe por exclusión de responsabilidad sobre la titularidad de los derechos sobre la obra licenciada. **III.** Conclusiones. **IV.** Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

I

Con la era digital vino una serie de problemas por el uso de obras protegidas por derechos de autor a través de los medios digitales. Las legislaciones de todos los países parecen ser siempre insuficientes ante la problemática del *file sharing*, los programas *peer-to-peer* y demás usos en Internet de materiales protegidos por derechos de autor, sin la autorización correspondiente de los autores o de quien detente los derechos sobre dichos contenidos.

Existe en la sociedad, o en algunos sectores de ésta, el temor de que el actual sistema de derechos de autor, tal como está regulado actualmente, sea insuficiente en el entorno digital y pueda limitar el acceso a la información, ahogando la innovación y la creatividad, lo cual ha propiciado el desarrollo de nuevas tendencias hacia los contenidos abiertos.¹

Aunado a ello, en el entorno digital se acrecentó el choque, en algunos casos, entre los derechos de acceso a la información y acceso a la cultura y el derecho de autor,

* Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), donde se graduó con Mención Honorífica. Cuenta con estudios de posgrado en el Programa de Especialización en Derecho de esa misma universidad con la especialidad en Propiedad Intelectual.

1 Akester, Patricia, *Las nuevas dificultades para lograr el equilibrio adecuado entre la protección del derecho de autor y el acceso al conocimiento, la información y la cultura*, estudio encargado por la UNESCO para la 14^a reunión del Comité Intergubernamental de Derecho de Autor, París, 8 de marzo de 2010, p. 9.

reconocidos en instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos² y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,³ lo cual ha generado un gran debate entre cuál debe ser la técnica o el método de ponderación de estos derechos ante su eventual colisión.

En este sentido, existe en la sociedad una creciente necesidad de establecer herramientas legales que ayuden a resolver los problemas que se suscitan cuando estos derechos colisionan, ya que debemos tener claro que no hay derechos absolutos, por lo que un acceso ilimitado a la información obstaculizaría la protección al derecho de autor, y viceversa, una protección excesiva del derecho de autor implicaría un obstáculo para la recepción de la información,⁴ razón por la cual se deben establecer reglas claras para poder determinar, en cada caso en concreto, qué derecho predomina frente el otro.

Las licencias creadas por esta organización permiten al licenciatario cambiar sus condiciones de derechos de autor de la protección que por “default” tienen sus obras de “todos los derechos reservados” a “algunos derechos reservados”.

Por la creciente necesidad de encontrar herramientas que permitan “niveler” estos derechos, se comenzaron a gestar corrientes en los últimos años un tanto radicales a juicio del autor, de acceso libre a contenidos, como el copyleft y el Creative Commons, cuyas posturas o fundamentos son, por decirlo de alguna manera, la reducción de la protección que otorgan

los derechos de autor, con la finalidad, según estas organizaciones, de garantizar el acceso a la cultura libre y sin restricciones, así como la promoción del arte, la cultura y la ciencia. Según estas corrientes, se deben sacrificar algunos derechos de los autores en pro de la sociedad. Cabe señalar que estas corrientes, principalmente el copyleft, surgieron dirigidas a los programas de cómputo y se extendieron, como actualmente el Creative Commons, a todo tipo de obras protegidas por derechos de autor.

Pero ¿qué es Creative Commons? Es una organización sin fines de lucro que tiene como propósito la promoción de herramientas legales (licencias) destinadas al uso de obras protegidas por derechos de autor de manera gratuita y flexible. Las licencias creadas por esta organización permiten al licenciatario cambiar sus condiciones de derechos de autor de la protección que por “default” tienen sus obras de “todos los derechos reservados” a “algunos derechos reservados”.⁵

Esta organización ofrece de manera gratuita seis esquemas de licenciamiento de derechos de autor a los autores que quieran difundir al público las obras de su autoría y desarrolla, según su propia información, versiones para México de dichas licencias (en sus versiones 2.5), lo cual implica, o al menos eso nos haría pensar, que han adaptado sus esquemas de licenciamiento para que éstos sean legales y válidos conforme a las leyes mexicanas.

Son cuatro modalidades a partir de las cuales se construyen sus seis esquemas de licenciamiento:

2 El artículo 19 contempla el derecho de acceso a la información como parte de la libertad de expresión, mientras que en su artículo 27 contempla la protección de los intereses morales y materiales de los autores.

3 El artículo 19 contempla el derecho de acceso a la información, mientras que el artículo 15 contempla la protección a los intereses morales y materiales de los autores.

4 Akester, Patricia, *op. cit.*, nota 1, p. 2.

5 <http://creativecommons.org/about>.

- Atribución.** Se deben reconocer los créditos de la manera especificada por el autor o el licenciatario.
- No derivadas.** No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de la obra licenciada.
- No comercial.** No se puede utilizar la obra con fines comerciales.
- Licenciamiento recíproco.** Si se altera o transforma la obra, o genera una obra derivada, sólo puede distribuir la obra generada bajo una licencia idéntica a la otorgada.⁶

Así, de la combinación de estas cuatro modalidades o esquemas básicos surgen los seis tipos de licencias que ofrece esta organización, pudiendo optar el licenciatario por autorizar o prohibir obras derivadas, autorizar o prohibir usos comerciales de su obra, sujetar la licencia a la condición de licenciamiento recíproco. Como común denominador, los seis esquemas de licenciamiento están basados en la cláusula de atribución, es decir, que esta cláusula es genérica para todos los contratos de licencia *Creative Commons*.

ANÁLISIS DE LAS LICENCIAS *CREATIVE COMMONS* CONFORME AL ORDEN JURÍDICO MEXICANO

El presente artículo, como lo señala el título, tiene por objeto analizar los diversos clausulados de los esquemas de licenciamiento *Creative Commons* para determinar si dichas licencias pasan la prueba de legalidad bajo la óptica de las leyes mexicanas, y al mismo tiempo, hacer un análisis práctico de las reglas mínimas de contratación que tiene nuestra ley autoral.

Para tales efectos es necesario resaltar previamente el carácter tuitivo de la legislación autoral, que al establecer las reglas mínimas a que se hace referencia, "trata de compensar la fragilidad estructural de la posición del autor frente a los explotadores primarios".⁷ Debido a esta situación la legislación mexicana, y en general la mayoría de las legislaciones de derechos de autor del mundo, en un afán por lograr el equilibrio entre los autores y los explotadores de las obras, han establecido una serie de disposiciones legislativas limitativas, que se apartan del sacro santo principio de autonomía de la voluntad.⁸

En este sentido, en materia de contratación autoral "se conduce a descartar la aplicación irrestricta del principio de autonomía de la voluntad, razón por la cual las normas que regulan las relaciones contractuales, como regla general, deben tener el carácter de obligatorio".⁹

II.1. Inexistencia del contrato

Comencemos por analizar el primer problema que vemos en este tipo de licencias, el más grande a nuestro juicio y que se refiere al consentimiento como elemento de existencia de todo contrato, el cual, tal como está referido

Tal como está referido en estos contratos de licencia, no cumple con los requisitos que exige la legislación mexicana para su perfeccionamiento.

6 <http://creativecommons.org/licenses>

7 Colombet, Claude, *Grandes principios de derechos de autor y derechos conexos en el mundo*, Francia, 3º edición, UNESCO-CINDOC, 1997, p. 102.

8 *Ibidem*, p. 103.

9 Lipszyc, Delia, *Derechos de autor y derechos conexos*, Argentina UNESCO-CERLALC-ZAVALIA, 1993, p. 274.

en estos contratos de licencia, no cumple con los requisitos que exige la legislación mexicana para su perfeccionamiento.

Las licencias *Creative Commons* establecen en su clausulado que el consentimiento se perfeccionará por el solo ejercicio de los derechos previstos en la licencia, lo cual implica que prevén un sistema de aceptación tácita contractual:

*"Se entiende que por el mero ejercicio de cualquiera de los derechos aquí previstos sobre la obra, usted acepta y se obliga bajo los términos y condiciones de la presente licencia. El licenciante le otorga los derechos aquí descritos considerando la aceptación por su parte de dichos términos y condiciones."*¹⁰

Para efectos de un mejor análisis, cabe señalar que dentro de la teoría general del contrato existen cuatro sistemas relativos a la formación del consentimiento como elemento de existencia de todo contrato que determinan en qué momento un contrato se perfecciona por formación del consentimiento: 1) la declaración, cuando el aceptante declara su aceptación a la oferta, 2) la expedición, cuando el aceptante expide la aceptación, es decir, cuando envía por cualquier medio su aceptación al oferente, 3) la recepción, cuando el oferente recibe la aceptación, y 4) la información, cuando el oferente se informa de la aceptación.¹¹

Nuestro sistema legal se adhiere al tercer sistema de los antes referidos, el de la aceptación,¹² tal como se establece en el artículo 1807 del Código Civil Federal.¹³ En este sentido, las licencias *Creative Commons* carecen de valor jurídico conforme a la legislación mexicana, ya que nuestro país adopta el sistema de la recepción y en la forma en la que el consentimiento se forma en estos contratos de licencia, es decir, con el simple ejercicio por parte del licenciatario de los derechos concedidos por la licencia, impide que el licenciante/oferente reciba la aceptación del licenciatario, por lo que el consentimiento, como elemento de existencia del contrato, no se perfecciona y la consecuencia lógica-jurídica es que el contrato sea inexistente.

Lo anterior se hace aún más evidente si consideramos que incluso el mismo texto de la licencia se aparta expresamente de lo ordenado por el Código Civil Federal.¹⁴

Dado que las licencias *Creative Commons* se acogen al sistema de la aceptación, apartándose de la imperativa prevista en el Código Civil Federal, en el sentido de que el ofertante necesariamente deba recibir esta aceptación para perfeccionar el consentimiento, dentro de nuestro sistema jurídico no existe una plena formación del consentimiento en un contrato de licencia de este tipo, lo cual deriva en el hecho de que el mismo sea inexistente, jurídicamente hablando.

10 Licencia Atribución 2.5, en: <http://creativecommons.org/licenses/by/2.5/mx/legalcode>

11 Rojina Villegas, Rafael, *Teoría general de las obligaciones* México, 29º edición, Ed. Porrúa, 2011, p. 59.

12 *Idem.*

13 Código Civil Federal, Artículo 1807.- *El contrato se forma en el momento en que el proponente reciba la aceptación, estando ligado por su oferta, según los artículos precedentes.*

14 Licencia Atribución 2.5, en: <http://creativecommons.org/licenses/by/2.5/mx/legalcode>
Cláusula 8.-...

f. No será necesario el envío o recepción de la aceptación de las condiciones de la presente licencia para que se considere perfeccionada, por lo que se entiende que cualquier uso de la obra en los términos de la presente licencia constituirá la aceptación de los términos y condiciones contenidos en la misma.

Licencia Atribución 2.5, en: <http://creativecommons.org/licenses/by/2.5/mx/legalcode>

En efecto, como nos dice el maestro Manuel Bejarano Sánchez, “La ausencia de la voluntad exteriorizada... implica la inexistencia del acto. El acto jurídico no se forma, no nace y, consecuentemente, no produce efectos.”¹⁵

Aunado a esta cuestión, vemos que las licencias *Creative Commons* tienen otros serios problemas de legalidad en gran parte de su clausulado.

II.2. Violación al principio de onerosidad

La cláusula tres del contrato de licencia *Creative Commons* establece que la licencia se otorga de manera gratuita, en una clara contravención a la Ley Federal del Derecho de Autor, que recoge el principio de onerosidad en sus artículos 30 y 31, al disponer que toda transmisión de derechos de autor debe ser onerosa y debe prever en favor del autor una remuneración, ya sea fija o proporcional, derecho que es irrenunciable.¹⁶

Cabe señalar, aunque sin profundizar mayormente en el tema, ya que no es objeto del presente ensayo, que se coincide con Eduardo de la Parra cuando señala que la Ley Federal del Derecho de Autor se refiere a licencia y transmisión de derechos como una misma figura jurídica,¹⁷ por lo que aún y cuando los preceptos referidos

en el párrafo anterior se refieren a la transmisión, debe entenderse que se hace extensivo a la figura del licenciamiento, por lo que las reglas señaladas en dichos preceptos le son perfectamente aplicables a las licencias.

En este sentido, es claro que si el artículo 31 señala expresamente que el derecho de los autores a percibir una remuneración por la transmisión o licenciamiento de sus obras es irrenunciable, y que ambos artículos prevén expresamente que TODA transmisión o licenciamiento de derechos de autor debe ser onerosa, sin admitir casos de excepción, el licenciamiento de una obra de manera gratuita, como en el caso de estos esquemas de licenciamiento, contraviene una norma de tipo obligatorio que no admite pacto en contrario y, en consecuencia, dicha estipulación es nula.

Más aún, la remuneración del autor es uno de los principios “más importantes de las legislaciones donde la total libertad contractual puede perjudicar considerablemente a los creadores, frecuentemente obligados a aceptar las condiciones financieras propuestas por el contratante”,¹⁸ por lo que resulta totalmente alejado de los principios torales en materia de derechos de autor el hecho de que el autor renuncie a la remuneración que le corresponde por la explotación de sus obras.

15 Sánchez Bejarano, Manuel, *Obligaciones civiles*, México, 6º edición, Ed. Oxford University Press, 2010, p. 48.

16 LFDA, Artículo 30.- *El titular de los derechos patrimoniales puede, libremente, conforme a lo establecido por esta Ley, transferir sus derechos patrimoniales u otorgar licencias de uso exclusivas o no exclusivas.*

Toda transmisión de derechos patrimoniales de autor será onerosa y temporal. En ausencia de acuerdo sobre el monto de la remuneración o del procedimiento para fijarla, así como sobre los términos para su pago, la determinarán los tribunales competentes.

Los actos, convenios y contratos por los cuales se transmitan derechos patrimoniales y las licencias de uso deberán celebrarse, invariabilmente, por escrito, de lo contrario serán nulos de pleno derecho.

LFDA, Artículo 31.- *Toda transmisión de derechos patrimoniales deberá prever en favor del autor o del titular del derecho patrimonial, en su caso, una participación proporcional en los ingresos de la explotación de que se trate, o una remuneración fija y determinada. Este derecho es irrenunciable.*

17 De la Parra Trujillo, Eduardo “Inscripción de Contratos en el Registro Público del Derecho de Autor: ¿Existe diferencia entre transmisiones y licencias?”, *Revista Mexicana del Derecho de Autor*, Año 1, número 1, México, Instituto Nacional del Derecho de Autor, 2013, pp. 74-88. Véase también, De la Parra Trujillo, Eduardo “La Transmisión del Derecho de Explotación”, *Revista de Derecho Privado*, nueva época, año VI, núm. 16-17, México, enero-agosto 2007, p.p. 122 y 123.

18 Colombe, Claude, *op. cit.*, nota 7, p.p. 107 y 108.

La consecuencia jurídica de que dicha cláusula sea declarada nula, es que se entenderá como si las partes hubieran guardado silencio respecto cuál sería el monto a cubrir por concepto de regalías, pero bajo el entendido de que sí se deban pagar las mismas, porque así lo prevé la Ley y, en consecuencia, la cantidad que se deba retribuir al autor por dicha licencia deberá ser fijada por los tribunales competentes.¹⁹

Otro reproche que se le puede hacer a estas licencias es que en tres de sus esquemas de licenciamiento se autoriza hacer uso comercial de las obras, y que el usuario obtenga un lucro o beneficio económico, pero sin retribuirle un sólo peso al autor, creador de la obra, lo que propicia un parasitismo de los empresarios, ya que en lugar de contratar gente creativa que conciba nuevas obras, utilizan aquellas que fueron licenciadas al amparo de estas licencias y sin tener que erogar o invertir un céntimo en la promoción de la investigación científica, tecnológica o en la generación de cultura. Esto va incluso en contra de la finalidad que esta organización persigue, que, según sus propias informaciones, es la generación y acceso al conocimiento científico y cultural,²⁰ ya que no hay incentivo económico a los autores para crear nuevas obras.

Además, lo anterior resulta contrario a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, específicamente al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual señala en su artículo 15 que todo

Estado reconoce el derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.²¹

A este respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas formuló la observación general número 17 (2005) estableciendo que la obligación legal específica de los Estados de "proteger", prevista en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales antes referido, debe entenderse como "...el deber de los Estados de asegurar la protección efectiva de los intereses morales y materiales de los autores ... tienen la obligación de impedir que terceros menoscaben los intereses materiales que les correspondan a los autores respecto de sus producciones ... que los usuarios deben informar a los autores del uso que se da a sus producciones y ofrecerles una remuneración adecuada".²²

En base a lo anterior, es claro que el hecho de que el autor conceda licencias gratuitas y perpetuas sobre sus obras, donde a su vez permitan que los licenciatarios exploten dichas obras con fines de especulación comercial y obtengan un beneficio económico, resulta totalmente contrario a lo establecido en la observación apenas señalada y, por ende, al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

19 LFDA, Artículo 30, nota 16.

20 <http://creativecommons.org/about>

21 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Artículo 15:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:

...

c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

...

22 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, "Observación General Número 17" (2005), 35º periodo de sesiones, Ginebra, 7 a 25 de noviembre de 2005.

Por otra parte, las licencias *Creative Commons*, que supuestamente no conceden el derecho de explotar comercialmente las obras y que se basan en un esquema “no comercial”, tal cual están redactadas, prohíben sólo el lucro *directo* de las obras, por lo que no se impide que los usuarios obtengan un lucro *indirecto*.²³ En este sentido no es del todo cierto que se prohíba el *uso comercial*, entendiéndose por uso comercial en su más amplia acepción, tal y como lo señala dicha organización en su “versión de la licencia legible para humanos”²⁴

Lo anterior, porque el texto legal de estas licencias, que se basan en un esquema “no comercial” y que supuestamente prohíben el uso comercial, señalan expresamente que “se prohíbe el ejercicio de los derechos de la licencia si el propósito *principal* es la obtención de ventaja comercial o compensación monetaria personal o lucro”²⁵ por lo que se observa que sólo se prohíbe el lucro directo, y que si el propósito *principal* de la explotación no es la obtención de una compensación monetaria, sino que ello es accesorio o “atractivo adicional”²⁶ se considera como un uso autorizado por el contrato de licencia.

II.3. Violación al principio de temporalidad

La cláusula tres del contrato de licencia *Creative Commons* señala que ésta se otorga con el carácter de *perpetua*, lo cual contraviene la regla de temporalidad de toda licencia o contrato que tenga por objeto la transmisión de derechos de autor, tal como lo dicta el artículo 30 de la Ley Federal del Derecho de Autor, que expresamente señala que toda transmisión o licenciamiento de una obra deberá ser temporal.

El contrato de licencia indica que “...entendiéndose que este término es determinado por la duración prevista en la LFDA para el otorgamiento de la protección intelectual específica”,²⁷ es decir, que la licencia se otorga por el tiempo que señala la Ley para la protección de las obras -que conforme a la legislación mexicana, es de la vida del autor y cien años contados a partir de su muerte, o, en el caso de obras en coautoría, cien años a partir de la muerte del último, o, cien años después de divulgadas las obras póstumas, etc.,²⁸ sin embargo, dicha transmisión o licenciamiento excede el plazo máximo

23 El reglamento de la Ley Federal del Derecho de Autor hace una distinción entre actividades realizadas con fines de lucro directo e indirecto:

RLFDA, Artículo 11.- *Se entiende realizada con fines de lucro directo, la actividad que tenga por objeto la obtención de un beneficio económico como consecuencia inmediata del uso o explotación de los derechos de autor, derechos conexos o reservas de derechos, la utilización de la imagen de una persona o la realización de cualquier acto que permita tener un dispositivo o sistema cuya finalidad sea desactivar los dispositivos electrónicos de protección de un programa de cómputo.*

Se reputará realizada con fines de lucro indirecto su utilización cuando resulte en una ventaja o atractivo adicional a la actividad preponderante desarrollada por el agente en el establecimiento industrial, comercial o de servicios de que se trate.

24 “... debido a que la mayoría de los creadores, educadores y científicos no son abogados, también hacemos disponibles las licencias en un formato que las personas normales pueden leer: el resumen de la licencia o “Commons Deed” (también conocido como la versión “legible por humanos” de la licencia).”, en: <http://creativecommons.org/licenses/>

25 Licencia Atribución – No comercial, versión 2.5, en: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/mx/legalcode>

26 LFDA, Artículo 11.-..., nota 23.

27 Licencia Atribución 2.5, en: <http://creativecommons.org/licenses/by/2.5/mx/legalcode>

28 LFDA, Artículo 29.- Los derechos patrimoniales estarán vigentes durante:

I. La vida del autor y, a partir de su muerte, cien años más.

Cuando la obra le pertenezca a varios coautores los cien años se contarán a partir de la muerte del último, y

II. Cien años después de divulgadas.

a) Las obras póstumas, siempre y cuando la divulgación se realice dentro del periodo de protección a que se refiere la fracción I, y
b) Las obras hechas al servicio oficial de la Federación, las entidades federativas o los municipios.

Si el titular del derecho patrimonial distinto del autor muere sin herederos la facultad de explotar o autorizar la explotación de la obra corresponderá al autor y, a falta de éste, corresponderá al Estado por conducto del Instituto, quien respetará los derechos adquiridos por terceros con anterioridad.

Pasados los términos previstos en las fracciones de este artículo, la obra pasará al dominio público.

previsto por la Ley Federal del Derecho de Autor para la transmisión o licenciamiento, que es de 15 años.²⁹

Al establecer que la licencia se otorga de manera perpetua se está contraviniendo expresamente una regla mínima de contratación prevista en la Ley Federal del Derecho de Autor, por lo que el efecto será que tal cláusula también sea declarada nula y se aplique, por ende, el plazo legal de cesión, que es de 5 años.³⁰ Y en este sentido, no obstante que la licencia señala que se otorga de manera perpetua, realmente se concede la misma por un plazo de 5 años, claro está, previa declaración judicial sobre la nulidad de la cláusula respectiva.

II.4. Violación al principio de independencia de las facultades y modalidades de los derechos de explotación

La cláusula tres del contrato de licencia también señala que ésta se otorga a título universal -que dicho sea de paso es una mala traducción del término utilizado en la licencia original en inglés “*worldwide*”-, dando lugar a interpretaciones sobre la autorización concedida por dicha cláusula. Por un lado se

puede interpretar que la licencia se otorga para todos los derechos y para todas las modalidades de explotación, y la otra forma de interpretarlo es, como su versión en inglés claramente lo establece, para su explotación sin límites territoriales, es decir, para todo el mundo.

Así, el término *universal* tiene ambas acepciones y puede ser utilizado para señalar que se extiende o que pertenece a todo el mundo, o que comprende y que es común a todos en su especie, sin excepción alguna.³¹ En caso de que se adopte ésta última acepción del término *universal*, vemos aquí un problema de legalidad, ya que con *universal*, se referirá a todos los derechos y para todas las modalidades de explotación, contrariando la regla de independencia de las facultades y modalidades de explotación, prevista en el artículo 28,³² y según el cual debe señalarse expresamente qué modalidades y qué derechos se ceden o licencian para que tal cesión o licencia sea válida, toda vez que de acuerdo con este principio, interpretado de manera armónica con la regla de interpretación restrictiva de los contratos autorales, “la autorización de uso se limita a aquel o aquellos expresamente mencionados en el contrato y a las modalidades previstas en este”.³³

29 LFDA, Artículo 33.- *A falta de estipulación expresa, toda transmisión de derechos patrimoniales se considera por el término de 5 años. Solo podrá pactarse excepcionalmente por más de 15 años cuando la naturaleza de la obra o la magnitud de la inversión requerida así lo justifique.*

30 *Idem.*

31 **universal.**

(Del lat. *universālis*, y este formado sobre el gr. καθολικός).

1. adj. Perteneciente o relativo al universo.
2. adj. Que comprende o es común a todos en su especie, sin excepción de ninguno.
3. adj. Que lo comprende todo en la especie de que se habla.
4. adj. Que pertenece o se extiende a todo el mundo, a todos los países, a todos los tiempos.
5. adj. Fil. Que por su naturaleza es apto para ser predicado de muchos.
6. adj. p. us. Dicho de una persona: Versada en muchas ciencias y adornada de multitud y variedad de noticias.
<http://www.rae.es/rae.html>

32 LFDA, Artículo 28.- *Las facultades a las que se refiere el artículo anterior, son independientes entre sí y cada una de las modalidades de explotación también lo son.*

33 Lipszyc, Delia, *op cit.*, nota 9, p. 277.

Conviene precisar que, de acuerdo con los principios antes señalados, el no señalar expresamente para qué derechos y en qué modalidades se otorga la autorización no traerá aparejada la nulidad total del contrato; en todo caso, si no se expresan específicamente y de modo concreto las modalidades de explotación de la obra, la cesión quedará limitada a aquella que se deduzca necesariamente del propio contrato y sea indispensable para cumplir la finalidad del mismo.³⁴

En efecto, como nos dice Claude Colombet, “las cesiones deben ser interpretadas en forma restrictiva y ello tiene dos consecuencias: la primera es que la cesión de un derecho de explotación no implica la cesión de otro derecho, y la segunda es que si un contrato implica la cesión total de un derecho de explotación su alcance quedará limitado a los modos de explotación previstos en dicho contrato”.³⁵

Así, para determinar los derechos que efectivamente se licencian al amparo del contrato de licencia *Creative Commons*, en aplicación del principio de interpretación restrictiva de los contratos de explotación, debe entenderse que se otorgan sólo los derechos que, de acuerdo con la propia naturaleza y finalidad del contrato, sean estrictamente necesarios para lograr su objeto.

De los términos de la licencia se desprende, o se puede interpretar, que sólo se autoriza la explotación de los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación a través de *medios digitales* (a reserva de que más adelante se retome el

tema para saber si en realidad se autorizan todos estos derechos de explotación). Debe entenderse que sólo la explotación por medios digitales está autorizada por una licencia *Creative Commons* y, más aún, dicha explotación no incluye todas las modalidades de explotación por medios digitales, sino sólo *medios digitales de transmisión de audio*. Así lo refiere el propio contrato y, de acuerdo a sus características y a la naturaleza del mismo, cualquier otra utilización de la obra que no sea a través de *medios digitales de transmisión de audio* será considerada como no autorizada y, en consecuencia, violatoria de los derechos de autor.

La misma crítica se le puede hacer a la cláusula tres del contrato de licencia, que dispone *in fine* que “*Los derechos antes descritos podrán ser ejercidos en cualquier forma o por cualquier medio conocido o por conocer*”.³⁶ Como no señala de manera expresa qué derechos y en qué modalidades se concede la licencia, se deberá interpretar también de acuerdo a la propia finalidad y naturaleza del contrato.

II.5. Autorización limitada de la explotación del derecho de comunicación pública

Las licencias *Creative Commons* conceden el derecho de explotar la obra únicamente a través de medios digitales, más específicamente medios digitales de transmisión de audio, lo cual se desprende de la propia redacción de la cláusula tres del contrato de licencia, ya que los incisos c. y d. señalan expresamente lo siguiente:

³⁴ Tal como lo establece expresamente la legislación española en su artículo 43 segundo párrafo.

³⁵ Colombet, Claude, *op. cit.*, nota 7, p. 105.

³⁶ Licencia Atribución, versión 2.5, en: <http://creativecommons.org/licenses/by/2.5/mx/legalcode>

"c. Distribuir copias o fonogramas de la Obra, representar y exhibir públicamente la Obra y representarla públicamente **por medios digitales de transmisión de audio**, incluyendo el caso en el que lo antes descrito sea incorporado a una Obra Colectiva.

d. Distribuir copias o fonogramas de Obras Derivadas, representar y exhibir públicamente Obras Derivadas y representarlas públicamente **por medios digitales de transmisión de audio.**"³⁷ (énfasis añadido)

En este sentido, tal cual está redactado el clausulado de estas licencias se entiende que se autoriza la explotación del derecho de comunicación pública, en la modalidad "*medios digitales de transmisión de audio*", excluyendo todas las demás modalidades de comunicación pública distintas a los "*medios digitales de transmisión de audio*", por lo que si el medio digital en el que la obra será utilizada es de transmisión de imágenes o de cualquier otro tipo distinto a la transmisión de audio, dicho uso de la obra se considerará hecho sin autorización del licenciatario.

En un primer término lo anterior encuentra su sustento en el propio contrato, ya que señala en su cláusula tres *in fine*, que "... Cualquier otro derecho no expresamente mencionado en la presente Licencia se entiende reservado por el autor"³⁸ y, en un segundo término, aunque más importante, en un fundamento básico de derechos de autor en el que se establece que "de acuerdo con los

principios de la interpretación restrictiva de los contratos de explotación de las obras y de la independencia de los derechos patrimoniales, la autorización de uso se limita a aquel o aquellos expresamente mencionados en el contrato y a las modalidades previstas en este..." ,³⁹ fundamento que recoge nuestra legislación en el artículo 28.⁴⁰

Es claro que si el contrato de licencia señala expresamente que se otorga autorización para comunicar públicamente la obra en la modalidad de "medios digitales de transmisión de audio", todas las demás modalidades de la comunicación pública se entenderán reservadas al autor y cualquier otra utilización pública de la obra que no sea bajo esta modalidad se considerará no autorizada.

II.6. Incompatibilidad del derecho de distribución con la modalidad de medios digitales de transmisión de audio

La autorización que se otorga con base en las licencias *Creative Commons* para la explotación del derecho de distribución no puede ejercerse porque existe incompatibilidad entre dicha facultad y la modalidad licenciada que, como ya se apuntó, son los medios digitales de transmisión de audio. Esta modalidad resulta incompatible con la propia naturaleza del derecho de distribución, ya que no existe la distribución física de ejemplares en los medios digitales de transmisión de audio, como lo exige la Ley Federal del Derecho de Autor.⁴¹

³⁷ Licencia Atribución 2.5, <http://creativecommons.org/licenses/by/2.5/mx/legalcode>

³⁸ *Idem.*

³⁹ Lipszyc, Delia, *op cit.*, nota 9, p. 277.

⁴⁰ LFDA, Artículo 28.- nota 32.

⁴¹ LFDA Artículo 16.- *La obra podrá hacerse del conocimiento público mediante los actos que se describen a continuación:*

...
V. *Distribución al público: Puesta a disposición del público del original o copia de la obra mediante venta, arrendamiento y, en general, cualquier otra forma ...*

Nos dice Delia Lipszyc que "En el Modelo del Acuerdo de Santiago se define a la explotación en línea como un acto de comunicación pública",⁴² y si a esto le sumamos que el propio contrato incluye el término "transmisión", el cual necesariamente se refiere a la comunicación pública⁴³ por ser estrictamente una modalidad del derecho de comunicación pública, y que resulta incompatible con la propia naturaleza del derecho de distribución, automáticamente se cancela el derecho de distribución concedido en estas licencias por estar limitado a una modalidad incompatible con su propia naturaleza y que, en consecuencia, es de imposible realización.

II.7. Imposibilidad jurídica de la renuncia al derecho de simple remuneración por comunicación pública

Las licencias *Creative Commons* señalan en su cláusula 3, incisos e), subinciso i, y f) que "el autor renuncia expresamente al derecho de recaudar, ya sea de manera individual o a través de sociedades de gestión colectiva, regalías por concepto de la representación o ejecución pública de tipo digital (tal como la transmisión vía Internet) de la Obra",⁴⁴ refiriéndose al derecho de regalías o de simple remuneración por comunicación pública, previsto en el artículo 26 BIS de la Ley Federal del Derecho de Autor, en el que se establece expresamente que éste es irrenunciable.⁴⁵

Esta renuncia explícita al derecho a cobrar regalías por comunicación pública que hace el autor es contraria a la ley, por lo que será susceptible de anulación la cláusula del contrato donde se establezca tal manifestación, teniendo como consecuencia que el autor pueda cobrar, no obstante la renuncia explícita, regalías por comunicación pública de sus obras.

II.8. No se concede una licencia real sobre el derecho de transformación

Los términos empleados en el contrato de licencia *Creative Commons* que autoriza la *creación* de obras derivadas no son adecuados, lo cual tiene como consecuencia que no haya una autorización o licencia real para explotar el derecho de transformación.

Cabe señalar que la creación de obras derivadas necesariamente se refiere al derecho de transformación, ya que, como nos dice Lipszyc, "son obras derivadas las que se basan en una obra preexistente. Se consideran como tales las adaptaciones, traducciones, actualizaciones, antologías, resúmenes, extractos y cualquier transformación de una obra anterior de la que resulte una obra diferente."⁴⁶

En este contexto, para entender por qué en estas licencias no se concede una verdadera licencia o autorización para la explotación del derecho de transformación es necesario comprender las facultades y limitantes que concede este derecho.

42 Lipszyc, Delia *Nuevos temas de derechos de autor y derechos conexos*, Argentina, UNESCO-CERLALC-ZAVALIA, 2004, p. 327.

43 Incluso la Ley Federal del Derecho de Autor regula de forma separada el derecho de transmisión pública en una fracción distinta, la IV del artículo 27, la que contempla el derecho de ejecución pública, la III también del artículo 27, como si se tratara de dos derechos distintos.

44 Licencia Atribución, versión 2.5, <http://creativecommons.org/licenses/by/2.5/mx/legalcode>

45 LFDA, Artículo 26 bis.- El autor y su causahabiente gozarán del derecho a percibir una regalía por la comunicación o transmisión pública de su obra por cualquier medio. El derecho del autor es irrenunciable. Esta regalía será pagada directamente por quien realice la comunicación o transmisión pública de las obras directamente al autor, o a la sociedad de gestión colectiva que los represente, con sujeción a lo previsto por los Artículos 200 y 202 Fracciones V y VI de la Ley.

...

46 Lipszyc, Delia, *op cit*, nota 9., p.p. 111 y 112.

La Ley Federal del Derecho de Autor, en su artículo 27, fracción VI, prevé el derecho de transformación,⁴⁷ del cual se desprende claramente cuál es la facultad que se concede a los autores por virtud de este derecho, que es la de autorizar o prohibir la *divulgación* de obras derivadas, no la *creación* de obras derivadas, como se estipula en estos contratos.

Lo anterior no es un mero tecnicismo, ni es cosa menor, ya que de la redacción de estas licencias se desprende que el licenciatario no está facultado realmente para explotar el derecho de transformación, ello en razón de que la licencia autoriza a "crear y reproducir Obras Derivadas".⁴⁸ Sin embargo, tal autorización deriva de la propia ley, por lo que es innecesaria su inclusión en el contrato. Dicho de otra forma, el acto de *creación* de obras derivadas, no está limitado por el derecho de transformación, por lo que no es facultad del autor o titular de este derecho "autorizar o prohibir" la creación de obras derivadas, sino la de autorizar o prohibir la *divulgación* de obras derivadas, lo cual, como ya se apuntó, no está autorizado al amparo de la licencia.

En este sentido, podemos afirmar que en una licencia *Creative Commons* no está debidamente licenciado el derecho de transformación, por lo que cualquier persona que explote una obra derivada basada en una obra licenciada al amparo de estas licencias, estará violando el derecho de transformación sobre la obra primigenia.

II.9. Violación al principio de buena fe por exclusión de responsabilidad sobre la titularidad de los derechos sobre la obra licenciada

También podemos observar que las licencias *Creative Commons* tienen un grave problema, que incluso vulnera el orden público, ya que en ellas se estipula que el licenciatario no se hace responsable de la titularidad de los derechos licenciados, de la originalidad de la obra, de la no invasión de derechos de terceros, etc. En general se deslinda de cualquier tipo de responsabilidad derivado del contrato de licencia, lo cual, además de ser contrario a derecho, a los buenos usos y costumbres y al principio de buena fe que rige en general a todos los contratos, es contrario a toda lógica. Es más, ni siquiera se necesita ser abogado para saber que lo mínimo que debe garantizar quien otorga un derecho o un bien, es que *es dueño* de ese bien o titular de ese derecho!

Nada impide que cualquier persona, actuando de mala fe, tome una obra que no es de su autoría, la suba a la red y conceda una "licencia" bajo estos esquemas

La licencia *Creative Commons* en su cláusula 5 contempla una estipulación en la que se excluye al licenciatario de cualquier eventual responsabilidad que derive del contrato. Vamos, ni siquiera responde por la titularidad de los derechos, ya que no garantiza que tenga los derechos sobre la obra que está licenciando, por lo que nada impide que cualquier persona, actuando de mala fe, tome una obra que no es

47 LFDA, Artículo 27.- Los titulares de los derechos patrimoniales podrán autorizar o prohibir:

...

VI. La *divulgación* de obras derivadas, en cualquiera de sus modalidades, tales como la traducción, adaptación, paráfrasis, arreglos y transformaciones, y

...

48 Licencia Atribución, versión 2.5, en: <http://creativecommons.org/licenses/by/2.5/mx/legalcode>

de su autoría, la suba a la red y conceda una "licencia" bajo estos esquemas, sabiendo incluso de antemano que no es una obra de su autoría y que no cuenta con ningún tipo de derecho sobre la misma y, ante la eventual reclamación del verdadero autor en contra de aquellos que descargaron la obra de la red, supuestamente de manera legal al amparo de dicha licencia, se exima de cualquier responsabilidad a quien la subió y licenció de mala fe, ya que no garantizó la titularidad de dichos derechos.

Además de ser totalmente ilógico, lo anterior contraviene un principio general de contratación autoral, donde "el autor tiene la obligación de responder ante el usuario de la

autoría y originalidad de la obra y deberá garantizarle el ejercicio pacífico de los derechos contratados. Estará obligado a respetar estos derechos y a defenderlos frente a terceros."⁴⁹

Es de señalarse que nuestra legislación de derechos de autor recoge este principio básico en el artículo 52, fracción II, donde le impone la obligación al autor a responder de la autoría y originalidad de la obra, así como del ejercicio pacífico de los derechos que le hubiera transmitido,⁵⁰ por lo que la cláusula de exclusión de responsabilidad prevista en estos contratos es nula, y, por ende, el licenciante sí debe responder sobre la autoría y demás garantías legales a que se obliga por la celebración del contrato de licencia.

CONCLUSIONES

Coincidimos con la organización *Creative Commons* respecto al hecho de que es necesario buscar herramientas y soluciones que propicien una armonía entre los derechos de información y acceso a la cultura de todos los entes de la sociedad y el derecho de los autores a la protección de sus obras. Asimismo, coincidimos en el hecho de que es necesaria la propagación y la difusión de la cultura, logrando que sea llevada de una manera efectiva a todos los miembros de la sociedad y, a su vez, logrando de esta forma una mayor creación de material científico y cultural. Sin embargo, como se señaló, es necesario que estas herramientas logren precisamente la armonía que se busca, lo cual evidentemente

no se logra con las licencias *Creative Commons*, que *atropellan* los derechos básicos y mínimos de los autores, *so pretexto* de una supuesta creación de acervos culturales.

Como se mencionó al principio del presente trabajo, no hay derechos absolutos, por lo que la implementación de herramientas que tengan como finalidad el acceso ilimitado a la información, y obstaculicen la protección al derecho de autor,⁵¹ incluso contrariando los principios básicos que permean en la materia autoral, sería como precalificar, siempre y en todos los casos, los derechos de acceso a la información y la cultura en una mayor jerarquía respecto al derecho de los autores.

49 Lipszyc, Delia, *op. cit.*, nota 9, p. 282.

50 LFDA, Artículo 52.- *Son obligaciones del autor o del titular del derecho patrimonial:*

...
II. Responder ante el editor de la autoría y originalidad de la obra, así como del ejercicio pacífico de los derechos que le hubiera transmitido.

51 Akester, Patricia, *op. cit.*, nota 1, p. 2.

Como conclusión general al presente trabajo, las licencias *Creative Commons* no son válidas conforme a la legislación mexicana, por lo que se invita a dicha organización a reexaminar las mismas y adaptarlas al sistema jurídico

mexicano, para que así los usuarios y autores tengan la certeza de usar herramientas legales que resulten eficaces y válidas, que realmente les servirán para la consecución de sus fines. ©

V

BIBLIOGRAFÍA

AKESTER, Patricia, *Las nuevas dificultades para lograr el equilibrio adecuado entre la protección del derecho de autor y el acceso al conocimiento, la información y la cultura*, estudio encargado por la UNESCO para la 14º reunión del Comité Intergubernamental de Derecho de Autor, París, 8 de marzo de 2010.

COLOMBET, Claude, *Grandes principios de derechos de autor y derechos conexos en el mundo*, Francia, 3º edición, UNESCO-CINDOC, 1997.

LIPSZYC, Delia, *Derechos de autor y derechos conexos*, Argentina, UNESCO-CERLALC-ZAVALIA, 1993.

LIPSZYC, Delia, *Nuevos temas de derechos de autor y derechos conexos*, Argentina, UNESCO-CERLALC-ZAVALIA, 2004.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Teoría general de las obligaciones*, México, 29º edición, Ed. Porrúa, 2011.

SÁNCHEZ BEJARANO, Manuel, *Obligaciones Civiles*, México, 6º edición, Ed. Oxford University Press, 2010.

DE LA PARRA TRUJILLO, Eduardo, "Inscripción de Contratos en el Registro Público del Derecho de Autor: ¿Existe diferencia entre transmisiones y licencias?", *Revista Mexicana del Derecho de Autor*, Año 1, número 1, México, Instituto Nacional del Derecho de Autor, 2013.

DE LA PARRA TRUJILLO, Eduardo, "La transmisión del derecho de explotación", en *Revista de Derecho Privado*, México, nueva época, año VI, núm. 16-17, enero-agosto 2007.

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LAS NACIONES UNIDAS, "Observación General Número 17" (2005), 35º periodo de sesiones, Ginebra, 7 a 25 de noviembre de 2005.

Código Civil Federal.

Ley Federal del Derecho de Autor.

Reglamento de la Ley Federal del Derecho de Autor.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

<http://creativecommons.org>

<http://creativecommons.mx>

<http://www.rae.es/rae.html>

Ricardo Jesús SÁNCHEZ GIL

Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) donde se graduó con Mención Honorífica.

Cuenta con estudios de posgrado en el Programa de Especialización en Derecho de esa misma universidad con la especialidad en Propiedad Intelectual (tesis en progreso).

Actualmente cursa la especialidad en Derecho Autoral en el Instituto de Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia.

Asociado en la firma González Rossi & Asociados, donde actualmente encabeza el área de litigio.

Cuenta con varios años de experiencia en la materia de Propiedad Intelectual, enfocando su práctica principalmente en litigio de marcas, patentes y derechos de autor.

Ha impartido cátedras en la Universidad de las Américas y el Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey.

Ha escrito varios artículos para diversas publicaciones, de los cuales destacan: "Juicio en línea, nueva modalidad de acceso a la justicia", "Grupos musicales, su régimen jurídico de protección" y "El Sistema de Madrid para el registro internacional de marcas".

Es miembro de la Asociación Mexicana para la Protección de la Propiedad Intelectual (AMPPI), International Trademark Association (INTA) y American Intellectual Property Law Association (AIPLA).

Sección II

Legislaciones comentadas



Comentarios a la Ley Federal del Derecho de Autor

José Ramón CÁRDENO SHAADI*

Comentarios: artículos: 66, 67, 85 a 93 de la Ley Federal del Derecho de Autor.

Comentarios adicionales: artículos 26 bis, 29, 151, 195, 196, 200 de la Ley Federal del Derecho de Autor.

Capítulo V Del Contrato de Radiodifusión

Artículo 66. Por el contrato de radiodifusión el autor o el titular de los derechos patrimoniales, en su caso, autoriza a un organismo de radiodifusión a transmitir una obra.

Las disposiciones aplicables a las transmisiones de estos organismos resultarán aplicables, en lo conducente, a las efectuadas por cable, fibra óptica, ondas radioeléctricas, satélite o cualquier otro medio análogo, que hagan posible la comunicación remota al público de obras protegidas.

COMENTARIO:

La Ley Federal del Derecho de Autor a través del artículo 66 regula el contrato de radiodifusión. Dicho artículo armoniza la legislación mexicana con la Convención de Berna,¹ la cual en su artículo 11 bis 1.3 establece:

"Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar:

- (i) la radiodifusión de sus obras o la comunicación pública de estas obras por cualquier medio que sirva para difundir sin hilo los signos, los sonidos o las imágenes;
- (ii) toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen;
- (iii) la comunicación pública mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida."

* Especialista en derechos de autor y propiedad industrial.

1 Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del 9 de septiembre de 1886, completado en PARÍS el 4 de mayo de 1896, revisado en BERLÍN el 13 de noviembre de 1908, completado en BERNA el 20 de marzo de 1914 y revisado en ROMA el 2 de junio de 1928, en BRUSELAS el 26 de junio de 1948, en ESTOCOLMO el 14 de julio de 1967, en PARÍS el 24 de julio de 1971 y enmendado el 28 de septiembre de 1979.

A través del contrato de radiodifusión, el autor, su causahabiente o en su caso los titulares de derechos conexos, autorizan a un organismo de radiodifusión, para que en términos de los artículos 24 y 27 de la Ley Federal del Derecho de Autor, comunique al público su obra, de manera mediata o remota, a través de ondas radioeléctricas (hertzianas), cable, fibra óptica, satélite o cualquier medio inalámbrico.

El organismo de radiodifusión a su vez se obliga a transmitirla conforme a la autorización otorgada y a pagar una contraprestación o regalía al autor, de conformidad con el artículo 31 de la Ley Federal del Derecho de Autor y 8º de su Reglamento.

La contraprestación podrá consistir en una remuneración fija y determinada o en una participación proporcional de los ingresos recaudados por publicidad, venta de espacios u otros ingresos.

PARTES EN EL CONTRATO

Para la realización de un contrato de radiodifusión, deberán converger en la misma relación causal, el autor de la obra o en su caso los titulares de derechos, un organismo de radiodifusión y un público mediato e indeterminado al cual se le comunica una obra a la que puede tener acceso.

- Las partes las constituirán el autor o titulares y el organismo de radiodifusión.
- El objeto del contrato será la transmisión autorizada de las obras protegidas, a través de medios de radiodifusión.
- El público será exclusivamente un mero destinatario de las obras.

La Ley Federal del Derecho de Autor no ofrece un concepto de organismo de radiodifusión.

No obstante lo anterior, puede entenderse que un organismo de radiodifusión es aquella persona (física o jurídica) cuya actividad (preponderante) es la comunicación de programas (obras transmisibles organizadas en espacio y tiempo) a través del espectro de radiofrecuencia, cable, fibra óptica, satélites o cualquier otro medio inalámbrico, o una combinación de los anteriores, dirigidos a un público (indeterminado) que puede recibir la comunicación.

OBJETO DEL CONTRATO

El contrato de radiodifusión tiene como objeto autorizar la explotación (transmisión) de obras autorales por un organismo emisor. (Véase los artículos 16 fr. III y 27 fr. II y III de la Ley Federal del Derecho de Autor.)

La autorización deberá ser emitida por todas aquellas partes que tengan algún derecho sobre la obra comunicada públicamente a través de radio, televisión, Internet, telefonía móvil u otros medios (autores, causahabientes, artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y/o videogramas).

Ésta deberá otorgarse a favor del organismo de radiodifusión que emita las obras, quien es responsable de instrumentar los medios idóneos para acceder públicamente a las obras radiodifundidas así como de la organización de su contenido.

Salvo pacto en contrario, la autorización otorgada a la emisora se referirá a la realización de un solo acto de radiodifusión pública inalámbrica, por lo cual no podrá reemitir o repetir la emisión pública tantas veces como quiera.

Consecuentemente, la recepción de la radiodifusión en el ámbito doméstico o privado, no implica una nueva repetición pública que requiera una nueva autorización ni el pago de regalías por el receptor.

En el caso de un restaurante u hotel, la transmisión obtenida por un televisor o aparato de radio instalado en el mismo genera un nuevo acto de comunicación pública simultáneo al de la emisión o retransmisión que demanda una nueva autorización así como el pago de regalías; además, por tal situación se obtiene un lucro indirecto debido a la ventaja adicional al servicio obtenida por dicha transmisión. (Véase el artículo 9-11 del Reglamento de la Ley.)

Este contrato difiere del derecho conexo del que es titular el órgano de radiodifusión sobre los contenidos que transmite, que es regulado en el capítulo VI de la ley en comento.

TIPOS DE RADIODIFUSIÓN

No obstante utilizarse como sinónimos, el término "emisión" se dirige al lanzamiento inalámbrico de la señal de radiodifusión, mientras que el de "transmisión" se utiliza para definir la comunicación alámbrica de las obras.

Artículo 140.- Se entiende por emisión o transmisión, la comunicación de obras, de sonidos o de sonidos con imágenes por medio de ondas radioeléctricas, por cable, fibra óptica u otros procedimientos análogos. El concepto de emisión comprende también el envío de señales desde una estación terrestre hacia un satélite que posteriormente las difunda.

Artículo 142.- Grabación efímera es la que realizan los organismos de radiodifusión, cuando por razones técnicas o de horario y para el efecto de una sola emisión posterior, tienen que grabar o fijar la imagen, el sonido o ambos anticipadamente en sus estudios, de selecciones musicales o partes de ellas, trabajos, conferencias o estudios científicos, obras literarias, dramáticas, coreográficas, dramáticomo-musicales, programas completos y, en general, cualquier obra apta para ser difundida.

En la práctica, la radiodifusión se divide en primaria y secundaria.

La radiodifusión primaria será aquella que se transmite desde el origen del centro técnico, a través ondas hertzianas, inyección a un satélite o por medio de hilo, cable, fibra óptica o análoga.

En cambio, la radiodifusión secundaria o "retransmisión" consiste en la comunicación alámbrica o inalámbrica de las obras por entidad distinta a la que dio origen a la comunicación.

Artículo 141.- Retransmisión es la emisión simultánea por un organismo de radiodifusión de una emisión de otro organismo de radiodifusión.

En virtud del principio de independencia de los derechos patrimoniales (derechos en cascada) cada retransmisión efectuada por un organismo distinto del organismo de radiodifusión originario, debe estar expresamente autorizada por el autor, causahabiente o titular de derechos conexos y generar regalías a favor de los mismos. (Véase el artículo 28 de la Ley Federal del Derecho de Autor.)

Artículo 67.- Son aplicables al contrato de radiodifusión las disposiciones del contrato de edición de obra literaria en todo aquello que no se oponga a lo dispuesto por el presente capítulo.

COMENTARIO:

Desde la exposición de Motivos de la Ley Federal del Derecho de Autor y, posteriormente en La Ley Federal del Derecho de Autor, se plasmó la supletoriedad del contrato de edición de obra literaria al contrato de radiodifusión.

El razonamiento detrás de dicha supletoriedad aplicable, fue la completa regulación establecida en el contrato nominado de edición de obra literaria, a cuyos supuestos de derecho son análogos los del Contrato de Radiodifusión. Con dicha solución, el legislador evitó duplicar la regulación en situaciones comunes del derecho, manteniendo la uniformidad y armonía de la Ley Federal del Derecho de Autor.

Capítulo II

De las Obras Fotográficas, Plásticas y Gráficas

Artículo 85.- Salvo pacto en contrario, se considerará que el autor que haya enajenado su obra pictórica, escultórica y de artes plásticas en general, no ha concedido al adquirente el derecho de reproducirla, pero sí el de exhibirla y el de plasmarla en catálogos. En todo caso, el autor podrá oponerse al ejercicio de estos derechos, cuando la exhibición se realice en condiciones que perjudiquen su honor o reputación profesional.

COMENTARIO:

El artículo 85 de la Ley parte del principio de libertad contractual de las partes en los contratos celebrados sobre las obras autorales, siempre que respeten las normas de interés público, tales como la irrenunciabilidad del derecho autoral, los límites temporales de cesión de derechos, etc.

Entendemos por obras plásticas o de artes plásticas aquellas manifestaciones creativas expresadas a través de colores, formas y materiales que forman una obra artística de contenido original.

En consonancia con lo anterior, el artículo 85 de la Ley Federal del Derecho de Autor regula el ejercicio de los derechos sobre las obras de artes plásticas en general y, en especial, sobre las pictóricas y escultóricas, ya que estas últimas conforman el mejor ejemplo de obras cuyos derechos (*corpus mysticum*) ven acrecentado su valor, por el soporte original sobre el cual se plasma la obra (*corpus mechanicum*).

Nadie podrá negar la diferente percepción obtenida de un cuadro original (por ejemplo "La vendedora de flores" del Maestro Diego Rivera) que de su reproducción fotográfica o televisiva. Sensación distinta con el contenido de las obras literarias, pues quien lee una copia no la considerará distinta de la obra fijada en el manuscrito original.² Por ende, la obra plástica fusionada en su soporte original, tiene un valor de apreciación adicional.

Precisando, en la obra plástica no existe una confusión de derechos entre el ejemplar y los derechos autorales sobre ella, pues el ejemplar se rige por las reglas comunes a los derechos reales sobre las cosas y el derecho autoral mantiene su naturaleza abstracta e inmaterial.

Lo que se advierte es la relevancia que adquiere la obra plástica por su soporte original, pues la originalidad de la obra se encuentra tanto en la elaboración de la obra, como en su concepción.

La Ley Federal del Derecho de Autor no ofrece un concepto de obra plástica. No obstante, entendemos por obras plásticas o de artes plásticas aquellas manifestaciones creativas expresadas a través de colores, formas y materiales que forman una obra artística de contenido original.

² Recordemos que los manuscritos de obras literarias o musicales se asimilan a las obras plásticas en cuanto al valor generado por el soporte. No obstante, el ejemplo precisado se refiere a la sensación que genera el contenido de la obra literaria o musical y no al valor del manuscrito en sí.

Cabría incluir dentro de las obras plásticas las categorías a que se refieren las fracciones V, VI, VII, VIII y XIII del artículo 13 de la Ley Federal del Derecho de Autor (por ejemplo: escultura, pintura, dibujo -dibujo animado-, grabado, impresión gráfica, tapicería y tejido, litografía, historieta gráfica, comic, ensayo o boceto, proyecto, plano, maqueta y diseño de obra arquitectónica y de ingeniería, gráfico, mapa y diseño relativos a la topografía, la geografía y, en general a la ciencia, jardinería, composición floral, decoración de interiores, escenario, vestuario, escenografía, etc.).

El artículo en comento hace especial referencia a la ausencia de facultades del comprador legítimo para reproducir las obras plásticas adquiridas. Lo anterior en virtud de que el objeto de la venta es el soporte en el cual se plasmó la obra producto de la enajenación (*corpus mechanicum*) y, no el derecho sobre la obra misma (*corpus mysticum*). Consecuentemente, salvo pacto en contrario de las partes, la compraventa de una obra plástica no transmite el derecho de reproducción de la misma.

Consecuentemente cabe preguntarse si la reproducción de una obra multiplica la misma o la transforma, generando una obra derivada. Una obra pictórica reproducida por otro pintor, tendrá otra apreciación y un valor distinto al reproducido por el autor original, que impuso su impronta personal.

Si bien es cierto que el comprador de la obra plástica no adquiere el derecho patrimonial de reproducirla, también lo es que, dada la naturaleza de la obra, con la enajenación se transmiten los derechos para exhibirla o plasmarla en catálogos. Recordemos que es la admiración la fuente de realización de toda obra plástica. (Véase el artículo 27 fr. VI.)

Dada la importancia de los derechos morales en la obra plástica, el artículo 85 de la Ley Fe-

deral del Derecho de Autor actualiza en su mejor carácter el artículo 21 de la misma y, regulando de manera especial el derecho de integridad, protege tanto al autor como la obra plástica de cualquier modificación o alteración de la obra, así como el honor y reputación del autor.

Al modificarse o destruirse el ejemplar original sobre el cual se plasmó la obra plástica, se devasta gran parte del valor del derecho mismo.

A su vez el autor tiene el derecho irrenunciable de oponerse a cualquier menoscabo de su persona o de su obra. (Véase el artículo 21 de la Ley Federal del Derecho de Autor.)

Artículo 86.- Los fotógrafos profesionales sólo pueden exhibir las fotografías realizadas bajo encargo como muestra de su trabajo, previa autorización. Lo anterior no será necesario cuando los fines sean culturales, educativos o de publicaciones sin fines de lucro.

Artículo reformado DOF 23-07-2003

COMENTARIO:

El artículo 86 de la Ley Federal del Derecho de Autor, regula la obra fotográfica, haciendo una referencia especial a las personas que hacen de la fotografía su profesión habitual.

Lamentablemente la redacción actual, adolece de técnica legislativa, pues es la obra fotográfica la que debió regularse y no la actividad del fotógrafo profesional.

La obra fotográfica consiste en la fijación de imágenes de la realidad en soportes impresos o electrónicos perceptibles por la vista.

Las impresiones son obtenidas a través de procesos químicos, que aprovechan la luz reflejada para grabar las imágenes en soportes bidimensionales.

A lo largo de los años, la obra fotográfica ha sido sujeta a debate, pues existía un sector que rechazaba la protección autoral a la obra fotográfica. Este sector afirmaba que el fotógrafo no realizaba una creación original digna de protección, pues se limitaba a dirigir un aparato y apretar un disparador para grabar una imagen.

la obra fotográfica es el resultado de un trabajo intelectual creativo, que manipula iluminación, distancia, nitidez, velocidad, objetos, color, métodos y revelado con el fin de obtener una obra que exprese el sentimiento, el destino y la realidad fotografiada.

La tendencia anterior ha sido superada y la obra fotográfica, protegida en las legislaciones mundiales; pues a diferencia de la mera fotografía que no tiene originalidad, la obra fotográfica es el resultado de un trabajo intelectual creativo, que manipula iluminación, distancia, nitidez, velocidad, objetos, color, métodos y revelado con el fin de obtener una obra que exprese el sentimiento, el destino y la realidad fotografiada.

Si bien es cierto que sería complicado igualar la obra fotográfica con la plástica, no demerita el impacto visual cuya extrema sensibilidad artística capta un instante, digno de proteger.

En la obra fotográfica, el soporte de la obra lo conformarán tanto el negativo como la impresión.

Toda vez que la originalidad creativa determinará si es o no protegible una obra fotográfica, para dar una mayor seguridad jurídica el legislador de la Ley Federal del Derecho de Autor vigente reguló expresamente en el artículo en commento la fotografía profesional (no mecánica).

De esta forma, el legislador presumió que toda obra fotográfica realizada de manera profesional sería digna de protección, pues tendría una mirada experta que captaría al objeto o tema elegido con originalidad e impronta personal.

Es importante aclarar que la especial regulación de la obra fotográfica profesional no excluye de la protección general otorgada por la Ley Federal del Derecho de Autor al resto de las obras fotográficas que sean originales.

Toda fotografía que implique un trabajo de planeamiento y concepción, y en el que intervenga el ingenio creativo del fotógrafo, deberá considerarse como obra protegida por la Ley Federal del Derecho de Autor. Una obra fotográfica dejará de ser una mera fotografía cuando su labor trascienda la reproducción banal de una imagen, insertando la impronta personal creativa del autor.

Afirmar que solamente las obras realizadas por un profesional son protegidas por la Ley sería contradecir los principios mismos del derecho de autor. (Véase el artículo 13 fr. XII de la Ley, y 2 y 5 del Convenio de Berna.)³

Consecuentemente podemos afirmar que al igual que el resto de las obras, las fotográficas requieren de la autorización de su autor para su uso o explotación y, al igual que el resto de las obras autorales, se protegen de conformidad con la Ley y los tratados internacionales sin necesidad de formalidad alguna.

³ Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del 9 de septiembre de 1886, completado en PARÍS el 4 de mayo de 1896, revisado en BERLÍN el 13 de noviembre de 1908, completado en BERNA el 20 de marzo de 1914 y revisado en ROMA el 2 de junio de 1928, en BRUSELAS el 26 de junio de 1948, en ESTOCOLMO el 14 de julio de 1967, en PARÍS el 24 de julio de 1971 y enmendado el 28 de septiembre de 1979.

A su vez, el artículo en comento se dirige a la obra realizada como consecuencia de una relación laboral.

Partiendo de una pauta del derecho laboral, pues el autor vive del trabajo creativo y por ende del *portafolio* que lo acredite, el artículo 86 faculta al autor/fotógrafo para que, previa autorización del titular del derecho (quien comisiona la obra) exhiba sus fotografías como muestra de su trabajo. (Véase los artículos 27, 83, 83 bis y 84 de la Ley Federal del Derecho de Autor.)

Dicha autorización no será necesaria en aquellos casos marcados como límites del derecho de autor y reproducidos nuevamente en este artículo. (Véase artículos 48 a 151 de la Ley.)

Artículo 87.- El retrato de una persona sólo puede ser usado o publicado, con su consentimiento expreso, o bien con el de sus representantes o los titulares de los derechos correspondientes. La autorización de usar o publicar el retrato podrá revocarse por quien la otorgó, quien en su caso responderá por los daños y perjuicios que pudiera ocasionar dicha revocación.

Cuando a cambio de una remuneración una persona se dejare retratar, se presume que ha otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior y no tendrá derecho a revocarlo, siempre que se utilice en los términos y para los fines pactados.

No será necesario el consentimiento a que se refiere este artículo cuando se trate del retrato de una persona que forme parte menor de un conjunto o la fotografía sea tomada en un lugar público y con fines informativos o periodísticos.

Los derechos establecidos para las personas retratadas durarán 50 años después de su muerte.

COMENTARIO:

El artículo 87 de la Ley Federal del Derecho de Autor, se dedica al derecho a ser retratado a través de la fotografía o las artes gráficas.

Podemos considerar el retrato como la expresión artística que reproduce las características físicas de una persona sobre cualquier soporte.

El derecho a usar o explotar un retrato parte del derecho personal que tiene todo ser humano de decidir sobre su imagen física. Se limita a los rasgos físicos externos de la persona que estén unidos a ella de forma inseparable.

El artículo en comento regula tanto el derecho que tiene toda persona de decidir sobre ser o no retratado, así como la obra creada a partir del retrato de una persona.

Para tal efecto, podemos distinguir entre los derechos que existen sobre la obra de retrato y el derecho que tiene el retratado de la realización de la misma.

El derecho de retrato (o mejor dicho al retrato o a ser retratado) es un derecho personal que parte del derecho a la imagen (identidad personal) reconocido en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y que es considerado de modo muy escueto por la Ley Federal del Derecho de Autor.

En cambio, la obra de retrato es un derecho autoral que adquiere el autor de la misma, siempre que respete el derecho de la personalidad del retratado.

De tal suerte, el retrato es la reproducción visible de la figura humana identificada o identificable (de un sujeto), que a diferencia del resto de los objetos animados o inanimados goza del derecho a decidir la explotación de

su persona de conformidad con la Ley Federal del Derecho de Autor.

Para retratar a una persona se requiere de su consentimiento previo. (Véase el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.)

Derivado de lo anterior, la Ley Federal del Derecho de Autor exige para utilizar o publicar un retrato realizado que exista consentimiento de la persona retratada o en su caso de sus representantes con tales facultades. Por lo tanto protege primeramente los intereses del retratado y posteriormente los del autor del retrato.

Consecuentemente, en el caso de la obra de retrato existen disposiciones especiales en que aun cuando el realizador del retrato sea autor y titular de los derechos sobre la obra de retrato, necesita del consentimiento del retratado para poder utilizarla y publicarla, en cualquier medio.

El individuo retratado no es titular de la obra fotográfica, sino del valor superior que es la integridad humana y su derecho individual y moral de decidir sobre su cuerpo y la explotación del mismo.

Complementando lo anterior, y derivado de la supremacía del interés jurídico del que goza el retratado sobre su integridad personal, el artículo en comento reconoce el derecho de retracto en aquellos casos en que expresó su consentimiento, sufriendo las consecuencias civiles que genere tal hecho, armonizando al artículo 21 fr. V de la Ley Federal del Derecho de Autor (aun obteniendo una contraprestación a cambio de la autorización expresa).

En su segundo párrafo, el artículo en comento establece una presunción de autorización *iuris tantum*, considerando que el retratado concedió tácitamente su autorización para utilizar y

publicar (no transmitir) el retrato realizado, en el momento que obtenga una remuneración a cambio de la realización.

Recordemos que las presunciones legales *iuris tantum* admiten prueba en contrario, salvo cuando exista prohibición expresa de la Ley. Véase artículos 191 y 192 del Código Federal de Procedimientos Civiles supletorio de la Ley Federal del Derecho de Autor y artículo 213 de la ley Federal del Derecho de Autor.

Como excepción, el artículo impide revocar la autorización tácita.

Esta excepción expuesta en el segundo párrafo del artículo 87 de la Ley Federal del Derecho de Autor, que se fundamenta en el artículo 27 fr. IV de la misma, agota el derecho de oposición cuando una obra entra legalmente al ámbito comercial; de tal suerte ignora la preponderancia que tiene la integridad humana, la reputación y el honor, a cualquier práctica comercial. También desconoce los derechos morales de divulgación y retracto que gozan el autor, y en este caso el individuo retratado por su calidad de tal, mismos que son inalienables e irrenunciables.

La redacción del segundo párrafo es desafortunada, pues debe ser una causa comercial, no la calidad de expresión de la autorización, la que discipline la revocación. Ésta debe darse en todos los casos necesarios a favor del retratado.

El tercer párrafo del artículo comentado resalta los límites al derecho de retrato, en aquellos casos en se retrate a una persona como parte menor de un conjunto no dirigido a un individuo determinado, o se trate de una fotografía que reproduzca obras situadas en vías públicas y con fines informativos o armonizando la Ley con los límites del derecho de autor. (Véase el artículo 148 fr. II de la Ley Federal del Derecho de Autor).

De esta manera la Ley Federal del Derecho de Autor equilibra y garantiza el interés protegido del autor como individuo con los intereses públicos de la sociedad.

Cuando un ser humano figura en la fotografía junto con objetos que se utilizan como ayudas de identificación, pero no se reconoce al individuo, no se vulnera su imagen. En cambio, cuando aparece alguien en la fotografía junto con una variedad de objetos, con la finalidad de que se identifique a esa persona y no como parte del conjunto, se estarán vulnerando sus derechos de imagen.

Por lo tanto, dos son los supuestos en los que los objetos colaboran con la identificación de la imagen de una persona en un conjunto: La ayuda directa o apoyo a una imagen de una persona no reconocible en sí misma, y ayuda indirecta, que es la conformación de un contexto evocador de la persona.

Los derechos establecidos para las personas retratadas durarán 50 años después de su muerte. Véase artículo 7 de la Convención de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas.

Artículo 88.- Salvo pacto en contrario, el derecho exclusivo a reproducir una obra pictórica, fotográfica, gráfica o escultórica no incluye el derecho a reproducirla en cualquier tipo de artículo así como la promoción comercial de éste.

Artículo reformado DOF 23-07-2003

COMENTARIO:

El artículo 88 de la Ley Federal del Derecho de Autor parte del supuesto que se requerirá de una autorización adicional a la otorgada para reproducir una obra plástica o fotográfica, cuando se pretenda comercializar con tales reproducciones.

En consecuencia, el sujeto autorizado para reproducir una obra requerirá de una autorización especial, adicional y distinta a la obtenida, cuando pretenda lucrar con los ejemplares reproducidos de la obra o en su caso promover comercialmente algún artículo en el que se encuentre inserta.

El artículo 88 de la Ley Federal del Derecho de Autor no define lo que deberá entenderse por artículo y promoción comercial de este artículo.

Para tal efecto, entendemos por artículo cualquier inserción realizada en un medio de comunicación, con fines de promoción comercial.

A su vez, entendemos por promoción comercial las prácticas consistentes en el ofrecimiento al público de bienes o servicios.

ARTÍCULO 46 de la LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR.- Para los efectos de esta ley, se consideran promociones las prácticas comerciales consistentes en el ofrecimiento al público de bienes o servicios:

- I. Con el incentivo de proporcionar adicionalmente otro bien o servicios iguales o diversos, en forma gratuita, a precio reducido o a un solo precio;
- II. Con un contenido adicional en la presentación usual de un producto, en forma gratuita o a precio reducido;
- III. Con figuras o leyendas impresas en las tapas, etiquetas, o envases de los productos o incluidas dentro de aquéllos, distintas a las que obligatoriamente deben usarse; y
- IV. Bienes o servicios con el incentivo de participar en sorteos, concursos y otros eventos similares.

Recordemos que el derecho autoral es un derecho en cascada, que requiere de autorización y pago de regalías generadas independientemente por cada explotación que se haga de cada modalidad. Véase artículo 28 de la Ley Federal del Derecho de Autor.

Artículo 89.- La obra gráfica y fotográfica en serie es aquella que resulta de la elaboración de varias copias a partir de una matriz hecha por el autor.

Artículo reformado DOF 23-07-2003

El artículo 89 de la Ley Federal del Derecho de Autor regula de manera específica la realización seriada de obras gráficas y fotográficas.

Una vez creada la obra original, su reproducción se facilita con la generación de copias idénticas consecutivas, que se identifican y vinculan bajo un mismo estilo, a través de series o continuaciones que las ordenan.

Si bien es cierto que la Ley no concede una definición, entendemos por obras gráficas aquellas realizadas con la intervención directa de un artista, quien elabora todo tipo de elementos visuales a través del grabado, el dibujo y la impresión.

Por matriz entenderemos, para efectos del artículo comentado, la plancha o molde en la que se realiza el diseño de la representación de la obra en negativo.

Artículo 90.- Para los efectos de esta Ley, los ejemplares de obra gráfica y fotográfica en serie debidamente firmados y numerados se consideran como originales.

Artículo reformado DOF 23-07-2003

En el artículo 90, la Ley Federal del Derecho de Autor realiza una consideración especial para las obras plásticas gráficas y fotográficas.

Toda vez que el soporte material genera un valor adicional a la obra plástica, por la impronta personal inserta del creador que las realizó, la Ley considera como originales aquellas reproducciones idénticas de la obra inicial firmadas y numeradas por el creador.

Recordemos que el ejemplar de la obra es el *corpus mecanicum* o soporte de la obra autoral y no la obra autoral en sí (*corpus mysticum*). (Véase los artículos 85 y 89 de la Ley Federal del Derecho de Autor.)

Artículo 91.- A las esculturas que se realicen en serie limitada y numerada a partir de un molde se les aplicarán las disposiciones de este capítulo.

COMENTARIO:

El artículo 91 reproduce los artículos 89 y 90 de la Ley Federal del Derecho de Autor, aplicados especialmente a la escultura reproducida de manera limitada, a partir de un molde que le dio forma.

Toda vez que el soporte material genera un valor adicional a la obra plástica, por la impronta personal inserta del creador que las realizó, la Ley considera como originales aquellas reproducciones de la escultura original realizadas a partir del molde (matriz) en serie limitada y numeradas por el creador (no exige la firma del autor para considerarlas originales).

La legislación no resuelve si la obra plástica original la conforma la primera pieza realizada como prototipo, el molde de la misma (o negativo) en caso de que exista o el primer ejemplar terminado (y en su caso, seriado y firmado por el autor).

Me parece que dependerá del caso para resolver lo anterior.

Artículo 92.- Salvo pacto en contrario, el autor de una obra de arquitectura no podrá impedir que el propietario de ésta le haga modificaciones, pero tendrá la facultad de prohibir que su nombre sea asociado a la obra alterada.

COMENTARIO:

La obra arquitectónica es una de las ramas señaladas en el artículo 13 de la Ley Federal del Derecho de Autor.

Estarán protegidas por el derecho de autor, cuando gocen de una originalidad intelectual en su concepción, estética, materia, color y forma.

Por ende, tendrán la misma protección la obra arquitectónica construida sobre un terreno o edificada, como cuando se encuentra en proyecto, planos y croquis.

El derecho autoral de los arquitectos se refiere al aspecto artístico de su obra, no siendo extensivo a la reproducción de manipulaciones industriales o aplicaciones de procedimientos técnicos que caen bajo el ámbito de la propiedad industrial.

La obra arquitectónica es la concepción plástica de las masas tridimensionales que constituyen una edificación esclavizada de manera artística por las leyes de la gravedad. Se crea de un ambiente para un ambiente.

La obra arquitectónica sufre distintas etapas previas a la edificación, como el diseño, el dibujo, las maquetas y la planeación de la obra definitiva.

Estas etapas se concentran en mostrar líneas y ángulos verdaderos con notas ciertas y medidas firmes, que constituyen la imagen de un edificio futuro. La arquitectura limita, cerca y convierte en arte el espacio.

Para tal efecto, el derecho de autor protege tanto la obra edificada, como las obras artísticas intermedias creadas para lograr tal fin.

EL artículo 92 de la Ley Federal del Derecho de Autor, establece normas especiales en relación con los derechos morales que goza el autor o arquitecto.

Limita el derecho moral de integridad del autor, pues es al propietario de la edificación al que le pertenece el uso y el abuso de la obra arquitectónica y, como consecuencia, quien goza del derecho a modificarla y destruirla. Véase artículo 27 y 85 de la Ley Federal del Derecho de Autor.

A su vez, refrenda el derecho del autor a la paternidad de la obra (cita) y al repudio de que su nombre se identifique con la misma, cuando se altera la obra.

En relación con los derechos patrimoniales, la norma especial comentada reconoce al autor el derecho exclusivo de reproducir la obra para edificar otras construcciones.

El artículo en comento encuentra relevantes los artículos de la Ley Federal del Derecho de Autor relativos a la obra por encargo así como aquellos destinados a los límites al derecho de autor. (Véase los artículos 83, 84, 148-151 de la Ley Federal del Derecho de Autor).

Lamentablemente la Ley Federal del Derecho de Autor no aclara, como lo hace en el caso de la obra fotográfica, si el arquitecto puede mostrar su obra como producto de su trabajo. Véase artículo 86 de la Ley Federal del Derecho de Autor.

Para tal efecto, deberá definir si la misma fue por encargo de un tercero o si fue realizada por interés del propio autor.

En caso de que el arquitecto sea el titular de la obra arquitectónica, no requerirá de autorización alguna para reproducirla en el modo que le interese incluyendo como muestra de su trabajo.

En cambio, cuando la obra arquitectónica es producto de una obra por encargo, deberá obtener una autorización del titular de la obra para tal efecto, salvo encontrarse en los supuestos de límites al derecho de autor ordenados por la Ley Federal del Derecho de Autor.

Recordemos que el arquitecto necesita de terceros para los trabajos de edificación o de construcción y que solamente participarán del derecho de su obra cuando su ingenio creativo adicionara algo a la obra original.

Artículo 92 bis.- Los autores de obras de artes plásticas y fotográficas tendrán derecho a percibir del vendedor una participación en el precio de toda reventa que de las mismas se realice en pública subasta, en establecimiento mercantil, o con la intervención de un comerciante o agente mercantil, con excepción de las obras de arte aplicado.

I.- La mencionada participación de los autores será fijada por el Instituto en los términos del Artículo 212 de la Ley Federal del Derecho de Autor.

II.- El derecho establecido en este Artículo es irrenunciable, se transmitirá únicamente por sucesión *mortis causa* y se extinguirá transcurridos cien años a partir de la muerte o de la declaración de fallecimiento del autor.

III.- Los subastadores, titulares de establecimientos mercantiles, o agentes mercantiles que hayan intervenido en la reventa deberán notificarla a la sociedad

de gestión colectiva correspondiente o, en su caso, al autor o sus derecho-habientes, en el plazo de dos meses, y facilitarán la documentación necesaria para la práctica de la correspondiente liquidación.

Asimismo, cuando actúen por cuenta o encargo del vendedor, responderán solidariamente con éste del pago del derecho, a cuyo efecto retendrán del precio la participación que proceda. En todo caso, se considerarán depositarios del importe de dicha participación.

IV.- El mismo derecho se aplicará respecto de los manuscritos originales de las obras literarias y artísticas.

Artículo adicionado DOF 23-07-2003

COMENTARIO:

ANTECEDENTES

Este derecho llamado también de participación en la reventa de originales plásticos o *droit de suite*, se origina en París a finales del siglo XIX, conforme a un principio de justicia, en defensa del artista explotado, aventajado por la sustantiva riqueza obtenida posteriormente por aquellos que especulaban con sus obras.

Consecuentemente, en el caso de reventa de obras, las distintas legislaciones mundiales adoptaron a favor del autor, el derecho al cobro de un porcentaje sobre valor incrementado de la obra o el pago de un porcentaje sobre el precio total de reventa de la obra original.

Lo anterior parte de la idea que el vendedor se aprovecha de la importancia personal del artista sobre la obra plástica, misma que promueve un valor añadido al ejemplar original.

NATURALEZA JURÍDICA

El derecho de participación en la reventa, marca una excepción al artículo 27 fr. IV de la Ley Federal del Derecho de Autor.

A diferencia de este último artículo, que agota el derecho de oposición a la distribución de los soportes materiales que contenga la obra (incluyendo la venta u otras formas de transmisión de la propiedad) y por ende de obtener una participación en la enajenación de las mismas, cuando el ejemplar entra legalmente al ámbito comercial; en el *droit de suite*, el autor (y causahabientes cien años *post mortis auctoris*) sigue la suerte y destino comercial de que tenga la obra manteniendo el derecho de participación en la reventa comercial del ejemplar original.

El derecho de participación en la reventa es un derecho autoral con supuesto jurídico comercial.

En el caso de reventa de obras, las distintas legislaciones mundiales adoptaron a favor del autor, el derecho al cobro de un porcentaje sobre valor incrementado de la obra o el pago de un porcentaje sobre el precio total de reventa de la obra original.

Recordemos que en las obras plásticas, el ejemplar material en que la obra ha quedado incorporada (*corpus mechanicum*) denota una importancia especial, pues forja un valor adicional al derecho sobre la obra (*corpus mysticum*), a diferencia del resto de las obras autorales, donde el soporte reproducido no adiciona valor alguno a la obra.

Primer párrafo del artículo 92 de la Ley Federal del Derecho de Autor

El artículo en comento exige el pago de una participación en el precio total de cada reventa que se realice de la obra, sin deducción alguna, cuando:

1.- A través de pública subasta,

2.- realizada en un establecimiento mercantil o con la intervención de un comerciante o agente mercantil,

3.- el propietario de una obra plástica, fotográfica, de manuscritos literarios o artísticos,

4.- enajene a un tercero dichas obras.

En virtud de lo anterior, quedan excluidas del derecho de participación en la reventa, aquellas enajenaciones realizadas en subastas judiciales o administrativas.

A su vez, cuando el artículo considera como nexo causal un establecimiento mercantil, se refiere a los comercios cuya actividad preponderante sea la subasta pública, por lo que se excluyen del artículo en comento las transmisiones puramente privadas por la dificultad de control que suponen.

Se incluyen como objetos del derecho a la participación en la reventa los manuscritos literarios o artísticos, pues estos imprimen

un valor añadido al derecho, por la impronta personal del autor.

No se exige un precio mínimo como presupuesto de reventa, ni que exista plusvalía de la obra en tal transmisión, aun cuando no queda claro si cualquier transmisión a título oneroso debe incluirse dentro del artículo, como pudieran ser la permuta, la dación en pago, etc. o solamente la compraventa.

Lo que queda claro es que la enajenación debe ser lisa y llana y no sujeta a reservas o garantías.

Asimismo, se excluyen las obras de arte aplicado del derecho de participación en la reventa, pues en ellas el valor adicional del soporte se debe al material decorativo que se adiciona y no a la ejecución del arte y fama del artista.

I.- El artículo dispone que los montos o tarifas para el pago de la reventa deberán ser propuestos por el Instituto Nacional del Derecho de Autor, en términos del artículo 212 de la Ley Federal del Derecho de Autor, situación que limita la libre voluntad de las partes y genera una inseguridad jurídica, pues la reventa dependerá de que exista una tarifa, en lugar de que por Ley se estableciera un monto o porcentaje determinado, como lo hacen otras legislaciones.

II.- El titular del derecho de participación en la reventa es siempre el autor de la obra plástica, fotográfica, literaria o artística (salvo de arte aplicado) y posteriormente a su muerte, sus sucesores, quienes ostentarán la titularidad del derecho de crédito frente al vendedor o revendedor de la obra, sin que su comprador adquiera obligación alguna.

Es un derecho irrenunciable e intransmisible *inter vivos*, pues de otro modo el comprador del ejemplar original exigiría la renuncia o transmisión de este derecho.

III.- El derecho de participación en la reventa, es un derecho *propter rem*, puesto que la obligación de pago del precio de la reventa que ostenta el propietario/vendedor de la obra se transmite con la propiedad del original, aunque el derecho al cobro una vez producida la reventa tiene carácter puramente obligacional y está sujeto a ejecución forzosa.

Los intermediarios (subastadores, titulares de establecimientos mercantiles o, agentes mercantiles que hayan interve-

nido en la transacción) son depositarios *iure et de iure* de las obras y cantidades, y responsables solidarios de retener, custodiar y entregar la participación correspondiente a los autores, causahabientes o sociedad de gestión colectiva correspondiente.

Además, los intermediarios tienen la obligación de notificar por escrito la reventa a los titulares o sociedades de gestión correspondientes, en un plazo máximo de dos meses, aportando los datos de la transacción.

Lamentablemente el artículo no señala un plazo para la realización de dicho pago y rige exclusivamente en territorio nacional, por lo que en caso de que las obras se trasladen a países sin derecho de participación en la renta, se perjudicará al autor y la libre competencia.

IV.- Al incluir como objeto del derecho de participación en la reventa, la Ley Federal del Derecho de Autor se armoniza con los convenios internacionales, que regulan los manuscritos como objetos del derecho glosado. (Véase el artículo 14 ter del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas y demás convenios relativos.)

Artículo 93.- Las disposiciones de este capítulo serán válidas para las obras de arte aplicado en lo que tengan de originales. No será objeto de protección el uso que se dé a las mismas.

COMENTARIO:

El artículo 93 de la Ley Federal del Derecho de Autor ordena que, salvo disposición expresa de la Ley en contrario, las disposiciones conducentes del Capítulo II se aplicarán por analogía a las obras de arte aplicado.

Las obras de arte aplicado serán aquellas creaciones artísticas con funciones útiles u obras artísticas incorporadas a objetos que tienen como finalidad un uso práctico.

Si bien es cierto que son una especie del género de obras plásticas, su carácter funcional limita algunos de sus derechos en supuestos específicos.

La Ley Federal del Derecho de Autor las protege en razón de su originalidad artística y no de sus funciones utilitarias, que se protegerán por la legislación de la propiedad industrial. (Véase el artículo 13 fr. XIII, el artículo 7.4 del Convenio de Berna y el artículo IV.3 de la Convención Universal de los Derechos de Autor.)

COMENTARIOS ADICIONALES

ART. 29.- Los derechos patrimoniales estarán vigentes durante:

I. La vida del autor y, a partir de su muerte, 100 años más.

Cuando la obra le pertenezca a varios coautores los 100 años se contarán a partir de la muerte del último, y

II. 100 años después de divulgadas.

Si el titular del derecho patrimonial distinto del autor muere sin herederos la facultad de explotar o autorizar la explotación de la obra corresponderá al autor y, a falta de éste, corresponderá al Estado por conducto del Instituto, quien respetará los derechos adquiridos por terceros con anterioridad.

Pasados los términos previstos en las fracciones de este artículo, la obra pasará al dominio público.

COMENTARIO:

El artículo 29 de la Ley Federal del Derecho de Autor fue publicado en el Diario Oficial de la Federación de 23 de julio de 2003.

La reforma a la ley fue publicada de forma INCOMPLETA y distinta a la aprobada por el H. Congreso de la Unión y decretada por el Poder Ejecutivo Federal.

El texto del artículo aprobado era el siguiente:

ART. 29.- Los derechos patrimoniales estarán vigentes durante:

I. La vida del autor y, a partir de su muerte, 100 años más.

Cuando la obra le pertenezcan a varios coautores los 100 años se contarán a partir de la muerte del último, y

II. 100 años después de divulgadas.

a) Las obras póstumas, siempre y cuando la divulgación se realice dentro del periodo de protección a que se refiere la fracción I, y

b) Las obras hechas al servicio oficial de la Federación, las entidades federativas o los municipios.

Si el titular del derecho patrimonial distinto del autor muere sin herederos la facultad de explotar o autorizar la explotación de la obra corresponderá al autor y, a falta de este, corresponderá al Estado por conducto del Instituto, quien respetará los derechos adquiridos por terceros con anterioridad.

Pasados los términos previstos en las fracciones de este artículo, la obra pasará al dominio público.

Artículo 26 bis.- El autor y su causahabiente gozarán del derecho a percibir una regalía por la comunicación o transmisión pública de su obra por cualquier medio. El derecho del autor es irrenunciable. Esta regalía será pagada directamente por quien realice la comunicación o transmisión pública de las obras directamente al autor, o a la sociedad de gestión colectiva que los represente, con sujeción a lo previsto por los Artículos 200 y 202 Fracciones V y VI de la Ley Federal del Derecho de Autor.

El importe de las regalías deberá convenirse directamente entre el autor, o en su caso, la Sociedad de Gestión Colectiva que corresponda y las personas que realicen la comunicación o transmisión pública de las obras en términos del Artículo 27 Fracciones II y III de esta Ley. A falta de convenio el Instituto deberá establecer una tarifa conforme al procedimiento previsto en el Artículo 212 de esta Ley.

Artículo adicionado DOF 23-07-2003

COMENTARIO:

El artículo está dedicado a los derechos de comunicación o ejecución pública, dejando fuera sin razón alguna los demás derechos patrimoniales reconocidos al autor, tales como la reproducción de las obras.

No obstante, el resto de los derechos patrimoniales ausentes en este artículo, gozan de la misma protección en virtud del artículo 3º de esta Ley. Para tal efecto, existe una iniciativa de adición a la Ley Federal del Derecho de Autor, que busca implementar al resto de los derechos patrimoniales no incluidos, de manera armónica con el artículo 26 bis de la Ley Federal del Derecho de Autor y 9 de su Reglamento.

ANTECEDENTES:

El artículo 26 bis, ha tenido una larga tradición jurídica, fundamentada en los principios irrestrictos constitucionales, de respeto a los derechos autorales, y de ejercicio de los mismos de forma libre e independiente de terceros.

ARTÍCULO 28 CONSTITUCIONAL.

Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora.

De este modo, en un principio se instauró en una norma reglamentaria (en lugar de en una ley ordinaria como hubiera sido correcto), el derecho de quienes tienen derecho a ejercer el cobro de las regalías de manera libre, independiente y por separado.

Artículo 9º del Reglamento LFDA.- *El pago de regalías al autor, a los titulares de derechos conexos, o a sus titulares derivados, se harán en forma independiente a cada uno de quienes tengan derecho, por separado y según la modalidad de explotación de que se trate, de manera directa, por conducto de apoderado o a través de las Sociedades de Gestión Colectiva.*

Ante tal situación y pasados los años, se instauró un nuevo artículo a nivel de ley que desarrolló lo establecido en el reglamento, el cual lamentablemente sólo consideró los derechos patrimoniales de comunicación y transmisión pública de las obras, dejando fuera el resto de los derechos patrimoniales que gozan de la misma jerarquía que los anteriores.

A su vez, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado la legalidad del artículo 26 bis.

TESIS DE LA SCJN RELATIVAS AL ART. 26 BIS DE LA LFDA,

REGALÍAS. EL ARTÍCULO 26 BIS DE LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR QUE PREVÉ SU PAGO AL AUTOR Y SU CAUSAHABIENTE, NO CONTRAVIENE LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA.

El hecho de que el citado precepto establezca que "El autor y su causahabiente gozarán del derecho a percibir una regalía", no contraviene la garantía de seguridad jurídica contenida en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues no produce incertidumbre sobre el pago de las regalías respecto del titular de ese derecho, ni propicia la coexistencia de ese derecho en el autor y su causahabiente. Ello es así, ya que el artículo 26 bis de la Ley Federal del Derecho de Autor no debe interpretarse en el sentido de que tal derecho puede ejercerse al mismo tiempo por el autor y su causahabiente, ya que la figura de la causahabiente implica que un derecho deja de pertenecer a su titular para pasar al patrimonio del causahabiente. El causahabiente a que se refiere el artículo 26 bis, no es producto de un acto entre vivos, pues el propio precepto establece que "el derecho del autor es irrenunciable", esto es, no puede salir de la esfera jurídica del autor por un acto entre vivos en virtud de que el legislador vedó esa posibilidad, lo cual queda en evidencia si se atiende a que la adición de ese precepto tuvo, entre otras finalidades, la de garantizar y fortalecer los derechos de los autores por la explotación de sus creaciones; por tanto, si el derecho es irrenunciable y su transmisión sólo es factible por causa de muerte, no existe la posibilidad de su ejercicio simultáneo por el autor y su causahabiente.

Amparo en revisión 105/2005. Cinemex Toluca II, S.A. de C.V. y otras. 10 de junio de 2005. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Javier Arnaud Viñas.

Luna Ramos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Javier Arnaud Viñas.

Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XXII, Diciembre de 2005. Pág. 402. Tesis Aislada.

REGALÍAS. EL DERECHO A SU PAGO PREVISTO POR LOS ARTÍCULOS 26 BIS Y 83 BIS DE LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR, NO CONTRAVIENE EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA.

El privilegio establecido en el citado precepto constitucional a favor de los autores, artistas, inventores y perfeccionadores, constituye una de las excepciones a las prohibiciones establecidas en él, que se traduce en un permiso de explotación exclusiva del producto de la actividad intelectual y artística cuya finalidad es proteger sus derechos. Por tanto, los artículos 26 bis y 83 bis de la Ley Federal del Derecho de Autor, al establecer el derecho de regalías a favor de los autores y de quienes participan remuneradamente en la realización de una obra musical en la forma señalada por el último de los preceptos citados, son congruentes con los fines del sistema de privilegios establecido por el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues permiten el fomento de las obras culturales y artísticas.

Amparo en revisión 105/2005. Cinemex Toluca II, S.A. de C.V. y otras. 10 de junio de 2005. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Javier Arnaud Viñas.

Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XXII, Diciembre de 2005. Pág. 403. Tesis Aislada.

REGALÍAS. EL ARTÍCULO 26 BIS DE LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR NO PROPICIA INCERTIDUMBRE RESPECTO DE SU IMPORTE.

El hecho de que el citado precepto señale que el importe de las regalías deberá convenirse directamente entre el autor o, en su caso, la sociedad de gestión colectiva que corresponda y quienes realicen la comunicación o transmisión pública de las obras, y que a falta de convenio el Instituto Nacional del Derecho de Autor establecerá una tarifa conforme al procedimiento previsto en el artículo 212 de la Ley Federal del Derecho de Autor, no propicia inseguridad en cuanto a la fijación de las tarifas para el pago de las regalías, porque del análisis de los numerales 26 bis y 212 de dicha Ley, y 166 de su Reglamento, se advierte que podrá determinarse su monto por convenio entre las partes y, a falta de éste, el Instituto establecerá la tarifa sobre la cual éstas podrán pactar su pago. Para esto último el Instituto, a solicitud expresa de las sociedades de gestión colectiva o de los usuarios, propondrá las tarifas relativas mediante un procedimiento en el que previo análisis de la solicitud respectiva y tomando en consideración los usos y costumbres en el ramo de que se trate y las tarifas aplicables en otros países por el mismo concepto, determinará la tarifa cuya expedición se solicita y ordenará su publicación en el Diario Oficial de la Federación para que los interesados formulen sus observaciones y en caso de no existir, se tendrá como definitiva. Así, la participación de los usuarios en el procedimiento referido, proponiendo las tarifas o, en su caso, manifestando lo que a su interés convenga tratándose de las sugeridas por las sociedades de gestión, otorga certidumbre a los interesados sobre el procedimiento para su determinación, y los elementos que el Instituto toma en consideración para ese fin son del conocimiento de los propios usuarios.

Amparo en revisión 105/2005. Cinemex Toluca II, S.A. de C.V. y otras. 10 de junio de 2005. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Javier Arnaud Viñas.

Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Número Época. Tomo XXII, Diciembre de 2005. Pág. 401. Tesis Aislada.

REGALÍAS PREVISTAS POR EL ARTÍCULO 26 BIS DE LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR. NOTAS QUE LAS DISTINGUEN DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES.

Si bien es cierto que el artículo 26 bis de la Ley Federal del Derecho de Autor, que establece el derecho del autor a percibir una regalía por la comunicación o transmisión pública de su obra por cualquier medio, forma parte del capítulo III de la Ley Federal del Derecho de Autor, relativo a los derechos patrimoniales, también lo es que conforme a los numerales 24, 25, 26 y 27 de la propia ley, el contenido de dichos derechos se refiere a la facultad de su titular de explotar de manera exclusiva sus obras, o de autorizar a terceros su explotación o de prohibirles su uso, y tales derechos son transmisibles mediante convenios o contratos, en virtud de los cuales el titular obtiene un ingreso económico, mientras que el contenido del derecho de regalías previsto en el indicado artículo 26 bis permite al autor recibir una remuneración por cada acto de explotación de la obra y ese derecho es irrenunciable.

Amparo en revisión 105/2005. Cinemex Toluca II, S.A. de C.V. y otras. 10 de junio de 2005.

Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Javier Arnaud Viñas.

Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Número Época. Tomo XXII, Diciembre de 2005. Pág. 404. Tesis Aislada.

REGALÍAS. EL ARTÍCULO 26 BIS DE LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR QUE PREVÉ SU PAGO AL AUTOR Y SU CAUSAHABIENTE, NO CONTRAVIENE LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA.

El hecho de que el citado precepto establezca que "El autor y su causahabiente gozarán del derecho a percibir una regalía", no contraviene la garantía de seguridad jurídica contenida en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues no produce incertidumbre sobre el pago de las regalías respecto del titular de ese derecho, ni propicia la coexistencia de ese derecho en el autor y su causahabiente. Ello es así, ya que el artículo 26 bis de la Ley Federal del Derecho de Autor no debe interpretarse en el sentido de que tal derecho puede ejercerse al mismo tiempo por el autor y su causahabiente, ya que la figura de la causahabiente implica que un derecho deja de pertenecer a su titular para pasar al patrimonio del causahabiente. El causahabiente a que se refiere el artículo 26 bis, no es producto de un acto entre vivos, pues el propio precepto establece que "el derecho del autor es irrenunciable", esto es, no puede salir de la esfera jurídica del autor por un acto entre vivos, en virtud de que el legislador vedó esa posibilidad, lo cual queda en evidencia si se atiende a que la adición de ese precepto tuvo, entre otras finalidades, la de garantizar y fortalecer los derechos de los autores por la explotación de sus creaciones; por tanto, si el derecho es irrenunciable y su transmisión sólo es factible por causa de muerte, no existe la posibilidad de su ejercicio simultáneo por el autor y su causahabiente.

Amparo en revisión 105/2005. Cinemex Toluca II, S.A. de C.V. y otras. 10 de junio de 2005. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Javier Arnaud Viñas.

Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Número Época. Tomo XXII, Diciembre de 2005. Pág. 402. Tesis Aislada.

CONVENIOS INTERNACIONALES

En el ámbito internacional, desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Convenio de Berna (que es el convenio sobre el cual se basan el resto de los posteriores tratados internacionales) hasta el TLC con Estados Unidos y Canadá, los países contratantes se han comprometido a adoptar todas las disposiciones necesarias a fin de asegurar una protección suficiente y efectiva de los derechos de los autores, o de cualesquiera otros titulares de estos derechos, sobre las obras literarias, científicas y artísticas. Así pues, la protección básica de cada estado debe iniciar en la facultad de ejercitar los derechos regulados de manera eficiente, directa y sin necesidad de una dependencia de terceros.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Artículo 27

- 2.** Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

CONVENIO DE BERNA PARA LA PROTECCIÓN DE LAS OBRAS LITERARIAS Y ARTÍSTICAS

ARTÍCULO PRIMERO

Constitución de una Unión

Los países a los cuales se aplica el presente Convenio están constituidos en Unión para la protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas.

ARTÍCULO 2

Obras protegidas:

- 6) Las obras antes mencionadas gozarán de protección en todos los países de la Unión. Esta protección beneficiará al autor y a sus derechohabientes.

ARTÍCULO 3

Criterios para la protección:

- 1) Estarán protegidos en virtud del presente Convenio:
 - a) los autores nacionales de alguno de los países de la Unión, por sus obras, publicadas o no;

ARTÍCULO 9

Derecho de reproducción:

- 1) Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma.

CONVENCIÓN UNIVERSAL SOBRE DERECHO DE AUTOR, REVISADA EN PARÍS EL 24 DE JULIO DE 1971

PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL MARTES 9 DE MARZO DE 1976.

Los Estados contratantes,

Animados por el deseo de asegurar en todos los países la protección del derecho de autor sobre las obras literarias, científicas y artísticas,

Convencidos de que un régimen de protección de los derechos de autor adecuado a todas las naciones y formulado en una convención universal, que se une a los sistemas internacionales vigentes sin afectarlos, contribuirá a asegurar el respeto de los derechos de la personalidad humana y a favorecer el desarrollo de las letras, las ciencias y las artes,

ARTÍCULO I

Cada uno de los Estados contratantes se compromete a adoptar todas las disposiciones necesarias a fin de asegurar una protección suficiente y efectiva de los derechos de los autores, o de cualesquiera otros titulares de estos derechos, sobre las obras literarias, científicas y artísticas tales como los escritos, las obras musicales, dramáticas y cinematográficas y las de pintura, grabado y escultura.

ARTÍCULO II

1. Las obras publicadas de los nacionales de cualquier Estado contratante, así como las obras publicadas por primera vez en el territorio de tal Estado, gozarán, en cada uno de los otros Estados contratantes, de la protección que cada uno de esos Esta-

dos conceda a las obras de sus nacionales publicadas por primera vez en su propio territorio, así como de la protección especial que garantiza la presente Convención.

2. Las obras no publicadas de los nacionales de cada Estado contratante gozarán, en cada uno de los demás Estados contratantes, de toda la protección que cada uno de estos Estados conceda a las obras no publicadas de sus nacionales, así como de la protección especial que garantiza la presente Convención.

ARTICULO IV BIS

1. Los derechos mencionados en el artículo I comprenden los fundamentales que aseguran la protección de los intereses patrimoniales del autor, incluso el derecho exclusivo de autorizar la reproducción por cualquier medio. La representación y ejecución pública y la radiodifusión. Las disposiciones del presente artículo se aplicarán a las obras protegidas por la presente Convención, en su forma original o en cualquier forma reconocible derivada del original.

Destacando la notable significación de la protección del derecho de autor como incentivo para la creación literaria y artística,

Reconociendo la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información, como se refleja en el Convenio de Berna,

TRATADO DE LIBRE COMERCIO MÉXICO - CANADÁ - ESTADOS UNIDOS NAFTA

Artículo 1705: Derechos de autor:

"... 2. Cada una de las Partes otorgará a los autores y a sus causahabientes los derechos que se enuncian en el Convenio de Berna, respecto a las obras consideradas en el párrafo 1, incluyendo el derecho de autorizar o prohibir:

- a) la importación a territorio de la Parte de copias de la obra hechas sin autorización del titular del derecho;*
- b) la primera distribución pública del original y de cada copia de la obra mediante venta, renta u otra manera;*
- c) la comunicación de la obra al público; y*
- d) la renta comercial del original o de una copia de un programa de cómputo.*

Recordemos que el espíritu de los Convenios Internacionales busca una *protección y ejercicio libre*, independiente y por separado de los derechos autorales. Por ende, es obligación del Estado garantizar que los titulares que tengan derecho a los mismos, puedan ejercitarlos por separado y en la proporción correspondiente.

TRATADO DE LA OMPI SOBRE DERECHO DE AUTOR (WCT) (1996)

ADOPTADO EN GINEBRA EL 20 DE DICIEMBRE DE 1996

Reconociendo la necesidad de introducir nuevas normas internacionales y clarificar la interpretación de ciertas normas vigentes a fin de proporcionar soluciones adecuadas a los interrogantes planteados por nuevos acontecimientos económicos, sociales, culturales y tecnológicos,

Reconociendo el profundo impacto que han tenido el desarrollo y la convergencia de las tecnologías de información y comunicación en la creación y utilización de las obras literarias y artísticas,

Artículo 150.- No se causarán regalías por ejecución pública cuando concurran de manera conjunta las siguientes circunstancias:

- I. Que la ejecución sea mediante la comunicación de una transmisión recibida directamente en un aparato monorreceptor de radio o televisión del tipo comúnmente utilizado en domicilios privados;
- II. No se efectúe un cobro para ver u oír la transmisión o no forme parte de un conjunto de servicios;
- III. No se retransmita la transmisión recibida con fines de lucro, y
- IV. El receptor sea un causante menor o una micro industria.

COMENTARIO:

Es importante recalcar la relación del artículo 150 de la Ley Federal del Derecho de Autor con los artículos 10 y 11 del Reglamento.

El artículo en comento tiene como base el equilibrio de los intereses en juego, en donde se exceptúa al usuario del pago de regalías cuando concurran conjuntamente los supuestos descritos.

Es un principio de justicia el pago de una remuneración al autor (quien tiene derecho al producto de su ingenio creativo) por el beneficio obtenido por el uso de su obra. Dicho beneficio solamente se verá exceptuado en los casos específicos y limitados de interés público que superen al interés protegido del autor.

El artículo en comento, establece que dadas algunas condiciones justificantes específicas, se exceptuará del pago de las regalías al autor o titular correspondiente, cuando no exista explotación comercial de la obra, la obtención de un lucro directo o indirecto del usuario y que se mantenga la obra en el ámbito doméstico o privado.

De lo anterior, podemos afirmar que no será aplicable el artículo 150 de la Ley Federal del Derecho de Autor, cuando se obtenga un lucro directo o indirecto, por el uso o explotación de una obra.

Como comentamos, ni la legislación actual ni los tratados internacionales de los que México es parte tienden a exceptuar el derecho al cobro de las regalías en caso de explotación de las obras con beneficios directos o indirectos, sino que ordenan como norma general el pago de las regalías cuando se exploten o transmitan las obras (véase los artículos 24, 26 bis y 31 de la Ley Federal del Derecho de Autor) y solamente exceptúan dicho pago en ciertas ocasiones especiales y limitadas, siempre que no atenten contra la explotación normal de la obra, ni causen perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor (véase artículo 9 del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas).

La anterior fórmula ideada por el Convenio de Berna, equilibra los intereses del autor con los del usuario, permitiendo que al tiempo que se protege al primero, cuando existan causas que así lo justifiquen, también se beneficie el público usuario.

En consecuencia, al obtener una ventaja o atractivo adicional a la actividad desarrollada por el establecimiento industrial, comercial o de servicios de que se trate, justo es que proceda el pago por el uso o explotación de las obras literarias y artísticas.

HOTELES Y RESTAURANTES

Los hoteles y restaurantes que operan en nuestro país, regularmente utilizan obras autorales (como la música en la recepción o en el bar) que, como servicios adicionales, generan un ambiente agradable y una imagen distinta.

Nadie puede negar el comentario “parece música de elevador de hotel” o que la música en el bar alimenta los sentidos.

Recordemos que es un derecho exclusivo del autor o titular del derecho, autorizar cualquier explotación que se haga de sus obras, así como la obtención de una contraprestación por tal situación.

La obtención de un lucro directo o indirecto, obtenido por la utilización de una obra, genera la imperiosa obligación de obtener la autorización del titular como del pago de las regalías correspondientes.

Recordemos que el derecho autoral es un derecho en cascada, y cada que se realiza un nuevo acto de explotación, genera una nueva obligación que cumplir.

El límite al derecho de autor dispuesto por el artículo 150 de la Ley Federal del Derecho de Autor podrá aplicarse exclusivamente en aquellos casos que no tengan por ningún motivo como consecuencia la generación de un lucro directo o indirecto para el usuario, situación que será difícil de justificar en el caso de los establecimientos comerciales que ofrezcan música durante sus servicios.

Artículo 195.- Las personas legitimadas para formar parte de una sociedad de gestión colectiva podrán optar libremente entre afiliarse a ella o no; asimismo, podrán elegir entre ejercer sus derechos patrimoniales en forma individual, por conducto de apoderado o a través de la sociedad.

Las sociedades de gestión colectiva no podrán intervenir en el cobro de regalías cuando los socios elijan ejercer sus derechos en forma individual respecto de cualquier utilización de la obra o bien hayan pactado mecanismos directos para dicho cobro.

Por el contrario, cuando los socios hayan dado mandato a las sociedades de gestión colectiva, no podrán efectuar el cobro de las regalías por sí mismos, a menos que lo revoquen.

Las sociedades de gestión colectiva no podrán imponer como obligatoria la gestión de todas las modalidades de explotación, ni la totalidad de la obra o de producción futura.

COMENTARIO:

El artículo en comento regula la libertad de decisión suprema que tienen los autores y titulares para ejercer sus derechos en la forma que a ellos más les convenga, ya sea directamente, a través de apoderado persona física o de la sociedad de gestión correspondiente a la que se encuentren afiliados.

El artículo citado tiene gran relación con el artículo 26 bis de la Ley Federal del Derecho de Autor y 9º de su Reglamento y, reconocen el derecho independiente que tienen los autores, causahabientes y titulares de derechos conexos de recaudar sus regalías, según la modalidad de explotación de que se trate.

Artículo 196.- En el caso de que los socios optaran por ejercer sus derechos patrimoniales a través de apoderado, éste deberá ser persona física y contar con la autorización del Instituto. El poder otorgado a favor del apoderado no será sustituible ni delegable.

COMENTARIO:

Se excluye a las personas morales ser mandatarias de la gestión colectiva de obras de un autor o titular de derechos y por ende se les impide administrar y representar colectivamente obras autorales. Lo anterior evita simulaciones de entidades de gestión no autorizadas, y asegura los intereses legítimos del autor o titular en entidades autorizadas y especializadas para tales fines.

Artículo 200.- Una vez autorizadas las sociedades de gestión colectiva por parte del Instituto, estarán legitimadas en los términos que resulten de sus propios estatutos para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales.

Las sociedades de gestión colectiva, están facultadas para presentar, ratificar o desistirse de demanda o querella a nombre de sus socios, siempre que cuenten con poder general para pleitos y cobranzas con cláusula especial para presentar querellas o desistirse de ellas, expedido a su favor y que se encuentre inscrito en el Instituto sin que sea aplicable lo dispuesto por el artículo 120 del Código Federal de Procedimientos Penales y sin perjuicio de que los autores y que los titulares de derechos derivados puedan coadyuvar personalmente con la sociedad de gestión colectiva que corresponda. En el caso de extranjeros residentes fuera de la República Mexicana se estará a lo establecido en los convenios de reciprocidad respectivos.

COMENTARIO:

PRESUNCIÓN DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA, POR LA AUTORIZACIÓN

“... Una vez autorizadas las sociedades de gestión colectiva por parte del Instituto, estarán legitimadas en los términos que resulten de sus propios estatutos para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales”.

El artículo 200 de la Ley Federal del Derecho de Autor tiene como presupuesto para legitimar a una persona jurídica (sociedad) como una entidad de gestión colectiva e interés

público, la emisión de una autorización a su favor por el Instituto Nacional del Derecho de Autor (Instituto). Véase el artículo 193 de la Ley Federal del Derecho de Autor y 128 de su Reglamento.

Una vez emitida tal autorización, las sociedades de gestión colectiva debidamente constituidas, se encuentran legitimadas para ejercer TODOS los derechos confiados a su gestión por sus agremiados y socios y, hacerlos valer en toda clase de procedimientos judiciales y administrativos.

El artículo razona que la mera existencia de una persona jurídica de interés público que cumple con los requisitos exigidos por la Ley para operar y con el proceso de autorización administrativa, constituyen requisitos suficientes para dotarlos de legitimación *ad causam*. (Véase el artículo 194 de la Ley Federal del Derecho de Autor.)

A cambio del *status privilegiado* del que gozan las sociedades de gestión colectiva en virtud de su autorización, éstas se someten a la continua vigilancia y control del Instituto, de conformidad con la Ley Federal del Derecho de Autor, quien podrá revocar su autorización en caso de incumplir con sus funciones y obligaciones.

Recordemos que la fundamentación jurídica sobre la cual se construye el derecho autoral, es proteger el interés supremo que tienen los autores sobre sus obras (*pro auctoris bono*), situación que genera una condición privilegiada y excepcional con el resto de las ramas del derecho. (Véase el artículo 28 constitucional.)

Para hacer eficiente el principio anterior, los autores encomiendan a personas jurídicas autorizadas de interés público, para representar y administrar sus obras (sociedades de gestión colectiva). De tal forma, el trato pri-

vilegiado del que goza el autor es gestionado por las sociedades de gestión colectiva, que a diferencia del resto de las personas morales gozan de prerrogativas propias para su función. Véase artículos 192 de la Ley Federal del Derecho de Autor y 28 del Código Civil Federal.

II.- El artículo en comento, no exige en NINGÚN momento que, para acreditar la legitimación adquirida con la autorización del Instituto, las sociedades de gestión deban además proveer los poderes y contratos celebrados, cuando pretendan ejercer y hacer valer los derechos confiados a su gestión en procedimientos administrativos o judiciales.

El artículo simplemente impone a las sociedades de gestión la obligación, para su correcto FUNCIONAMIENTO, de contar con poder general para pleitos y cobranzas con cláusula especial para presentar querellas o desistirse de ellas expedido a su favor e inscribirlos ante el Registro Público del Derecho de Autor del Instituto.

"... están facultadas para presentar, ratificar o desistirse de demanda o querella a nombre de sus socios, siempre que cuenten con poder general para pleitos y cobranzas con cláusula especial para presentar querellas o desistirse de ellas, expedido a su favor y que se encuentre inscrito en el Instituto."

Recordemos que para operar es obligación de las sociedades de gestión colectiva registrar ante el Instituto todos los poderes y convenios celebrados, bajo pena de ver revocada su autorización en caso de no hacerlo. Por ello resulta ocioso que se les imponga la obligación de demostrar en cada actividad que realicen conforme a su autorización y objeto, la documentación registrada que a su vez es de acceso público.

Por lo tanto, por el simple hecho de estar autorizada por el Instituto, se establece una presunción *iuris tantum* a favor de la sociedad de gestión colectiva, de que representa a sus agremiados, que opera de conformidad con la Ley, que para tal efecto cuenta con los poderes y convenios registrados y que por ende goza de una legitimación activa en el proceso y en la causa.

El reconocimiento del *status* a la sociedad de gestión legalmente constituida, carecería de sentido si la actuación procesal o extra procesal fuera dificultada por exigir una serie de documentación onerosa (para partes y tribunal) que supondría aportar el apoderamiento de cada uno de sus socios y mandantes.

Además de lo anterior, obligar a las sociedades de gestión colectiva a presentar en cada ocasión los poderes y convenios celebrados con sus afiliados, violaría la garantía constitucional de audiencia y debido proceso, provocando un verdadero estado de indefensión. Véase artículos 14, 16, 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

III.- En caso de que existan titulares de obras no representados por la sociedad de gestión, ello no afecta la legitimación de ésta como sociedad de gestión autorizada, como tampoco afecta a los derechos que los no representados o no afiliados mantienen para la representación y defensa individual de sus obras. Recordemos que el autor o titular de derechos es libre de decidir, de conformidad con el artículo 195 de la Ley Federal del Derecho de Autor, la manera de ejercer sus derechos autorales.

En caso de que el titular de una obra opte libremente por gestionar sus derechos de forma directa e independiente, la sociedad

de gestión colectiva deberá respetar tal decisión, así como responder de cualquier pago de lo indebido realizado a su favor.

IV.- En caso de que algún usuario ponga en duda la legitimación de una sociedad de gestión, será el propio usuario de las obras representadas por la sociedad de gestión colectiva quien tendrá la obligación de acreditar debidamente la falta de autorización de la misma, de administración de sus catálogos por no representar a los titulares de los derechos explotados por el usuario o, en su caso, demostrar que obtuvo previamente la autorización del titular del derecho exclusivo de manera directa o que pagó previamente la remuneración correspondiente.

Podemos concluir que si tuviera que acreditar la legitimación activa una sociedad de gestión colectiva, con los mandatos, convenios de reciprocidad, catálogo, etc., cada ocasión que gestione sus derechos, entonces no tendría sentido la autorización del Instituto Nacional del Derecho de Autor ni su vigilancia al respecto.

El gran costo y la nula practicidad convertirían en imposible la probanza y la recaudación, pues costaría más reproducir toda la documentación (que se encuentra registrada ante el Instituto y disponible al público interesado), que recaudar las regalías correspondientes.

La seguridad jurídica de que una sociedad de gestión colectiva se encuentra legitimada como tal, se presume *iuris tantum* por la autorización obtenida para operar conforme a sus propios estatutos. ©

José Ramón CÁRDENO SHAADI

El Dr. José Ramón Cárdeno-Shaadi se desempeña como Procurador Fiscal de la Secretaría de Finanzas y Planeación del Estado de Veracruz de la Llave y Colaborador Honorario del EDAPI Cárdeno-Shaadi.

Es abogado por la Escuela Libre de Derecho (México), Maestro en Derecho por la Universidad Franklin Pierce Law Center (E.E.U.U.) y Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (España), y la Universidad Panamericana (México) obteniendo en ésta última la Mención Honorífica, grado máximo académico que concede dicha universidad.

Es Consultor en comercio exterior y combate a la piratería de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Dentro de la iniciativa privada, obtuvo su formación laboral como abogado en el despacho de abogados Jáuregui, Navarrete, Nader y Rojas, S.C.

Fue Director General Jurídico de Sociedad de Autores y Compositores de México, asesor del Instituto Nacional del Derecho de Autor, asesor del Fondo de Cultura Económica, asesor de la Secretaría de Educación Pública y Subsecretario de Vinculación de la Secretaría de Educación Pública del Estado de Puebla.

Dentro de sus publicaciones literarias se encuentran:

- *Los derechos de autor frente a las nuevas tecnologías digitales* (2001).
- *La gestión colectiva en el derecho de autor* (2010).
- *Las patentes de software* (2012).
- *El procedimiento fiscal en México* (en proceso de conclusión).

Ha escrito más de una decena de artículos para periódicos y revistas, y dictado conferencias en México, Guatemala, Colombia, Paraguay, Inglaterra, España, Suiza y Estados Unidos de América.

Es miembro del Grupo de Debate en materia Intelectual de la UNESCO, y pertenece a distintas asociaciones nacionales y extranjeras de comercio exterior y combate a la piratería. ©

Comentario al artículo 83 de la Ley Federal del Derecho de Autor

Eduardo DE LA PARRA TRUJILLO*

Artículo 83.- *Salvo pacto en contrario, la persona física o moral que comisione la producción de una obra o que la produzca con la colaboración remunerada de otras, gozará de la titularidad de los derechos patrimoniales sobre la misma y le corresponderán las facultades relativas a la divulgación, integridad de la obra y de colección sobre este tipo de creaciones.*

La persona que participe en la realización de la obra, en forma remunerada, tendrá el derecho a que se le mencione expresamente su calidad de autor, artista, intérprete o ejecutante sobre la parte o partes en cuya creación haya participado.

1.- *El contrato de encargo de obra: nota introductoria.*

Existen casos en que las obras no son creadas por iniciativa del autor, sino que un tercero, por diversas razones, le solicita la producción de la obra. El caso paradigmático de este fenómeno es la llamada obra por encargo, que es a la que se refiere el presente artículo. Desde luego existen otras hipótesis en donde el autor no tiene la iniciativa en la creación de la obra, como es el previsto en el a. 84, el cual regula la obra creada bajo relación laboral.

La distinción básica entre la obra por encargo y la obra creada bajo relación laboral, es que la primera se enmarca en una relación civil de prestación de servicios, mientras que la segunda deriva de una relación de trabajo caracterizada por la subordinación.

Como bien afirma Delia Lipszyc: "El contrato de obra por encargo no origina una relación contractual laboral. La situación del autor que crea una obra por encargo es distinta de la del autor asalariado".¹

De esta forma, la figura de la obra por encargo y la obra creada bajo relación laboral son incompatibles entre sí, pues si hay relación laboral aplica la segunda y, si no la hay, aplica la primera. Queda claro que las partes deben determinar

* Socio del despacho "De la Parra & Asociados". Árbitro permanente de la Corte Internacional de Arbitraje Audiovisual del Programa Ibermedia. Profesor de Propiedad Intelectual en la Facultad de Derecho de la UNAM, la Universidad Panamericana y el Instituto de Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia (IPIDEC). Doctor en Derecho, con Mención Honorífica, por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

1 Lipszyc, Delia, *Derecho de Autor y Derechos Conexos*, Buenos Aires, UNESCO / CERLALC / Zavalía, 1993, p. 145.

qué régimen aplica: el civil (a. 83) o el laboral (a. 84), pero no pueden aplicar ambos.

En este sentido, la relación jurídica que da origen a la obra por encargo es el llamado **contrato de encargo de obra**, el cual es un convenio donde se pueden ceder derechos de explotación, como explicamos más abajo.

2.- Definición.

De conformidad con nuestra LFDA, podríamos definir el contrato de encargo de obra como: aquel que celebran una persona física o moral llamada "comitente" y una persona física llamada "autor", por virtud del cual esta última se obliga a crear y entregar una obra individualizada cuyas características se han fijado en el contrato, a cambio de una contraprestación económica a cargo del comitente y que, entre otros efectos, puede producir la transmisión de derechos de explotación a favor del comitente, sin que exista entre las partes una relación de subordinación.

El tipo de obras que pueden someterse a un contrato de encargo de obras es muy amplio, pues prácticamente cualquier clase de obra (musical, literaria, pictórica, etc.) puede someterse a este régimen. El único caso excepcional es el de las obras audiovisuales, pues en este supuesto, cuando se les comisiona a varios autores la creación de la obra, dicha relación jurídica se regula por el contrato de producción audiovisual,² y no por el de encargo de obra.

En cambio, podemos señalar que, contrario a lo que muchas veces se piensa respecto de la obra por encargo (*works made for hire*) en los Estados Unidos de América, su alcance no

es tan amplio, pues cuando no hay relación laboral³ no todo tipo de obra puede ser objeto de un contrato de ese tipo, sino que, de acuerdo con el a. 101 de la *Copyright Act* de ese país, únicamente pueden ser materia de encargo las obras que entran en las siguientes nueve categorías: contribuciones a obras colectivas, partes de obras audiovisuales, traducciones, obras suplementarias, compilaciones, textos de instrucción, pruebas o exámenes, las respuestas a esas pruebas, y los atlas.⁴

3.- Régimen jurídico.

¿Cuáles son las disposiciones de la LFDA que regulan el contrato de encargo de obra? Son básicamente todas las previstas en el Capítulo I del Título III de la ley (es decir, las reglas generales de contratación autoral), aunque las normas más concretas y que particularizan esta clase de acuerdos, se encuentran en tres artículos. Veamos.

En primer lugar, el contrato de encargo de obra está regulado por el a. 83 de la LFDA, el cual es materia del presente comentario y constituye el núcleo de la regulación de dicha figura.

Las obras por encargo son siempre obras futuras.

En segundo lugar encontramos el a. 34 de la LFDA, el cual contempla las reglas aplicables a toda clase de obras futuras. Cabe destacar que *las obras por encargo son siempre obras futuras*, pues no existen al momento en que al autor se le comisiona su confección.

Sobre el particular son claras las palabras de CHAVES: "Tanto la obra encargada como la obra

² Cfr. los aa. 68 y ss de la LFDA, así como el 99.

³ A diferencia de México, en el vecino del norte la obra creada bajo relación laboral es una especie de la obra por encargo.

⁴ Vid. LEAFFER, Marshall, *Understanding Copyright Law*, 3a. ed., EUA, Matthew Bender, 1999, pp. 191 y 192.

realizada bajo relación de empleo son, por su naturaleza, destinadas a realizarse en el futuro, próximo o remoto".⁵ Mientras que María SERRANO refiere: "Es evidente que el encargo de obra se configura como un contrato de explotación de la propiedad intelectual que necesariamente ha de tener por objeto una obra futura".⁶

Por ende, todo contrato de encargo de obra debe, invariablemente, detallar las características de la obra que va a crearse, en aras de cumplir con lo prescrito por el a. 34.

En tercer lugar, y como consecuencia de las reformas de 2003, también aplica el a. 83 Bis de la LFDA, el cual consagra el principio *in dubio pro auctore* en materia de encargo de obras y reitera lo dicho por el a. 26 Bis en cuanto a que los autores de obras musicales pueden cobrar regalías (lo cual acontece, en realidad, respecto de cualquier otro tipo de obras, según dispone el propio a. 26 Bis); además de contener alguna otra disposición un tanto peculiar sobre la elaboración de los instrumentos contractuales.

4.- Partes contratantes.

El primer elemento subjetivo del contrato de encargo de obra es el **comitente**, al cual podemos definir como la persona física o moral que encarga la creación de una obra. Del propio texto del a. 83 de la LFDA se advierte fácilmente que no hay limitación alguna en cuanto a que el comitente sea un individuo o una persona jurídica.

La otra parte en el contrato será el **autor**, al que podemos definir como la persona física

que crea una obra. Esto se deriva de la naturaleza misma del contrato en estudio, pues si su alcance es encargar *la creación* de una obra, dicho acto creativo es una actividad que sólo puede ser desarrollada por una persona física, ya que las personas morales carecen de intelecto y sensibilidad, elementos indispensables para generar obras. Además, el Derecho Mexicano prescribe tajantemente que sólo las personas físicas pueden ser autores, como se puede constatar en el a. 12 de la LFDA.

De lo anterior se desprende que es jurídicamente imposible la existencia de contratos de encargo de obra celebrados entre dos personas morales, pues una de las partes deberá ser siempre una persona física, dado que la principal obligación a su cargo será la creación de una obra.

Empero, no es raro observar en la práctica contractual mexicana supuestos contratos de encargo de obra celebrados entre dos personas morales. Sin embargo, dichos acuerdos no son verdaderos contratos de encargo de obra, ya que no encuadran en la hipótesis normativa de los aa. 34 y 83 de la LFDA. Además, tales pactos generan inseguridad jurídica a la parte que actúa como supuesto comitente y que pretende servirse de la obra, pues esos contratos, por sí mismos y considerados en forma aislada, no le conceden ningún derecho sobre la obra, máxime cuando el autor no es parte de tal acuerdo.

En otro orden de ideas, no está de más recalcar que el comitente no es autor (ni coautor) de la obra, en tanto no cumple con un extremo básico del a. 12: crear la obra. Precisamen-

5 CHAVES, Antonio, "Las obras realizadas por encargo. La figura del autor asalariado – El tema en el derecho de los países latinoamericanos" en VV.AA., *I Congreso iberoamericano de Propiedad Intelectual. Derecho de Autor y Derechos Conexos en los Umbras del año 2000*, Madrid, Ministerio de Cultura, 1991, t. I, p. 439.

6 SERRANO GÓMEZ, María, *Contratos en torno a la edición*, Madrid, Reus / AISGE, 2001, p. 48.

te, lo que hace el comitente es encargarle a otra persona la creación de la obra; por lo que autor será quien cree la obra, no quien la comisione. Incluso en los casos en que el comitente aporte ideas, instrucciones o requisitos de la obra, al no crearla él mismo, no se le puede considerar autor.

Caso especial sería aquel en donde el comitente, conjuntamente con el autor comisionado, labore en la creación de la obra. En este supuesto, sin perjuicio de su calidad de comitente frente al autor comisionado, será también coautor de la obra (claro, siempre bajo la premisa de que el comitente sea una persona física, pues las morales no pueden ser autores).

5.- Transmisión presuntiva del derecho de explotación.

Cabe destacar que la transmisión de derechos de explotación sobre las obras no es un efecto necesario del contrato de encargo de obra, sino más bien contingente, ya que puede o no producirse.

Efectivamente, en países de la corriente del *droit d'auteur* (a la que se adscribe México), el principal efecto de este tipo de contratos es el generar la obligación de creación de una obra, mas no traen aparejados, *per se*, la transmisión o cesión de derechos de explotación.

Lo anterior se corrobora con la lectura del a. 83 de la LFDA, que establece una *presunción* de titularidad de los derechos de explotación sobre la obra a crearse en el futuro; presunción que es *iuris tantum*, en tanto la ley expresamente permite que las partes pacten lo contrario.

Por ende, es jurídicamente posible la existencia de contratos de encargo de obra en los que el comitente no adquiera interés alguno sobre los derechos de explotación. De ahí que tal cesión no sea un efecto necesario del contrato, sino más bien contingente, amén de que ni siquiera es el principal.

En realidad, el primordial efecto de un contrato de encargo de obra es el nacimiento de la obligación de crear la obra y de la obligación de remunerar tal acto creativo.⁷ Dichas obligaciones siempre estarán presentes en los contratos de encargo de obra.

Por el contrario, la **presunción legal de cesión** (término utilizado por el Pleno de la SCJN, como veremos adelante), puede no estar presente en la relación contractual, si las partes pactan que no exista dicha transmisión.

Sobre este punto ahondamos en el siguiente apartado, al estudiar la titularidad del derecho de explotación por parte de quien encargó la obra.

6.- El comitente como titular derivado del derecho de explotación.

Lo apuntado en el apartado anterior nos lleva a otro aspecto muy interesante de este contrato, en el cual, si el comitente adquiere la titularidad de los derechos de explotación, consistiría en un caso de **titularidad derivada** por tratarse de una transmisión de derechos.

Sin embargo, hay quienes sostienen que en México el contrato de encargo de obra confiere al comitente la titularidad *originaria* del derecho de explotación. Discrepamos de ese parecer. De entrada, tal aseveración es totalmente contraria a nuestra tradición jurídica.

⁷ Refiere Serrano Gómez que "el contrato que tiene como objeto el encargo de una obra futura es un contrato de obra, en el que la realización de la obra intelectual es el resultado al que se obliga el autor a cambio de la remuneración del comitente". SERRANO GÓMEZ, María, *op. cit.*, p. 58.

Hasta donde tenemos conocimiento, ningún país de la familia jurídica derivada del Derecho Romano, establece una titularidad *originaria* del derecho de explotación a favor del comitente en los contratos de encargo de obra.

Claramente explica la profesora de la Universidad de Alicante Raquel EVANGELIO: "Los ordenamientos jurídicos en los que rige el sistema de '*droit d'auteur*' no admiten la atribución originaria de los derechos de autor al comitente de la obra hecha por encargo".⁸ Mientras que Delia LIPSYC afirma: "El autor que acepta el encargo ejecuta su prestación libremente. Le corresponde la titularidad originaria sobre la obra y goza en plenitud de las facultades que integran su derecho en ambos aspectos: moral y patrimonial".⁹ En caso de que el comitente adquiera derechos de explotación, no lo hará como titular originario, sino como titular derivado, ya sea a través de una cesión expresa pactada contractualmente o por una presunción legal de cesión.¹⁰

En caso de que el comitente adquiera derechos de explotación, no lo hará como titular originario, sino como titular derivado, ya sea a través de una cesión expresa pactada contractualmente o por una presunción legal de cesión.

En nuestro país, quienes sustentan la postura de la titularidad originaria a favor del comiten-

te, suelen afirmar que el a. 83 de la LFDA es una norma especial que deroga a la general plasmada en el a. 26 de la misma ley, el cual establece al autor como el titular originario del derecho de explotación.

Sin embargo, tal argumento es fácilmente rebatible, en tanto el a. 83 de la LFDA no contiene nada que contradiga el a. 26 de ese ordenamiento, ni mucho menos afirma que el comitente es el titular *originario* (como tampoco lo hace ninguna otra disposición de nuestra ley autoral); basta leer el a. 83 para darnos cuenta que nunca se habla de "titular originario".

Por el contrario, son muchas las razones que sirven para demostrar que el comitente no es titular originario de los derechos de explotación y que, por consecuencia, su titularidad proviene de una transmisión de derechos (titularidad *derivada*). Expliquemos algunas de ellas:

a) El a. 83 de la LFDA no es una norma especial.- No puede considerarse que el a. 83 contemple una norma especial que deroga a la general contenida en el a. 26 de la LFDA, ya que entre ambas normas no hay incompatibilidad alguna, es decir, no hay antinomia normativa.

En efecto, la *lex specialis* es un criterio lógico-teórico para resolver *antinomias* entre dos

8 EVANGELIO LLORCA, Raquel, *El encargo de obra intelectual*, Madrid, Dykinson, 2006, p. 144.

9 LIPSYC, Delia, *op. cit.*, p. 145.

10 En relación con esto, explica Antequera: "se plantea, en cuanto a las obras por encargo, algunos de estos dos supuestos: dejar el régimen de **transferencia** de derechos a lo que las partes acuerden libremente mediante documento expresado por escrito; o establecer que, salvo pacto en contrario, se **presume que el autor ha transferido** al comitente (en forma exclusiva o no exclusiva, de acuerdo a cada variante legislativa), aquellos derechos de explotación que se correspondan con las modalidades de uso habituales en el comitente al tiempo de la celebración del contrato u otra fórmula similar" (énfasis añadido). ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, "Los grandes principios del derecho de autor y los derechos afines o conexos a la luz de la jurisprudencia comparada y comentarios" en ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Estudios de derecho de autor y derechos afines*, Madrid, Reus / Fundación AISGE, 2007, p. 41.

normas,¹¹ por lo que, para la procedencia de tal criterio, es indispensable la existencia de dos normas que se refieran a la misma conducta o hecho, pero que tales reglas sean incompatibles entre sí (por determinar consecuencias jurídicas diferentes y contradictorias).

Por lo tanto, es menester analizar si las normas que se desprenden de los aa. 26 y 83 de la LFDA son incompatibles entre sí, pues sólo de esa manera estaríamos en presencia de una antinomia que requiera ser resuelta a través del criterio de especialidad.

En este orden de ideas, para que exista incompatibilidad entre las referidas normas se requiere que una de ellas indique que la titularidad originaria del derecho de explotación es del autor y que la otra norma prescriba que esa titularidad originaria reside en el comitente. Veamos si esto sucede en la LFDA.

Por un lado, el a. 26 de la LFDA proclama que la titularidad originaria del derecho de explotación corresponde al autor, como se desprende de su texto:

Artículo 26.- El autor es el titular **originario** del derecho patrimonial y sus herederos o causahabientes por cualquier título serán considerados titulares derivados. (Énfasis añadido.)

Sin embargo, en ninguna parte del a. 83 de la LFDA se señala que el comitente es el titular *originario* del derecho de explotación. Tal texto normativo se limita a decir que el comitente "gozará de la titularidad de los derechos patrimoniales sobre la misma". Nada más.

Véase cómo en el a. 83 el legislador *no califica en modo alguno esa titularidad* del comitente,

menos aun nos dice que dicha titularidad sea *originaria*. A tal "titularidad" nunca se le imputa el calificativo de "originaria".

Según el texto en análisis, queda claro que, salvo acuerdo en contrario, al comitente le corresponderá la titularidad del derecho de explotación. La pregunta es: ¿qué tipo de titularidad: originaria o derivada? El a. 83 no responde a esa pregunta, y por lo tanto, su texto no proclama la titularidad *originaria* del comitente.

Como consecuencia, nada impide responder la pregunta planteada con base en el contenido del a. 26: sólo los autores pueden ser titulares originarios. Luego entonces, el comitente es titular *derivado* del derecho de explotación.

Así las cosas, vemos que no hay contradicción entre los aa. 26 y 83; además, una interpretación armónica de la LFDA no nos lleva a concluir que el comitente sea el titular originario, como tampoco lo permitiría concluir una interpretación aislada del a. 83 (en tanto ese numeral nunca dice que el comitente es el titular originario, sino que sólo es titular).

En conclusión, nada en el a. 83 contradice la norma contenida en el a. 26 de la ley autoral, por lo cual no se puede sustentar que el a. 83 contemple una norma especial que justifique la desaplicación de la norma contenida en el a. 26 (que es una norma de orden público, por lo que no puede ser ignorada).

b) La interpretación constitucional no permite considerar al comitente como titular originario.- Tradicionalmente, el término "interpretación constitucional" nos hace pensar en interpretar la Constitución. Sin embargo,

¹¹ CELOTTO, Alfonso, *Teoría general del ordenamiento jurídico y la solución de antinomias*, México, trad. Liliana Rivera Rufino, FUNDAR, 2003, p. 48.

como nos refiere Vigo, la interpretación constitucional es una noción mucho más amplia y un criterio de interpretación básico, al explicar que:

se estudia no ya la interpretación "de" la Constitución sino "desde" la misma, y entonces, la cuestión se traslada al ordenamiento jurídico, más concretamente, se lo visualiza como un orden jerárquico presidido por la Constitución e importa señalar la función que cumple esta última como criterio hermenéutico fundamental de todo ordenamiento jurídico.¹²

Así las cosas, a continuación haremos una interpretación constitucional del a. 83 de la LFDA, es decir, una interpretación a la luz de la Constitución.

Si aceptáramos que el a. 83 contempla la titularidad *originaria* del derecho de explotación por parte del comitente, no habría más que considerarlo inconstitucional, pues violaría abiertamente el a. 28, noveno párrafo, de la Constitución Política, el cual señala:

Artículo 28.- (...)

(...)

Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo **se concedan a los autores** y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora. (Énfasis añadido.)

Se aprecia que la Constitución proclama que los privilegios temporales sobre las obras (léase: derechos de explotación) deben concederse *a los autores*. Por lo tanto, tales derechos se les otorgan *ab initio* a estos (sujetos constitucionales de la protección de los derechos de autor, como también se desprende del derecho humano a la protección jurídico-autoral previsto, entre otros instrumentos de derechos fundamentales, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

De esta forma, sería contrario a la Constitución que esos derechos de explotación se concedieran originariamente a otras personas que no fueran los autores de las obras. Hay así, pues, un *mandato constitucional de conceder la titularidad originaria a los autores*.

Sin embargo, ya vimos que el a. 83 de la LFDA no proclama una "titularidad originaria" a favor del comitente, sino una mera "titularidad", sin calificativos, lo cual nos permite obtener otra interpretación de tal numeral, en la que se concluya que el comitente es, más bien, un titular derivado de ciertos derechos de autor.

Cabe destacar que una de las directivas de interpretación constitucional nos dice que, entre dos posibles interpretaciones de una norma, debe preferirse aquella que no pugne con la Constitución,¹³ es decir, debe hacerse una *interpretación conforme* de la Constitución,¹⁴ como ha señalado, incluso, nuestra Suprema

12 VIGO, Rodolfo Luis, *Interpretación constitucional*, 2a. ed., Buenos Aires, Lexis Nexis / Abeledo-Perrot, 2004, p. 82 (la frase entrecomillada al final es una cita que Vigo hace de Antonio E. Pérez Luño).

13 "Las consecuencias más obvias de esa directiva, exigen que frente a resultados interpretativos, algunos compatibles con la Constitución y otros incompatibles, debe optarse por los primeros, y dentro de ellos, por aquél que mejor se conforme a los mandatos constitucionales". *Ibidem*, pp. 126 y 127.

14 Para más detalles, *cfr.* SILVA GARCÍA, Fernando, y SILVA MEZA, Juan N., *Derechos fundamentales. Bases para la reconstrucción de la jurisprudencia constitucional*, México, Porrúa, 2009, p. 184.

Corte.¹⁵ Por consiguiente, no es dable interpretar el a. 83 de la LFDA en el sentido de que otorga al comitente la titularidad originaria del derecho de explotación, pues tal interpretación sería contraria el a. 28 constitucional; en cambio, una interpretación constitucional del referido a. 83, nos lleva a concluir que la titularidad del comitente es derivada.

c) Aplicación del principio *in dubio pro auctore*.- Toda vez que una de las funciones de las leyes de derechos de autor es proteger a los autores,¹⁶ la interpretación de los contratos y de las normas legales que regulan esos actos jurídicos por lo general debe ser a favor del autor, lo que se traduce en el principio *in dubio pro auctore*.¹⁷

Principio expreso o positivo en la LFDA en relación con el contrato de encargo de obra desde 2003 (como se aprecia en el a. 83 Bis), el principio *in dubio pro auctore* establece, según nuestra ley, que ante la duda deberá prevalecer la interpretación más favorable al autor.

Como consecuencia, la figura de la obra por encargo debe ser interpretada a favor del autor, de manera que el principio *in dubio pro auctore* nos lleva a concluir que el titular originario

del derecho de explotación es el autor, máxime cuando el a. 83 de la LFDA no dice que tal titularidad *originaria* pertenezca al comitente.

d) El TLCAN no exige que se le conceda a los comitentes la titularidad originaria del derecho de explotación.- La obligación que asumió México en el TLCAN en relación con las obras por encargo está plasmada en el a. 1705.3.b de tal tratado:

Artículo 1705. Derechos de autor.

(...)

3. Cada una de las Partes dispondrá que para los derechos de autor y derechos conexos:

(...)

b. cualquier persona que adquiera y detente esos derechos económicos en virtud de un contrato, incluidos los contratos de empleo que impliquen la creación de obras y fonogramas, tenga capacidad de ejercitar esos derechos en nombre propio y de disfrutar plenamente los beneficios derivados de tales derechos.

Véase cómo el TLCAN no impone en forma alguna la titularidad *originaria* del comitente en las obras por encargo, únicamente obliga a

15 Vid. las siguientes tesis: Pleno, "INTERPRETACIÓN CONFORME EN ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD, CUANDO UNA NORMA ADMITA VARIAS INTERPRETACIONES DEBE PREFERIRSE LA COMPATIBLE CON LA CONSTITUCIÓN", *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXVII, febrero de 2008, p. 1343; Primera Sala, "CONTRADICCIÓN DE TESIS. SELECCIÓN DE LA INTERPRETACIÓN LEGAL MÁS CONFORME CON LA CONSTITUCIÓN", *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XVIII, noviembre de 2008, p. 215; Segunda Sala, "PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN DE LA LEY CONFORME A LA CONSTITUCIÓN", *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, 9a. época, t. XXXII, diciembre de 2010, p. 646.

16 Incluyendo sus intereses materiales, que les permitan un nivel digno de vida, como se desprende del derecho humano a la protección jurídico-autoral. Sobre esto, cfr. la Observación General número 17 (de 2005) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU.

17 Sobre tal principio, nos explican Lipszyc y Villalba que: "Es consecuencia de que –como se dijo– en términos generales el autor es la parte débil de la relación y del carácter tutivo del derecho de autor". LIPSZYC, Delia, y VILLALBA, Carlos A., *El derecho de autor en la Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2001, pp. 150 y 151.

Por su parte, dentro de la doctrina mexicana, Caballero Leal nos refiere lo siguiente respecto del principio *in dubio pro auctore*: "Teniendo en cuenta el sistema latino de protección al derecho de autor como uno de sus objetivos medulares el fortalecimiento de los derechos que corresponden a los creadores intelectuales, con este principio se reafirma que, en caso de duda, deberá optarse siempre por lo que más favorezca a los intereses del autor". CABALLERO LEAL, José Luis, *Derecho de autor para autores*, México, FCE / CERLALC, 2004, p. 28.

que el comitente pueda disfrutar del derecho de explotación y ejercerlo por sí mismo, objetivos que se logran perfectamente con una cesión exclusiva (y su consiguiente titularidad derivada), sin que sea necesario privar al autor de la titularidad originaria de tales derechos (y contravenir la Constitución y los tratados de derechos humanos). Luego entonces, no hay en el TLCAN obligación alguna de conceder forzosamente la titularidad *originaria* del derecho de explotación al comitente.

e) Ubicación del a. 34 de la LFDA.- Únicamente con el fin de robustecer los argumentos previos, es importante decir que, el estar incluido el a. 34¹⁸ en el título de la LFDA, el cual regula la *transmisión* de los derechos de explotación, nos hace ver nuevamente que, cuando el contrato de encargo de obra trae aparejada una titularidad del derecho de explotación a favor del comitente, esto se debe a la existencia de transmisión o cesión de derechos y, como consecuencia, el comitente sólo puede ser titular derivado de tales derechos.

En efecto, ya señalamos que el a. 34 de la LFDA es aplicable a todos los contratos de

encargo de obra (y en general, a todos los contratos de obra futura), y al estar ese artículo incrustado dentro del capítulo de la ley que prevé las disposiciones generales para la transmisión del derecho de explotación, lleva a colegir que *los contratos relativos a obras futuras son actos de transmisión de derechos de explotación*.

Concluyendo: De todo lo anterior se aprecia que el comitente es titular *derivado* del derecho de explotación,¹⁹ lo cual nos demuestra que el contrato de encargo de obra es un verdadero contrato de transmisión (así sea presuntiva) de derechos cuando el comitente adquiere cualquier interés sobre la obra,²⁰ y por consiguiente le resultan aplicables las siguientes reglas contempladas en la LFDA: la transmisión del derecho de explotación siempre será temporal, no pudiendo exceder de 15 años, salvo casos especiales, lo que significa que la plena titularidad del derecho se revertirá tarde o temprano a favor del autor (aa. 30 y 33);²¹ la transmisión siempre será onerosa (aa. 30 y 31);²² el contrato deberá celebrarse por escrito, de lo contrario será nulo de pleno derecho (a. 30);²³ la exclusividad de la transmi-

18 Recuérdese que el a. 34 de la LFDA contiene una norma básica del régimen jurídico de la obra por encargo, en tanto esta clase de creaciones son obras futuras.

19 Además de que, técnicamente, no se puede interpretar de la LFDA que el comitente es el titular originario (por las razones ya expuestas), hay una cuestión valorativa de por medio, ya “que no puede admitirse esa interpretación porque con ella se inicia el camino hacia la destrucción del fundamento propio del derecho de autor”. Cfr. EVANGELIO LLORCA, Raquel, *op. cit.*, p. 147.

20 Es válido que se acuerde que los derechos de explotación seguirán perteneciendo en su totalidad al autor, dado que el a. 83 de la LFDA permite el pacto en contrario a la presunción de que los derechos de explotación le corresponden al comitente, y en ese caso, obviamente, no estaríamos frente a un contrato de transmisión de derechos.

También es válido que en el contrato se pacte expresamente la cesión exclusiva de derechos (en cuyo caso ya no opera la presunción, por no ser necesaria), pero el resultado es el mismo: un contrato de transmisión de derechos que genera una titularidad derivada.

21 Lo cual no es algo que deba desconcertar, como nos muestra el ejemplo de la ley autoral italiana, cuyo a. 120.2 establece que en los contratos de encargo de obra, la transmisión de derechos de explotación no podrá tener una duración superior a 10 años.

22 Inclusive, el hecho de que el propio a. 83 de la LFDA hable de colaboración *remunerada*, nos confirma el carácter oneroso de este tipo de contratos.

23 Sobre este punto, Aranda señala que, dado el a. 30, es requisito de validez en los contratos de encargo de obra, estos acuerdos deben constar por escrito. Cfr. ARANDA BONILLA, César, “El contrato de obra por encargo”, *Revista Mexicana del Derecho de Autor*, INDA, Nueva Época (sic), núm. 2, primer semestre 2013, México, p. 48.

sión no se presume, debe ser expresa (a. 35);²⁴ el transmisionario en exclusiva se obliga a poner todos medios necesarios para la efectiva explotación de la obra (a. 36); las facultades y modalidades transmitidas del derecho de explotación deben interpretarse en forma restrictiva (a. 28); entre otras.

De ahí que consideremos acertadas las palabras de PASTRANA BERDEJO cuando indica:

En los contratos de obra, por cierto ahora muy frecuentes, el autor se obliga a crear determinada obra en un plazo determinado o indeterminado y **transmite** todos o solo alguno o algunos de **los derechos de explotación** sobre esa obra futura.²⁵

(Énfasis añadido.)

También Juan Ramón OBÓN LEÓN se inclina por considerar que en los contratos de encargo de obra opera una cesión de derechos de explotación a favor del comitente, explicando que "no es aventurado afirmar que en la relación contractual surgida de la obra por encargo existe implícita una **cesión de derechos** de primera intención por parte del autor a favor de quien lo contrata."²⁶ (Énfasis añadido.)

De igual forma, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación entiende que en los contratos de encargo de obra hay una *transmisión* de derechos de explotación, generalmente en forma presuntiva (lo que se traduce en un rechazo a la titularidad originaria

del comitente), como se aprecia en la sentencia de la contradicción de tesis 25/2005 (caso "Regalías"):

Finalmente, los derechos de explotación son **transmisibles** por cualquier medio legal, destacándose la figura de los contratos, la **presunción legal de cesión** y la transmisión *mortis causa*, como las formas o mecanismos idóneos para la consecución de tales fines o propósitos.

(...)

En relación con la **presunción legal de cesión**, se trata simplemente de casos en donde la ley respectiva establece, salvo pacto en contrario, una presunción legal de titularidad de los derechos patrimoniales a favor de la persona que ha producido o comisionado la realización de una obra determinada, tal como podría ser el caso de los derechos sobre las obras audiovisuales reconocidos *a priori* en favor de los productores respectivos, o bien aquellas obras creadas al amparo de la figura de **obra hecha por encargo** o inclusive, en algunos otros casos, las obras producto de una relación laboral.²⁷ (Énfasis en el original.)

Así, queda claro que, incluso en los casos de las obras por encargo, opera una transmisión de derechos de explotación del autor a favor del comitente, lo que necesariamente le da a este último el carácter de titular *derivado*.

Ahora bien, como consecuencia de lo anterior, surge un interesante problema:

24 En relación con este tema, resulta interesante lo resuelto por la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal del INDECOPI (Perú), cuando afirma que en los contratos de encargo de obra o de relación laboral: "A falta de estipulación contractual expresa, se presume que los derechos patrimoniales sobre la obra han sido cedidos al patrono o comitente en forma no exclusiva y en la medida necesaria para sus actividades habituales en la época de la creación" (resolución 1721-2001/TPI/INDECOPI, de 19 de diciembre de 2001).

25 PASTRANA BERDEJO, Juan David, *Derechos de autor*, México, Flores, 2008, p. 93.

26 OBÓN LEÓN, Juan Ramón, *Anecdotario del derecho de autor. De intérpretes, autores y justicia*, México, Océano, 2012, p. 40.

27 Sentencia de 16 de abril de 2007, pp. 28 y 29.

¿en qué momento se verifica la transmisión de los derechos de explotación en la obra por encargo? Sobre el particular hay tres posturas:²⁸

- El derecho se transmite directa e inmediatamente cuando el autor termina de crear la obra;
- El derecho de explotación es cedido cuando el autor entrega la obra al comitente; o
- La transmisión se verifica cuando el comitente acepta la obra.

LIPSYC parece inclinarse por la primera postura, cuando habla de "una transferencia inmediata de derechos".²⁹ Entre nosotros, Trujillo también se adhiere a esta postura, cuando afirma que en el a. 83 "existe una transmisión automática de derechos patrimoniales de autor".³⁰ Otros autores, como EVANGELIO LLORCA, se inclinan por la tercera opción.³¹

De cualquier forma, el hecho de que en el encargo de obra la transmisión de derechos de explotación esté configurada como una presunción de cesión (que opera en contra de la parte más débil en el contrato) ha generado críticas:

"A mi entender, es difícil poner en duda que esas presunciones son el talón de Aquiles del derecho de autor, pues se comienza a elaborar la norma pensando en la debilidad y el desamparo del creador individual para, automáticamente, transferir sus derechos a la empresa que lo contrata, configurando así lo que se ha dado en llamar "un derecho de autor sin autor"."³²

Estimamos que es imperante revisar el régimen jurídico del encargo de obra en México, así como desvelar muchos mitos que hay sobre esta figura.

7.- *Situación de los derechos de remuneración.*

Es importante destacar que, aunque el comitente adquiera el derecho de explotación (o algunas de sus facultades) por virtud del encargo de obra, tal situación no produce, de suyo, la transmisión de los derechos de simple remuneración. Esto en virtud de las siguientes razones:

- Tanto la Segunda Sala,³³ e incluso el Pleno de la Suprema Corte (por juris-

28 Cfr. EVANGELIO LLORCA, Raquel, *op. cit.*, p. 190.

29 LIPSYC, Delia, *op. cit.*, p. 146. Cabe apuntar que esta idea de Lipsyc es expresada en relación con las obras creadas bajo relación laboral, pero nada indica que la autora citada piense lo contrario respecto de la obra por encargo.

30 TRUJILLO, Carlos, "La Transmisión de derechos patrimoniales de autor en la obra audiovisual", *Revista Mexicana del Derecho de Autor*, INDA, Nueva Época (sic), núm. 2, primer semestre 2013, México, p. 58.

31 EVANGELIO LLORCA, Raquel, *op. cit.*, p. 190.

32 LIPSYC, Delia, "Los Autores y el Derecho" en ASUAGA, Carolina (coord.), *Un encuentro no casual: cultura, ciencias económicas y derecho*, Montevideo, Fundación Cultura Universitaria, 2009, p. 105.

Es por eso que muchas leyes de derechos de autor a lo largo del mundo (como la portuguesa), han adoptado presunciones en sentido contrario: salvo lo que acuerden las partes expresamente en el contrato de encargo de obra, se presume que los derechos de explotación siguen perteneciendo al autor. Cfr. SERRANO GÓMEZ, María, *op. cit.*, pp. 76 y 77.

33 "REGALÍAS PREVISTAS POR EL ARTÍCULO 26 BIS DE LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR. NOTAS QUE LAS DISTINGUEN DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXII, diciembre de 2005, p. 404; y "REGALÍAS. EL ARTÍCULO 83 BIS DE LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR AL PREVER SU PAGO A FAVOR DE QUIEN PARTICIPE EN LA REALIZACIÓN DE UNA OBRA MUSICAL EN FORMA REMUNERADA, NO PROPICIA UN DOBLE PAGO Y, POR ENDE, NO CONTRAVIENE LA GARANTÍA DE LEGALIDAD", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXII, diciembre de 2005, p. 40.

- prudencia),³⁴ han establecido las diferencias entre los derechos de explotación y los derechos de simple remuneración; por lo tanto, las normas relativas a los primeros no aplican necesariamente a los segundos. Esto significa que, si el a. 83 de la LFDA establece que el comitente adquiere los derechos de explotación (“derechos patrimoniales en sentido estricto”, según terminología de la Corte), no se puede desprender de ahí que adquiera otra clase de derechos (como los derechos de simple remuneración);
- El a. 83 Bis de la LFDA establece que quienes creen una obra musical por encargo, conservan su derecho a cobrar regalías por comunicación pública, lo que evidencia que el contrato de encargo de obra sólo abarca derechos de explotación, y no afecta derechos de remuneración. Si bien el precepto citado sólo se refiere a autores musicales (y artistas de esa clase por la invocación que hace del a. 117 Bis de la ley), es extensivo a todo tipo de autores, máxime que sólo está reiterando lo señalado por el a. 26 Bis de la LFDA;
 - Toda vez que el Pleno de la Suprema Corte dictó jurisprudencia en el sentido de que el derecho de regalías por comunicación pública (que es un derecho de simple remuneración)³⁵ sólo puede transmitirse mediante un acto jurídico en donde el autor *exprese* en forma *indubitable* su voluntad de transmitirlo,³⁶ se puede colegir que tal derecho es inmune a cualquier presunción de transmisión (máxime cuando esas presunciones legales están referidas a otra clase de derechos: los derechos de explotación),³⁷ sin que exista en la LFDA ninguna presunción de transmisión de derechos de remuneración;
 - Y tratándose del otro derecho de simple remuneración, el *droit de suite*, esto es todavía más contundente, pues el a. 92 Bis señala que es de un derecho absolutamente intransmisible.
- la transmisión de los derechos de simple remuneración no es un efecto natural en el contrato de encargo de obra*
-
- Esto significa que la transmisión de los derechos de simple remuneración no es un efecto natural en el contrato de encargo de obra. La única forma por la que el comitente adquiera, además

34 “DERECHO A PERCIBIR REGALÍAS POR LA COMUNICACIÓN O TRANSMISIÓN PÚBLICA DE UNA OBRA, CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 26 BIS DE LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR. SU CONCEPTO”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 6.

35 “Este derecho está previsto en el a. 26 Bis de la LFDA, y no debe confundirse con las regalías contractuales.

Para más detalles sobre esto, cfr. De la Parra Trujillo, Eduardo, “El derecho de regalías por comunicación pública: aspectos generales y jurisprudencia de la Suprema Corte” en De la Parra Trujillo, Eduardo (coord.), *Propiedad intelectual: análisis de casos*, México, Tirant lo Blanch / Universidad Panamericana, 2013.

36 “DERECHO A PERCIBIR REGALÍAS POR LA COMUNICACIÓN O TRANSMISIÓN PÚBLICA DE UNA OBRA POR CUALQUIER MEDIO, CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 26 BIS DE LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR. ESTA TRANSMISIBLE A TERCEROS EN VIDA DEL AUTOR”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 7.

37 La presunción de titularidad que establece el a. 83 de la LFDA sólo está referida a los “derechos patrimoniales” (término utilizado como sinónimo de “derechos de explotación”, como se puede apreciar en la definición que establece el a. 24 de la ley autoral, y como aclara la Suprema Corte en la referida sentencia).

de los derechos de explotación, algún derecho de remuneración (solamente el de regalías por comunicación pública, pues el *droit de suite* es intransmisible), será que en el texto del contrato de encargo de obra (o en cualquier otro documento) se pacte *expresa e indubitablemente* la transmisión de tal derecho de regalías. Si no existe ese acuerdo expreso respecto a la transmisión de ese derecho de simple remuneración individualizado claramente, el autor conservará tal derecho y no se podrá considerar (ni siquiera presuntivamente) como adquirido por el comitente.

8.- Situación de los derechos morales.

En otro orden de ideas, el a. 83 de la LFDA establece que corresponden al comitente no sólo los derechos de explotación, sino también las facultades de "divulgación, integridad de la obra y de colección".

La mención a la colección puede estimarse redundante, ya que es una modalidad de la facultad de transformación (que es parte integrante del derecho de explotación), como se puede apreciar en los aa. 27, fr. VI, y 78, de la LFDA, a cuyo comentario remitimos.

Más problemático es lo relativo a la *divulga-*

ción y a la integridad

. Nos sumamos a las severas críticas hechas al artículo 83 de la LFDA,³⁸ pues parece conceder derechos morales al comitente, lo que va en contra de los principios básicos del sistema de *droit d'auteur* al que pertenece México, en especial si se interpreta tal artículo en el sentido de privarle a los autores de sus derechos morales.

Sin embargo, creemos que los autores siguen conservando todos sus derechos morales (especialmente el de integridad) sobre las obras que crearon bajo encargo, en virtud de lo señalado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (conocido como "Protocolo de San Salvador"), pues un derecho fundamental de los autores consiste en gozar de los derechos morales sobre su obra.³⁹

La invocación de tales normas internacionales, incorporadas al sistema jurídico mexicano, permite evitar interpretaciones desfavorables del a. 83 de la LFDA (máxime si tomamos en cuenta que el a. 1º de la Constitución señala que los tratados de derechos humanos son jerárquicamente superiores a las leyes ordinarias, como la LFDA).

38 Por ejemplo, Caballero y Jalife afirman que "quien comisiona o produce la creación de dichas obras goza ya no únicamente de los derechos patrimoniales de autor, sino (...) de los derechos morales, cuyo carácter inalienable resultaría interesante recordar en términos de lo dispuesto en el artículo 19 del mismo ordenamiento legal. Existe pues una limitación total a los denominados derechos morales de autor". CABALLERO LEAL, José Luis, y JALIFE DAHER, Mauricio, "Comentarios a la Ley Federal del Derecho de Autor" en *Legislación de derechos de autor*, México, Sista, 1998, p. IX.

Loredo Hill hace la siguiente crítica en relación con la facultad de divulgación: "Privar al autor de este poder es desposeerlo de su autoría y esto no es posible, ni aun con su consentimiento, por tratarse de una Ley de orden público que tutela y protege los derechos del autor". LOREDO HILL, Adolfo, *Nuevo derecho autoral mexicano*, México, FCE, 2000, p. 105.

Cfr. también ORTIZ BAHENA, Miguel Ángel, y OTERO MUÑOZ, Ignacio, *Propiedad intelectual. simetrías y asimetrías entre el derecho de autor y la propiedad industrial. El Caso de México*, México, Porrúa, 2011, p. 131.

39 Amén de que, del a. 28 constitucional, la Suprema Corte también ha desprendido la protección a los derechos morales de los autores. Cfr. la sentencia de 16 de abril de 2007 dictada por el Pleno en la contradicción de tesis 25/2005 (pp. 16 y 17); y la sentencia de 2 de mayo de 2012 dictada por la Primera Sala en el amparo directo 11/2011 (pp. 128 y 143).

Asimismo, resulta aplicable el a. 6 Bis del Convenio de Berna, que señala que los autores conservan las facultades de paternidad e integridad, incluso después de haber transmitido el derecho de explotación. Si bien es cierto que el texto del Convenio de Berna señala que ese es un derecho mínimo reconocido a favor de los autores extranjeros, los creadores mexicanos quizás pudieran beneficiarse de dicha disposición mediante la aplicación del derecho a la igualdad y a la no discriminación, plasmado en el a. 1º constitucional, ya que el a. 6 Bis mencionado es una norma del sistema jurídico mexicano (por incorporación) que hace una distinción en razón de nacionalidad.

Desde luego, existen otras opciones interpretativas del a. 83 acordes con la Constitución, los tratados de derechos humanos, nuestra tradición jurídica y la teleología del Derecho Autoral. Por ejemplo, puede interpretarse que tal artículo no priva a los autores de algunas

de las facultades del derecho moral, sino que concede al comitente derechos morales adicionales y concurrentes.

Aunque esto plantea otra serie de problemas: ¿cuál es la justificación filosófica para conceder derechos morales a los comitentes?, ¿qué sucede cuando autores y comitentes ejercen en forma contradictoria sus respectivos derechos morales?

En fin, queda en evidencia la problemática que genera el desafortunado a. 83. Hasta donde tenemos conocimiento, ningún país del mundo contiene disposiciones relativas a cuestiones de índole moral en favor del comitente derivadas de un encargo de obra, lo que convierte al a. 83 de la LFDA en una verdadera rareza (por no decir aberración). De hecho, ni siquiera en los países del sistema de *copyright* los contratos de encargo de obra conceden intereses morales a los comitentes. ©

Eduardo DE LA PARRA TRUJILLO

Socio del despacho De la Parra & Asociados, especializado en derechos de autor, entretenimiento y medios de comunicación.

Doctor en Derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, con Maestría en Propiedad Intelectual y Derecho de la Sociedad de la Información por la Universidad de Alicante, España; realizó estudios de posgrado en Derechos de Autor en la Universidad de Buenos Aires, Argentina; Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM.

Profesor de Propiedad Intelectual, desde hace 10 años, en el posgrado y la Licenciatura de la Facultad de Derecho de la UNAM; así como en la Universidad Panamericana y el Instituto de Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia (IPIDEC).

Es árbitro permanente del Tribunal Internacional de Arbitraje Audiovisual del Programa Ibermedia, y miembro del Comité de Evaluación del Instituto Mexicano de Cinematografía para el estímulo fiscal del a. 226 de la Ley del Impuesto sobre la Renta.

Autor de varios artículos publicados en Argentina, Brasil, España y México.

Ha sido galardonado por la Academia Mexicana de Ciencias, el Instituto Nacional del Derecho de Autor, la Asociación de Derechos Intelectuales de Argentina, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, la Secretaría de Gobernación, la Asociación para la Enseñanza e Investigación del Derecho de Autor en España (ASEDA), etc.

Comentarios a los artículos 61 a 64 de la LFDA sobre el contrato de representación escénica

José Manuel MAGAÑA RUFINO*

Artículo 61.- Por medio del contrato de representación escénica el autor o el titular del derecho patrimonial, en su caso, concede a una persona física o moral, llamada empresario, el derecho de representar o ejecutar públicamente¹ una obra literaria, musical, literario musical, dramática, dramático musical, de danza, pantomímica o coreográfica, por una contraprestación pecuniaria; y el empresario se obliga a llevar a efecto esa representación en las condiciones convenidas y con arreglo a lo dispuesto en esta Ley.

El contrato deberá especificar si el derecho se concede en exclusiva o sin ella y, en su caso, las condiciones y características de las puestas en escena o ejecuciones.

Comentario: Las artes escénicas generan diversos derechos de propiedad intelectual. En efecto, ante los derechos de autor que corresponden a quien crea la obra que se representa o se pone en escena, se encuentran también los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, y los derechos del director de la obra. Todos estos derechos confluyen y posibilitan que el público que asiste a la representación disfrute de la obra.²

La obra escénica existe desde que se crea por un autor, bien sea como obra literaria, bien sea específicamente para ser representada (aunque nunca lo sea). Por esta razón, el autor tiene derechos morales y patrimoniales sobre su obra.³

* Profesor Investigador de la Universidad Panamericana Campus Aguascalientes y miembro del SNI nivel 1. Autor del libro "Curso de Derechos de Autor en México", México, ed. Novum, 2013. Correo: mmagana@up.edu.mx

1 No obstante para PÉREZ de Ontiveros C. ("Contrato de representación teatral y ejecución musical" en *Comentarios al Código Civil y Ley de la propiedad Intelectual*, Madrid, ed. Edersa, 1995) la ejecución pública de una obra es distinta de la ejecución de una obra en un escenario. En efecto, la ejecución pública se puede hacer en cualquier lugar, en tanto que la representación escénica sólo puede hacerse en un escenario. En contrario Loredo Hill A. (Nuevo Derecho autoral mexicano, México, ed. Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 114 y s.) sostiene que el contrato de representación escénica admite diversos lugares donde se puede llevar a cabo. Así, el contrato de representación escénica puede ejecutarse en escenarios, estudios de televisión, foros o bien lugares habilitados para esa función.

2 Vid. BONDÍA, Román F., "Las artes escénicas y su configuración jurídica" en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 703, sep-oct 2007, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, pp. 1985 y s.

3 Lo anterior implica que para llevar a cabo la representación escénica es ineludible contar con la autorización o permiso del autor de la obra o de sus causahabientes.

De este modo, la naturaleza del Contrato de Representación Escénica implica la ejecución pública de una obra autoral a cambio de una contraprestación económica. Así las partes –autor o titular de los derechos patrimoniales y empresario- adquieren derechos y obligaciones recíprocos. En efecto, el autor o titular de los derechos patrimoniales se obliga a permitir el uso público de la obra al empresario a cambio del derecho a recibir una remuneración pecuniaria. Por el contrario, el empresario se obliga a pagar por el uso y puesta en escena⁴ de la obra, a efectos de detentar el derecho de representarla públicamente.

Así mismo, en el Contrato de Representación Escénica se debe especificar si el uso que realizará el empresario de la obra será exclusivo o no exclusivo, así como los requisitos y lineamientos que el empresario deberá acatar o llevar a cabo para la puesta en escena de la obra autoral.

Cabe subrayar que en el ámbito doctrinal, Carlos Rogel⁵ considera que es un error señalar que las obras literarias son objeto de repre-

sentación escénica.⁶ En efecto, el citado autor sostiene que la finalidad de una obra literaria es la lectura por parte del público, en tanto que la representación escénica debe aplicarse

La naturaleza del Contrato de Representación Escénica implica la ejecución pública de una obra autoral a cambio de una contraprestación económica.

a obras más complejas que son creadas desde un principio con esa finalidad.⁷ A este respecto, discrepo de la opinión del Maestro Rogel, pues el autor de una obra literaria puede permitir la adaptación de la misma⁸ a efecto de ser transmitida públicamente a través de una representación escénica, y en todo caso, será la creatividad del director⁹ que hace la adaptación de la obra y su experiencia la que determinen el éxito en la transmisión de la obra literaria al público a través de su puesta en escena.

Artículo 62.- Si no quedara asentado en el contrato de representación escénica el período durante el cual se representará o ejecutará la obra al público, se entenderá que es por un año.

4 Acorde con lo señalado por BONDÍA, Román F. ("Las artes...cit. p. 1986), por "escena" se debe entender el sitio o parte del teatro en que se representa o ejecuta una obra autoral. El propio autor define las "artes escénicas" como las manifestaciones creativas que se expresan por medio de la palabra, los sonidos o los gestos o movimientos corporales, que siendo susceptibles de ser representadas o comunicadas en un escenario, son objeto de propiedad intelectual o derecho de autor.

5 ROGEL Vide, C., *Derecho de Autor*, Barcelona, ed. Cáalamo, 2002 p. 109.

6 En este sentido, SARTORI, G. (*Homo videns. La sociedad teledirigida*, México, traducción de Díaz Soler A., ed. Punto de lectura, 2005, pp. 29 y ss.), mantiene que en la palabra escrita existe otra dimensión del tiempo que no coincide con la velocidad vertiginosa de las imágenes. "La lectura es la pausa, el silencio, la oportunidad del asombro; en la lectura existe un proceso de estructuración que no permite la saturación de las imágenes".

7 En concreto el autor señala las obras teatrales.

8 Cfr. art. 21, fracc. I y IV, LFDA.

9 La creatividad del empresario en este sentido constituye una obra derivada que será protegida por la LFDA en lo que tenga de original, pero sólo podrá ser explotada con consentimiento del autor o titular del derecho patrimonial de la obra primigenia. Cfr. art. 78, LFDA.

Comentario: El artículo 62 de la LFDA se aplica de modo supletorio cuando no exista un pacto en contrario entre las partes. En efecto, el autor o titular de los derechos patrimoniales y el empresario pueden determinar de mutuo acuerdo la vigencia del contrato,¹⁰ sólo en caso de que no se encuentre estipulada en el mismo, se aplicará el plazo de un año,¹¹ establecido en el precepto legal que nos ocupa.

Artículo 63.- Son obligaciones del empresario:

- I. Asegurar la representación o la ejecución pública en las condiciones pactadas;
- II. Garantizar al autor, al titular de los derechos patrimoniales o a sus representantes el acceso gratuito a la misma, y
- III. Satisfacer al titular de los derechos patrimoniales la remuneración convenida.

Comentario: Desde luego que la principal obligación del empresario debe ser el poner la obra en escena de acuerdo con las condi-

ciones pactadas por el autor. No obstante, es curioso que dentro de las obligaciones legales inherentes al empresario, se haya establecido el deber de garantizar el acceso gratuito a la representación de la obra tanto al autor como al titular de los derechos patrimoniales, o en caso de persona moral, a sus representantes.

Así mismo, se destaca dentro de las obligaciones del empresario, el pago al autor o al titular de los derechos patrimoniales.¹² Cabe subrayar que independientemente de la remuneración convenida, el empresario deberá conceder al autor una regalía por concepto de la comunicación o transmisión pública de la obra, acorde con lo señalado en el artículo 26 bis de la LFDA.

Artículo 64.- Salvo pacto en contrario, el contrato de representación escénica suscrito entre el autor y el empresario autoriza a éste a representar la obra en todo el territorio de la República mexicana.

Comentario: Cabe señalar que el artículo 64 de la LFDA no obliga a que los contratos de representación escénica tengan un ámbito de aplicación en todo México. Sin embargo, si las partes no disponen otra cosa, la obra podrá ser representada como regla general en toda la República mexicana, no así en el extranjero,

la principal obligación del empresario debe ser el poner la obra en escena de acuerdo con las condiciones pactadas por el autor.

10 Acorde con los artículos 43 y 65 de la LFDA, no existe una limitación legal en cuanto a la duración del contrato.

11 Incluso un año puede ser demasiado para representar una obra en escena. En este sentido LOREDO Hill, A. (*Nuevo Derecho...cit.* p. 116) opina que las obras de teatro generalmente tienen una breve duración por falta de público.

12 Acorde con OBÓN León, R. (*El autor y el impuesto*, México, ed. Themis, 2002, p. 25), el Derecho Patrimonial del autor se puede definir como la parte del Derecho de autor de carácter exclusivo, transmisible parcialmente y limitado en el tiempo, por medio de la cual se protegen los beneficios económicos del autor por la explotación de su obra. En este sentido la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que "los derechos de contenido económico o patrimoniales (*lato sensu*) se traducen en las facultades de que goza el autor o el titular derivado para permitir o prohibir la utilización de sus obras por parte de terceros (derechos de explotación o de exclusividad), así como para cobrar ciertas cantidades de dinero cuando se realicen determinados usos de sus creaciones (derechos de simple remuneración, como las regalías por comunicación pública, por ejemplo)." Cfr. Sentencia del Pleno de la Corte de 16 de abril de 2007; Contradicción de tesis 25/2005-PL; Novena época (Enero de 2008) *Vid. V-lex* <http://vlex.com/vid/sentencia-ejecutoria-pleno-contradiccion-52061964>.

pues tal situación requiere forzosamente de una cláusula en concreto.

Artículo 65.- Son aplicables al contrato de representación escénica las disposiciones del contrato de edición de obra literaria en todo aquello que no se oponga a lo dispuesto en el presente capítulo.

Comentario: Al igual que diversos contratos autorales,¹³ el contrato de representación escénica sigue los lineamientos generales dispuestos por la LFDA para el contrato de edición de obra literaria, en lo que no se oponga a las disposiciones específicas establecidas en los artículos 61 a 64 de la LFDA. ©

BIBLIOGRAFÍA

BONDÍA, Román F., "Las artes escénicas y su configuración jurídica", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, número 703, sep-oct 2007, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, España.

LOREDO Hill, A., *Nuevo Derecho autoral mexicano*, México, ed. Fondo de Cultura Económica, 2000.

OBÓN León, R., *El autor y el impuesto*, México, ed. Themis, 2002.

PÉREZ de Ontiveros, C., "Contrato de representación teatral y ejecución musical", en *Comentarios al Código Civil y Ley de la Propiedad Intelectual*, Madrid, ed. Edersa, 1995.

ROGEL Vide, C., *Derecho de Autor*, Barcelona, ed. Cáalamo, 2002.

SARTORI, G., *Homo videns. La sociedad teledirigida*, México, traducción de Díaz Soler A., ed. Punto de lectura, 2005.

José Manuel MAGAÑA RUFINO

Es doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid y miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel I. Se desempeña como profesor investigador en la Universidad Panamericana y como árbitro autorizado para dirimir controversias por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Además, es autor de los libros *Las marcas notoria y renombrada en el derecho internacional y mexicano* y *Derecho de la propiedad industrial en México*.

¹³ Contrato de edición de obra musical, cfr. art. 60, LFDA; Contrato de radiodifusión, cfr. art. 67, LFDA; Contrato de producción audiovisual, cfr. art. 72, LFDA y Contratos publicitarios cfr. art. 76, LFDA.

Comentarios al capítulo del contrato de edición de obra musical de la Ley Federal del Derecho de Autor

Raúl PASTOR ESCOBAR*

Artículo 58.- El contrato de edición de obra musical es aquél por el que el autor o el titular del derecho patrimonial, en su caso, cede al editor el derecho de reproducción y lo faculta para realizar la fijación y reproducción fonomecánica de la obra, su sincronización audiovisual, comunicación pública, traducción, arreglo o adaptación y cualquier otra forma de explotación que se encuentre prevista en el contrato; y el editor se obliga por su parte, a divulgar la obra por todos los medios a su alcance, recibiendo como contraprestación una participación en los beneficios económicos que se obtengan por la explotación de la obra, según los términos pactados.

Sin embargo, para poder realizar la sincronización audiovisual, la adaptación con fines publicitarios, la traducción, el arreglo o la adaptación el editor deberá contar, en cada caso específico, con la autorización expresa del autor o de sus causahabientes.

Este contrato es uno de los pilares más importantes en el sector de la música, toda vez que, como en la redacción del artículo se señala, es aquel por el cual el autor u otro titular del derecho patrimonial (pueden ser beneficiarios de una sucesión o mandatarios independientes de los mencionados en los artículos 195 y 196 de la Ley) ceden a un tercero (el editor) diversos derechos que van aparejados a la obra, a fin de que éste se encargue de promoverla y le retribuya a su vez al cedente las cantidades recolectadas por motivo de la explotación, menos una cantidad, normalmente pactada en porcentajes, por esta labor de difusión.

De esta manera el editor viene a ser el enlace entre el autor/compositor y el productor de fonogramas.¹

En el primer párrafo se llegan a mencionar diversas modalidades de explotación cedidas por el autor incluyendo "cualquier otra forma de explotación que se encuentre prevista en el contrato", mientras que la redacción del segundo párrafo es un poco confusa, al hacer mención de ciertos tipos de uso de la obra y exigir que para éstos el editor deberá contar en cada caso con la autorización del autor. Consideramos ociosa la mención, toda vez que únicamente se ceden los derechos o modalidades que expresamente se pacten en el contrato.

* Licenciado en Derecho por el Centro Universitario México y Master en Propiedad Intelectual por la Universidad Carlos III de Madrid.

1 Ecija, Hugo. "Factbook. Derecho del entretenimiento", Aranzadi, España, 2003, p. 341.

*Es extraño como, si bien se requiere el consentimiento del autor para poder realizar todas esas transformaciones a la obra, no lo señala también como requisito para que el editor a su vez pueda llevar a cabo otro tipo de actos con las cuales la obra no sería promovida/administrada directamente por él, siendo que se trata de un contrato **intuitu personae** y por alguna razón el autor decidió contratar con él; se debería exigir su consentimiento en el supuesto de que el control de la obra dejara de ser ejercido por la editorial.*

Al tratarse de una cesión, el artículo 33 de la Ley, que establece los plazos máximos para este tipo de actos,² podría generar también conflictos al momento de ser interpretado, ya que, si bien habla de la posibilidad de que la cesión sea de una duración mayor cuando la naturaleza de la obra lo justifique, en realidad los contratos de edición de obra musical suelen ser por un período igual al del reconocimiento de los derechos patrimoniales del autor, encontrando de esta forma una contradicción entre lo establecido por la ley y lo que se acostumbra en el medio. Incluso encontramos que los usos en la industria discográfica van más allá de lo establecido en el ordenamiento legal nacional e inclusive obedecen a convencionalismos aceptados en general después de diversas negociaciones entre los editores y la CISAC (Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs), como entidad aglutinadora de las Sociedades de Gestión de los autores.³

Actualmente, buena parte de las editoras musicales son subsidiarias de productoras fonográficas.⁴ Sin embargo, el desarrollo de la industria, el mercado, la tecnología, así como diversos desacuerdos que han surgido entre compositores, productoras y/o sociedades de gestión, por las formas de repar-

to de los ingresos, ha dado lugar al surgimiento de varias editoras independientes, a través de las cuales buscan tener mejor control y administración de su repertorio. Inclusive, no existiendo requisito alguno en la ley respecto al régimen bajo el cual se pueda llevar a cabo esta tarea, es posible hacerlo como persona física, sin necesidad de constituir una persona moral con dicho objeto.

En general, las editoriales suelen ser:

- a) *Independientes: desde administradores de pocas obras hasta empresas que a través de contratos, ya sea de subedición o representación con otras compañías, tengan a su cargo la promoción de catálogos muy extensos o de temas cuyo impacto económico en el mercado sea muy importante.*
- b) *Ligadas a un medio masivo de telecomunicación: Cuando una entidad, normalmente de televisión, prefiere generar su propia música para incorporarla a sus programas, y tener un mejor control y administración de sus catálogos, suelen constituir como subsidiarias una o varias editoriales, las cuales por encargo o a través del pago correspondiente adquieren los derechos sobre las obras a diversos autores a quienes contratan.*
- c) *Editorial multinacional. En este grupo se encuentran todas aquellas que, vinculadas a un sello discográfico internacional, tiene representaciones en todos los territorios y administran los catálogos, tanto de autores de la región como de las filiales en los otros países mediante convenios.*

No obstante lo anterior, también es frecuente que las editoriales cuya infraestructura no les alcance para hacer la gestión, promoción y/o administración del catálogo en otros territorios celebren convenios de coedición, subedición o representación.

2 "Artículo 33.- A falta de estipulación expresa, toda transmisión de derechos patrimoniales se considera por el término de **5 años**. Sólo podrá pactarse excepcionalmente por más de **15 años** cuando la naturaleza de la obra o la magnitud de la inversión así lo justifique".

3 Lipszyc, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, Argentina, Ed. UNESCO, CERLALC, ZAVALIA, 1993, pp. 304 y 305.

4 Lipszyc, Delia, *op.cit.* p. 301.

Para la recaudación y reparto de regalías, principalmente las generadas por concepto de ejecución pública, en México algunas editoras han celebrado convenios con la Sociedad de Autores y Compositores de Música, S. de G.C. (SACM). Sin embargo, a diferencia de otros países como España, en los cuales la entidad de gestión abarca tanto a los autores como a los editores,⁵ en nuestro país no es el caso y tampoco es difícil encontrar que un determinado autor o su causahabiente haya cedido sus derechos patrimoniales a una editora y al mismo tiempo se encuentre comprendido en el mandato otorgado a la SACM, existiendo de esta forma una pluralidad de sujetos legitimados sobre los mismos derechos y encareciendo o dificultando con ello al usuario la negociación para la obtención de alguna licencia para la explotación de esa obra o repertorio; una vez que ha transferido ese derecho, independientemente de a quién -ya sea la Sociedad de Autores o el editor-, el segundo con quien se hubiera celebrado el contrato ya no contaría con dichas facultades, toda vez que salieron de la esfera jurídica del otorgante al momento de la primera cesión.

Artículo 59.- Son causas de rescisión, sin responsabilidad para el autor o el titular del derecho patrimonial:

- I.- Que el editor no haya iniciado la divulgación de la obra dentro del término señalado en el contrato;
- II.- Que el editor incumpla su obligación de difundir la obra en cualquier tiempo sin causa justificada, y
- III.- Que la obra materia del contrato no haya producido beneficios económicos a las partes en el término de tres años, caso en el que tampoco habrá responsabilidad para el editor.

En el presente artículo se procede a enumerar las diversas causales por las cuales el autor o titular de los derechos patrimoniales puede dar por terminado anticipadamente el contrato, sin tener que responder al editor:

Las primeras dos fracciones cuya redacción inicialmente puede llegar a ser confusa, dada la similitud entre ambas, ciertamente contempla dos hipótesis distintas.

Si la promoción y difusión de la obra por parte del editor no se inicia en el plazo contemplado en el convenio, como lo establece la fracción primera, lo más justo es que el autor o el titular de los derechos los recupere a fin de que busque una mejor opción para obtener el mejor provecho económico de la pieza o catálogo. La difusión de la obra por parte del editor es el objeto del contrato, a fin de obtener las mayores ganancias posibles para el cedente, por su utilización por algún intérprete en alguna producción fonográfica o como parte de la banda sonora de alguna producción audiovisual, por mencionar algunos usos.

En el mismo tenor, si durante la vigencia del contrato, la cual suele ser la del reconocimiento de los derechos patrimoniales de la obra,⁶ el editor por cualquier motivo deja de cumplir con su obligación de buscar que la obra sea conocida y genere beneficios, los derechos deberán regresar al titular originario.

Es en la tercera fracción donde encontramos que la redacción es poco específica respecto a las causales por las cuales se llegue a dar la ausencia de beneficios económicos durante ese término de tres años, mismo que también resulta bastante arbitrario, ya que dependerá de los esfuerzos del editor durante ese plazo para difundirla y explotarla. Al momento de ser interpretada en un

⁵ http://www.sgae.es/tipology/est/item/es/3_85.html

⁶ Ecija, Hugo, *op.cit.* pág. 473.

conflicto, puede ser injusto eximir de responsabilidad al editor si no hizo todo lo necesario para generar ese rendimiento y hacer perder al titular originario ese tiempo que bien pudo ser invertido o utilizado por otro editor con mayor interés en obtener ganancias de esa obra o repertorio. Si atendemos a lo señalado en el primer párrafo del artículo, la hipótesis será cuando el titular originario del derecho decida dar por terminado el contrato, no cuando el editor decida rescindirlo.

Artículo 60.- Son aplicables al contrato de edición musical las disposiciones del contrato de edición de obra literaria en todo aquello que no se oponga a lo dispuesto en el presente capítulo.

En todo el Título III, al término de cada capítulo se decidió utilizar esta redacción, similar a la establecida en la Ley de Propiedad Intelectual española, para terminar cada capítulo de cada contrato después de señalar como estándar las reglas para el contrato de edición de obra literaria, lo cual no es lo más conveniente.

Finalmente, encontramos que una de las diferencias principales entre ambos contratos de edición (literaria y musical) es la ausencia del requisito de mencionar el número de ejemplares que comprenderá. Esta omisión hace que la naturaleza de las ediciones electrónicas de obras literarias sea más similar al contrato de edición de obra musical, que al tradicional. ©

Raúl PASTOR ESCOBAR

Licenciado en Derecho por el Centro Universitario México y Master en Propiedad Intelectual por la Universidad Carlos III de Madrid. En la Facultad de Derecho de la UNAM cursó la Especialidad en Derecho Internacional y el Diplomado en Derecho Privado Norteamericano, en el Posgrado y la División de Educación Continua respectivamente. Cursó el Internet Law Program del Berkman Center for Internet and Society at Harvard University y es egresado de la Primera Generación de la Especialidad en Derecho Intelectual del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, así como del Diplomado en Derecho Procesal Constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la Universidad Anáhuac.

Participó en la traducción de la lista alfabética de productos y servicios de la Octava Edición de la Clasificación de Niza para el registro de marcas.

Es miembro de La Barra Mexicana Colegio de Abogados en la Comisión de Propiedad Intelectual, de la cual fue Secretario y la International Association of Sports Law.

Actualmente es socio del área de Propiedad Intelectual, Tecnologías de la Información y Derecho del Deporte de la firma De Liux Abogados, así como profesor en la Escuela Nacional de Música de la UNAM y el Instituto de la Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia.

Recientes reformas normativas del Derecho de Autor en Colombia

Ernesto RENGIFO GARCÍA*

SUMARIO

- I. Resumen.
- II. Derechos de autor.
- III. Derechos conexos.
- IV. Gestión colectiva de derechos.
- V. Reformas pendientes.

RESUMEN

El derecho de autor en Colombia ha sido objeto de una avalancha de reformas que resultaron avasalladoras para muchos de los estudiosos de la materia. Estas reformas surgieron del reconocimiento, por parte del gobierno colombiano, de la necesidad de actualizar, optimizar y racionalizar nuestro régimen sobre la materia, en busca de una protección efectiva de los derechos de propiedad intelectual involucrados. Hay quienes sostienen que su fundamento es meramente político y sólo pretenden implementar y satisfacer los compromisos adquiridos por Colombia con ocasión de la celebración del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de América, lo que a su vez produjo que las reformas fueran el reflejo de un análisis superfluo y no riguroso de las implicaciones legales que éstas representan tanto para los titulares de derechos como para los usuarios de las obras y creaciones artísticas protegidas. Las leyes y decretos que serán analizados no sólo afectaron el régimen de los derechos de autor, sino que también reformaron el régimen de derechos conexos y aquél aplicable a la gestión colectiva. Este escrito pretende identificar los cambios más representativos en la materia.

DERECHOS DE AUTOR

1. Plan Nacional de Desarrollo, 2010 – 2014, Ley 1450 de 2011. Esta ley reconoce el valor de la propiedad intelectual y el de la innovación como elementos fundamentales para el crecimiento sostenible y la competitividad nacional.

En materia de derechos de autor se consignan dos importantes modificaciones relacionadas con la titularidad derivada de los derechos de autor. De una parte, se modifica el régimen sobre la obra por encargo, cobijando bajo la presunción de cesión de derechos patrimoniales las obras creadas en virtud de un contrato de trabajo y por otra, se modifican las condiciones para la validez de un acto de transferencia de derechos mediante acto entre vivos.

* Director del Departamento de Propiedad Intelectual en la Universidad Externado de Colombia y Profesor de Derecho de Contratos en la misma Universidad. Presidente del Colegio de Abogados Comercialistas de Colombia. Abogado asesor y litigante. Contacto: ernesto@garridorengifo.com.

Obra creada por encargo: El nuevo artículo 20 de la ley 23 de 1982 dispone que la titularidad originaria sobre los derechos morales y patrimoniales sobre las obras creadas en virtud de un contrato de prestación de servicios o contrato de trabajo recaerá sobre el autor, persona física que realiza la creación intelectual. Sin embargo, presume, salvo pacto en contrario, la cesión de los derechos patrimoniales a favor del contratante o empleador. La cesión de derechos sólo operará en la medida necesaria para el ejercicio de las actividades habituales del empleador o contratante para la época de la creación de la obra y deberá constar por escrito. Bastante similar al régimen dispuesto para la obra hecha por encargo (*work made for hire*) desde la perspectiva de la Ley de Copyright de los Estados Unidos.

Esta norma supera la discusión sobre el alcance de la presunción de cesión que tanto ha sido discutida en nuestro país, pero no despeja inquietudes como, por ejemplo, aquella relacionada con el posible conflicto entre el ejercicio de los derechos morales en cabeza del autor con los derechos patrimoniales radicados en cabeza del empleador o contratante. Bajo la norma anterior, el autor de la obra sólo mantenía los derechos morales de paternidad e integridad sobre su obra, pero no conservaba los derechos de modificación, de retracto y el de mantener su obra inédita. El ejercicio de estos derechos por parte del autor, eventualmente, podrá afectar el ejercicio de los derechos patrimoniales del empleador o del contratante, generando así la disyuntiva sobre cuál derecho deberá prevalecer. Además, permanece la inquietud de si en el contrato debe señalarse, de manera expresa, el encargo de la obra al autor para que opere la cesión, o si sólo bastará indicar el vínculo laboral o relación contractual.

Con esta nueva disposición no será necesario probar que la obra fue creada siguiendo un plan elaborado por el contratante o empleador,

ni por su cuenta y riesgo, sino que será suficiente la existencia de un contrato de prestación de servicios o un contrato laboral, por escrito, para presumir la cesión de derechos.

Transferencia de derechos por acto entre vivos: La novedad del artículo 183 de la ley 23 de 1982 reformado es que, por un lado, suple de manera expresa el límite temporal y territorial de la cesión de derechos cuando las partes no lo acordaron. En cuanto al tiempo, establece que la transferencia quedará limitada a cinco años y en cuanto al territorio, se entenderá que se trata del país en el que se realice la transferencia.

Por otra parte, elimina de las formalidades del contrato de cesión la necesidad de elevar a escritura pública el acto o de realizarlo mediante documento privado con reconocimiento ante notario público, dejando como único requisito de validez su estipulación por escrito. El registro ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor se mantiene para efectos de publicidad y oponibilidad ante terceros.

Finalmente, la norma llena un vacío importante en nuestra legislación, que por años se suplió echando mano del artículo 129 de la Ley 23 de 1982 que consideraba nula la estipulación con la cual el autor comprometía de modo general o indeterminado la producción futura en un contrato de edición. El nuevo artículo 183 determina que tal regla opera también para aquellas estipulaciones donde se transfiera de modo general o indeterminado la producción futura, o se obligue al autor a restringir su producción intelectual o a no producir. La diferencia con el artículo 129 de la ley 23 de 1982 es que, bajo esta modificación, la estipulación no se verá afectada de nulidad, sino que será considerada inexistente, lo que en estricto sentido supone la ineficacia de pleno derecho de la cláusula y, por consiguiente, la no la producción de efectos jurídicos.

Se resalta también que el artículo 31 de la ley 1450 regula los derechos de propiedad intelectual de proyectos de investigación financiados con recursos del presupuesto nacional, en los siguientes términos: “*En el caso de proyectos de ciencia, tecnología e innovación adelantados con recursos del presupuesto nacional, el Estado, salvo motivos de seguridad y defensa nacional, cederá a las Partes del Proyecto los derechos de propiedad intelectual que le puedan corresponder, según se establezca en el contrato. Las Partes del Proyecto definirán entre ellas la titularidad de los derechos de propiedad intelectual derivados de los resultados de la ejecución de los recursos del presupuesto nacional*”.

Esta disposición, por supuesto, tiene el propósito de estimular y promover la creación intelectual y la innovación, elemento esencial del plan de desarrollo del gobierno en Colombia.

En el caso de proyectos de ciencia, tecnología e innovación adelantados con recursos del presupuesto nacional, el Estado, salvo motivos de seguridad y defensa nacional, cederá a las Partes del Proyecto los derechos de propiedad intelectual.

2. Decreto 19 de 2012, mediante el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.

La promulgación de esta ley y de manera específica el aparte relacionado con los derechos de autor y su gestión tiene como propósito racionalizar los trámites, procedimientos y regulaciones innecesarios, contenidos

en las normas y de esta manera facilitar la actividad de las personas naturales y jurídicas ante las autoridades que cumplen funciones administrativas como, por ejemplo, la Dirección Nacional de Derecho de Autor.

En lo que respecta a la normatividad sobre derechos de autor, el artículo 46 de este Decreto suprimió el trámite de licencia de traducción de las obras extranjeras ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor consagrada en los artículos 45 a 57 de la Ley 23 de 1982. Al respecto vale anotar que si bien es cierto que no se conoce el primer caso en el que haya operado la licencia de traducción de obras extranjeras en Colombia, no se estima acertado, en principio, suprimir del ordenamiento jurídico una herramienta legal que, eventualmente, podría ser utilizada para traducir una obra de manera legítima sin autorización del autor o titular de la obra; más aún si se tiene en cuenta que ésta tenía como fin exclusivo el uso escolar, universitario o de investigación sobre la obra objeto de licencia.

Las implicaciones legales de suprimir normas que no generan en la práctica ningún efecto son, por supuesto, imperceptibles, sin embargo, no debe dejarse de lado que el Decreto referido eliminó una limitación al derecho de traducción del autor que, aunque no se utilizará, constituía una vía legal para traducir una obra extranjera sin autorización de su titular. Lo cuestionable entonces es haber suprimido una limitación al derecho de autor, con el único propósito de hacer más ágil y eficiente la administración pública. ¿Será éste un fundamento válido o suficiente para eliminar esta limitación?

DERECHOS CONEXOS

3. Ley 1403 del 19 de julio de 2010 por medio de la cual se estableció el derecho a una remuneración equitativa por comunicación pública, a favor de los artistas intérpretes y ejecutantes de obras y grabaciones audiovisuales.¹

El artículo 168 de la ley 23 de 1982 establece a favor de los artistas intérpretes y ejecutantes el derecho de autorizar o prohibir la fijación, reproducción, comunicación pública, transmisión, o cualquier otra forma de utilización de sus interpretaciones o ejecuciones.

La entrada en vigencia de la ley 1403 de 2010, llamada Ley Fanny Mikey, introdujo al ordenamiento jurídico colombiano un derecho de remuneración equitativa para los artistas intérpretes y ejecutantes, por la comunicación pública de obras y grabaciones audiovisuales, incluida la puesta a disposición y el alquiler comercial al público. De este nuevo derecho, se resaltan las siguientes características:

a. Conforme con el parágrafo 1º del artículo 168 bajo estudio, los artistas intérpretes y ejecutantes conservarán, en todo caso, el derecho a percibir una remuneración equitativa por la comunicación pública de las obras y grabaciones audiovisuales en las que intervengan en un papel principal, secundario o de reparto.²

Al tratarse de un derecho de carácter patrimonial podría concluirse que comparte las características que se predican de este tipo de derechos, como es la transmisión de los dere-

chos y su renunciabilidad. Este tema despierta relevante, en tanto que en el proyecto de ley original, ventilado en las discusiones iniciales en el Congreso, se señalaba que el derecho era de carácter patrimonial irrenunciable, es decir que los artistas intérpretes y ejecutantes no podrían, en virtud de su autonomía contractual, negociar o renunciar a este derecho patrimonial. La norma no siguió tal curso y fue sancionada sin que se hiciera mención al carácter irrenunciable, pero incluyendo en el texto la expresión "en todo caso". ¿Cuál fue la intención del legislador al incluir dicha expresión en la norma? ¿Será que la expresión "en todo caso" implicará que el derecho es irrenunciable como se pretendió en un principio?

Sin perjuicio de la validez de dicho cuestionamiento, para analizar el alcance de este derecho será pertinente tener en la cuenta lo dispuesto por el Convenio de Roma sobre el particular, específicamente el numeral 3 del artículo 7 del Convenio, que se refiere a la autonomía contractual del artista intérprete y ejecutante frente a los organismos de radiodifusión. La norma señala lo siguiente: "*Artículo 7. (...) 2. 1. Correspondrá a la legislación nacional del Estado Contratante donde se solicite la protección, regular la protección contra la retransmisión, la fijación para la difusión y la reproducción de esa fijación para la difusión, cuando el artista intérprete o ejecutante haya autorizado la difusión. 2. Las modalidades de la utilización por los organismos radiodifusores de las fijaciones hechas para las emisiones radiodifundidas, se determi-*

1 Véase el texto completo en la página web de la Dirección Nacional de Derecho de autor. Consultado el 28 de enero de 2013, en:
<http://www.derechodeautor.gov.co/documents/10181/182597/ley140319072010.pdf/98eed1e3-ddbe-47dd-b070-ad60d0c58967>.

2 **Art. 168. Parágrafo 3.** Para los fines de esta Ley ha de entenderse por artista intérprete a quien interprete un papel principal, secundario o de reparto, previsto en el correspondiente libreto de la obra audiovisual.

narán con arreglo a la legislación nacional del Estado Contratante en que se solicite la protección. 3. Sin embargo, las legislaciones nacionales a que se hace referencia en los apartados 1 y 2 de esta párrafo no podrán privar a los artistas intérpretes o ejecutantes de su facultad de regular, mediante contrato, sus relaciones con los organismos de radiodifusión".

En ese orden de ideas, se descartaría la idea de que el derecho de remuneración señalado en la reforma fuese irrenunciable, por lo menos en lo que respecta a los organismos de radiodifusión. La cuestión quedaría vigente frente a los demás usuarios.

La norma establece que el derecho de remuneración reconocido a los artistas intérpretes y ejecutantes se hará efectivo a través de las sociedades de gestión colectiva. En otras palabras establece una gestión colectiva obligatoria para este tipo de derechos y titulares.

b. Gestión colectiva de derechos conexos: La norma establece que el derecho de remuneración reconocido a los artistas intérpretes y ejecutantes se hará efectivo a través de las sociedades de gestión colectiva. Se descarta entonces, de pleno derecho, que el titular pueda gestionar de forma individual su derecho de remuneración. En otras palabras establece una gestión colectiva obligatoria para este tipo de derechos y titulares.

La gestión colectiva en Colombia ha sufrido varios cambios legislativos en los últimos años, los cuales, como podrá observarse en el aparte correspondiente, legitiman hoy en día la gestión colectiva obligatoria en lo que respecta al derecho de remuneración de los artistas intérpretes y ejecutantes.

Sobre el particular, despunta relevante señalar que en Colombia la gestión colectiva obligatoria ha sido debatida jurisprudencialmente,

obteniéndose como resultado dos manifestaciones contrarias entre sí. Por un lado, la Corte Constitucional sostiene que, en virtud del derecho a la igualdad y a la libre asociación, los titulares de derechos se encuentran facultados para gestionar sus derechos patrimoniales no sólo por conducto de las sociedades de gestión colectiva, sino mediante formas de asociación distintas e, incluso, de forma individual (Sentencias C-509/04 y C-424/05). Esta es la postura que ha prevalecido a instancias del alto Tribunal. Sin embargo, en el salvamento de voto de la sentencia C-424 de 2005, se sostuvo que el precedente jurisprudencial contenido en la Sentencia C-509/04

no era aplicable al caso en cuestión, en tanto que en él no se realizó un juicio de constitucionalidad en torno de la gestión obligatoria de derechos de autor o conexos, sino que recayó sobre una norma que determina-

ba la actividad de los establecimientos de comercio que usarán obras protegidas por el derecho de autor. En palabras de tres de los nueve Magistrados disidentes, el precedente de la sentencia C-509 no implica que "necesariamente, para todas y cada una de las modalidades de derechos de autor y conexos imaginables, la ley contempla un sistema de gestión tanto colectivo como individual. La Corte simplemente afirmó que en Colombia el ordenamiento permite tanto la gestión individual como la colectiva. Ese enunciado sigue siendo cierto si en algunos casos hay gestión individual y colectiva, pero en otros, señalados de manera precisa por el legislador, la gestión colectiva es obligatoria". Para este grupo de magistrados el sistema de gestión colectiva obligatorio no resulta contrario al ordenamiento constitucional colombiano, sino que lo reivindica, en tanto que, en la mayoría de casos, constituye el único mecanismo que garantiza la efectividad de tales derechos.

Con fundamento en la interpretación de la Corte Constitucional han surgido en el país diferentes asociaciones de titulares de derechos que gestionan de manera colectiva derechos pero que no ostentan una autorización de funcionamiento emitida por la Dirección Nacional de Derechos de Autor, y que tampoco están sometidas a su inspección y vigilancia. En la práctica esto ha redundado en perjuicio del usuario de la obra, quien no tiene certeza del objeto de la gestión, es decir, qué está pagando, a quién se le debe pagar, y si el pago realizado lo exime del pago de otras obligaciones por el uso de las obras. Como podrá observarse en las reformas normativas relacionadas con la gestión colectiva de derechos, la labor del gobierno se ha dirigido a reforzar este sistema, regulando con mayor precisión el alcance, los derechos y obligaciones de quienes gestionan derechos de forma colectiva y sobre todo, su forma de recaudo, de ahí la institucionalización del sistema de la ventanilla única que será referido más adelante. La discusión está, por supuesto, sobre el tapete.

c. Limitación al derecho de remuneración: El segundo párrafo de la norma bajo análisis establece las excepciones y limitaciones del derecho de remuneración de los artistas intérpretes y ejecutantes. En primer lugar dispone que no hay lugar al reconocimiento del derecho de remuneración cuando la comunicación pública de la obra se realice con fines estrictamente educativos, dentro de los recintos o instalaciones de los institutos de educación y no se cobre suma alguna por el derecho de entrada. La razón de esta exclusión radica en que la comunicación realizada bajo las condiciones expuestas no se considerará, para los efectos de la ley, como una forma de “comunicación pública” de la obra o prestación artística.

Adicional a ello, se señala que el reconocimiento y pago por la comunicación pública de obras no le será exigible a los establecimientos abiertos al público que utilicen la obra para el entretenimiento de sus trabajadores o cuando su fin no sea el de entretener al público con ánimo de lucro o de ventas, aun siendo tiendas, bares, cantinas, supermercados, droguerías, salas de belleza, gimnasios y otros de distribución de productos y servicios. La forma en la que está dispuesta la norma permite vislumbrar, por un lado, una ausencia de criterios para determinar los elementos subjetivos de la norma, como por ejemplo, cuándo un gimnasio comunica públicamente una obra audiovisual con ánimo de lucro o de ventas o si por el contrario, siempre debe entenderse que lo hace sin ánimo de lucro y para el entretenimiento de sus empleados. Será igual para los demás usuarios señalados en la norma. Conforme con dicha interpretación, se podría concluir, entonces, que la norma tiene como únicos destinatarios al operador de televisión, los cableoperadores y en general los organismos de radiodifusión, quienes son los que se encargan de la transmisión de este tipo de obras.

El reconocimiento y pago por la comunicación pública de obras no le será exigible a los establecimientos abiertos al público que utilicen la obra para el entretenimiento de sus trabajadores o cuando su fin no sea el de entretener al público con ánimo de lucro o de ventas, aun siendo tiendas, bares, cantinas, supermercados, droguerías...

4. Ley 1519 del 13 de abril de 2012, por medio de la cual se aprueba el Convenio sobre la Distribución de Señales Portadoras de Programas transmitidas por satélite, hecho en Bruselas el 21 de mayo de 1974.³ Este Convenio surgió por la falta de una reglamentación de alcance

³ Véase el texto completo en la página web de la Dirección Nacional de Derecho de Autor. Consultado el 28 de enero de 2013, en:
<http://www.derechodeautor.gov.co/documents/10181/182597/ley151913042012.pdf/b686c079-6866-4544-96de-b1113219bf6a>

mundial que permitiera impedir la distribución de señales portadoras de programas transmitidas mediante satélite, por parte de distribuidores a quienes esas señales no estaban destinadas; así como por la posibilidad de que esta laguna dificultara la utilización de las comunicaciones mediante satélite. Téngase en la cuenta que el Convenio de Roma de 1960 únicamente protegía la transmisión inalámbrica, y no las transmisiones por satélite.

Aun cuando la aprobación de este Convenio hace parte del abanico de obligaciones derivadas de la suscripción del Tratado de Libre Comercio suscrito con los Estados Unidos (literal a, numeral 2 del artículo 16.1), lo cierto es que pone a Colombia acorde con los estándares internacionales de protección sobre esta materia.

GESTIÓN COLECTIVA DE DERECHOS

5. Decreto No. 3942 del 25 de octubre de 2010, mediante el cual se reglamentan las leyes 23 de 1982, 44 de 1993 y el artículo 2, literal c) de la Ley 232 de 1995, en relación con las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor o de derechos conexos y la entidad recaudadora, se deroga el Decreto 162 de 1996 y se dictan otras disposiciones.⁴ Entre los aspectos relevantes de la norma, se resaltan los siguientes:

a). Este decreto se encarga de señalar que la gestión de derechos patrimoniales de autor o de derechos conexos puede llevarse a cabo de manera individual o colectiva, pero a su vez señala que por gestión colectiva se entenderá "la desarrollada en representación de una pluralidad de sus titulares, para ejercer frente a terceros los derechos exclusivos o de remuneración que a sus afiliados correspondan con ocasión del uso de sus repertorios" y que para gestionar colectivamente un derecho "será necesario formar sociedades sin ánimo de lucro, con personería jurídica y autorizadas por la Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional de Derecho de Autor y sometidas a su inspección y vigilancia". La gestión individual será aquella que se realice

por el propio titular del derecho, quien no se encontrará afiliado a ninguna sociedad de gestión colectiva.

Esta norma deja de lado cualquier inquietud sobre la posibilidad de que una asociación o sociedad que no cumpla con los requisitos dispuestos por la ley para las sociedades de gestión colectiva pueda gestionar derechos de autor o conexos. Quedaría atrás entonces la discusión sobre las características, requisitos y forma de este tipo de sociedades, teniéndose que limitar en su forma, constitución y manejo a las condiciones señaladas en esta ley.

b). Fijación de tarifas: En Colombia no hay lugar a la determinación unilateral de tarifas por parte de la sociedad de gestión colectiva; en efecto, el artículo 73 de la ley 23 de 1982 dispone que "*(e)n todos los casos en que los autores o las asociaciones de autores celebren contratos con los usuarios (...) serán las tarifas concertadas en los respectivos contratos, las que tendrán la aplicación (...)*". Al respecto, el Consejo de Estado ha sostenido: "*(...) es mediante el respectivo contrato con los usuarios, celebrado por los autores o por las asociaciones de autores en nombre y representa-*

4 Véase el texto completo en la página web de la Dirección Nacional de Derecho de Autor. Consultado el 28 de enero de 2013, en:
<http://www.derechodeautor.gov.co/documents/10181/187670/Decreto+3942+de+2010.pdf/89727dfc-d0e2-4885-9b1a-e6172de5df93>

ción de sus afiliados, como se determinan las condiciones, las tarifas, la forma de pago y el plazo de vigencia de las mismas, en razón de la utilización (reproducción, traducción, arreglo, adaptación, representación, ejecución, etc.) de obras protegidas el derecho de autor".⁵

Conforme con el principio de la concertación de tarifas, el Decreto 3942 de 2010 estableció en su artículo 5, la obligación a cargo de la sociedad de gestión colectiva de publicar las tarifas generales de uso por la comunicación pública de obras. El artículo 6 de la norma, por su parte, señala que esa publicación servirá como base de negociación en el evento en que los usuarios o sus organizaciones manifiesten su desacuerdo y soliciten la negociación de la tarifa.

Un aporte importante del Decreto en mención es la determinación de los criterios para fijar las tarifas, insistiéndose en el principio conforme con el cual éstas deben ser proporcionales a los ingresos que obtenga el usuario con la utilización de las obras, interpretaciones, ejecuciones artísticas o fonogramas. De acuerdo con el artículo 7 del Decreto, los criterios serán aplicables cuando exista dificultad para determinar o establecer los ingresos del usuario o cuando su uso tenga un carácter accesorio respecto de la actividad principal del usuario. Los criterios son:

"a) La categoría del usuario, cuando ésta sea determinante en el tipo de uso o ingresos que podría obtenerse por la utilización de las obras,

interpretaciones, ejecuciones artísticas o fonogramas administrados por la sociedad de gestión colectiva de derecho de autor o de derechos conexos. b). La capacidad tecnológica, cuando ésta sea determinante en la mayor o menor intensidad del uso de las obras, interpretaciones, ejecuciones artísticas o fonogramas, según sea el caso. c). La capacidad de aforo de un sitio. d). La modalidad e intensidad del uso de las obras, interpretaciones, ejecuciones artísticas o fonogramas, según sea el caso, en la comercialización de un bien o servicio. e) Cualquier otro criterio que se haga necesario en razón de la particularidad del uso y tipo de obra, interpretación, ejecución artística o fonograma que se gestiona, lo cual deberá estar debidamente soportado en los reglamentos a que hace referencia el inciso primero del artículo 4".

6. Ley 1493 del 26 de diciembre de 2011, por medio de esta ley se toman medidas para formalizar el sector del espectáculo público y de las artes escénicas, y se otorgan a la Dirección Nacional del Derecho de Autor competencias de inspección, vigilancia y control sobre las sociedades de gestión colectiva, entre otras normas complementarias.⁶

En materia de reconocimiento de los derechos de autor, el artículo 22 de la ley en mención consagra en cabeza de los escenarios habilitados para espectáculos públicos la obligación de solicitar a los productores permanentes y ocasionales⁷ las constancias de

5 Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, 14 de septiembre de 1990, Rad. 371.

6 Véase el texto completo en la página web de la Dirección Nacional de Derecho de Autor. Consultado el 28 de enero de 2013, en:
<http://www.derechodeautor.gov.co/documents/10181/182597/ley149326122011.pdf/f5e0fb27-7947-4a4a-b0f4-e7b66bcde585>

7 Conforme con el artículo 3 de la Ley 1493 de 2011 se entenderá por espectáculo público de las artes escénicas los siguientes: "las representaciones en vivo de expresiones artísticas en teatro, danza, música, circo, magia y todas sus posibles prácticas derivadas o creadas a partir de la imaginación, sensibilidad y conocimiento del ser humano que congregan la gente por fuera del ámbito doméstico". La norma también señala que se considerarán productores permanentes "quienes se dedican de forma habitual a la realización de uno o varios espectáculos públicos de las artes escénicas" y productores ocasionales "quienes eventual o esporádicamente realizan espectáculos públicos de las artes escénicas". Véanse literales a), d) y e).

pago de los derechos de autor cuando hubiere lugar a ellos. Esta norma fija una obligación que se deriva de la naturaleza propia de las autorizaciones de uso de una obra, como es que la autorización sea previa y expresa respecto del uso específico que se va a realizar sobre la obra.

Conforme con lo dispuesto por el artículo 23⁸ de la ley en mención, el monto de los gastos de funcionamiento de las sociedades de gestión colectiva será hasta del 20% del valor recaudado por ellas en la gestión de los derechos a su cargo, existiendo la posibilidad de solicitar una autorización a la Administración para que los gastos sean del 30% para los dos años siguientes a la autorización de funcionamiento de la sociedad. Este artículo modifica lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley 44 de 1993, conforme con el cual el monto de los gastos no podía exceder el treinta por ciento de la cantidad total de la remuneración recaudada efectivamente por la utilización de los derechos de sus socios y de los miembros de las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos. La modificación trae consigo un reto para las sociedades de gestión colectiva de derechos, que tendrán que ajustar sus gastos y funcionamiento a los nuevos límites legales.

Entre las reformas de mayor impacto de la ley 1493 de 2011 se encuentran aquellas dirigidas a fortalecer el régimen de inspección, vigilancia, control y toma de posesión de las sociedades de gestión colectiva de derecho de autor y derechos conexos por parte del Estado.

Sin perjuicio de las funciones de inspección y vigilancia que ya ostentaba la Administración

sobre las sociedades de gestión colectiva, la nueva ley faculta ordenar a la Dirección Nacional de Derecho de Autor los correctivos necesarios para subsanar una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo de cualquier sociedad de gestión colectiva de derecho de autor y derechos conexos. Entre las facultades concedidas se otorgan las siguientes: 1. Promover la presentación de planes y programas encaminados a mejorar la situación que hubiere originado el control y vigilar su ejecución; 2. Ordenar la remoción y consecuente cancelación de la inscripción de los miembros del Consejo Directivo o los cargos directivos de la sociedad, por el incumplimiento de sus deberes legales y estatutarios; 3. Conminar bajo apremio de multas a los administradores para que se abstengan de realizar actos contrarios a la ley, los estatutos, la decisión de la Asamblea General, el Consejo Directivo o el comité de vigilancia; 4. Efectuar visitas especiales e impartir las instrucciones necesarias de acuerdo a los hechos que se observen en estas visitas.

Adicional a ello, el artículo 30 le otorga a la Administración la facultad de decretar las siguientes medidas cautelares de carácter inmediato: *a. El cese inmediato de los actos que constituyen la presunta infracción a las disposiciones legales o estatutarias en materia de derecho de autor, por parte de las sociedades de gestión colectiva, entidades recaudadoras o de sus directivos; b. suspender en el ejercicio de sus funciones a los miembros del Consejo Directivo, del Comité de Vigilancia, al Gerente, al Secretario, al Tesorero y al revisor fiscal de las sociedades de gestión colectiva y de las entidades recaudadoras; c. la suspensión de la personería jurídica*

8 Art. 23. Límite de los gastos de funcionamiento. El monto de los gastos de que trata el artículo 21 de la ley 44 de 1993 será hasta del 20%. Las sociedades de gestión colectiva podrán solicitar a la Dirección Nacional de Derecho de Autor que autorice que los gastos administrativos sean hasta de un 30% para los dos años siguientes a su autorización de funcionamiento.

y de la autorización de funcionamiento de las sociedades de gestión colectiva y de las entidades recaudadoras; d. cualquiera otra medida que encuentre razonable para garantizar el adecuado ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control (...)".

Las nuevas facultades de la Administración son reguladas mediante el Decreto 1258 del 14 de junio de 2012.⁹ En este decreto se encuentra el procedimiento a seguir con ocasión de las investigaciones que se adelanten, de oficio o a petición de parte, sobre la gestión de la sociedad de gestión. Conforme con lo señalado por el artículo 39 del Decreto, "una vez comprobadas las infracciones a las normas legales, o estatutarias, el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica podrá imponer las sanciones establecidas en el artículo 47 de la Decisión Andina 351 de 1993,¹⁰ en concordancia con el artículo 38 de la Ley 44 de 1993¹¹ y demás normas concordantes. Parágrafo. La suspensión o cancelación de la personería jurídica de que trata el artículo 38 de la Ley 44 de 1993, implica a su vez la suspensión o cancelación de la autorización de funcionamiento, respectivamente".

Para terminar, resta referirse a una nueva facultad de la Administración sobre las sociedades de gestión, denominada como "toma de posesión". El objetivo de esta figura es "establecer si la entidad debe ser objeto de liquidación; si es posible colocarla en condiciones de desarrollar adecuadamente su objeto social, o si se pueden

realizar otras operaciones que permitan lograr mejores condiciones para la gestión de los derechos confinados a la sociedad".

Entre los principios orientadores de esta figura se tiene que ésta sólo podrá adoptarse por las causales previstas en la ley 1493 de 2011, que son:

"Artículo 31. Toma de posesión. La Dirección Nacional de Derecho de Autor podrá tomar posesión de una sociedad de gestión colectiva para administrarla o liquidarla, en los siguientes casos:

- 1. Cuando la sociedad de gestión colectiva no quiera o no pueda gestionar los derechos confiados por sus socios o por contratos de representación recíproca.**
- 2. Cuando sus administradores persistan en violar en forma grave las normas a las que deben estar sujetos.**
- 3. Cuando sus administradores hayan rehusado dar información veraz, completa y oportuna a la Dirección Nacional de Derecho de Autor, o a las personas a quienes estas hayan confiado la responsabilidad de obtenerla".**

7. Decreto 19 de 2012. En materia de gestión colectiva de derechos, este decreto conocido como la norma anti-trámites, crea un nuevo sistema de recaudo y obtención de licencias de los derechos de autor y derechos conexos, conocido con el nombre de "ventanilla única".

9 Véase el texto completo en la página web de la Dirección Nacional de Derecho de Autor. Consultado el 28 de enero de 2013, en:

<http://www.derechodeautor.gov.co/documents/10181/12996/dec125814062012.pdf>

10 Decisión Andina 351 de 1993. Artículo 47. La autoridad nacional competente podrá imponer a las sociedades de gestión colectiva, las siguientes sanciones: a) Amonestación; b) Multa; c) Suspensión; y, d) Las demás que establezcan las legislaciones internas de los Países Miembros.

11 Ley 44 de 1993. Artículo 38. La Dirección Nacional del Derecho de Autor una vez comprobada la infracción a las normas legales y estatutarias podrá imponer mediante resolución motivada cualquiera de las siguientes sanciones: a. Amonestar por escrito a la sociedad; b. Imponer multas hasta cincuenta (50) salarios mínimos mensuales, teniendo en cuenta la capacidad económica de la sociedad; c. Suspender la personería jurídica hasta por un término de seis (6) meses, y d. Cancelar la personería jurídica.

El artículo 47 del decreto dispone lo siguiente: *"Para los efectos del literal c del artículo 2 de la ley 232 de 1995, y con la finalidad de reducir los trámites que los propietarios o responsables de establecimientos abiertos al público deben realizar para acreditar los requisitos de funcionamiento, cuando almacenan digitalmente obras musicales, fonogramas y videos musicales, y ejecutan o comunican al público obras musicales, fonogramas, obras audiovisuales y/o interpretaciones artísticas, la obtención unificada de las licencias y el pago integrado de los derechos de autor y conexos se realizará a través de una ventanilla única que deberán constituir las sociedades de gestión, a través de la cual se realizará de manera unificada el recaudo de los derechos de autor y conexos(...)"*

La ventanilla única tendrá por objeto el recaudo por el almacenamiento digital, por la ejecución y comunicación pública de obras y prestaciones artísticas realizadas por un establecimiento de comercio abierto al público, excluyendo de esa manera otra forma de recaudo diferente. Esta nueva forma de recaudo impone a las sociedades de gestión colectiva la obligación de unificar sus procedimientos y presentarse ante el usuario como una sola entidad que gestiona los derechos explotados por el usuario. El párrafo 3 del artículo 47 de la ley consagra una presunción legal de pago a favor del usuario, la cual surge con el pago realizado a la ventanilla única; en otras palabras, el pago a la ventanilla única por parte de un usuario hará presumir que éste ha cumplido sus obligaciones respecto de todos los usos realizados sobre obras y prestaciones artísticas en ejecución de su actividad comercial. Esta presunción halla su fundamento en la prohibición contenida en el inciso 5 del artículo 47, conforme con el cual no será procedente el recaudo por parte de las Sociedades de Gestión Colectiva de manera directa en establecimientos comerciales, lo que hace concluir que la única forma de recaudo será la

ventanilla única. De hecho la norma establece una prohibición expresa sobre el particular, en los siguientes términos: *"La no constitución de la ventanilla única impedirá a las sociedades de gestión colectiva realizar el recaudo por la administración de los derechos de sus socios en establecimientos de comercio"*.

Para terminar este aparte, se resalta la labor e intervención de Gobierno Nacional, en cabeza de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, en esta etapa de reestructuración del sistema. Sin lugar a dudas, los cambios realizados fortalecen el régimen de gestión colectiva de derechos en pro de la debida gestión del patrimonio de los autores, artistas intérpretes y ejecutantes y de la eficacia en el manejo de los derechos que se le han encomendado a este tipo de asociaciones. La intervención de la Administración en la gestión encomendada, robustecida legalmente por el otorgamiento de nuevas facultades de inspección, vigilancia y control, permitirá que las sociedades de gestión de derechos se transformen en asociaciones que trabajen en beneficio de sus asociados y que vean a los usuarios como un verdadero cliente o consumidor, quienes merecen un tratamiento con reglas equitativas y proporcionales al provecho efectivamente obtenido. Es sobre el usuario que debe erigirse el nuevo sistema de recaudo; el trato justo del usuario y de los criterios para tasar las tarifas conllevará al reconocimiento cada vez mayor del derecho de autor y los derechos conexos.

El estudio de las modificaciones sobre la gestión colectiva en Colombia y la creación del nuevo sistema de recaudo llevan a concluir que el propósito del legislador ha sido satisfecho y que la actualización del marco normativo de la gestión colectiva, en teoría, conducirá a la gestión transparente y eficaz de los derechos encomendados. Resta esperar que dicho propósito también se logre en la gestión práctica del derecho.

Debe resaltarse también la importancia que ha adquirido la Dirección Nacional de Derechos de Autor no sólo en virtud de las funciones de control que ahora ostenta sobre la gestión colectiva, sino en la resolución de conflictos en la materia, en tanto que, con-

forme con el Código General del Proceso (ley 1564 de 2012), la entidad administrativa ostenta ahora funciones jurisdiccionales, lo que aligerará y hará más especializada la resolución de conflictos en materia de derechos de autor y conexos.¹²

REFORMAS PENDIENTES

Para terminar, es importante hacer un recuento de las normas pendientes de promulgación o de ratificación por parte del Congreso colombiano sobre la materia. En primera medida se encuentra el Tratado de Beijing sobre interpretaciones y ejecuciones audiovisuales, cuyo objetivo es mejorar los derechos de los actores y otros artistas intérpretes y ejecutantes en las producciones audiovisuales.

También se está en mora de realizar un estudio riguroso respecto de la responsabilidad por infracciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos en Internet, en la que se regule la responsabilidad de los proveedores de servicios en la red y demás intervenientes en la prestación de servicios tecnológicos. Esta ley deberá fijar el procedimiento y las condiciones en virtud de las cuales los titulares de derechos podrán solicitar al proveedor del servicio ISP, retirar o bloquear un contenido infractor de sus derechos. En el año 2011, el proyecto de ley que regulaba la responsabilidad de los ISP no fue aprobado por el Congreso de la República por la cantidad de contradictores que tuvo, la poca socialización de la normativa y por el desconocimiento de sus reales implicaciones legales de parte de sus detractores.

La suscripción del Tratado de Libre Comercio (TLC) con los Estados Unidos trajo consigo la necesidad de modificar y ajustar nuestra legislación sobre derechos de autor y derechos conexos a las obligaciones allí consagradas. En el mes de abril del año 2012 fue tramitada ante el Congreso de la República la ley 1520 con la intención de implementar esos compromisos; sin embargo, esta ley fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional por medios vicios de forma en la medida en que no se aprobó en la comisión que le correspondía (Sentencia C-011 de 2013). Con seguridad el contenido de esta ley será nuevamente puesto a discusión del Congreso.

Los aspectos desarrollados por la norma fueron, principalmente, los siguientes:

Respecto de la titularidad sobre la obra, el artículo 3 de la ley 1520 establecía una presunción legal de titularidad, conforme con la cual, salvo prueba en contrario, en los procedimientos civiles, administrativos y penales relativos al derecho de autor y los derechos conexos se presumirá, que la persona natural o jurídica cuyo nombre es indicado de manera usual en la obra es el titular de los derechos sobre la obra, la interpretación o ejecución o fonograma.

12 Ley 1564 de 2012. Artículo 24. "Ejercicio de funciones jurisdiccionales por autoridades administrativas. Las autoridades administrativas a que se refiere este artículo ejercerán funciones jurisdiccionales conforme a las siguientes reglas: (...) b) La Dirección Nacional de Derechos de Autor en los procesos relacionados con los derechos de autor y conexos. (...)"

Esta norma permitía entrever la relevancia que la persona jurídica adquiría con la implementación del TLC suscrito por Colombia, la cual por supuesto, se acerca más al sistema de *Copyright* que al sistema tradicional del derecho de autor que fundamenta nuestro régimen de protección. Como prerrogativa adicional para las personas jurídicas, titulares de derechos, se encontraba también la ampliación del término de protección, pasando de 50 años -siendo éste el término mínimo contemplado por el artículo 18 de la Decisión Andina 351 de 1993-, a 70 años de duración contados a partir del final del año calendario de la primera publicación autorizada de la obra.

La ley 1520 ampliaba o complementaba los derechos patrimoniales del autor y de sus derechohabientes respecto de la obra, refiriéndose expresamente a sus prerrogativas en el entorno digital. Así pues, la norma consagraba el derecho a autorizar o prohibir:

1. La reproducción de la obra bajo cualquier manera o forma, permanente o temporal, mediante cualquier procedimiento incluyendo el almacenamiento temporal en forma electrónica;
2. La comunicación al público de la obra por cualquier medio o procedimiento, ya sean alámbricos o inalámbricos, incluyendo la puesta a disposición al público;
3. La distribución pública del original y copias de sus obras, mediante la venta o a través de cualquier forma de transferencia de propiedad;
4. La importación de copias hechas sin autorización, incluyendo la transmisión por medios electrónicos;
5. el alquiler comercial al público; y
6. La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.

Se establecía en la ley un abanico de prerrogativas, adicionales a las contempladas en el artículo 166 de la ley 23 de 1982, para los artistas intérpretes o ejecutantes, o sus representantes, así:

1. La distribución pública

del original y copias de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonograma, mediante la venta o a través de cualquier forma de transferencia de propiedad;

2. El alquiler comercial al público del original y de los ejemplares de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, incluso después de la distribución por el artista intérprete o ejecutante o con su autorización;
3. La puesta a disposición al público de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas.

En cuanto a los derechos de los productores se consagraba no sólo el derecho de autorizar o prohibir la reproducción del fonograma como lo establece el artículo 172 de la ley 23 de 1982, sino también la autorización para el almacenamiento temporal en forma electrónica, la distribución pública mediante la venta o transferencia de propiedad, el alquiler comercial al público y la puesta a disposición de sus fonogramas.

Entre las modificaciones relevantes también se encontraba la incorporación de nuevas limitaciones y excepciones al derecho de autor, las cuales operaban de manera específica sobre dos actos de infracción:

1. La elusión de medidas tecnológicas efectivas impuestas para controlar el acceso o los usos no autorizados y,
2. La fabricación, importación, distribución y oferta al público de dispositivos, productos o componentes que tengan como propósito eludir o facilitar la elusión de una medida tecnológica efectiva de protección.

Las excepciones establecidas consagraban la facultad de un tercero de realizar, sin autorización del titular de la obra y sin que se configure una infracción a los derechos de autor, aquellas actividades consagradas en la ley, como por ejemplo, actividades no infractoras de ingeniería de inversa respecto de la copia de un programa de computación obtenida legalmente, que sean realizadas de buena fe y con el único propósito de lograr la interoperabilidad entre programas de computa-

ción creados independientemente. La norma también establecía como excepción las actividades de buena fe no infractoras realizadas por un investigador con el propósito de identificar y analizar fallas y vulnerabilidades de la tecnologías para codificar y decodificar información, y aquellas realizadas con el fin de probar, investigar o corregir la seguridad de dicha computadora, sistema de cómputo o red de computo.

Se modificaban las conductas típicas relacionadas con el derecho de autor, establecidas en la legislación penal colombiana. Estas modificaciones se referían principalmente a la incorporación del elemento subjetivo en el delito de violación a los mecanismos de protección

del derecho de autor, como lo es la elusión de medidas tecnológicas efectivas. El elemento subjetivo incorporado significa que la conducta será típica si el sujeto activo realizó la conducta con el propósito de lograr una ventaja comercial o ganancia económica privada.

Entre los compromisos adquiridos con ocasión del TLC con los Estados Unidos, se encuentra aquel que obliga a Colombia a ajustar su legislación nacional al texto del Tratado en un plazo de 12 meses a partir de su entrada en vigor, plazo que se cumplirá el próximo 15 de mayo de 2013. A la fecha de terminación de este escrito, no se ha radicado ante el Congreso el proyecto de ley que implementa el TLC en relación con el derecho de autor. ©

Ernesto RENGIFO GARCÍA

Director del Departamento de Propiedad Intelectual en la Universidad Externado de Colombia y Profesor de Derecho de Contratos en la misma Universidad. Presidente del Colegio de Abogados Comercialistas de Colombia. Abogado asesor y litigante.

Contacto: ernesto@garridorengifo.com

Sección III

Resoluciones jurídicas comentadas o casos prácticos



Diferencias entre Derechos de Autor y Reservas de Derechos al uso Exclusivo

Análisis de un caso en concreto

Manuel Alfonso ARREDONDO CISNEROS

ANÁLISIS DE SENTENCIA

Datos de localización de la sentencia:

Juicio de Amparo Directo: D.A. 811/2012

Décimo Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa
del Primer Circuito

Fecha: **15 de mayo de 2006**

Mediante el siguiente análisis de la sentencia enumerada en el epígrafe del presente se intenta dar a conocer una serie de irregularidades en las cuales algunos de nuestros más altos tribunales (jerarquía) han caído en materia de derecho intelectual, para lo cual se ha dividido en tres etapas la primera refiere los antecedentes que llevaron a la parte agraviada a interponer el juicio de amparo directo; la segunda muestra la motivación de la sentencia en la cual se detallan las consideraciones que realizó sobre el caso el Tribunal Colegiado antes enunciado, y en la tercer etapa se da al lector un panorama más amplio sobre las figuras involucradas en la sentencia antes referida.

Etapa I.

Por escrito presentado el día 12 de julio de 2012, en la Oficialía de Partes de las Salas Regionales Metropolitanas del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, ***** por derecho propio, promovió juicio de amparo directo en contra de la sentencia de fecha 8 de junio de 2012, dictada por la Sala Especializada en materia de Propiedad Intelectual, dentro del juicio contencioso administrativo federal número 1837/10-EPI-01-9.

Dicho escrito de amparo directo fue admitido en fecha 20 de noviembre de 2012 por el Décimo Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.

La parte actora consideró violadas las garantías constitucionales enumeradas en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Etapa II.

En la motivación de la sentencia el Décimo Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito mencionó lo siguiente:

*"SEPTIMO.. **El punto toral a dilucidar** en el presente asunto es establecer lo qué se debe entender por la facultad de usar y explotar, la reserva de derechos en controversia, dado que el quejoso señala que para que se diera **el uso** de la reserva controvertida es necesario que el actual titular de la reserva de derechos, se hubiese caracterizado del personaje ***** a fin de demostrar las características físicas del mismo y mediante la actuación, las características psicológicas, es decir luchando y no posando en revistas, pues insiste el quejoso, que no hay otra forma de usar el personaje más que dándole vida al mismo.*

Ahora bien, es importante establecer el marco normativo del Derecho de Autor, para lo cual se transcriben los artículos 11,21, 27 y 29 de la Ley Federal de Derecho de Autor, los cuales disponen:..."

*"... De acuerdo a los preceptos citados, los derechos de autor, protegen **a) derechos morales** y, **b) derechos patrimoniales**; siendo que los primeros son conferidos de manera primigenia al autor como perpetuo titular de éstos, teniendo el carácter de inalienables, imprescriptibles, irrenunciables e inembargables, asimismo, el ejercicio de los derechos morales corresponde al creador de la obra y a su herederos y en ausencia de éstos corresponderán al Estado; por su parte los derechos patrimoniales permiten la explotación de las obras literarias o artísticas al autor heredero o adquirente por cualquier título..."*

"... Por su parte, el artículo 173 de la Ley Federal del Derecho de Autor prevé:

'Artículo 173.- La reserva de derechos es la facultad de usar y explotar en forma exclusiva

títulos, nombres, denominaciones, características físicas y psicológicas distintivas, o características de operación originales aplicados, de acuerdo con su naturaleza, a alguno de los siguientes géneros:

III. Personajes humanos de caracterización, o ficticios o simbólicos;

[.]'

Del contenido del precepto citado se aprecia que la reserva de derechos **es la facultad de usar y la facultad de explotar** de forma exclusiva, título, nombre, denominaciones, características físicas, y psicológicas distintivas o características de operación originales, aplicados de acuerdo a su naturaleza, a diversos géneros en el que encontramos a los personajes humanos de caracterización, o ficticios o simbólicos.

La reserva de derechos , entendida como una categoría más de derechos de autor, protege la materia intangible, siendo ésta la idea creativa o artística y cuya naturaleza es la de derechos morales; y por otro lado, de carácter patrimonial derivado de su materialización.

De tal suerte, corresponde al autor una dualidad de derechos en relación a su carácter subjetivo y otro atendiendo a la cuestión objetiva en la que se plasma su idea creativa de manera tangible; contando así, por un lado, con derechos patrimoniales, a través de los cuales puede obtener beneficios de naturaleza económica, como la cesión de derechos por su reproducción; a obtener regalías o por su venta como un bien material; así como derechos de naturaleza moral, tales como la integridad y paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación.

Lo anterior permite establecer, que en relación con **LA RESERVA DE DERECHOS los derechos morales** son aquellos que permiten a los autores el uso y disfrute de los mismos, y **los derechos patrimoniales** permiten la explotación de las obras literarias y artísticas al autor, heredero o adquirente por cualquier título..."

“... Esta connotación que le da la Sala del conocimiento, se comparte por este Tribunal, en sentido de que, ‘**la reserva de derechos es la facultad de usar y explotar**’, se refiere propiamente a la utilización del personaje, esto es a la facultad de usar y disfrutar, entendido como derecho moral y la facultad de explotar como un derecho patrimonial; en el primero no existe una cuestión de lucro y en el segundo relativa a la explotación sí.

Luego, de la interpretación del hoy quejoso, le pretende otorgar a la parte del artículo 173 de la Ley Federal de Derechos, es incorrecta cuando señala que: ‘**la reserva de derechos es la facultad de usar...**’ se debe entender al uso liso y llano que debió de haber efectuado el titular de la reserva; cuando lo cierto es que, **la facultad de usar** se refiere a la capacidad del titular de usar y disfrutar la reserva de derechos, como titular de derechos morales, en términos del artículo 21 de la Ley Federal de Derechos de autor, pues en todo tiempo tiene la facultad de:

- I. Determinar si su obra ha de ser divulgada y en qué forma, o la de mantenerla inédita;
- II. Exigir el reconocimiento de su calidad de autor respecto de la obra por él creada y la de disponer que su divulgación se efectúe como obra anónima o seudónima;
- III. Exigir respeto a la obra, oponiéndose a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de ella, así como a toda acción o atentado a la misma que cause demérito de ella o perjuicio a la reputación de su autor;
- IV. Modificar su obra;
- V. Retirar su obra del comercio, y
- VI. Oponerse a que se le atribuya al autor una obra que no es de su creación. Cualquier persona a quien se pretenda atribuir una obra que no sea de su creación podrá ejercer la facultad a que se refiere esta fracción.

Por lo tanto, es infundado el concepto de violación del quejoso cuando señala que no hay prueba alguna de la que se desprenda que el señor

***** se caracterice de ***** que luche o haya luchado en algún momento; porque como antes se dijo, el artículo 173 de la Ley Federal de Derechos, cuando señala ‘la reserva de derechos es la facultad de usar y explotar’, no se refiere al ‘uso’ en el sentido liso y llano, sino se refiere a la capacidad de usar y disfrutar tal prerrogativa, en su carácter de titular de derechos morales, o como lo dijo la Sala, la facultad de usar es servirse del personaje, sin que exista la condición de obtener ganancias.

De manera que dicha facultad de usar y disfrutar, se refiere a la capacidad del titular de la reserva de derechos, de determinar la divulgación de su obra, exigir el respeto a su obra, oponiéndose a cualquier deformación, mutilación, incluso modificar su obra, derecho que la propia Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido que el autor es el perpetuo titular de éstos, teniendo el carácter de inalienables, imprescriptibles, irrenunciables e inembargables...”

“... Bajo este contexto, debe decirse que el autor de la reserva de derechos que nos ocupa, tiene la facultad de exigir el respeto a la integridad de la obra, la paternidad de la misma y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación, o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación como artista, derivados de la integridad de la obra, en términos de los derechos morales que le asisten como derecho de autor; aquí está inmersa la ‘facultad de usar’, y no en la connotación lisa y llana que señala el quejoso...”

Etapa III.

Es importante destacar que la *Litis* en el presente caso es dilucidar qué se entiende por uso y explotación de una Reserva de Derechos al uso Exclusivo sobre un personaje humano de caracterización. Sin embargo de la transcripción anterior podemos deducir que el Tribunal Colegiado de Circuito confunde dos figuras jurídicas las Reservas de Derechos al uso Exclusivo y el Derecho de Autor.

Por un lado, tenemos al Derecho de Autor y por el otro las Reservas de Derechos al uso Exclusivo. Al primero el artículo 11 de la Ley Federal del Derecho de Autor lo define como: “**Artículo 11.- El derecho de autores el reconocimiento que hace el Estado en favor de todo creador de obras literarias y artísticas** previstas en el artículo 13 de esta Ley, en virtud del cual otorga su protección para que el autor goce de prerrogativas y privilegios exclusivos de carácter personal y patrimonial.

Los primeros integran el llamado derecho moral y los segundos, el patrimonial.” (Negritas nuestras) Del numeral antes transscrito podemos advertir que el Estado Mexicano reconoce a los autores de obras literarias y artísticas determinados derechos (privilegios) de carácter personal¹ mismos que son inalienables, imprescriptibles, inembargables, irrenunciables² y perpetuos³ a su vez concede a los autores derechos patrimoniales⁴ o económicos los cuales a diferencia de los morales si se pueden transferir a terceros⁵ y tienen una vigencia de la vida del autor más 100 años a partir de la muerte de éste.⁶

En cuanto a las Reservas de Derechos al uso Exclusivo, éstas se encuentran reguladas en el Título VIII, Capítulo II de la Ley Federal del Derecho de Autor, denominado De las Reservas de Derechos al Uso Exclusivo, las cuales se definen en el artículo 173 de la Ley Federal del Derecho de Autor de la siguiente forma: “Artículo 173.- La reserva de derechos es la facultad de usar y explotar en forma exclusiva títulos, nombres, denominaciones, características físicas y psicológicas distintivas, o características de operación originales aplicados, de acuerdo con su naturaleza, a alguno de los siguientes géneros: I. Publicaciones periódicas: Editadas en partes sucesivas con variedad de contenido y que pretenden continuarse indefinidamente; II. Difusiones periódicas: Emitidas en partes sucesivas, con variedad de contenido y susceptibles de transmitirse; III. Personajes humanos de caracterización, o ficticios o simbólicos; IV. Personas o grupos dedicados a actividades artísticas, y V. Promociones publicitarias: Contemplan un mecanismo novedoso y sin protección tendiente a promover y ofertar un bien o un servicio, con el

-
- 1 Artículo 21.- Los titulares de los derechos morales podrán en todo tiempo: I. Determinar si su obra ha de ser divulgada y en qué forma, o la de mantenerla inédita; II. Exigir el reconocimiento de su calidad de autor respecto de la obra por él creada y la de disponer que su divulgación se efectúe como obra anónima o seudónima; III. Exigir respeto a la obra, oponiéndose a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de ella, así como a toda acción o atentado a la misma que cause demérito de ella o perjuicio a la reputación de su autor; IV. Modificar su obra; V. Retirar su obra del comercio, y VI. Oponerse a que se le atribuya al autor una obra que no es de su creación. Cualquier persona a quien se pretenda atribuir una obra que no sea de su creación podrá ejercer la facultad a que se refiere esta fracción.
 - 2 Artículo 19 de la Ley Federal del Derecho de Autor.
 - 3 Artículo 18 de la Ley Federal del Derecho de Autor.
 - 4 Artículo 27.- Los titulares de los derechos patrimoniales podrán autorizar o prohibir: I. La reproducción, publicación, edición o fijación material de una obra en copias o ejemplares, efectuada por cualquier medio ya sea impreso, fonográfico, gráfico, plástico, audiovisual, electrónico, fotográfico u otro similar. II. La comunicación pública de su obra a través de cualquiera de las siguientes maneras: a) La representación, recitación y ejecución pública en el caso de las obras literarias y artísticas, y c) El acceso público por medio de la telecomunicación; III. La transmisión pública o radiodifusión de sus obras, en cualquier modalidad, incluyendo la transmisión o retransmisión de las obras por: a) Cable; b) Fibra óptica; c) Microondas; d) Vía satélite, o e) Cualquier otro medio conocido o por conocerse. IV. La distribución de la obra, incluyendo la venta u otras formas de transmisión de la propiedad de los soportes materiales que la contengan, así como cualquier forma de transmisión de uso o explotación. Cuando la distribución se lleve a cabo mediante venta, este derecho de oposición se entenderá agotado efectuada la primera venta, salvo en el caso expresamente contemplado en el artículo 104 de esta Ley; V. La importación al territorio nacional de copias de la obra hechas sin su autorización; VI. La divulgación de obras derivadas, en cualquiera de sus modalidades, tales como la traducción, adaptación, paráfrasis, arreglos y transformaciones, y VII. Cualquier utilización pública de la obra salvo en los casos expresamente establecidos en esta Ley.
 - 5 Artículo 30 de la Ley Federal del Derecho de Autor.
 - 6 Artículo 29 de la Ley Federal del Derecho de Autor.

incentivo adicional de brindar la posibilidad al público en general de obtener otro bien o servicio, en condiciones más favorables que en las que normalmente se encuentra en el comercio; se exceptúa el caso de los anuncios comerciales." Como podemos observar del artículo antes transcrita el objeto de protección de una Reserva de Derechos al uso Exclusivo es totalmente diverso al del Derecho de Autor, toda vez que éste protege las obras creadas por autores y las Reservas de Derechos al uso Exclusivo protegen títulos, nombres, denominaciones, características físicas y psicológicas distintivas, o características de operación originales aplicadas a los distintos géneros de éstas, a cuyos titulares les **otorga** un derecho de uso y explotación de forma **exclusiva**.

Las principales diferencias que existen entre las Reservas de Derechos al uso Exclusivo y el Derecho de Autor son en primer lugar el objeto de protección ya que el Derecho de Autor protege obras literarias o artísticas en todas sus manifestaciones en términos de los artículos 3, 5, 13 de la Ley Federal del Derecho de Autor, en cambio las Reservas de Derechos al uso Exclusivo en general protegen otras creaciones intelectuales de conformidad con los géneros previstos en el artículo 173 de la Ley Autoral Mexicana como otro derecho de propiedad

intelectual con un tratamiento jurídico diverso al Derecho de Autor, otra de sus diferencias la encontramos en los efectos de sus registros, toda vez que el registro de una obra protegida por la Ley Federal del Derecho de Autor⁷ tiene efectos meramente declarativos⁸ en cambio el registro de una Reserva de Derechos al Uso Exclusivo tiene efectos constitutivos,⁹ de igual forma la vigencia de los derechos en ambas figuras es distinta como quedó asentado en párrafos precedentes tratándose del Derecho de Autor existe una dualidad en los elementos que lo integran, los derechos morales y patrimoniales, los primeros son perpetuos e imprescriptibles y los segundos tienen una vigencia de la vida del autor más 100 años, en cuanto a las Reservas de Derechos tratándose de Publicaciones y Difusiones periódicas será de 1 año a partir de su otorgamiento¹⁰ por lo que hace a los nombres artísticos, personajes y promociones publicitarias serán, de 5 años,¹¹ todas las anteriores con excepción de las promociones publicitarias pueden ser renovadas por períodos sucesivos iguales,¹² otro aspecto importante a tratar son los medios de impugnación existentes para ambas figuras, toda vez que la impugnación de un certificado de Registro de Obra se lleva a cabo ante los Tribunales Federales del Poder Judicial, en cambio las Reservas de Derechos al Uso Exclusivo pueden

7 Artículo 3.- Las obras protegidas por esta Ley son aquellas de creación original susceptibles de ser divulgadas o reproducidas en cualquier forma o medio.

8 **Artículo 59 del Reglamento de la Ley Federal del Derecho de Autor:** *El Registro se considera de buena fe y la inscripción comprenderá los documentos que, bajo protesta de decir verdad, presenten los promoventes. Las inscripciones y anotaciones hechas ante el Registro son declarativas y establecen una presunción legal de titularidad en favor de quien las hace, pero no son constitutivas de derechos.*

9 **Artículo 174.-** *El Instituto expedirá los certificados respectivos y hará la inscripción para proteger las reservas de derechos a que se refiere el artículo anterior.*

10 **Artículo 189.-** *La vigencia del certificado de la reserva de derechos otorgada a títulos de publicaciones o difusiones periódicas será de un año, contado a partir de la fecha de su expedición. Para el caso de publicaciones periódicas, el certificado correspondiente se expedirá con independencia de cualquier otro documento que se exija para su circulación.*

11 **Artículo 190.-** *La vigencia del certificado de la reserva de derechos será de cinco años contados a partir de la fecha de su expedición cuando se otorgue a: I. Nombres y características físicas y psicológicas distintivas de personajes, tanto humanos de caracterización como ficticios o simbólicos; II. Nombres o denominaciones de personas o grupos dedicados a actividades artísticas, o III. Denominaciones y características de operación originales de promociones publicitarias.*

12 Artículo 191 de la Ley Federal del Derecho de Autor.

impugnarse mediante un proceso de nulidad¹³ o cancelación¹⁴ según sea el caso, ante la Dirección de Reservas de Derechos¹⁵ del Instituto Nacional del Derecho de Autor,¹⁶ por último consideramos importante la diferencia que existe en la titularidad sobre ambas figuras tratándose de los derechos morales de autor siempre será una persona natural¹⁷ y para el caso de los patrimoniales será el mismo autor de forma primigenia pero puede transferirlos *inter vivos* mediante contratos¹⁸ a terceros, ya sean personas naturales o jurídicas y *mortis causa* a sus herederos, los cuales pueden a su vez transferirlos a terceros tal y como lo haría el autor en vida o excepcionalmente pasaran al Estado, por lo que hace a las Reservas de Derechos al uso Exclusivo estas pueden

tener como titulares a las personas naturales o jurídicas, y pueden cederse en cualquier momento durante su vigencia a terceros.

De las diferencias antes enunciadas que existen entre ambas figuras jurídicas llegamos a la conclusión de que si bien éstas se encuentran en la misma Ley (Ley Federal del Derecho de Autor), son totalmente distintas, por lo tanto consideramos que el Tribunal Colegiado se confunde al momento de resolver el amparo directo, ya que otorga o reconoce derechos inexistentes al titular de una Reserva de Derechos al Uso Exclusivo, los cuales pertenecen únicamente a los autores (creadores de obras literarias o artísticas) como ha quedado asentado en el presente trabajo. ©

-
- 13 Artículo 183.-** *Las reservas de derechos serán nulas cuando: I. Sean iguales o semejantes en grado de confusión con otra previamente otorgada o en trámite; II. Hayan sido declarados con falsedad los datos que, de acuerdo con el reglamento, sean esenciales para su otorgamiento; III. Se demuestre tener un mejor derecho por un uso anterior, constante e ininterrumpido en México, a la fecha del otorgamiento de la reserva, o IV. Se hayan otorgado en contravención a las disposiciones de este capítulo.*
- 14 Artículo 184.-** *Procederá la cancelación de los actos emitidos por el Instituto, en los expedientes de reservas de derechos cuando: I. El solicitante hubiere actuado de mala fe en perjuicio de tercero, o con violación a una obligación legal o contractual; II. Se haya declarado la nulidad de una reserva; III. Por contravenir lo dispuesto por el artículo 179 de esta Ley, se cause confusión con otra que se encuentre protegida; IV. Sea solicitada por el titular de una reserva, o V. Sea ordenado mediante resolución firme de autoridad competente.*
- 15 Artículo 11 del Reglamento Interior del Instituto Nacional del Derecho de Autor:** *PSon atribuciones del Director de Reservas de Derechos: ... VI. Admitir o desechar, substanciar y resolver, las solicitudes y procedimientos de declaración administrativa de nulidad o cancelación de reservas, promovidos por los usuarios, y, cuando proceda, iniciar los mismos de oficio o a petición del Ministerio Público de la Federación...*
- 16 Artículo 103.-** *El Instituto, como autoridad administrativa en materia de derechos de autor, tendrá las siguientes facultades:...X. Substanciar las declaraciones administrativas de cancelación y nulidad....*
- 17 Artículo 12.-** *Autor es la persona física que ha creado una obra literaria y artística.*
- 18 Artículo 30.-** *El titular de los derechos patrimoniales puede, libremente, conforme a lo establecido por esta Ley, transferir sus derechos patrimoniales u otorgar licencias de uso exclusivas o no exclusivas. Toda transmisión de derechos patrimoniales de autor será onerosa y temporal. En ausencia de acuerdo sobre el monto de la remuneración o del procedimiento para fijarla, así como sobre los términos para su pago, la determinarán los tribunales competentes. Los actos, convenios y contratos por los cuales se transmitan derechos patrimoniales y las licencias de uso deberán celebrarse, invariablemente, por escrito, de lo contrario serán nulos de pleno derecho.*

Autoridad competente para conocer de impugnaciones sobre constancias, anotaciones o inscripciones emitidas por el Registro Público del Derecho de Autor

Manuel Alfonso ARREDONDO CISNEROS

COMENTARIO A TESIS DE JURISPRUDENCIA

Novena Época
Registro: 168156
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Tesis Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo: XXIX, Enero de 2009
Materia(s): Administrativa
Tesis: I.1o.A.169 A,
Página: 2682

DERECHOS DE AUTOR. COMPETENCIA PARA CONOCER DE UN JUICIO EN QUE SE IMPUGNE LA INSCRIPCIÓN DE UNA OBRA EN EL REGISTRO PÚBLICO DEL DERECHO DE AUTOR. CORRESPONDE A LOS JUECES DE DISTRITO EN MATERIA ADMINISTRATIVA EN EL DISTRITO FEDERAL.

El artículo 214 de la Ley Federal del Derecho de Autor, sin denominarla expresamente, prevé una acción para poder impugnar una constancia, anotación o inscripción en el Registro Público del Derecho de Autor, estableciendo una competencia exclusiva a favor de los tribunales federales para conocer de dichas controversias, en las que el Instituto Nacional del Derecho de Autor deberá tener necesariamente el carácter de parte demandada. Interpretada la norma citada junto con los artículos 52, fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, y 24, fracciones IV y VII, del Código Federal de Procedimientos Civiles, que establecen, por un lado, la competencia específica de los Jueces de Distrito en Materia Administrativa para conocer de aquellas controversias que se susciten con motivo de la aplicación de las leyes federales, cuando deba decidirse sobre la legalidad o subsistencia de un acto de autoridad o de un procedimiento seguido por autoridades administrativas y, por el otro, que por razón de territorio es tribunal competente el del domicilio del demandado tratándose de acciones reales sobre muebles o de acciones personales, así como el del lugar en que se hizo una inscripción en el Registro Público de la Propiedad; de ahí que cuando la acción que se entable no tenga más objeto que decretar su cancelación, es indudable que tales juzgadores tienen competencia para resolver esa clase de asuntos, resultando innecesario, atento a los principios de primacía y especialidad de la ley, acudir a fuentes diversas de derecho para dilucidar a qué órgano jurisdiccional corresponde el conocimiento de dichos juicios." (Énfasis agregado)

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 191/2008. Productos Milken de México, S.A. de C.V. 11 de agosto de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Joel Carranco Zúñiga. Secretario: Agustín Gaspar Buenrostro Massieu."

De la tesis anterior podemos inferir que la vía idónea para la impugnación de una inscripción de obra en el Registro Público del Derecho de Autor es exclusivamente la **judicial**, a través de los jueces de distrito en materia administrativa, lo anterior derivado de una interpretación armónica del Título XI, Capítulo I denominado **Del Procedimiento ante autoridades Judiciales**, en específico del artículo 214 de la Ley Federal del Derecho de Autor que reza lo siguiente: *Artículo 214 En todo juicio en que se impugne una constancia, anotación o inscripción en el registro, será parte el instituto y solo podrán conocer de éllas los tribunales federales.* Del anterior artículo se deduce que el legislador decidió que los actos administrativos emitidos por la Dirección del Registro Público del Derecho de Autor tratándose de **constancias, anotaciones o inscripciones sean impugnadas por una sola vía la judicial** y no la administrativa, y

sin que sea materia concurrente como ocurre con el artículo 213 del mismo ordenamiento, es decir **sólo a nivel federal**, toda vez que en el texto de dicho artículo aparece la frase *“solo podrán conocer de él los tribunales federales”*, refiriéndose de conformidad con la denominación del capítulo I, del Título XI estrictamente a las **autoridades judiciales**, como se podrá observar en los demás artículos que integran el capitulado (artículo 213 a 216 bis) que regulan las acciones civiles concurrentes, las competencia penal federal, la obligación de dar aviso al Instituto Nacional del Derecho de Autor de cualquier juicio y la reparación del daño.

Al respecto, el actual artículo 214 de la Ley Federal del Derecho de Autor, vigente desde el 24 de marzo de 1997, tuvo como antecedentes los previstos en:

LEY O DECRETO	TÍTULO O CAPITULO	ARTÍCULO	CONTENIDO
Ley Federal sobre el Derecho de Autor publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de enero de 1948, en vigor desde el día 29 de enero de 1948.	Capítulo VI De los tribunales y procedimiento	127	En todo juicio de nulidad de registro será parte la Secretaría de Educación Pública y solamente podrán conocer de ellos los Tribunales Federales.
Ley Federal sobre el Derecho de Autor publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 31 de diciembre de 1956, en vigor desde el 30 de enero de 1957.	Capítulo VIII De las competencias y procedimientos	143	En todo juicio de nulidad de una constancia, anotación o inscripción en el registro, será parte la Secretaría de Educación Pública y sólo podrán conocer de ellos los tribunales federales.
Decreto de reformas y adiciones a la Ley Federal sobre el Derecho de Autor de fecha 21 de diciembre de 1963 que cambió su denominación por Ley Federal de Derechos de Autor, en vigor desde 22 de diciembre de 1963.	Capítulo IX De las competencias y procedimientos	149	En todo juicio de nulidad de una constancia, anotación o inscripción en el registro, será parte la Secretaría de Educación Pública y sólo podrán conocer de ellos los tribunales federales.

Del cuadro comparativo anterior, podemos observar que el legislador siempre ha considerado como única autoridad competente para la impugnación de una constancia, anotación o inscripción en el Registro Público del Derecho de Autor a los tribunales federales del Poder

Judicial, toda vez que desde 1948 se definió la competencia exclusiva para conocer de una acción de impugnación del acto administrativo registral, sin que el actual artículo 214 de la Ley disponga un término o plazo para proceder con la acción ante un Juez de Distrito.

No obstante la claridad de la norma y definición de la competencia mediante la tesis transcrita, en la actualidad se ha permitido, aceptado o tolerado una vía diversa para impugnar una constancia, anotación o inscripción en el Registro Público del Derecho de Autor, que es la acción administrativa mediante el juicio contencioso administrativo federal ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

Actualmente la Sala Especializada en materia de Propiedad Intelectual (en adelante SEPI) admite competencia para conocer de impugnaciones relacionadas con actos administrativos del Instituto Nacional del Derecho de Autor, como lo es el registro de obras que realiza la Dirección de Registro Público del Derecho de Autor, fundando su actuar en la Ley Orgánica de dicho Tribunal (Artículo 14, Fracción XI)¹ y en su Reglamento Interior (Artículo 23);² lo que podría ser cuestionable por diversos motivos, ya que si bien es cierto que en su Ley Orgánica y Reglamento Interior se faculta a dicho Tribunal para conocer de actos administrativos emitidos por instituciones pertenecientes a la Administración Pública Federal, como lo

es el INDAUTOR, no menos cierto es que la Ley Especial, en este caso la Ley Federal del Derecho de Autor a través de su artículo 214, establece competencia a favor de los tribunales federales judiciales para la impugnación de una constancia, anotación o inscripción en el Registro Público del Derecho de Autor.³

De acuerdo con lo anterior, consideramos que la SEPI tiene competencia para conocer de actos administrativos emitidos por el INDAUTOR⁴ cuya afectación es directa para quien realiza un trámite como son las negativas o el desechamiento a una solicitud de registro de obra, contrato, otorgamiento de Reserva de Derecho al Uso Exclusivo o asignación de números ISBN e ISNN, o por una resolución que no resulte favorable en un procedimiento de nulidad o cancelación de una reserva de derechos, de una declaración administrativa de infracción en materia de derechos de autor, de un recurso de revisión o en la emisión de una tarifa general o posiblemente hasta por la autorización o revocación de una sociedad de gestión colectiva, **pero no en el caso específico de la emisión de certificado de registro de obra o una anotación marginal al mismo.**

1 Artículo 14.- El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa conocerá de los juicios que se promuevan contra las resoluciones definitivas, actos administrativos y procedimientos que se indican a continuación:

...

XI.- Las dictadas por las autoridades administrativas que pongan fin a un procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente, en los términos de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo...

2 Artículo 23.- El Tribunal contará con una Sala Regional especializada en materia de propiedad intelectual, que se denominará "Sala Especializada en Materia de Propiedad Intelectual", con competencia en todo el territorio nacional y sede en el Distrito Federal.

Esta Sala Especializada tendrá competencia material para tramitar y resolver los juicios que se promuevan contra las resoluciones definitivas a que se refiere el artículo 14, fracciones XI, XII XIV, penúltimo y último párrafos de la Ley, dictadas con fundamento en la Ley de la Propiedad Industrial, en la Ley Federal del Derecho de Autor, en la Ley Federal de Variedades Vegetales, así como en los demás ordenamientos que regulan la materia de Propiedad Intelectual, o que tengan alguna injerencia en las citadas materias.

3 Para conocer de la naturaleza jurídica del Registro de Obras del INDAUTOR ver: Guerra Zamarro, Manuel, "Las Funciones Registrales del Instituto Nacional del Derecho de Autor", *Obra conmemorativa del 75 Aniversario de la Ley de Justicia Fiscal*, México, Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, 2011, t. IV, pág. 188.

4 Arteaga Alvarado, María del Carmen, "Competencia del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa en materia autoral", *Revista Mexicana del Derecho de Autor*, México, año 1, núm. 1, vol. 1, abril-junio, 2001, pp. 14 y 15.

Para todos los casos enlistados cuya impugnación sin duda alguna es competencia de la SEPI, la parte interesada (solicitante del trámite o procedimiento, o contraparte en el procedimiento instaurado ante el INDAUTOR) tendrá el término de 45 días hábiles para promover el juicio contencioso administrativo federal, situación diversa y de la cual no es posible establecer un término, es la que se presenta con toda aquella persona cuyo interés jurídico es invalidar en su caso, el registro de una obra emitido en favor de un tercero.

Por lo tanto llegamos a la conclusión de que el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa **carece** de competencia para conocer de las impugnaciones mencionadas en el artículo 214 de la Ley Federal del Derecho de Autor, toda vez que la Ley Federal del Derecho de Autor es **jerárquicamente superior** a la Ley Orgánica de un Tribunal y a un Reglamento Interior, además de ser ésta una **Ley Especial** en materia de derechos de autor, misma **que contiene los principios y lineamientos sobre la materia, pensar lo contrario se estaría en contra de la propia constitución del orden jurídico.**^{5,6} ©

5 Tamayo y Salmorán, Rolando, "Interpretación Constitucional, La falacia de la Interpretación cualitativa" en Vázquez, Ro-dolfo (Comp.), Interpretación Jurídica y Decisión Judicial, 8va reimpresión, México, Fontamara, 2008, pp. 104-114.

6 Ver: Tesis Aislada: Novena Época, registro 177210, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Ju-dicial de la Federación y su Gaceta, XXIX , Tomo XXII, Septiembre de 2005; Pág. 1529. "PRINCIPIO DE JERARQUÍA NOR-MATIVA. DEBEN RESPETARLO LAS DISPOSICIONES REGLAMENTARIAS O ADMINISTRATIVAS PARA SU VALIDEZ EN CASOS DE APLICACIÓN, INTERPRETACIÓN O INTEGRACIÓN".

Resguardo de obras registradas

Natalie Sammyter BRIONES SÁNCHEZ

ANÁLISIS DE RESOLUCIÓN

Resolución emitida el 12 de noviembre de 2012 por la demanda de nulidad del certificado autoral número 03-2010-083012091900-01 emitida por la Sala Especializada en Materia de Propiedad Intelectual del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. En su parte conducente señala:

"(...) La parte actora controvierte el registro de obra 03-2010-083012091900-01, propiedad del tercero interesado, por considerar que fue motivo de registro con base en hechos falsos, particularmente porque no se trata de una obra inédita según se le informó mediante el oficio con folio 03-2011-072111290200-11 de 28 de julio de 2011, ya que la obra de arte aplicado que ampara ya ha sido divulgada a través de su puesta a disposición al público.

En este sentido, la litis de este juicio contencioso administrativo, consiste en determinar si, como sostiene la actora, la obra de arte aplicado que protege el certificado de derechos 03-2011-072111290200-11, ya fue divulgada, lo que tomaría ilegal el certificado de derechos respectivo, por haberse registrado como una obra inédita cuando no lo es. (...)

No obstante, para dilucidar la litis de este juicio, lo procedente sería analizar si la obra protegida bajo el registro autoral 03-2010-083012091900-01 cuya titularidad corresponde a *****, coincide con aquellas que fueron apreciadas en las visitas de inspección o en las fe de hechos desahogadas a petición del actor en la empresa **** pues únicamente en esa medida se acreditaría la divulgación de dicha obra, lo que llevaría a la conclusión de que no se trata de una obra inédita.

Sin embargo, de las constancias que obran en autos, no se aprecia la titularidad correspondiente a *****, pues no obstante que fue requerido a la autoridad administrativa únicamente exhibe la carátula de dicho registro en la que se advierten los siguientes datos:

AUTOR: ****

TITULO: ****

RAMA: ARTE APLICADO

TITULAR: ****

Ello no obstante que también acompaña la solicitud de dicho certificado autoral, (ver folio 175 de autos), en cuyo reverso se advierte que a dicha solicitud se acompañó, entre otros documentos, dos ejemplares de la obra, en original. (...)

Sin que obste para lo anterior que la autoridad demandada haya señalado que no resultaba posible remitir dichas copias certificadas en razón de que se necesitaba

la autorización del titular de dicha obra, sustentando dicha negativa en lo que establece el artículo 164, de la Ley Federal del Derecho de Autor, toda vez que ese mismo dispositivo legal obliga a la autoridad administrativa a remitir dicho certificado de obra al haberse hecho en virtud de un mandamiento judicial. (...)

En tales consideraciones, a consideración de esta juzgadora, la parte actora no logra acreditar que la obra protegida por el certificado autoral 03-2010-083012091900-01 ha sido divulgada, en tal virtud, esta Sala se pronuncia por reconocer la validez de la inscripción del registro autoral en comento como obra inédita. (...)" (Subrayado nuestro)

De la lectura al fragmento de la resolución transcrita se desprenden diversos aspectos de los que resulta pertinente su análisis o comentario:

- La obtención de copias o el desahogo de una inspección ocular de obras bajo resguardo del INDAUTOR;
- El carácter de obra inédita para su registro ante el INDAUTOR, y
- La obtención de una copia del registro de obra, en el caso de obras inéditas, programas de cómputo y contratos de edición.

1. La obtención de copias o el desahogo de una inspección ocular de obras bajo reguardo del INDAUTOR.

De conformidad con las disposiciones de la Ley Federal del Derecho de Autor y su Reglamento, el registro de una obra es considerado de buena fe de acuerdo con los documentos que acompañe el promovente en su solicitud de registro que, bajo protesta de decir verdad, presente ante el Instituto Nacional del Derecho de Autor, sin que exista alguna regulación sobre

las condiciones, requisitos o formas del formato o soporte material de los ejemplares de la obra, o alguna limitación al respecto, sólo que sea en un soporte físico para su apreciación.

En respuesta a la solicitud de registro, el Instituto emite la resolución del trámite y, en caso favorable, hace entrega del Certificado de registro de obra, acompañado de uno de los ejemplares presentados con la solicitud, el cual fue debidamente revisado y cotejado con el otro ejemplar que se queda bajo resguardo de la Dirección del Registro Público del Derecho de Autor. Cabe mencionar que el Instituto no realiza ningún tipo de marcado al soporte material o al contenido de la obra, ni pone leyendas de protección o sellos de agua en las obras registradas, tanto al ejemplar que queda bajo resguardo como al entregado con el Certificado de registro, salvo la etiqueta con el número de registro adherido al soporte material.

En este sentido, la Dirección del Registro Público del Derecho de Autor mantiene bajo su resguardo los documentos y constancias de la obra registrada, incluido el ejemplar de la obra considerado como original para acreditar su existencia, la cual puede ser consultada previo trámite de búsqueda de antecedentes registrales. Dicha Dirección tiene la obligación, bajo los términos del artículo 164, fracción II, de la Ley Federal del Derecho de Autor, de proporcionar información o expedir copias certificadas de las constancias del registro, sin que se permita la salida de las constancias originales.

Las autoridades judiciales o administrativas al sustanciar un procedimiento, con la facultad de allegarse de mayores elementos de prueba, podrán acceder a los originales del expediente de una obra inscrita mediante el desahogo de una inspección en el recinto del Registro Público del Derecho de Autor. Las autoridades

podrán obtener una copia de la obra, la cual será para constancias en un procedimiento judicial o administrativo, de conformidad con el artículo 148, fracción VI, de la Ley Federal del Derecho de Autor.

Para la reproducción o duplicación de obras fijadas en soportes materiales distintos al papel se deberán aportar los medios técnicos necesarios para obtener una copia de la obra.

2. El carácter de obra inédita para su registro ante el INDAUTOR.

La Ley Federal del Derecho de Autor en su artículo 4, inciso B, fracción II, señala que las obras objeto de protección podrían ser, según su comunicación, inéditas como aquellas que no han sido divulgadas. Al respecto, el mismo ordenamiento dispone, en su fracción I, que las divulgadas son las que han sido hechas del conocimiento público por primera vez en cualquier forma o medio, total o parcialmente, en lo esencial de su contenido o, incluso, por la descripción de la misma.

El diccionario de la Real Academia Española (consultado el día cinco de agosto del dos mil trece en la página <http://www.rae.es/rae.html>), define: “**inédito** ta. (Del lat. *ineditus*). 1. adj. Escrito y no publicado. U. t. c. s. 2. adj. Dicho de un escritor: Que aún no ha publicado nada. 3. adj. Desconocido, nuevo...” en este sentido el glosario de la OMPI (publicado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual en Ginebra en el año de 1980) a foja 255 define como obra no publicada lo siguiente: “...Obra no publicada es

toda *obra que no haya sido hecha accesible al público en el sentido jurídico de *obra publicada, haya sido o no *divulgada públicamente de otra manera. La distinción de esta categoría es importante, habida cuenta de ciertas normas concretas de *protección, existentes en relación con las obras no publicadas, en la mayoría de las *legislaciones nacionales de derecho de autor y en los convenios internacionales...” De las definiciones anteriores se aprecia que una obra inédita es distinta al resto de las obras hechas del conocimiento público, ya que se trata de una obra que no se ha divulgado por la voluntad del autor o titular de los derechos morales.¹

Bajo este contexto, si el autor o, en su caso, su heredero o el comitente² o patrón³ decide registrar como inédita su obra ante el Registro Público del Derecho de Autor, al señalar en el formato respectivo que no se ha dado a conocer (numeral 4 del formato RPDA-01), para efectos de su registro se quedará bajo ese carácter, independientemente de que existan hechos notorios de su posterior divulgación. En todo caso, si hay una divulgación posterior el propio autor, su heredero o, en su caso, el titular de derechos patrimoniales de la obra, podrá solicitar la anotación marginal para el cambio de estatus, pero si no se procediera de esta manera para efectos del registro la obra permanece como inédita.

La Dirección del Registro Público del Derecho de Autor no cuenta con la facultad para cambiar el estatus de la obra registrada con el carácter de inédita, aún si existen hechos

1 Ver artículo 21, fracción I, de la Ley Federal del Derecho de Autor.

2 Ver artículo 83 de la Ley Federal del Derecho de Autor. Salvo pacto en contrario, el comitente de una obra por encargo ejerce la facultad de divulgación de la obra, por lo que esta persona física o moral será quien determine si la obra se mantiene como inédita o no para efectos del registro.

3 Ver artículo 84 de la Ley Federal del Derecho de Autor. En el caso de obra hecha bajo una relación contractual laboral, el empleador podrá divulgar la obra sin autorización del empleado, por lo que es el patrón quien determinará si la obra se mantiene como inédita o no para efectos del registro.

notorios que comprueben lo contrario o pruebas ofrecidas por un tercero e interesado en cambiar el estatus ante el registro de obra inédita, ya que en todo caso se requiere de una anotación marginal, que si no fuera de manera voluntaria por las partes legitimadas para ello, se requiere de una resolución judicial conforme a lo previsto en el artículo 214 de la Ley Federal del Derecho de Autor en relación con el artículo 67 de su Reglamento, que en su párrafo final prevé que “*a falta del consentimiento unánime de los interesados la anotación marginal sólo podrá efectuarse por resolución judicial*”, particularmente en el caso de coautorías y uno de ellos sea el interesado en modificar el dato de la obra que ya se dio a conocer.

Este tipo de anotaciones se podrán realizar en cualquier momento, máxime que una inscripción ante el Registro Público del Derecho de Autor es perpetua.

3. La obtención de una copia del registro de obra en el caso de obras inéditas, programas de cómputo y contratos de edición.

De conformidad con el artículo 164, fracción II, de la Ley Federal del Derecho de Autor, se ha visto la obligación de la Dirección del Registro Público del Derecho de Autor de proporcionar información de lo que esté bajo su resguardo, salvo lo que la misma Ley limita. Para tal efecto, hay que recordar que las disposiciones de la Ley son de orden público, de interés social y de observancia general en todo el territorio nacional, con fundamento en su artículo 2°.

Al respecto, el segundo párrafo de la fracción II del citado artículo 164, establece que en el caso de obras inéditas, programas de cómputo y contratos de edición sólo se obtendrán copias mediante la autorización del titular del derecho patrimonial o por mandamiento judicial. El antecedente de esta disposición

fue con la reforma al artículo 132, fracción II, de la entonces Ley Federal del Derecho de Autor, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 17 de julio de 1991, en la que se estableció lo siguiente “...Artículo 132, I...II.-Permitir que las personas que lo soliciten se enteren de las inscripciones y, salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente, de los documentos que obran en el Registro. Tratándose de programas de computación el acceso a los documentos sólo se permitirá mediando autorización del titular del derecho de autor, su causahabiente o por mandamiento judicial y sin menoscabo de los derechos de autor, en aquellos casos que determine el Reglamento, del Registro Público del Derecho de Autor...” (Subrayado nuestro), lo cual permite confirmar el error en la actual disposición, ya que para obras inéditas dispone que sea previa autorización del titular del derecho patrimonial, situación incongruente y contraria con el ejercicio del derecho moral de divulgación previsto en el artículo 21, fracción I, de la Ley Federal del Derecho de Autor.

En virtud de lo anterior, el Ministerio Público Federal, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa y el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, así como cualquier otra autoridad administrativa, quedan excluidas para obtener una copia mediante un requerimiento a la Dirección del Registro Público del Derecho de Autor, por no tratarse de autoridades judiciales, salvo que hayan obtenido la autorización del titular de los derechos patrimoniales de la obra o bien, la autoridad judicial haya otorgado una medida de este tipo previa solicitud de las autoridades administrativas, como el Ministerio Público Federal al Juez de Distrito de la causa penal.

La situación anterior guarda estrecha relación con el artículo 214 de la Ley Federal del Derecho de Autor al señalar que son competentes para conocer de la impugnación de un registro los tribunales judiciales federales. ©

¿Las descargas P2P¹ vulneran el derecho de autor en la Argentina?

Federico Andrés VILLALBA DÍAZ*

A propósito del fallo español del Juzgado Mercantil número 7 de Barcelona que absolió civilmente al titular de una página web que facilitaba el intercambio de archivos en formato P2P.

INTRODUCCIÓN

El pasado 9 de marzo el juez titular del Juzgado Mercantil número 7 de Barcelona rechazó íntegramente una demanda civil interpuesta por la Sociedad General de Autores y Editores de España (en lo sucesivo SGAE) contra el titular del sitio web denominado “elrincondejesus.com” acusándolo de haber reproducido y comunicado públicamente obras que se encontrarían dentro del repertorio que dicha sociedad de gestión administra.

Aunque todavía no se encuentra firme, resulta ser el primer antecedente de un pronunciamiento que no sólo desconoce un uso ilícito de las obras protegidas por el derecho de autor, sino que además establece en forma contundente la posibilidad de enlazar a usuarios a sitios de intercambio de archivos P2P de forma legal en España.

EL CASO

En la causa comentada, la SGAE fundamenta su reclamo en la violación de los derechos patrimoniales previstos en la Ley de Propiedad Intelectual española de explotación,² reproducción³ y comunicación pública,⁴ en su modalidad de puesta a disposición de las obras que detenta en su repertorio musical.

* Federico Villalba se desempeñó como Empleado administrativo en BRUCE -Asesores en Seguros-; Asistente en el Estudio Jurídico “Ceria-Beretta”; Auxiliar del Poder Judicial de la Nación, en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala “G”; Escribiente Auxiliar en el Juzgado Nacional en lo Civil No. 79; Escribiente en el Juzgado Nacional en lo Civil No. 53; Oficial en el Juzgado Nacional en lo Civil No. 79; Secretario Judicial en la Fiscalía Contravencional y Faltas No. 10 y como Secretario Judicial en la Fiscalía Contravencional y Faltas No. 3.

Actualmente trabaja como Fiscal titular en la Fiscalía en lo Contravencional y Faltas de Primera Instancia No. 12 del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.

1 Peer to Peer.

2 El artículo 17 de la Ley de Propiedad Intelectual española señala que: “Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de **explotación** de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley”.

3 El artículo 18 de la LPI menciona que: “Se entiende por **reproducción** la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias”.

4 El artículo 20.2 de la LPI señala: 2. “Especialmente, son actos de **comunicación pública**:

A posteriori, el juez consideró como hechos indubitados, entre otros, que la página web en cuestión ofrece realmente la posibilidad de descargar archivos de música, películas y otras obras audiovisuales mediante el sistema de enlace o "links" y que por lo menos algunas obras que se utilizaban por ese medio pertenecían al repertorio de la parte actora.

Pero cuando analizó los informes periciales y concluyó que el material que se distribuía no se encontraba almacenado en la página web y que no había ánimo de lucro directo ni indirecto por parte del titular de dicho sitio en Internet, concluyó lo siguiente: "[...] **el sistema de 'links' o enlaces no supone ni distribución, ni reproducción, ni comunicación pública** de las obras protegidas, ya que lo único que creó el autor del sitio demandado es un mero índice que facilita la búsqueda en redes de intercambio de archivos [...]"

El magistrado va más allá y examina la naturaleza misma del acceso a información en Internet y dice que: "*En sentido amplio, el sistema de enlaces constituye la base misma de Internet* y multitud de páginas y buscadores (como Google) permiten técnicamente hacer aquello que precisamente se pretende prohibir en este procedimiento, que es enlazar a las llamadas redes P2P [...]".

(La negrita es mía)

Y en el mismo sentido, cubre de un manto de legalidad al sistema de intercambio de obras, sosteniendo que: "[...] **las redes P2P, como meras redes de transmisión de datos entre particulares usuarios de Internet, no vulneran derecho alguno protegido por la Ley de Propiedad Intelectual** [...]".

Cuando una persona descarga un archivo para su uso privado a través de las redes P2P, que son legales, ese mismo acto es perfectamente lícito, razona el juez, siempre que no haga

-
- 4 a) Las representaciones escénicas, recitaciones, disertaciones y ejecuciones públicas de las obras dramáticas, dramáticos-musicales, literarias y musicales mediante cualquier medio o procedimiento.
b) La proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y de las demás audiovisuales.
c) La emisión de cualesquier obras por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes. El concepto de emisión comprende la producción de señales portadoras de programas hacia un satélite, cuando la recepción de las mismas por el público no es posible sino a través de entidad distinta de la de origen.
d) La radiodifusión o comunicación al público vía satélite de cualesquier obras, es decir, el acto de introducir, bajo el control y la responsabilidad de la entidad radiodifusora, las señales portadoras de programas, destinadas a la recepción por el público en una cadena ininterrumpida de comunicación que vaya al satélite y desde éste a la tierra. Los procesos técnicos normales relativos a las señales portadoras de programas no se consideran interrupciones de la cadena de comunicación.
- Cuando las señales portadoras de programas se emitan de manera codificada existirá comunicación al público vía satélite siempre que se pongan a disposición del público por la entidad radiodifusora, o con su consentimiento, medios de descodificación.
A efectos de lo dispuesto en los dos párrafos anteriores, se entenderá por satélite cualquiera que opere en bandas de frecuencia reservadas por la legislación de telecomunicaciones a la difusión de señales para la recepción por el público o para la comunicación individual no pública, siempre que, en este último caso, las circunstancias en las que se lleve a efecto la recepción individual de las señales sean comparables a las que se aplican en el primer caso.
- e) La transmisión de cualesquier obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono.
f) La retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los apartados anteriores y por entidad distinta de la de origen, de la obra radiodifundida.
Se entiende por retransmisión por cable la retransmisión simultánea, inalterada e íntegra, por medio de cable o microondas de emisiones o transmisiones iniciales, incluidas las realizadas por satélite, de programas radiodifundidos o televisados destinados a ser recibidos por el público.
- g) La emisión o transmisión, en lugar accesible al público, mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra radiodifundida.
h) La exposición pública de obras de arte o sus reproducciones.
i) La puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.
j) El acceso público en cualquier forma a las obras incorporadas a una base de datos, aunque dicha base de datos no esté protegida por las disposiciones del Libro I de la presente Ley.
k) La realización de cualquiera de los actos anteriores, respecto a una base de datos protegida por el Libro I de la presente Ley."

uso lucrativo ni colectivo del mismo una vez obtenida la copia. **Pero la mera obtención de la copia es un acto perfectamente legal**, insiste.

Además, recuerda la sentencia que la Ley de Propiedad Intelectual habla de la "legalidad de la fuente" y no de la "legalidad del acceso", "[...] de tal manera que **la mayoría de los usuarios de estas redes acceden legalmente a la obra**, por cuanto han celebrado un contrato lícito y válido a cambio de un precio con un prestador de servicios de la Red [...]."

El juez evalúa que estas copias, si son guardadas en un disco duro o en discos ópticos: "[...] precisamente porque son elementos susceptibles de recibir copias probadas de obras protegidas por propiedad intelectual, **están gravados con el correspondiente canon** o compensación equitativa del artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual [...]."

¿Hay **comunicación pública** cuando hablamos de P2P, otro de los requisitos que exige la ley para considerar la práctica ilegal? La sentencia reconoce que si bien hay una: "[...] puesta a disposición del público de obras sin distribución de ejemplares [...]" y que: "[...] ese comportamiento puede ir a una pluralidad de personas [...]", reconoce que **es complicado demostrarlo**, ya que se pueden dar casos como que el intercambio sea con una sola persona.

Por último, recuerda la sentencia la **imposibilidad de identificación del usuario** en los procedimientos civiles,⁵ aunque la SGAE recurre a otro tipo de estrategias para obtener dichas identificaciones.

SITUACIÓN EN ESPAÑA

En España las acciones judiciales en esta materia han dado distintos resultados.

Con argumentos similares al caso comentado, pero en el área penal, en marzo de este año el Juzgado de Instrucción número 1 de Madrid **ha archivado una causa contra una página web** que alojaba enlaces a páginas de descargas ilegales al entender que no está "justificar debidamente" la comisión del delito de la propiedad intelectual. Dicho en otras palabras, el link que facilita el acceso a las redes P2P es: "[...] solo una manera de proporcionar un acceso a otra web [...].". Este pronunciamiento todavía no se encuentra firme.

Igual que el caso anterior, el 17 de abril de 2008 el Juez de Instrucción número 4 de Cartagena ordenó el archivo definitivo de las actuaciones al entender que en la conducta de la página citada no había delito, utilizando argumentos tales como que: "[...] a través del principio de proporcionalidad, el operador jurídico debe discriminar, como no incardinables en el correspondiente tipo penal, aquellas conductas que no gozan de suficiente trascendencia [...]" haciendo expresa mención que el derecho penal es la última ratio reservada a acciones que no puedan perseguirse por los institutos creados por otras ramas del derecho y sugiriendo que la conducta investigada podría llegar a ser: "[...] una vulneración de los derechos de explotación de los titulares de los derechos de propiedad intelectual existentes sobre las obras afectadas al suponer una intermediación en la comunicación pública de las obras en cuestión [...]."

⁵ Y alude al caso Promusicae c/ Telefónica.

Sin embargo, dicho auto fue apelado y revocado por la **Audiencia Provincial de Murcia**, Sección 5^a que actúa como instancia revisora, en 14 de septiembre de 2009.

El pronunciamiento de la Alzada reconoce el posible carácter delictivo de los intercambios: “[...] en la medida que a través de las páginas con enlaces al P2P se pone a disposición de los usuarios de Internet los medios necesarios para la obtención de obras sujetas a derechos de Propiedad Intelectual, sin autorización de sus titulares, las conductas que se realizan a través de las redes P2P tienen cabida en los comportamientos típicos del artículo 270.1 del Código Penal [...]”, recoge la sentencia. Con este argumento, el mismo tribunal rechaza la doctrina sentada en un precedente anterior sobre un hecho análogo donde se consideró que “[...] ‘el link de superficie’, en la medida en que simplemente dirige al usuario a teclear más fácilmente el nombre de una página web, no está infringiendo la propiedad intelectual de ésta [...]”.⁶

Además, la resolución niega que las obras obtenidas mediante intercambios ‘Peer to Peer’ **se puedan considerar copia privada**, ya que son objeto de utilización colectiva y afectan así la exclusividad de la explotación de la obra y su reproducción, por lo que la interpretación de la Circular número 1/2006 de la Fiscalía General del Estado debe quedar superada por la reforma posterior de la Ley de Propiedad Intelectual según la cual sólo se considera “copia privada” la que procede de fuentes legales.

En el mismo sentido el mencionado tribunal considera que las conductas realizadas mediante el P2P pueden encuadrar en el concepto “comunicación pública” y añade que: “[...] **en esta comunicación pública existe ánimo de lucro**, ya que la actividad de los imputados se hace como un auténtico **cambio de dirección** [...].”⁷

Este auto se une a la sentencia dictada recientemente en Logroño que condenaba a los responsables de la página de intercambio de archivos ‘InfoPSP’, al contrario que otras decisiones judiciales dictadas en casos semejantes como el Auto de sobreseimiento del caso ‘Sharemula’.⁸ En ese sentido, La Audiencia Provincial de Madrid ha declarado el sobreseimiento definitivo de la causa que se seguía contra los administradores de la página web Sharemula. Con su decisión, contra la que **no cabe recurso**, el juzgado determina que no es delito proporcionar enlaces que facilitan la descarga de contenidos por los derechos de autor a través de redes P2P.

Según los jueces, los enlaces para descargas por P2P que ofrecía Sharemula constituyen solamente: “[...] una forma de facilitar al usuario de Internet el acceso a otra página web, ya que no reproducen la página enlazada, ni dan lugar a un almacenamiento de la misma en la propia página web de la remitente. Simplemente **ahorra el trabajo de teclear el nombre de la página en el buscador** [...]”, “Un enlace simple no supone una comunicación pública de una obra, sino una indicación de dónde se hace dicha comunicación [...]”, sostienen.

⁶ Auto de la Audiencia Provincial, Sección 2^a, de 11 de septiembre de 2008, número 582/2008, rec. 135/2008.

⁷ <http://responsabilidadinternet.wordpress.com/2009/09/26/a-apm-elitedivx>

⁸ <http://www.20minutos.es/noticia/525593/0/elitedivx/p2p/delito>

Sólo hay dos condenados por la vía penal por mercadear en Internet con archivos de películas sin el permiso del titular de los derechos.

El juzgado de lo penal de Vigo condenó en enero pasado a una pena de un año de prisión y a una indemnización de cerca de 1800 euros al dueño de 'simonfilmstv.com' una empresa de páginas web de *streaming*⁹ de películas y series.

Un año antes, el Juzgado de lo Penal número 1 de Logroño, La Rioja, el 25 de noviembre de 2008 condenó al dueño de la web 'infoPSP' en procedimiento abreviado a seis meses de cárcel y al pago de 4800 euros por lucrar mediante una web,¹⁰ que ofrecía enlaces para descarga de películas y videojuegos.¹¹ ©

Federico Andrés VILLALBA DIAZ

ABOGADO U.B.A (1990).

Fiscal ante el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Magister en Derecho, Universidad de Palermo, Buenos Aires, Especializado en Derecho Administrativo, UP, Especializado en **Programa de Posgrado en Derecho Penal**, U.P, **Director Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho del Entretenimiento** (AADE).

Miembro del Comité Asesor del Centro de Propiedad Intelectual (CPI) de la Universidad Austral, Buenos Aires, Argentina.

Formador virtual en Derecho de Autor y Derechos Conexos dictado por el CERLALC en 2010.

Profesor Titular de la materia **DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS y de DERECHO DE AUTOR PROFUNDIZADO** en la Maestría en Propiedad Intelectual de la Universidad Austral.

Ex profesor de grado y postgrado sobre Derechos Intelectuales en la Universidad de Buenos Aires, Universidad de Palermo, Universidad Abierta Interamericana, Universidad Argentina de la Empresa.

Profesore nel Programa de Propiedad Intelectual para estudiantes y jóvenes profesionales de Brasil, Convenio con Universidad del CEU, San Pablo, Brasil octubre 2006.

Diversas Publicaciones sobre la especialidad en el país y en el extranjero. **Conferencias en el país y en el extranjero.**

9 **Streaming.** Visualización en tiempo real sin necesidad de descargar el archivo.

10 *Infopsp.com*

11 http://responsabilidadinternet.wordpress.com/resol_jud/infopsp/9

¿Qué facultades se transfieren cuando es enajenado el soporte material de una obra pictórica?

Federico Andrés VILLALBA DÍAZ*

Comentario al voto de la Dra. Brilla de Serrat en el fallo: "Société Des Auteurs Dans Les Arts Graphiques et Plastiques c/ Asociación Amigos del Museo Nacional de Bellas Artes y otros/ propiedad intelectual Ley 11.723"

El fallo comentado (*) resulta inédito en nuestro país en el abordaje del tema tratado.

En efecto, en este sentido el derecho de exhibición pública de las obras pictóricas nunca fue desmembrado ni por la jurisprudencia ni por la doctrina, salvo alguna aislada afirmación dogmática.¹ Nadie hasta este momento creyó necesario explorar sobre el alcance de la transmisión del derecho de autor sobre una obra pictórica cuando es enajenado el soporte y nada se pacta por escrito. Sin embargo, el caso en análisis pone en evidencia la necesidad de aclarar ciertos límites.

Los derechos de explotación económica son los que otorgan al titular el derecho exclusivo de obtener para él un provecho pecuniario mediante la puesta en el comercio de la obra y están consagrados ampliamente en el artículo 2 de la Ley 11.723 en tanto dispone que: "*el derecho de propiedad de una obra científica, literaria o artística, comprende para su autor la facultad de disponer de ella, de publicarla, de ejecutarla, de representarla, y de exponerla en público, de enajenarla, de traducirla, de adaptarla o de autorizar su traducción y de reproducirla en cualquier forma.*"

Y en particular, el artículo 54 de la Ley de Propiedad Intelectual establece lo siguiente: "*La enajenación o cesión de una obra pictórica, escultórica, fotográfica o de artes análogas, salvo pacto en contrario, no lleva implícito el derecho de reproducción que permanece reservado al autor o sus derechohabientes.*"

* Federico Villalba se desempeñó como Empleado administrativo en BRUCE -Asesores en Seguros-; Asistente en el Estudio Jurídico "Ceria-Beretta"; Auxiliar del Poder Judicial de la Nación, en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala "G"; Escribiente Auxiliar en el Juzgado Nacional en lo Civil No. 79; Escribiente en el Juzgado Nacional en lo Civil No. 53; Oficial en el Juzgado Nacional en lo Civil No. 79; Secretario Judicial en la Fiscalía Contravencional y Faltas No. 10 y como Secretario Judicial en la Fiscalía Contravencional y Faltas No. 3.

Actualmente trabaja como Fiscal titular en la Fiscalía en lo Contravencional y Faltas de Primera Instancia No. 12 del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.

1 Emery, Miguel A., *Propiedad Intelectual*, Ley 11.723, 2^a reimpresión, Astrea, p. 239.

Como podrá observarse, la norma dice claramente qué facultades quedan en reserva del titular de derechos de autor, más no exactamente qué derechos son enajenados mediante la venta del soporte y su alcance.

En su ampliación de fundamentos, la Dra. Ana M. R. Brilla de Serrat analiza con meridiana claridad el contenido del mencionado artículo en cuanto dispone, por un lado, un reconocimiento expreso del principio de interpretación restrictiva a favor del creador que establece de manera desordenada la Ley de Propiedad Intelectual y, por el otro, y sin afectar el principio *favor auctore* que surge del mismo cuerpo normativo, **el reconocimiento implícito al derecho de exhibición pública y privada sobre el arte adquirido como contraprestación del acto jurídico de la compraventa.**

La obra, definiéndola como la expresión original de una idea, es un bien inmaterial que como cualquier actividad intelectual puede ser explotada y comercializada tantas veces como posibilidades materiales existan.² Y el derecho de autor permite a su titular que dicha explotación sea limitada al giro económico expresamente convenido o, en su caso, al que normalmente surge inherente de los usos normales de la obra.

Si la cesión de los derechos es exclusiva, el titular del derecho de autor no puede transferir a otra persona el mismo derecho; ya no lo posee por la obvia aplicación del principio *nemo plus iuris*: Nadie puede transmitir un mejor derecho del que gozaba.

Con respecto a la venta de obras pictóricas y plásticas en general surge claramente que el derecho transmitido es el mismo

por el cual era ejercido antes que fuera efectiva la enajenación: la exhibición del arte contenido en el soporte material. El autor puede comercializar su creación de la manera que más le convenga. Puede autorizar a que realicen postales, afiches, tapas de libros, etc., con su obra y cualquier acto de reproducción que se le ocurra. Pero cuando el titular cede los derechos de comunicación pública, entendiéndose por tales los actos que comprenden toda explotación que no se realice mediante copias y que pueda llegar a un número indeterminado de personas, el adquirente del soporte resultará ser titular de la exhibición pública o privada de la obra contenida.

Dicho de otra manera, quien compra un cuadro en una feria, una galería de arte o concurre directamente al atelier del pintor para encargarlo, lo adquiere para exhibirlo. Y resulta irrelevante si con la muestra de la tela se lucra o no, porque los contratos deben ser interpretados de buena fe y con el alcance de lo que las partes verosímilmente pensaron cuando pactaron.³

Por ello resulta clarificadora la sentencia recurrida, ya que ayuda a interpretar una norma de antigua data pero siempre vigente.

Se transcribe el voto del fallo en comento:

(*) "La doctora Brilla de Serrat dijo: Uno de los temas liminares que se plantean en estas actuaciones se vincula con el derecho a exhibir públicamente las obras cuyos soportes en copias serigráficas fueron adquiridos por "The Jewish Museum", cuya titularidad, tal como se expresara en el voto que antecede, no se cuestiona."

2 Artículo 2 de la Ley 11.723 de la Propiedad Intelectual.

3 Artículo 1198 del Código Civil, primer párrafo, por aplicación del artículo 12 de la Ley 11.723 de la Propiedad Intelectual.

La actora, "Société des Auteurs dans les Arts Graphiques et Plastiques", por los alegados herederos de Marc Chagall se agravan por el hecho que el magistrado de grado sostuvo en su decisorio que ni la ley de derechos de autor ni las convenciones internacionales aplicables "contemplan el pago de derechos de autor de una obra pictórica, que ha sido enajenada o cedida, por su exposición pública".

Agrega la accionante que si bien la legislación no resulta suficientemente clara al regular esta cuestión, se hace necesario distinguir entre la divulgación de la obra y la explotación comercial de la misma, destacando que la enajenación del soporte simplemente otorga al adquirente el derecho a mostrarlo, mientras que la explotación económica que pudiera derivarse de la exhibición, resultaría ser un derecho distinto, el cual debería ser expresamente cedido. En tal sentido, se marca la diferencia entre la divulgación y la explotación comercial, en la circunstancia que no se cobre entrada para su muestra o se perciba una determinada tarifa a esos efectos.

A esta altura de la cuestión debemos preguntarnos acerca de cuáles son los derechos que se transmiten cuando se enajena una obra pictórica y no median condiciones predispostas de algún modo por contrato. En este sentido, el art. 54 de la ley 11.723 establece una doble norma en cuanto se refiere a qué tipo de derechos se transfieren cuando se cede una obra pictórica.

El primer precepto se deriva del principio de interpretación restrictiva que rige en la transmisión de los derechos intelectuales y se encuentra consagrado en el mismo cuerpo normativo conjuntamente con los arts. 38, 47 y 55, entre otros. Por lo demás, siendo tal interpretación a favor del creador, no hace más que traducir el sentido común que debe prevalecer en este tipo de cuestión. En efecto, quien adquiere una obra plástica no suele creer

que dispone de derechos para reproducirla. Tal facultad, si no se transfiere expresamente, queda a favor del titular del derecho de autor.

La segunda cuestión se halla vinculada con el establecimiento de una transmisión presunta del derecho a exponer pública o privadamente la obra, sea en original o en copia el soporte enajenado. En tal sentido, se puede deducir este traspaso no sólo de la naturaleza material de la obra plástica que permite concebir posesiones excluyentes, sino además de la consecuencia propia de la normal comercialización de un soporte que contiene una creación como las enumeradas en el art. 54 de la Ley de Propiedad Intelectual.

A estos efectos, resulta casi imposible pensar que el enajenante de un cuadro, por ejemplo, pueda mantener durante todo el tiempo de duración del dominio privado el control del lugar de exhibición, ya sea en un domicilio particular, galería, muestra especial, museos, otras actividades culturales, etc. Expuesta la cuestión de otra manera, va de suyo que quien adquiere una obra pictórica generalmente lo hace para mostrarla y exponerla. Se trata del goce que le es ínsito a la naturaleza de este género de creaciones.

Sin perjuicio de destacar que la ley argentina no resuelve explícitamente la cuestión, como así tampoco la mayor parte de las legislaciones autorales latinoamericanas, la Ley de Propiedad Intelectual de España en su art. 56, incs. 1 y 2, admite la presunción de cesión del derecho de exposición, ya que establece que el autor puede expresamente reservarse el derecho a exponer públicamente su obra si así lo pactara en el acto de enajenación.

Una excepción en este continente la brinda la ley peruana a través del Decreto legislativo N° 822, que establece expresamente el principio que sostengo en este voto. La aludida norma dispone en el art. 81 que "Salvo pacto en contrario, el contrato de enajenación material que contiene

una obra de arte, confiere al adquirente el derecho de exponer públicamente la obra".

Podemos concluir en este punto que cuando el autor enajena el soporte que contiene la obra se celebra una cesión del

derecho de exposición pública o privada, el cual admite las limitaciones propias del respeto de los derechos morales y de los actos de reproducción que se encuentran expresamente vedados al adquirente salvo pacto en contrario." ©

Federico Andrés VILLALBA DIAZ

ABOGADO U.B.A (1990).

Fiscal ante el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Magister en Derecho, Universidad de Palermo, Buenos Aires, Especializado en Derecho Administrativo, UP, Especializado en **Programa de Posgrado en Derecho Penal**, U.P, **Director Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho del Entretenimiento** (AADE).

Miembro del Comité Asesor del Centro de Propiedad Intelectual (CPI) de la Universidad Austral, Buenos Aires, Argentina.

Formador virtual en Derecho de Autor y Derechos Conexos dictado por el CERLALC en 2010.

Profesor Titular de la materia **DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS y de DERECHO DE AUTOR PROFUNDIZADO** en la Maestría en Propiedad Intelectual de la Universidad Austral.

Ex profesor de grado y postgrado sobre Derechos Intelectuales en la Universidad de Buenos Aires, Universidad de Palermo, Universidad Abierta Interamericana, Universidad Argentina de la Empresa.

Profesor en el Programa de Propiedad Intelectual para estudiantes y jóvenes profesionales de Brasil, Convenio con Universidad del CEU, San Pablo, Brasil octubre 2006.

Diversas Publicaciones sobre la especialidad en el país y en el extranjero. **Conferencias en el país y en el extranjero.**

Sección IV

Tesis o jurisprudencias comentadas



Independencia entre las acciones administrativas y civiles

Gisela IBARRA SALAZAR

COMENTARIOS A LAS TESIS AISLADAS:

- “DERECHOS DE AUTOR. LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS EN LA VÍA JURISDICCIONAL REQUIERE UNA PREVIA DECLARACIÓN POR PARTE DEL INSTITUTO MEXICANO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, SOBRE LA EXISTENCIA DE INFRACCIONES EN LA MATERIA.”
- “DERECHOS DE AUTOR. LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN LA VÍA JURISDICCIONAL SÓLO ESTÁ CONDICIONADA A LA DECLARACIÓN PREVIA DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA CUANDO LA CONTROVERSIAS DERIVA DE UNA INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA O EN MATERIA DE COMERCIO REGULADA POR LOS ARTÍCULOS 229 Y 231 DE LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR.”

Las Tesis en comento fueron resultado de una interpretación errónea o por confusión en la naturaleza jurídica de las distintas figuras o derechos de propiedad intelectual, toda vez que se emitieron con apego a la Jurisprudencia por contradicción de tesis en materia de propiedad industrial 13/2004¹ cuya naturaleza y regulación evidentemente es distinta a la materia autoral.

Los juzgadores en su momento no consideraron que la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) no establecía en ninguno de sus preceptos que previamente al procedimiento judicial debía agotarse uno administrativo, haciendo referencia al principio de definitividad, o bien que todo tipo de acciones derivadas de la violación a la LFDA fuese competencia exclusiva del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI).

Si bien es cierto que al INDAUTOR y al IMPI les corresponden la declaración de infracciones administrativas cuando se actualiza alguna de las hipótesis previstas en los artículos 229 y 231 y en consecuencia la imposición de las multas contempladas en los artículos 230 y 232, todos de la LFDA, la finalidad del procedimiento administrativo es única y exclusivamente sancionadora y se da en el marco de las relaciones Estado – particular; en tanto, el objetivo de las acciones civiles es netamente conmutativa, cuya relación atañe sólo a particulares, por lo cual las primeras no pueden constituir un requisito de procedibilidad para ejercitar acción civil para la reparación del daño ocasionado.

¹ PROPIEDAD INDUSTRIAL. ES NECESARIA UNA PREVIA DECLARACIÓN POR PARTE DEL INSTITUTO MEXICANO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, SOBRE LA EXISTENCIA DE INFRACCIONES EN LA MATERIA PARA LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS. [J]; 9a. Época, 1a. Sala, S.J.F. y su Gaceta, Tomo XIX, Mayo de 2004, PÁG. 365.

Aunado a lo anterior, el Reglamento de la Ley Federal del Derecho de Autor (RLFDA) en los artículos 137 y 138 prevé lo siguiente:

"Artículo 137.- *Cualquier violación a los derechos y a las prerrogativas establecidos por la Ley, faculta al afectado para hacer valer las acciones civiles, penales y administrativas que procedan."*

"Artículo 138.- *El ejercicio de las acciones establecidas en la Ley dejará a salvo el derecho de iniciar otro procedimiento de conformidad con la misma, el Código Civil Federal, el Código de Comercio, la Ley de la Propiedad Industrial o, en su caso, la legislación común aplicable, así como presentar denuncia o querella en materia penal."*

De los preceptos señalados se desprende que ante cualquier violación a los derechos protegidos por la LFDA se pueden ejercitar de manera indistinta las acciones civiles, penales o administrativas.

Siguiendo este orden de ideas, he de señalar que no obstante lo previsto en el RLFDA, los Tribunales Federales por la aplicación de la Jurisprudencia en materia de propiedad indus-

trial ya indicada, se han declarado incompetentes para el conocimiento de los juicios por reparación del daño moral o material ocasionado por la violación de un derecho protegido por la LFDA; hasta que se agotase el procedimiento de infracción en materia de comercio ante el INDAUTOR o IMPI.

Con la reforma a la LFDA publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2013, se adicionó un tercer párrafo al artículo 213, que a la letra dice: "Para el ejercicio de las acciones derivadas de la presente Ley y su Reglamento no será necesario agotar ningún procedimiento ni acción previa como condición para el ejercicio de dichas acciones."

Con su entrada en vigor el 8 de agosto de 2013, los jueces en materia civil no podrán desechar una demanda por medio de la cual se reclame cualquier tipo de violación, por ejemplo, a un derecho de autor o derechos conexos y se reclame adicionalmente o conjuntamente la reparación del daño moral o material, así como la indemnización por daños y perjuicios, argumentando no haberse agotado los procedimientos administrativos, particularmente los de infracción en materia de derechos de autor o en materia de comercio.

Localización:	Novena Época	DERECHOS DE AUTOR. LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS EN LA VÍA JURISDICCIONAL REQUIERE UNA PREVIA DECLARACIÓN POR PARTE DEL INSTITUTO MEXICANO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, SOBRE LA EXISTENCIA DE INFRACCIONES EN LA MATERIA.
Instancia:	Primera Sala	
Fuente:	Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta	
Tomo:	XXVIII, Agosto de 2008	
Página:	47	
Tesis:	1a. LXXX/2008	
Tesis Aislada		
Materia(s):	Administrativa	

Del examen del diseño normativo de la Ley Federal del Derecho de Autor, así como de su interpretación teleológica, con base en la exposición de motivos que acompañó el Presidente de la República a la iniciativa enviada a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, el 12 de noviembre de 1996, se advierte que las disposiciones reguladoras en la materia han alcanzado un alto grado de autonomía por especialización legislativa respecto de las normas del derecho civil y del mercantil, por lo que su aplicación administrativa corresponde a órganos del Poder Ejecutivo Federal, específicamente, al Instituto Nacional del Derecho de Autor y al Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial. De igual manera, se arriba a la convicción de que ha sido voluntad del legislador generar un procedimiento de naturaleza administrativa por medio del cual se resuelvan las infracciones en materia de derechos de autor y de comercio, con el objeto de establecer una diferenciación entre el incumplimiento de las obligaciones administrativas, en relación con los derechos autorales y la violación de dichos derechos en su concreción patrimonial en el campo de la industria y el comercio, distinguiendo para ello entre infracciones en materia de derechos de autor, reflejadas como las atentatorias de la regulación administrativa de los derechos autorales, y las infracciones en materia de comercio, vislumbradas como aquellas que

se presentan cuando existe violación de derechos a escala comercial o industrial, que por su propia naturaleza requieren de un tratamiento altamente especializado, ágil y expedito. Además, respecto de los derechos previstos en la Ley Federal del Derecho de Autor opera el mismo principio de especialidad que rige a los derechos regulados en la Ley de la Propiedad Industrial y, por ende, la procedencia de la acción de indemnización por daños y perjuicios en la vía jurisdiccional requiere una previa declaración, en el procedimiento administrativo respectivo, por parte del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial sobre la existencia de infracciones en la materia.

Amparo directo en revisión 1121/2007. Diego Pérez García. 21 de mayo de 2008. Mayoría de tres votos. Ausente: Sergio A. Valls Hernández. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: José Francisco Castellanos Madrazo.

Nota: Sobre el tema tratado existe denuncia de contradicción de tesis 405/2009 en el Tribunal Pleno.

Localización:	Novena Época
Instancia:	Primera Sala
Fuente:	Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo:	XXXIII, Febrero de 2011
Página:	613
Tesis:	1a. XXIX/2011
Tesis Aislada	
Materia(s):	Civil

DERECHOS DE AUTOR. LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN LA VÍA JURISDICCIONAL SÓLO ESTÁ CONDICIONADA A LA DECLARACIÓN PREVIA DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA CUANDO LA CONTROVERSIA DERIVA DE UNA INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA O EN MATERIA DE COMERCIO REGULADA POR LOS ARTÍCULOS 229 Y 231 DE LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR.

La Ley Federal del Derecho de Autor prevé que la aplicación administrativa de la ley corresponde al Instituto Nacional del Derecho de Autor cuando se cometan las infracciones administrativas establecidas en su artículo 229, las cuales atentan contra los derechos autorales, y corresponde al Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial cuando se cometan las infracciones en materia de comercio reguladas por el numeral 231 de la citada ley, las cuales constituyen violaciones de derechos a escala comercial, industrial o prácticas desleales de comercio. En consecuencia, la competencia de dichos órganos se limita al conocimiento y sanción de infracciones administrativas y en materia de comercio respecto de derechos de autor y, por tanto, no se hace extensiva a controversias de naturaleza civil o penal -que no deriven de infracciones administrativas o de comercio- de cuyo conocimiento son competentes los

tribunales de la Federación y de las entidades federativas en términos de los artículos 213, 216 y 216 bis de la misma ley. De ahí que la procedencia de la acción de indemnización de daños y perjuicios en la vía jurisdiccional sólo está condicionada a la declaración previa de la autoridad administrativa cuando la controversia deriva de una infracción administrativa o en materia de comercio regulada por los artículos 229 y 231 de la Ley Federal del Derecho de Autor, en caso contrario, la acción de indemnización por daños y perjuicios puede ejercerse directamente ante la autoridad jurisdiccional, sin necesidad de declaración previa.

Amparo directo 11/2010. Cinemex Altavista, S.A. de C.V. y otras. 1o. de diciembre de 2010. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretaria: Rosa María Rojas Vértiz Contreras

Tesis aislada de la 1^a sala en materia civil de la SCJN. Sociedad de Gestión Colectiva.

Una vez obtenida la autorización del Instituto Nacional del Derecho de Autor para operar, se crea una presunción *iuris tantum* de legitimación a su favor respecto de la representación de los autores y titularidad del repertorio que administra para el ejercicio de los derechos colectivos

Benjamín Vicente MUÑOZ MATEU

I. Texto de la tesis aislada. **II.** Objeto del Amparo Directo 11/2010. **III.** Sentencia de Amparo Directo 11/2010. **IV.** Conclusión.

TEXTO DE LA TESIS AISLADA



Registro No.	162699 -SCJN
Localización:	Novena Época
Instancia:	Primera Sala
Fuente:	Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo:	XXXIII, Febrero de 2011
Página:	628
Tesis:	1a. XXVII/2011
Tesis Aislada	
Materia(s):	Civil

SOCIEDADES DE GESTIÓN COLECTIVA. UNA VEZ OBTENIDA SU AUTORIZACIÓN PARA OPERAR COMO TALES POR EL INSTITUTO NACIONAL DEL DERECHO DE AUTOR, SE CREA UNA PRESUNCIÓN *IURIS TANTUM* DE LEGITIMACIÓN A SU FAVOR RESPECTO DE LA REPRESENTACIÓN DE LOS AUTORES Y TITULARIDAD DEL REPERTORIO QUE ADMINISTRA PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS COLECTIVOS. El artículo 200 de la Ley Federal del Derecho de Autor prevé un régimen de legitimación especial para las sociedades de gestión colectiva que las exime de cumplir con los presupuestos procesales respecto de cada autor representado y de acreditar en forma individualizada la titularidad de cada obra administrada en procedimientos judiciales y administrativos. Lo anterior atiende a su naturaleza, dado que su función no es proteger una obra o autor determinado, sino un repertorio integrado por un conjunto de obras de autores nacionales y extranjeros, por lo que una vez obtenida su autorización para operar como tales por el

III

Instituto Nacional del Derecho de Autor, se crea una presunción *iuris tantum* de legitimación a favor de la sociedad de gestión colectiva respecto de la representación de los autores y titularidad de las obras que administra para el ejercicio de los derechos colectivos, la cual admite prueba en contrario. Sin que sea óbice a lo anterior que para que surta efectos la presunción de legitimación respecto de autores residentes en México, el mismo artículo requiere que éstos le hayan otorgado a la referida sociedad poder general para pleitos y cobranzas que haya sido inscrito en el Registro Público del Derecho de Autor, mientras que respecto de los autores extranjeros es suficiente con la inscripción en dicho registro de los convenios de reciprocidad celebrados con sociedades de autores extranjeras a las que éstos pertenezcan. En consecuencia, basta que la sociedad de gestión colectiva acredite estar debidamente constituida, haber sido autorizada por el Instituto Nacional del Derecho de Autor para actuar como tal, y que exhiba en juicio las certificaciones expedidas por el Registro Público del Derecho de

Autor respecto de la inscripción de los poderes y los convenios de reciprocidad, para que en términos del artículo 168 de la citada ley surta efectos la presunción de certeza de los actos inscritos, así como la presunción *iuris tantum* de legitimación a favor de la sociedad de gestión colectiva respecto de la titularidad y representación del repertorio que administra para el ejercicio de los derechos colectivos. Lo anterior sin perjuicio de que la sociedad de gestión colectiva acredite la titularidad individual de las obras administradas mediante la exhibición al juicio de las fichas técnicas *cue sheets* que relacionan el nombre de la obra cinematográfica, el nombre del autor de la obra musical, el porcentaje que a cada autor corresponde y el nombre de la sociedad autoral a la que pertenecen, conforme a la práctica internacional.

Amparo directo 11/2010. Cinemex Altavista, S.A. de C.V. y otras. 10. de diciembre de 2010. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretaria: Rosa María Rojas Vértiz Contreras.

OBJETO DEL AMPARO DIRECTO 11/2010

En contra de la sentencia dictada el 12 de agosto de 2009 por la 3^a Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal ¹ el 7 de septiembre de 2009 diversas sociedades mercantiles responsables de exhibiciones cinematográficas interpusieron una demanda de amparo directo ante el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, teniendo como principal fundamento legal la aplicación del artículo 26bis de la LFDA relativo a la remuneración equitativa a los autores por la comunicación pública de sus obras. Posteriormente las mismas demandantes solicitaron a la SCJN que ejerciera la facultad de

atracción para que conociera del asunto por el interés general que motiva la causa. En sesión de 10 de febrero de 2010, por unanimidad de cinco votos la 1^a Sala del Alto Tribunal dictó sentencia en la que determinó ejercer la facultad de atracción solicitada, para conocer del amparo directo.

El Alto Tribunal realiza una síntesis de las violaciones de las que se duelen las quejosas y según las va relacionando las acompaña del razonamiento legal en los respectivos resolutivos:

¹ En el toca de apelación 455/08

- a) falta de legitimación de la tercero perjudicada;
- b) objeción de documentos y valoración probatoria;
- c) falta de contrato que obligue a las quejas;
- d) intereses por mora;
- e) indemnización por daños y perjuicios;
- f) condena al pago del IVA;
- g) prescripción del pago de regalías.

SENTENCIA DE AMPARO DIRECTO 11/2010

El 1 de diciembre de 2010 la 1^a Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió por unanimidad de cuatro votos la denegación del amparo directo interpuesto por las quejas en contra de la sentencia de la 3^a Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, de 12 de agosto de 2009, al resolver en el toca de apelación; en consecuencia se ordenó la vuelta de los autos al lugar de origen.

Entre las violaciones que conforman la demanda de garantías que nos ocupa, vamos a reducir nuestro examen a la reclamación por falta de legitimación de la tercero perjudicada, por constituir su denegación el objeto específico de la presunción *iuris tantum* que da nombre a la tesis en comento.

Argumentan las quejas que la Sala del tribunal colegiado no señaló quiénes son los compositores a los que supuestamente representa la sociedad de gestión colectiva perjudicada ni se demostró la existencia de poderes debidamente otorgados por los compositores supuestamente representados por dicha sociedad. Tampoco quedó demostrado un apoderamiento para pleitos y cobranzas ni se identificaron las obras musicales cuya ejecución pública motivaba la percepción de regalías, considerando como absurdo que la cuestión de la propia existencia de la ejecu-

ción pública de una obra musical se dejara para un incidente de ejecución de sentencia, aduciendo la costumbre de que los compositores de música ceden sus derechos a favor de editores de música o productores de cine, y que debido a la falta de inscripción de tales contratos, no es posible conocer en qué casos los autores han cedido sus derechos. Concluyen las quejas que el establecimiento de un régimen especial para la representación en los artículos 194 y 200 de la LFDA violaría las garantías consagradas en los artículos 13, 14 y 16 constitucionales, no siendo admisible que se dispense a las sociedades de gestión colectiva acreditar en juicio la representación que dicen tener.

El Alto Tribunal denegó la pretensión que reclamaba una falta de legitimación de la sociedad de gestión colectiva, sosteniendo que las cuestiones relativas a la falta de cumplimiento de los presupuestos procesales que establece el derecho civil mexicano para acreditar la legitimación en el proceso [cada uno de los poderes que le otorgaron los compositores nacionales y extranjeros que dice representar, así como la identificación de las obras musicales que han sido públicamente ejecutadas] son asuntos que ya fueron resueltos por el 10º Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito al resolver el segundo amparo interpuesto por la sociedad de gestión colectiva² y que por tanto tales cuestio-

2 La 3^a Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito cuya Sentencia de 12 de agosto de 2009 es objeto del Amparo Directo 11/2010 en comento, se vio abocada a dictar dos Sentencias anteriores con motivo del mismo toca de apelación 455/08 [en contra de la Sentencia dictada en primera instancia el 3 de enero de 2008 por el Juzgado 29 de lo Civil del Distrito Federal] en cumplimiento de sendos recursos de Amparo resueltos por el 10º Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito en las fechas correlativas del 10 de noviembre de 2008 y el 1 de julio de 2009.

nes son cosa juzgada. De esta manera, se precisa como acto reclamado en el juicio de amparo promovido por las quejas, el de la sentencia cumplimentadora del Amparo Directo; la resolución dictada el 12 de agosto de 2009, en el toca de apelación 455/08, por la 3^a Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

A continuación el Alto Tribunal verifica el anterior pronunciamiento con carácter de cosa juzgada, realizando una extensa reproducción de la motivación acordada por el 10º Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Los artículos 163, 168 y 200 de la LFDA sirven en la motivación judicial del tribunal colegiado para configurar la presunción legal de legítima representación de los autores nacionales y extranjeros, por medio de las sociedades de gestión colectiva a las que los autores nacionales hayan otorgado mandato expreso, o bien exista convenio de reciprocidad en el caso de los autores extranjeros, habiéndose inscrito tales mandatos y convenios en el Registro Público del Derecho de Autor (en lo sucesivo RPDA).

Con base en los artículos 163 fracción VIII, 168, y 200 de la LFDA anteriormente referidos el tribunal colegiado concluyó que: *"si la parte actora tiene a su favor la presunción iuris tantum*

sobre la existencia de los poderes y la defensa de los derechos de los agremiados, derivado de la exhibición de la certificación expedida por el Registro Público señalado, sobre la existencia e inscripción de diversos mandatos otorgados por autores nacionales;... correspondía a su coligante desvirtuar esa presunción".

En lo que respecta a la representación de autores extranjeros, el mismo tipo de legitimación activa se justifica por la inscripción del convenio con la sociedad homóloga en el extranjero en los términos del artículo 163 fracción IV y para los efectos presuntivos del artículo 168 de la ley en cita, según la capacidad litigiosa que resulte del convenio de reciprocidad debidamente inscrito ante el RPDA.

Según criterio del tribunal colegiado a cuya argumentación se remite el Alto Tribunal, la presunción de legítima representación de autores nacionales y extranjeros en los términos indicados se perfeccionó en la causa por la simple presentación de parte del repertorio administrado por la sociedad de gestión colectiva en la prueba documental consistente en un soporte digital (un Disco Compacto) que contenía lo que en el ramo musical se conoce como *cue sheets* (hojas de pistas)³ en donde se indicaban *"el nombre de los autores,*

3 El término "*cue sheets*" se traduce literalmente como "hojas de pistas". En el medio musical tales hojas contienen diversa información que especifica gran cantidad de datos relativos a la sincronización de música en cada una de las pistas de una obra audiovisual a los efectos de percibir regalías por su explotación:

- El nombre del audiovisual;
- Los títulos de las composiciones musicales;
- Los autores compositores de músicas y letras;
- Los artistas intérpretes y ejecutantes;
- El editor musical;
- El productor del fonograma;
- La duración y uso;
- la fecha de primera publicación;
- la Sociedad de Gestión Colectiva apoderada,...

Resultan muy ilustrativos por su sencillez, varios ejemplos de antiguas hojas de pistas musicales sincronizadas en obras cinematográficas, en la siguiente liga de una página web dedicada a la investigación histórica de dibujos animados:
<http://cartoonresearch.com/index.php/cartoon-music-cue-sheets/>

Un ejemplo de hoja de pistas según los usos actuales, se puede encontrar en la siguiente liga de una empresa española dedicada al licenciamiento de cuñas musicales:
<http://www.tonopro.es/es/blog/item/4-what-are-and-why-are-cue-sheets-needed/>

compositores o personas con derecho a cobro de regalías y el porcentaje que a cada uno de ellos corresponde, exhibiendo a manera de ejemplo copias certificadas de los contratos celebrados por la actora y las sociedades de Estados Unidos de América, España e Inglaterra....

La sala responsable [3^a Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal] determinó que conforme al artículo 255, fracciones IV y V, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, “el actor tiene la obligación de expresar los hechos en los cuales base su petición, debiendo enumerar y narrar los hechos, exponiéndolos de forma sucinta con claridad de precisión; ante lo cual, la actora debió señalar en el escrito inicial de demanda cuantas veces y quien o quienes de las codeemandadas proyectaron en su caso las obras cinematográficas protegidas por los derechos de autor, ello, para tener la base para la cuantificación de las regalías reclamadas,...”

El tribunal colegiado al conocer del amparo desecha el anterior razonamiento de la sala, argumentando que: “*lo que debe probarse durante el juicio es el derecho mismo, mientras que su quantum, cuando se trata de cantidades que no son liquidables desde la demanda, bien puede ser supeditado hasta el período de ejecución de sentencia*”. Adicionalmente aquel tribunal señala: “*de conformidad con el artículo 381 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, <<el que tiene a su favor una presunción legal, sólo está obligado a probar el hecho en que funda su presunción>>*. De ahí que si la tercero perjudicada tenía una presunción iuris tantum sobre la existencia de los poderes y la defensa de los derechos de sus agremiados

conforme a la certificación exhibida en el juicio, correspondía a las quejas desvirtuar dicha presunción”.

Separadas las cuestiones que ya habían sido resueltas por el tribunal colegiado y que según se ha explicado son meramente verificadas por el Alto Tribunal, éste dirige su atención al objeto propio del litigio sobre la interpretación de la sala responsable en ejecutoria de la sentencia del amparo directo. El Alto Tribunal reconduce las razones para denegar el amparo, a la remisión de una antigua tesis aislada de la SCJN según la cual “*idea clara del legislador ha sido la de que exista una sociedad autoral en cada rama, ya que de otra manera no habría razón para declararlas de interés público*”.

Seguidamente el Alto Tribunal indaga en la exposición de motivos de la LFDA, cuál pudo ser el objeto perseguido por el legislador al establecer un régimen de legitimación especial para la representación que ejerzan las sociedades de gestión colectiva según el artículo 200 de la referida Ley.⁴ El Alto Tribunal argumenta su razonamiento indicando que <<*si como lo pretenden las quejas, la sociedad de gestión colectiva tuviese que cumplir con precisión los presupuestos procesales respecto de cada autor y cada obra administrada, es decir, en la misma forma como lo tendría que hacer cada autor si éste ejercitara individualmente sus derechos para el pago de regalías, no tendría una razón de ser la “gestión colectiva de derechos de autor”, puesto que esa labor la podría hacer cada autor mediante cualquier mandatario>>*.

4 Concluye el Alto Tribunal que existía una imperativa necesidad de actualizar la legislación en la materia so pena de resultar nugatorio el derecho regulado ante la irremontable dificultad de cobrarse todos y cada uno de los actos de comunicación pública de las obras.

IV

CONCLUSIÓN

La Tesis en comento reafirma la presunción *iuris tantum* que legitima a las sociedades de gestión colectiva para ejercer la representación colectiva de los titulares de derechos patrimoniales sobre las obras que formen parte de su repertorio, con el solo requisito de cumplir con los presupuestos legales de registrar debidamente los respectivos mandatos de representación y convenios con sociedades homólogas; según se trate de socios nacionales, residentes o extranjeros. A quien niegue la representación colectiva ejercida en la forma anteriormente indicada corresponderá la carga de la prueba que desvirtúe dicha legitimación activa; probando que el pago ya ha sido satisfecho a la demandante, o bien probando la existencia de un contrato de licencia o de cesión de derechos que autorice al usuario para explotar la obra, en el que medie la debida remuneración a todos los titulares de derechos, o bien probando una titularidad de derechos patrimoniales distinta a la que se pretende ejercer de manera colectiva.

El problema de garantías constitucionales y procedimentales que subyace en la interpretación de la presunción *iuris tantum* sobre la representación colectiva según la Tesis del Alto Tribunal, reside en la aparente falta de prueba por la sociedad de gestión colectiva demandante del uso de alguna o algunas de las obras del repertorio gestionado que han exhibido las salas cinematográficas demandadas, pues aquella sociedad se limita a aportar una "hoja de pistas" que incluye obras de dicho repertorio, sin que en ningún momento a lo largo del proceso judicial se haya podido verificar documentalmente la aportación de pruebas sobre el uso de las obras por las salas cinematográficas demandadas.

Finalmente, entendemos que sin perjuicio de la existencia de legitimación en cuanto a la representación en juicio, dicho régimen especial de representación no exime a la sociedad de gestión colectiva de probar genéricamente la causa eficiente de que alguna o algunas de las obras del repertorio administrado han sido usadas, ni tampoco se actualiza dicha causa por la simple presentación de un disco compacto contenido "hojas de pistas" que incluyan información relativa a obras musicales sincronizadas en audiovisuales. ©

Análisis del uso del principio de proporcionalidad en la tesis aislada: Derechos de autor. El artículo 200 de la ley federal relativa, que prevé un régimen de legitimación especial a las sociedades de gestión colectiva, no viola la garantía de igualdad

Armando PÉREZ RUGERIO

TEXTO DE LA TESIS AISLADA

I

Registro No.	162878 –SCJN
Localización:	Novena Época
Instancia:	Primera Sala
Fuente:	Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo:	XXXIII, Febrero de 2011
Página:	612
Tesis:	1a. XXVIII/2011
Tesis Aislada	
Materia(s):	Constitucional

DERECHOS DE AUTOR. EL ARTÍCULO 200 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, QUE PREVÉ UN RÉGIMEN DE LEGITIMACIÓN ESPECIAL A LAS SOCIEDADES DE GESTIÓN COLECTIVA, NO VIOLA LA GARANTÍA DE IGUALDAD. El citado precepto al prever un régimen especial de legitimación a las sociedades de gestión colectiva, respecto de la representación de los autores y titularidad del repertorio que administran para el ejercicio de derechos colectivos en procedimientos judiciales y administrativos, no viola la garantía de igualdad contenida en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues dicho trato diferenciado obedece a un fin constitucionalmente válido encaminado a proteger con eficacia y garantizar adecuadamente el ejercicio de los derechos de autor, haciendo efectiva la protección de privilegios que concede temporalmente a éstos el noveno párrafo del artículo 28 constitucional. Asimismo, dicho trato diferenciado es idóneo para alcanzar el fin buscado por el legislador, dado que la falta de un régimen especial de legitimación colectiva, implicaría que los autores tuviesen que cumplir individualmente, en cada juicio, contra cada usuario, los presupuestos procesales requeridos para el ejercicio de sus acciones en cualquier parte del mundo, además de especificar las circunstancias de modo, tiempo y lugar respecto del uso de sus obras, lo que daría lugar a hacer nugatorios sus derechos en varios de los casos. Finalmente, el indicado trato

I

diferenciado es **proporcional** porque además de aplicarse a las sociedades autorizadas para operar como tales por el órgano especializado en materia de derechos de autor, sólo surte efectos en la medida en que el usuario no desvirtúa la presunción *iuris tantum* de legitimación con que cuenta la sociedad, por lo que si un usuario acredita haber pagado a un tercero con mejor derecho, dejaría de surtir efectos la presunción

de legitimación a favor de la sociedad de gestión colectiva, y la titularidad de la obra debe acreditarse fehacientemente.

Amparo directo 11/2010. Cinemex Altavista, S.A. de C.V. y otras. 1o. de diciembre de 2010. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretaria: Rosa María Rojas Vértiz Contreras.

(Énfasis añadido)

PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO

Esta tesis objeto de estudio versa sobre la constitucionalidad del artículo 200 de la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA), de su lectura se desprende que se justificó la decisión de declararlo constitucional haciendo uso del principio de proporcionalidad, mismo que será explicado más adelante.

A efectos de sentar las premisas que dan origen a la tesis, resulta conveniente transcribir el artículo 200 de la LFDA:

Artículo 200.- Una vez autorizadas las sociedades de gestión colectiva por parte del Instituto, estarán legitimadas en los términos que resulten de sus propios estatutos para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales.

Las sociedades de gestión colectiva están facultadas para presentar, ratificar o desistirse de demanda o querella a nombre de sus socios, siempre que cuenten con poder general para pleitos y cobranzas con cláusula especial para presentar querellas o desistirse de ellas, expedido a su favor y que se encuentre inscrito en el Instituto, sin que sea aplicable lo dispuesto por el artículo 120 del Código Federal de Procedimientos Penales y sin perjuicio de que los autores y que los titulares de derechos derivados

puedan coadyuvar personalmente con la sociedad de gestión colectiva que corresponda. En el caso de extranjeros residentes fuera de la República Mexicana se estará a lo establecido en los convenios de reciprocidad respectivos.

(Énfasis añadido)

La parte que es objeto de análisis por parte de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) es el primer párrafo, en la parte relativa a que las sociedades de gestión colectiva estarán legitimadas para ejercer los derechos a ellas confiadas en los procedimientos administrativos o judiciales sin necesidad de exhibir en cada juicio el poder para pleitos y cobranzas de cada uno de los titulares de los derechos patrimoniales.

Sobre este tema la parte quejosa, una empresa cuyo giro comercial es la proyección de películas cinematográficas y que se encarga de administrar multicinemas, señaló que no pagó las regalías por la ejecución pública de las obras musicales contenidas en las obras cinematográficas, ya que la sociedad de gestión colectiva debía acreditar que contaba con mandato expreso de cada uno de los titulares de los derechos patrimoniales sobre las obras musicales sincronizadas en las obras cinematográficas, para con ello poder realizar el cobro de regalías.

Con base en lo anterior, podemos vislumbrar que la tesis a sostener por la Primera Sala es un juicio contradictorio al sustentado por la quejosa, esto es, que no se requiere exhibir en cada juicio el poder para pleitos y cobranzas otorgado por cada uno de los autores o titulares de los derechos sobre las obras musicales por los cuales actúa la sociedad de gestión colectiva, lo cual implica el establecimiento de una presunción *iuris tantum* a favor de ellas para ejercer y hacer valer los derechos de los autores en los procedimientos judiciales y administrativos.

Este régimen especial, a consideración de la quejosa,¹ violenta el derecho de igualdad contenido en el artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuyo texto previo a la reforma en materia de derechos humanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011 era el siguiente:

ARTÍCULO 1o.- *En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.*

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad se encuentra ligado a la interpretación constitucional, por lo que a su vez se relaciona con la noción de “Estado constitucional de derecho” o modelo garantista; dicha concepción se distingue del “Estado de derecho” en tanto hace la distinción entre principios y reglas. Así, en el primero, los derechos fundamentales tienen una función programática y de límite para la producción normativa, mientras que en el segundo la

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

No nos adentraremos a definir la igualdad, sin embargo, la misma SCJN ha señalado los criterios mediante los cuales se podrá establecer un trato diferenciado a ciertas personas, señalando una máxima: tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, siendo un requisito del legislador justificar un trato de diferencia mediante el uso del principio de proporcionalidad.²

Para analizar más a fondo la tesis aislada resulta necesario comentar brevemente en qué consiste el referido principio.

función legislativa se subordina a la voluntad popular, lo que implica la sujeción estricta a la ley por parte de las autoridades encargadas de aplicarla.

En el Estado constitucional de derecho se hace la distinción entre reglas y principios, justificándose con ello métodos de interpretación distintos a la tradicional subsunción, método característico en el Estado de derecho.

1 Cfr. Fojas 112 y ss. de la versión pública de la sentencia del amparo directo 11/2010 disponible en el siguiente link: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=117147>

2 Cfr. IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. Tesis: 1a. /J. 55/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXIV, Septiembre de 2006, p. 75.

Las reglas y principios pueden ser concebidos como normas,³ los primeros son mandatos definitivos, se cumplen o no, mientras que los segundos son mandatos de optimización, esto hace que los principios se cumplan en mayor o menor medida de lo posible, de conformidad con las posibilidades jurídicas y fácticas; esta distinción permite dar un tratamiento gradual de obligatoriedad a los principios,⁴ lo que abre la puerta a la proporcionalidad.

La proporcionalidad sirve como método para la resolución de conflictos cuando han entrado en colisión dos derechos fundamentales, por lo que su aplicación se restringe a un caso concreto, creando un precedente, pero no una regla general. La proporcionalidad suele ser divida en dos sentidos: amplio y estricto. Por lo que respecta al primero, se aduce que sirve para justificar una decisión que restringe un derecho fundamental, sea de la autoridad que provenga, administrativa, judicial o legislativa; mientras que en sentido estricto alude a la idea de la ponderación, ponderar consiste en

un juicio de valor que confronta dos derechos que se oponen entre sí para determinar en qué medida debe defenderse uno a costa del otro. Se ha señalado que "La legitimidad de la ponderación en el derecho depende de la racionalidad",⁵ siendo la estructura el problema central de la ponderación, ya que ella es decisiva para su racionalidad, así como para su empleo en la jurisprudencia, sobre todo en la jurisprudencia constitucional.⁶

Ahora bien, el principio de proporcionalidad consta de tres subprincipios: a) adecuación; b) necesidad y c) proporcionalidad en sentido estricto.

En virtud del principio de adecuación se "excluye la adopción de medios que infrinjan un derecho constitucional sin promover un derecho u objetivo para los que se adoptaron dichos medios."⁷ "El principio de necesidad requiere que entre dos medios igualmente idóneos... debe escogerse el que interfiere menos con el derecho de defensa."⁸ La idoneidad de

3 ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, trad. Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1994, p. 162. No todos los autores conciben de la misma forma los principios, por ejemplo, Ronald Dworkin afirma: "En la mayoría de los casos utilizaré el término <<principio>> en sentido genérico, para referirme a todo el conjunto de estándares que no son normas", en otra parte dice: "Ni siquiera los que más se asemejan a normas -se refiere a los principios- establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas. Decimos que nuestro derecho respeta el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio delito, pero no queremos decir con ello que nunca permite que un hombre se beneficie de las injusticias que comete." Véase DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. Marta Gustavino, Barcelona, Ariel, 1977, pp. 72 y ss. Otros autores niegan rotundamente la distinción entre reglas y principios, tal es el caso de Juan Antonio García Amado, quien maneja las siguientes tesis: "1. La ponderación (Abwägung), como método, no tiene autonomía, pues su resultado depende de la interpretación de las normas constitucionales y/o legales que vengan al caso [...] 3. Si lo anterior es cierto, implica que no hay diferencias cualitativas y metodológicamente relevantes entre: a) Reglas y principios. b) Decisiones de casos constitucionales y casos de legislación ordinaria." Véase GARCÍA ARMADO, Juan Antonio, "El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia", *Derechos sociales y ponderación*, Madrid-Méjico, Fontamara, 2010, p. 250.

4 Señalamos solamente la obligatoriedad ya que a partir de ella se pueden definir la permisión o prohibición de una conducta. Véase TXETXU, Ausín, *Entre la lógica y el derecho. Paradojas y conflictos normativos*, México, Plaza y Valdés, 2005, p. 39.

5 ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, 2^a edición, trad. Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2007, p. 349.

6 Cfr. *Ídem*.

7 ALEXY, Robert, "Sobre los derechos constitucionales a protección", *Derechos sociales y ponderación*, Madrid-Méjico, Fontamara, 2010, p. 57.

8 *Ídem*. Por lo que respecta a los derechos de defensa, Alexy señala que implican prohibiciones con la finalidad de mantener un determinado estado de cosas; distintos de los derechos de protección, que implican la realización de una acción, ya sea para mantener o cambiar el estado de cosas. Sobre la teoría de la acción véase WRIGHT, Georg Henrik Von, *Norma y acción. Una investigación lógica*, trad. Pedro García Ferrero, Madrid, Editorial Tecnos, 1970.

un medio o una medida determina que la limitación de un derecho fundamental es constitucionalmente aceptable si, y sólo si, favorece otro derecho fundamental.

Por su parte, la proporcionalidad en sentido estricto es lo que suele llamarse ponderación, mismo que reza de la siguiente manera: "Cuanto mayor es el grado de no satisfacción, o perjuicio, de un principio, tanto más importante es satisfacer el otro".⁹

Robert Alexy presenta a la proporcionalidad en sentido estricto mediante un modelo aritmético, llamada la fórmula de peso, que

no estudiaremos aquí, pero que dependiendo del valor que se le asignen a las variables de la fórmula se obtendrá un resultado que permite determinar el derecho a satisfacer.

Cabe señalar que para utilizar la proporcionalidad en sentido estricto como un método de discernimiento para la afectación de un derecho fundamental y la prevalencia de otro, debe existir una colisión de principios o derechos, debiéndose efectuar el examen de adecuación y necesidad, sólo así podrá ponderarse. La parte conducente de la sentencia que motivó esta tesis, como veremos en el siguiente apartado, hace uso de este método de razonamiento.

ANÁLISIS DE LA TESIS

La Sala afirma que en el presente caso no guarda relación con la prohibición de discriminación,¹⁰ sino con el trato diferenciado o desigual que se les da a la sociedad de gestión colectiva contenido en el artículo 200 de la LFDA. Así las cosas, la Primera Sala de la SCJN procede a declarar la validez¹¹ de ese precepto aduciendo que si bien dicho trato diferenciado contradice la garantía de igualdad contenida en el artículo 1º constitucional, esa contravención es constitucionalmente válida por ser proporcional, pues satisface los tres subprincipios del principio de proporcionalidad, esgrimiendo los siguientes razonamientos:

- 1) Subprincipio de adecuación: proteger eficazmente los derechos autorales y garantizar adecuadamente el ejercicio de los derechos de autor, haciendo efectivo la protección de los privilegios señalados en el artículo 28 constitucional, párrafo noveno.
- 2) Subprincipio de necesidad: en este caso el derecho de defensa lo constituye la igualdad, mediante la prohibición (*no podrá*) de establecer tratos diferenciados; empero, para garantizar el derecho de los autores contenido en el artículo 28 constitucional, noveno párrafo, la presunción *iuris tantum* de legitimidad y, por ende, el trato

9 *Ibidem*, p. 58.

10 Al respecto la Sala señaló que "Los motivos de discriminación prohibidos expresamente por el artículo 1 Constitucional tienen que ver con el origen étnico, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra cuestión que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas, cuestiones todas que no tienen relación con el planteamiento de inequidad objeto de estudio". Foja 112 de la versión pública de la sentencia del amparo directo 11/2010 disponible en el siguiente link:
<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=117147>
consultada el 29 de julio de 2013.

11 Luigi Ferrajoli apunta que "una ley es válida no simplemente por estar en vigor, es decir, promulgada en la forma permitida en un ordenamiento determinado, sino que, además, debe ser coherente con los contenidos o significados recogidos en las normas constitucionales de rango superior". FERRAJOLI, Luigi, "La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos", *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid-México, Fontamara, 2010, p. 48.

diferenciado que se le da a las sociedades de gestión colectiva es un medio idóneo para garantizar el derecho autoral, inclusive, necesario, ya que de lo contrario –señala la Sala– se llegaría al absurdo de que cada autor tuviese que precisar en su demanda de origen, las piezas musicales que cada usuario demandado en el mundo ha utilizado, lo que implicaría ubicar todos y cada uno de los lugares, así como a los exhibidores de películas cinematográficas que han usado sus obras musicales incorporándolas a las películas, lo cual resulta prácticamente imposible y, a criterio de la Sala, imponer este tipo de requisitos para poder ejercer el derecho de cobro de regalías por parte de los autores no sería razonable.

- 3) Subprincipio de proporcionalidad: en el texto de la sentencia se aduce que la medida es proporcional porque la presunción de legitimación de las sociedades de gestión colectiva puede ser desvirtuada por el usuario final. Comienza su argumento con la parte que a continuación se transcribe y

de ahí deriva una serie de consideraciones en el mismo sentido. *"La presunción iuris tantum de legitimación a favor de la sociedad de gestión colectiva, respecto de la titularidad y representación del repertorio que administra, para el ejercicio de los derechos colectivos, sólo surte efectos en la medida en que el usuario no desvirtúa dicha presunción."*¹²

Siguiendo las definiciones dadas de cada subprincipio en el segundo apartado de este texto, podemos observar que los dos primeros subprincipios son argumentados de manera plausible. Sin embargo, el de proporcionalidad en sentido estricto no sigue la línea argumentativa para sustentar el grado de afectación o perjuicio al derecho de igualdad, para satisfacer el pleno ejercicio del derecho autoral mediante la legitimación presuntiva de las sociedades de gestión colectiva; quizás esto se haya debido a que ello fue señalado dentro del subprincipio de necesidad.

V

CONCLUSIONES

Ya que en México se adoptó el régimen de gestión colectiva mediante una sociedad,¹³ el establecimiento de una presunción para la legitimación a favor de las sociedades de gestión colectiva para actuar en nombre de autores o de los derechos que representen, así como para el cobro de regalías, se traduce en un agilización para la recaudación de las mismas, ya que sin esta ficción podría producirse en un aumento en los gastos

de administración y dificultarían el cobro de las regalías que efectúan las sociedades a favor de los titulares de derecho de autor o derechos conexos, lo que redundaría en un perjuicio para ellos, pues sus ingresos se verían menoscabados por todos los trámites a realizar por la sociedad que sean necesarios para la gestión de cobro. Esta afirmación también puede ser extrapolada al caso de la legitimación para entablar acciones legales

¹² Foja 116 de la versión pública de la sentencia del amparo directo 11/2010 disponible en el siguiente link: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=117142>

¹³ Dentro de una presentación en Power Point consultada el 14 de agosto de 2013 en el siguiente link: http://www.conaculta.gob.mx/seminario/seminario2/descargas/Jesus_Mejia.pdf, Jesús Mejía Salazar apunta algunas características de las sociedades de gestión colectiva en nuestro país: "No obstante que en su objeto social está el proteger los derechos de los miembros de la sociedad no es un sindicato; se constituyen sin ánimo de lucro, pero no son asociaciones civiles"; "el usuario no siempre tiene claro quiénes y porque le cobran."

a favor de sus miembros. Es importante resaltar que no es una presunción total o universalmente válida, pues la misma puede ser desvirtuada por los usuarios finales o la contraparte de un juicio.

Con todos estos elementos podemos señalar que declarar constitucional la subsistencia de esta contradicción normativa es válida para este caso concreto,¹⁴ pues la afectación al derecho de igualdad es leve en comparación con el fin perseguido: la protección de los derechos autorales, ya que en este caso, debido a la gran cantidad de obras musicales que fueron comunicadas al público y, por ende, de autores o titulares inmersos en el asunto, se hubiese llegado al exceso –por no decir absurdo- de exigir a la sociedad exhibir todos y cada uno de los poderes para pleitos y cobranzas que los titulares respectivos hubieran otorgado a la sociedad, teniendo como consecuencia inmediata un aumento en los costos de gastos de administración que efectúa la sociedad para la protección de los derechos autorales, pero también en una disminución de la efectividad de la sociedad para hacer efectivos los derechos de sus agremiados. ©

14 Algunos autores, como Eduardo García Máynez y Hans Kelsen, señalan que dos normas contradictorias no pueden ser ambas válidas; no obstante, otros autores aceptan que haya contradicciones al interior de un sistema jurídico, ya que en ocasiones pueden resultar necesarias (esta segunda postura ha sido objeto de investigación y desarrollo por quien escribe estas palabras). Véase GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción a la lógica jurídica*, México, Fontamara, 2006, Colección Argumentos; PÉREZ RUGERIO, Armando, "Lógica jurídica y jurisprudencia judicial", *Proyecto Grado Cero*, México, año I, número 2, agosto de 2012, pp. 129-162 y TXETXU, Ausín, *op. cit.*, nota 3, *passim*.

Sección V

Derecho comparado

Compilación de legislaciones
latinoamericanas en materia de:
Contratos y modalidades de explotación



ÍNDICE

224	Compilación de legislaciones latinoamericanas en materia de contratos y transmisiones de derechos patrimoniales de autor	
225	Argentina	LEY N° 11.723 DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1933 SOBRE EL RÉGIMEN LEGAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
231	Colombia	LEY N° 23 DE 1982 SOBRE DERECHOS DE AUTOR
240	Cuba	LEY NO. 14, LEY DEL DERECHO DE AUTOR
242	El Salvador	LEY DE FOMENTO Y PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. DECRETO LEGISLATIVO N° 604
247	Nicaragua	LEY DE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS LEY NO. 312
253	Panamá	LEY N° 15 DEL 8 DE AGOSTO DE 1994 POR LA CUAL SE APRUEBA LA LEY SOBRE EL DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES
262	Perú	LEY SOBRE EL DERECHO DE AUTOR DECRETO LEGISLATIVO N° 822
271	República Dominicana	LEY 65-00, SOBRE DERECHO DE AUTOR DE LA REPUBLICA DOMINICANA
280	Venezuela	LEY SOBRE EL DERECHO DE AUTOR
292		REGLAMENTO DE LA LEY SOBRE EL DERECHO DE AUTOR Y DE LA DECISIÓN 351 DE LA COMISIÓN DEL ACUERDO DE CARTAGENA QUE CONTIENE EL RÉGIMEN COMÚN SOBRE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS.

Compilación de legislaciones latinoamericanas en materia de contratos y transmisiones de derechos patrimoniales de autor

Este apartado tiene como finalidad recopilar las disposiciones jurídicas que en diversos países de Latinoamérica regulan los contratos y las transmisiones de derechos patrimoniales de autor. La presentación de la normatividad de cada uno de los países se realizó tomando en consideración la fecha de promulgación y entrada en vigor de las leyes.

Con esta capitulación de las normas jurídicas aplicables a los contratos y las transmisiones de derechos patrimoniales, se pretende informar al lector sobre la manera en que otros países han establecido su legislación en este rubro. Con lo anterior, el lector podrá realizar una comparación de los principios, trámites, requisitos, etc., de las diversas normas que rigen los contratos y las transmisiones de derechos patrimoniales de autor.

De igual forma, si una persona pretende transmitir sus derechos patrimoniales de autor en otro país latinoamericano, aquí podrá encontrar información muy valiosa para realizar el contrato donde pretenda llevar a cabo dicha transmisión; teniendo con ello la plena certeza y seguridad jurídica de que el contrato ampara la explotación de la obra tanto en su país, como en el país donde pretende explotarla.

Se presenta la normatividad señalada, no sin antes agradecer a todas las oficinas equivalentes al Instituto Nacional del Derecho de Autor que, muy amablemente, nos hicieron llegar.

ARGENTINA

Ley N° 11.723 de 28 de septiembre de 1933 sobre el Régimen Legal de la Propiedad Intelectual

Promulgada:

Publicada:

Texto Vigente:

28 de septiembre de 1933

30 de septiembre de 1933

en el Boletín Oficial.

Última reforma por Ley N° 26570
de 25 de noviembre de 2009.

Art. 2º. — El derecho de propiedad de una obra científica, literaria o artística, comprende para su autor la facultad de disponer de ella, de publicarla, de ejecutarla, de representarla, y exponerla en público, de enajenarla, de traducirla, de adaptarla o de autorizar su traducción y de reproducirla en cualquier forma.

(Nota Infoleg: Por arts. 1º y 2º del Decreto N° 8.478/1965 B.O. 8/10/1965 se obliga a exhibir la autorización escrita de los autores en la ejecución de música nacional o extranjera en público.).

Art. 6º. — Los herederos o derechohabientes no podrán oponerse a que terceros reediten las obras del causante cuando dejen transcurrir más de diez años sin disponer su publicación.

Tampoco podrán oponerse los herederos o derechohabientes a que terceros traduzcan las obras del causante después de diez años de su fallecimiento.

En estos casos, si entre el tercero editor y los herederos o derechohabientes no hubiera acuerdo sobre las condiciones de impresión o la retribución pecuniaria, ambas serán fijadas por árbitros.

Art. 9º. — Nadie tiene derecho a publicar, sin permiso de los autores o de sus derechohabientes, una producción científica, literaria, artística o musical que se haya anotado o copiado durante su lectura, ejecución o exposición públicas o privadas.

Quien haya recibido de los autores o de sus derecho-habientes de un programa de computación una licencia para usarlo, podrá reproducir una única copia de salvaguardia de los ejemplares originales del mismo. (Párrafo incorporado por art. 3º de la Ley N° 25.036 B.O. 11/11/1998).

Dicha copia deberá estar debidamente identificada, con indicación del licenciado que realizó la copia y la fecha de la misma. La copia de salvaguardia no podrá ser utilizada para otra finalidad que la de reemplazar el ejemplar original del programa de computación licenciado si ese original se pierde o deviene inútil para su utilización. (Párrafo incorporado por art. 3º de la Ley N° 25.036 B.O. 11/11/1998).

Art. 10. — Cualquiera puede publicar con fines didácticos o científicos, comentarios, críticas o notas referentes a las obras intelectuales, incluyendo hasta mil palabras de obras literarias o científicas u ocho compases en las musicales y en todos los casos sólo las partes del texto indispensables a ese efecto.

Quedan comprendidas en esta disposición las obras docentes, de enseñanza, colecciones, antologías y otras semejantes.

Cuando las inclusiones de obras ajena sean la parte principal de la nueva obra, podrán los tribunales fijar equitativamente en juicio sumario la cantidad proporcional que les corresponde a los titulares de los derechos de las obras incluidas.

Art. 27. — Los discursos políticos o literarios y en general las conferencias sobre temas intelectuales, no podrán ser publicados si el autor no lo hubiere expresamente autorizado. Los discursos parlamentarios no podrán ser publicados con fines de lucro, sin la autorización del autor.

Exceptúase la información periodística.

Art. 28. — Los artículos no firmados, colaboraciones anónimas, reportajes, dibujos, grabados o informaciones en general que tengan un carácter original y propio, publicados por un diario, revista u otras publicaciones periódicas por haber sido adquiridos u obtenidos por éste o por una agencia de informaciones con carácter de exclusividad, serán considerados como de propiedad del diario, revista, u otras publicaciones periódicas, o de la agencia.

Las noticias de interés general podrán ser utilizadas, transmitidas o retransmi-

tidas; pero cuando se publiquen en su versión original será necesario expresar la fuente de ellas.

Art. 31. — El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma y muerta ésta, de su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos, o en su defecto, del padre o de la madre. Faltando el cónyuge, los hijos, el padre o la madre, o los descendientes directos de los hijos, la publicación es libre.

La persona que haya dado su consentimiento puede revocarlo resarciendo daños y perjuicios.

Es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público.

Art. 36. — Los autores de obras literarias, dramáticas, dramático-musicales y musicales, gozan del derecho exclusivo de autorizar:

- a) La recitación, la representación y la ejecución pública de sus obras;
- b) La difusión pública por cualquier medio de la recitación, la representación y la ejecución de sus obras.

Sin embargo, 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 enseñanzas, vinculados en el cumplimiento de sus

fines educativos, planes y programas de estudio, siempre que el espectáculo no sea difundido fuera del 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 o de las municipalidades, siempre que la concurrencia de público a los mismos sea gratuita. (Párrafo sustituido por art. 1º de la Ley N° 20.098 B.O. 23/1/1973).

Se exime del pago de derechos de autor la reproducción y distribución de obras científicas o literarias en sistemas especiales para ciegos y personas con otras discapacidades perceptivas, siempre que la reproducción y distribución sean hechas por entidades autorizadas. (Párrafo incorporado por art. 1º de la Ley N° 26.285 B.O. 13/9/2007).

Esta exención rige también para las obras que se distribuyan por vía electrónica, encriptadas o protegidas por cualquier otro sistema que impida su lectura a personas no habilitadas. Las entidades autorizadas asignarán y administrarán las claves de acceso a las obras protegidas. (Párrafo incorporado por art. 1º de la Ley N° 26.285 B.O. 13/9/2007).

No se aplicará la exención a la reproducción y distribución de obras que se hubieren editado originalmente en

sistemas especiales para personas con discapacidades visuales o perceptivas, y que se hallen comercialmente disponibles. (Párrafo incorporado por art. 1º de la Ley N° 26.285 B.O. 13/9/2007)

A los fines de este artículo se considera que:

- Discapacidades perceptivas significa: discapacidad visual severa, amблиopía, dislexia o todo otro impedimento físico o neurológico que afecte la visión, manipulación o comprensión de textos impresos en forma convencional.
- Encriptadas significa: cifradas, de modo que no puedan ser leídas por personas que carezcan de una clave de acceso. El uso de esta protección, u otra similar, es considerado esencial a fin de la presente exención, dado que la difusión no protegida podría causar perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor, o ir en detrimento de la explotación normal de las obras.
- Entidad autorizada significa: un organismo estatal o asociación sin fines de lucro con personería jurídica, cuya misión primaria sea asistir a ciegos o personas con otras discapacidades perceptivas.
- Obras científicas significa: tratados, textos, libros de divulgación, artículos de revistas especializadas, y todo material relativo a la ciencia o la tecnología en sus diversas ramas.
- Obras literarias significa: poesía, cuento, novela, filosofía, historia, ensayos, encyclopedias, diccionarios, textos y todos aquellos escritos en los cuales forma y fondo se combinen para expresar conocimientos e ideas de interés universal o nacional.

- Personas no habilitadas significa: que no son ciegas ni tienen otras discapacidades perceptivas.
- Sistemas especiales significa: Braille, textos digitales y grabaciones de audio, siempre que estén destinados exclusivamente a las personas a que se refiere el párrafo anterior.
- Soporte físico significa: todo elemento tangible que almacene voz en registro magnetofónico o digital, o textos digitales; por ejemplo, cassettes, discos compactos (CD), discos digitales versátiles (DVD) o memorias USB.

(Párrafo incorporado por art. 1º de la Ley N° 26.285 B.O. 13/9/2007).

Las obras reproducidas y distribuidas en sistemas especiales deberán consignar: los datos de la entidad autorizada, la fecha de la publicación original y el nombre de la persona física o jurídica a la cual pertenezcan los derechos de autor. Asimismo, advertirán que el uso indebido de estas reproducciones será reprimido con pena de prisión, conforme el artículo 172 del Código Penal.(Párrafo incorporado por art. 1º de la Ley N° 26.285 B.O. 13/9/2007).

(Artículo sustituido por art. 1º de la Ley N° 17.753 B.O. 3/6/1968)

(Nota Infoleg: Por art. 1º, último párrafo de la Ley N° 20.115 B.O. 31/1/1973 se establece que ARGENTORES tendrá a su cargo las autorizaciones determinadas en el presente artículo salvo prohibición de uso expresa formulada por el autor y la protección y defensa de los derechos morales correspondientes a los autores de dichas obras.).

(Nota Infoleg: Por arts. 1º y 2º del Decreto N° 8.478/1965 B.O. 8/10/1965 se obliga a exhibir la autorización escrita de los autores en la ejecución de música nacional o extranjera en público.)"

"DE LA EDICION

Art. 37. — Habrá contrato de edición cuando el titular del derecho de propiedad sobre una obra intelectual, se obliga a entregarla a un editor y éste a reproducirla, difundirla y venderla.

Este contrato se aplica cualquiera sea la forma o sistema de reproducción o publicación.

Art. 38. — El titular conserva su derecho de propiedad intelectual, salvo que lo renuncie por el contrato de edición.

Puede traducir, transformar, refundir, etcétera, su obra y defenderla contra los defraudadores de su propiedad, aun contra el mismo editor.

Art. 39. — El editor sólo tiene los derechos vinculados a la impresión, difusión y venta, sin poder alterar el texto y sólo podrá efectuar las correcciones de imprenta, si el autor se negare o no pudiere hacerlo.

Art. 40. — En el contrato deberá constar el número de ediciones y el de ejemplares de cada una de ellas, como también la retribución pecuniaria del autor o sus derechohabientes; considerándose siempre oneroso el contrato, salvo prueba en contrario. Si las anteriores condiciones no constaran se estará a los usos y costumbres del lugar del contrato.

Art. 41. — Si la obra pereciera en poder del editor antes de ser editada, éste deberá al autor o a sus derechohabientes como indemnización la regalía o participación que les hubiera correspondido en caso de edición. Si la obra pereciera en poder del autor o sus derechohabientes, éstos deberán la suma que hubieran percibido a cuenta de regalía y la indemnización de los daños y perjuicios causados.

Art. 42. — No habiendo plazo fijado para la entrega de la obra por el autor o sus derechohabientes o para su publicación por el editor, el tribunal lo fijará equitativamente en juicio sumario y bajo apercibimiento de la indemnización correspondiente.

Art. 43. — Si el contrato de edición tuviere plazo y al expirar éste el editor conservase ejemplares de la obra no vendidos, el titular podrá comprarlos a precios de costo, más un 10 % de bonificación. Si no hace el titular uso de este derecho, el editor podrá continuar la venta de dichos ejemplares en las condiciones del contrato fenecido.

Art. 44. — El contrato terminará cualquiera sea el plazo estipulado si las ediciones convenidas se agotaran.

DE LA REPRESENTACION

Art. 45. — Hay contrato de representación cuando el autor o sus derechohabientes entregan a un tercero o empresario y éste acepta, una obra teatral para su representación pública.

Art. 46. — Tratándose de obras inéditas que el tercero o empresario debe hacer representar por primera vez, deberá dar

reíbo de ella al autor o sus derechohabientes y les manifestará dentro de los treinta días de su presentación si es o no aceptada.

Toda obra aceptada debe ser representada dentro del año correspondiente a su presentación. No siéndolo, el autor tiene derecho a exigir como indemnización una suma igual a la regalía de autor correspondiente a veinte representaciones de una obra análoga.

Art. 47. — La aceptación de una obra no da derecho al aceptante a su reproducción o representación por otra empresa, o en otra forma que la estipulada, no pudiendo hacer copias fuera de las indispensables, ni venderlas, ni tocarlas sin permiso del autor.

Art. 48. — El empresario es responsable, de la destrucción total o parcial del original de la obra y si por su negligencia ésta se perdiera, reprodujere o representare, sin autorización del autor o sus derechohabientes, deberá indemnizar los daños y perjuicios causados.

Art. 49. — El autor de una obra inédita aceptada por un tercero, no puede, mientras éste no la haya representado, hacerla representar por otro, salvo convención en contrario.

Art. 50. — A los efectos de esta Ley se consideran como representación o ejecución pública, la transmisión radiotelefónica, exhibición cinematográfica, televisión o cualquier otro procedimiento de reproducción mecánica de toda obra literaria o artística.

DE LA VENTA

Art. 51. — El autor o sus derechohabientes pueden enajenar o ceder total o parcialmente su obra. Esta enajenación es válida sólo durante el término establecido por la Ley y confiere a su adquirente el derecho a su aprovechamiento económico sin poder alterar su título, forma y contenido.

Art. 52. — Aunque el autor enajenare la propiedad de su obra, conserva sobre ella el derecho a exigir la fidelidad de su texto y título, en las impresiones, copias o reproducciones, como asimismo la mención de su nombre o seudónimo como autor.

Art. 53. — La enajenación o cesión de una obra literaria, científica o musical, sea total o parcial, debe inscribirse en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual, sin cuyo requisito no tendrá validez.

Art. 54. — La enajenación o cesión de una obra pictórica, escultórica, fotográfica o de artes análogas, salvo pacto en contrario, no lleva implícito el derecho de reproducción que permanece reservado al autor o sus derechohabientes.

Art. 55. — La enajenación de planos, croquis y trabajos semejantes, no da derecho al adquirente sino para la ejecución de la obra tenida en vista, no pudiendo enajenarlos, reproducirlos o servirse de ellos para otras obras.

Estos derechos quedan reservados a su autor, salvo pacto en contrario.

Art. 55 bis — La explotación de la propiedad intelectual sobre los programas de computación incluirá entre otras formas los contratos de licencia para su uso o reproducción.

(Artículo incorporado por art. 4º de la Ley N° 25.036 B.O. 11/11/1998).

Promulgada:
Entró en vigor:

28 de enero de 1982
19 de febrero de 1982

Capítulo VII Obra cinematográfica

(...)

Artículo 97. El productor cinematográfico es la persona natural o jurídica legal y económicamente responsable de los contratos con todas las personas y entidades que intervienen en la realización de la obra cinematográfica.

Artículo 98. Los derechos patrimoniales sobre la obra cinematográfica se reconocerán, salvo estipulación en contrario a favor del productor.

Artículo 99. El director o realizador de la obra cinematográfica es el titular de los derechos morales de la misma, sin perjuicio de los que corresponden a los diversos autores, artistas, intérpretes o ejecutantes que hayan intervenido en ella, con respecto a sus propias contribuciones.

Artículo 100. Habrá contrato de fijación cinematográfica cuando el autor o autores del argumento o guión cinematográfico, conceden al productor derecho exclusivo para fijarla, reproducirla o explotarla públicamente, por sí mismo, o por intermedio de terceros. Dicho contrato deberá contener:

- La autorización del derecho exclusivo;

- La remuneración debida por el productor a los demás coautores de la obra y a los artistas intérpretes o ejecutantes que en ella intervengan, así como el tiempo, lugar y forma de pago de dicha remuneración;
- El plazo para la terminación de la obra, y
- La responsabilidad del productor frente a los demás autores, artistas, intérpretes o ejecutantes, en el caso de una coproducción de la obra cinematográfica.

Artículo 101. Cada uno de los coautores de la obra cinematográfica podrá disponer libremente de la parte que constituya su contribución personal para utilizarla por un medio distinto de comunicación, salvo estipulación en contrario. Si el productor no concluye la obra cinematográfica en el plazo convenido, o no la hace proyectar durante los tres años siguientes a partir de su terminación, quedará libre el derecho de utilización a que se refiere el presente artículo.

Artículo 102. Si uno de los coautores se rehúsa a continuar su contribución en la obra cinematográfica o se encuentra impedido para hacerlo por causa de fuerza mayor, no podrá oponerse a la utilización de la parte correspondiente de su contribución ya hecha para que la obra pueda ser terminada; sin embargo, él no perderá su calidad de autor ni los derechos que le pertenecen en relación con su contribución.

Artículo 103. El productor de la obra cinematográfica tendrá los siguientes derechos exclusivos:

- a) Fijar y reproducir la obra cinematográfica para distribuirla y exhibirla por cualquier medio a su alcance en salas cinematográficas o en lugares que hagan sus veces o cualquier medio de proyección o difusión que pueda surgir, obteniendo un beneficio económico por ello;
- b) Vender o alquilar los ejemplares de la obra cinematográfica o hacer aumentos o reducciones en su formato para su exhibición, y
- c) Autorizar las traducciones y otras adaptaciones o transformaciones cinematográficas de la obra, y explotarlas en la medida en que se requiere para el mejor aprovechamiento económico de ella, y perseguir ante los tribunales y jueces competentes, cualquier reproducción o exhibición no autorizada de la obra cinematográfica, derecho que también corresponde a los autores quienes podrán actuar aislada o conjuntamente.

Artículo 104. Para explotar la obra cinematográfica en cualquier medio no convenido en el contrato inicial, se requerirá la autorización previa de los autores y de los artistas intérpretes o ejecutantes, individualmente, o por medio de las sociedades que los representen.

Capítulo VIII

Contrato de edición

Artículo 105. Por este contrato el titular del derecho de autor de una obra literaria, artística o científica, se obliga a entregarla a un editor que se compromete a publicarla mediante su impresión gráfica o propagarla y distribuirla por su cuenta y riesgo.

Este contrato se regula por las reglas consignadas en los artículos siguientes.

Artículo 106. En todo contrato de edición deberá pactarse el estipendio o regalía que corresponda al autor o titular de la obra. A falta de estipulación, se presumirá que corresponde al autor o titular un 20% del precio de venta al público de los ejemplares editados.

Artículo 107. Sin perjuicio de lo que dispone el artículo anterior y de las estipulaciones accesorias que las partes estimen convenientes, en el contrato deberán constar las siguientes:

- a) Si la obra es inédita o no;
- b) Si la autorización es exclusiva o no;
- c) El plazo y las condiciones en que debe ser entregado el original;
- d) El plazo convenido para poner en venta la edición;
- e) El plazo o término del contrato cuando la concesión se hiciere por un período de tiempo;
- f) El número de ediciones o reimpresiones autorizadas;
- g) La cantidad de ejemplares de que debe constar cada edición, y
- h) La forma como será fijado el precio de venta de cada ejemplar al público.

A falta de una o de algunas de las estipulaciones anteriores se aplicarán las normas supletorias de la presente ley.

Artículo 108. A falta de estipulación expresa, se entenderá que el editor sólo puede publicar una sola edición.

Artículo 109. El editor deberá publicar el número de ejemplares convenidos para cada edición.

La edición o ediciones autorizadas por el contrato deberán iniciarse y terminarse durante el plazo estipulado en él. En caso de silencio al respecto ellas deberán iniciarse dentro de los dos (2) meses siguientes a la entrega de los originales, cuando se trate de la primera edición autorizada o dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha en que se agote la edición anterior cuando el contrato autorice más de una edición.

Cada edición deberá terminarse en el plazo que sea estrictamente necesario para hacerlo en las condiciones previstas en el contrato.

Si el editor retrasase la publicación de cualquiera de las ediciones pactadas, sin causa plenamente justificada, deberá indemnizar los perjuicios ocasionados al autor; quien podrá publicar la obra por sí mismo o por un tercero, si así se estipula en el contrato.

Artículo 110. Los honorarios o regalías por derechos de autor se pagarán en la fecha, forma y lugar acordados en el contrato. Si dicha remuneración equivale a una suma fija, independiente de los resultados obtenidos por la venta de los ejemplares editados, y no se hubiere estipulado otra cosa, se entenderá que ellos son exigibles desde el momento en que la obra de que se trate esté lista para su distribución o venta.

Si la remuneración se hubiere pactado en proporción con los ejemplares vendidos, se entenderá que ella deberá ser pagada mediante liquidaciones semestrales, a partir de dicha fecha, mediante cuentas que deberán ser rendidas al autor por el editor las que podrán ser verificadas por aquél en la forma prevista en el artículo 123 de la presente ley.

Artículo 111. El autor tendrá derecho a efectuar las correcciones, adiciones o mejoras que estime convenientes, antes de que la obra entre en prensa.

Así mismo, el editor no podrá hacer una nueva edición que no esté pactada, sin que el autor la autorice y sin darle oportunidad de hacer las reformas y correcciones pertinentes.

Si las adiciones o mejoras son introducidas cuando ya la obra esté corregida en pruebas, el autor deberá reconocer al editor el mayor costo de la impresión. Esta regla se aplicará también cuando las reformas, correcciones o ampliaciones sean de gran magnitud y hagan más onerosa la impresión, salvo que se trate de obras actualizadas mediante envíos periódicos.

Artículo 112. Si el autor ha celebrado con anterioridad contrato de edición sobre la misma obra, o si ésta ha sido publicada con su autorización o conocimiento, deberá dar a conocer esta circunstancia al editor antes de la celebración del nuevo contrato. La ocultación de tales hechos occasionará el pago de los daños y perjuicios que pudiera ocasionar al editor.

Artículo 113. Los originales deberán ser entregados al editor dentro del plazo y en las condiciones que se hubieren pactado. A falta de estipulaciones al respecto se entenderá que, si se tratare de una obra inédita, ellos serán presentados en copia mecanográfica, a doble espacio, debidamente corregida para ser reproducida por cualquier medio de composición, sin interpolaciones ni adiciones. Si se tratare de una obra impresa los originales podrán ser entregados en una copia de dicha obra, en condiciones aptas de legibilidad, con interpo-

laciones o adiciones hechas por fuera del texto en copias mecanográficas debidamente corregidas y aptas para la reproducción. En el mismo caso se entenderá que los originales deberán ser entregados al editor en la fecha de la firma del respectivo contrato. Si los originales deben contener ilustraciones, éstas deberán ser presentadas en dibujos o fotografías aptas para su reproducción por el método usual según el tipo de edición.

Artículo 114. El incumplimiento por parte del autor en cuanto a la fecha y forma de entrega de los originales dará al editor opción para rescindir el contrato, devolver al autor los originales para que su presentación sea ajustada a los términos convenidos, o para hacer por su cuenta las correcciones a que hubiere lugar. En caso de devolución de los originales el plazo o plazos que el editor tiene para la iniciación y terminación de la edición serán prorrogados por el término en que el autor demore la entrega de los mismos debidamente corregidos.

Artículo 115. Salvo estipulación en contrario, cuando se trate de obras que deban ser actualizadas por envíos periódicos, el editor deberá preferir al autor para la elaboración de los envíos de actualización; si el autor no aceptare hacerlo, podrá el editor contratar dicha elaboración con una persona idónea.

Artículo 116. Cuando la obra, después de haber sido entregada al editor perece por culpa suya, queda obligado al pago de honorarios o regalías. Si el titular o autor posee una copia de los originales que han perecido, deberá ponerla a disposición del editor.

Artículo 117. En caso de que la obra perezca total o parcialmente en manos del editor, después de impresa, el autor tendrá derecho a los honorarios o regalías, si estos consisten en una suma determinada sin consideración al número de ejemplares vendidos.

Cuando los honorarios o regalías se pacten por ejemplares vendidos, el autor tendrá derecho a dichos honorarios o regalías cuando los ejemplares que se hubieren destruido o perdido lo hayan sido por causas imputables al editor.

Artículo 118. A falta de estipulación, el precio de venta al público será fijado por el editor.

Artículo 119. Por el solo contrato de edición, no se transfiere en ningún momento el derecho de autor; por lo que se presumirá entonces que el editor sólo podrá publicar las ediciones convenidas y en defecto de estipulación, una sola.

Artículo 120. Si el contrato de edición se ha realizado por un término fijo y éste expira antes de que los ejemplares editados hayan sido vendidos, el autor o sus causahabientes tienen derecho de comprar los ejemplares no vendidos al precio fijado para su venta al público con un descuento del 30%. Este derecho podrá ser ejercido dentro del plazo de sesenta (60) días a partir de la fecha de expiración del contrato. Si no fuere ejercido, el editor podrá continuar la venta de los ejemplares restantes en las condiciones del contrato, el que continuará vigente hasta que se hubieren agotado.

Artículo 121. Cualquiera que sea la duración convenida para un contrato de edición, si los ejemplares autorizados por él hubieren sido vendidos antes de la expi-

ración del contrato se entenderá que el término del mismo ha expirado.

Artículo 122. El editor no podrá publicar un número mayor o menor de ejemplares que los que fueron convenidos para cada edición; si dicho número no se hubiere fijado, se entenderá que se harán tres mil (3.000) ejemplares en cada edición autorizada. Sin embargo, el editor podrá imprimir una cantidad adicional de cada pliego, no mayor del 5% de la cantidad autorizada, para cubrir los riesgos de daño o pérdida en el proceso de impresión o de encuadernación. Los ejemplares adicionales que resulten sobre la cantidad estipulada, serán tenidos en cuenta en la de la remuneración del autor, cuando ésta se hubiere pactado en relación con los ejemplares vendidos.

Artículo 123. El autor o titular, sus herederos o concesionarios podrán controlar la veracidad del número de ediciones y de ejemplares impresos, de las ventas, suscripciones, obsequios de cortesía y en general de los ingresos causados por concepto de la obra, mediante la vigilancia del tiraje en los talleres del editor o impresor y la inspección de almacenes y bodegas del editor, control que podrán ejercer por sí mismos o a través de una persona autorizada por escrito.

Artículo 124. Además de las obligaciones indicadas en esta ley el editor tendrá las siguientes:

1. Dar amplia publicidad a la obra en la forma más adecuada para asegurar su rápida difusión.
2. Suministrar en forma gratuita al autor o a los causahabientes, 50 ejemplares de la obra en la edición corriente si ésta no fuere inferior a 1.000 ejemplares ni superior

a 5.000, 80 ejemplares si fuere mayor de 5.000 e inferior a 10.000 y 100 ejemplares si fuere mayor de 10.000. Los ejemplares recibidos por el autor de acuerdo con esta norma quedarán fuera de comercio y no se considerarán como ejemplares vendidos para los efectos de la liquidación de honorarios o regalías.

3. Rendir oportunamente al autor las cuentas o informes y permitir la inspección por él o por su delegado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 110 y 123 de la presente ley.
4. Dar cumplimiento a la obligación sobre depósito legal si el autor no lo hubiere hecho.
5. Las demás expresamente señaladas en el contrato.

Artículo 125. El que edite una obra dentro del territorio nacional está obligado a consignar en lugar visible, en todos sus ejemplares, las siguientes indicaciones.

- a) El título de la obra;
- b) El nombre o seudónimo del autor o autores y del traductor, salvo que hubieren éstos decidido mantener su anonimato;
- c) La mención de reserva del derecho de autor y del año de la primera publicación. Esta indicación deberá ser precedida del símbolo ©;
- d) El año del lugar de la edición y de las anteriores, en su caso, y
- e) El nombre y dirección del editor y del impresor.

Artículo 126. El editor no podrá modificar los originales introduciendo en ellos abreviaciones, adiciones o modificaciones sin expresa autorización del autor.

Salvo estipulación en contrario, cuando se trate de obras que por su carácter deban ser actualizadas, la preparación de los nuevos originales deberá ser hecha

por el autor, pero si éste no pudiere o no quisiere hacerlo, el editor podrá contratar su elaboración con una persona idónea, indicándolo así en la respectiva edición y destacando en tipos de diferente tamaño o estilo las partes del texto que fueron adicionadas o modificadas, sin perjuicio de la remuneración pactada a favor del autor.

Artículo 127. El editor no podrá iniciar una nueva edición que hubiere sido autorizada en el contrato, sin dar el correspondiente aviso al autor, quien tendrá derecho a efectuar las correcciones o adiciones que estime convenientes, con la obligación de reconocer los costos adicionales que ocasionare al editor en el caso previsto en el artículo 111 de esta ley.

Artículo 128. Durante la vigencia del contrato de edición, el editor tendrá derecho a exigir judicialmente el retiro de la circulación de los ejemplares de la misma obra editados fraudulentamente, sin perjuicio del derecho que tienen el autor y sus causahabientes para adelantar las mismas acciones, lo que podrán hacer conjuntamente con el editor o separadamente.

Artículo 129. La producción intelectual futura no podrá ser objeto del contrato regulado por este capítulo, a menos que se trate de una o de varias obras determinadas, cuyas características deben quedar perfectamente establecidas en el contrato.

Será nula toda estipulación en virtud de la cual el autor comprometa de modo general o indeterminadamente la producción futura o se obliga a restringir su producción intelectual o a no producir.

Artículo 130. El derecho de editar separadamente una o varias obras del mismo autor, no confiere al editor el derecho para

editarlas conjuntamente. Así mismo, el derecho de editar las obras conjuntas de un autor no confiere al editor la facultad de editarlas por separado.

Artículo 131. El contrato de edición no involucra los demás medios de reproducción o de utilización de la obra.

Artículo 132. Salvo que se pactare un plazo menor, el editor estará obligado a liquidar y abonar al autor semestralmente las cantidades que le corresponden como remuneración o regalía, cuando éstas se hayan fijado en proporción a los ejemplares vendidos. Será nulo cualquier pacto en contrario que aumente ese plazo semestral y la falta de cumplimiento de dichas obligaciones dará acción al autor para rescindir el contrato. Sin perjuicio del reconocimiento de los daños y perjuicios que se le hayan causado.

Artículo 133. Si antes de terminar la elaboración y entrega de los originales de una obra, el autor muere o sin culpa se imposibilita para finalizarla, el editor podrá dar el contrato por terminado, sin perjuicio de los derechos que se hayan causado a favor del autor. Si optare por publicar la parte recibida del original podrá reducir proporcionalmente la remuneración pactada. Si el carácter de la obra lo permite, con autorización del autor, de sus herederos o de sus causahabientes, podrá encomendar a un tercero la conclusión de la obra, mencionando este hecho en la edición, en la que deberá hacerse una clara distinción tipográfica de los textos así adicionados.

Artículo 134. La quiebra o el concurso de acreedores del editor, cuando la obra no se hubiere impreso, terminará el contrato. En caso de impresión total o parcial, el contrato subsistirá hasta la concurrencia

de los ejemplares impresos. El contrato subsistirá hasta su terminación si al producirse la quiebra, se hubiere iniciado la impresión y el editor o síndico así lo pidieren, dando garantías suficientes, a juicio del juez, para realizarlo hasta su terminación.

La terminación del contrato por esta causa da derecho de preferencia igual al concedido por la ley a los créditos laborales, para el pago de la remuneración o regalías del autor.

Artículo 135. Si después de cinco años de hallarse la obra en venta al público no se hubieren vendido más del 30% de los ejemplares que fueron editados, el editor podrá dar por terminado el contrato y liquidar los ejemplares restantes a un precio inferior al pactado inicialmente fijado por el editor, reduciendo la remuneración del autor proporcionalmente al nuevo precio, si éste no se hubiere pactado en proporción a los ejemplares vendidos. En este caso el autor tendrá derecho preferencial a comprar los ejemplares no vendidos al precio de venta al público menos un cuarenta por ciento (40%) de descuento, para los que tendrá un plazo de 60 días a partir de la fecha en que el editor le hubiere notificado su decisión de liquidar tales ejemplares. Si el autor hiciera uso de este derecho de compra, no podrá cobrar honorarios o regalías por tales ejemplares, si la remuneración se hubiere pactado en proporción a las ventas.

Artículo 136. El editor está facultado para solicitar el registro del derecho de autor sobre la obra, en nombre del autor, si éste no lo hubiere hecho.

Artículo 137. Las diferencias que ocurran entre el editor y el autor o sus causahabientes por concepto de un contrato de edición,

se decidirán por el procedimiento verbal establecido en el Código de Procedimiento Civil, si las partes no acordaron en el contrato someterlas a arbitramento.

Artículo 138. Las normas de este capítulo son aplicables en lo pertinente a los contratos de edición de obras musicales. No obstante, si el editor adquiere del autor una participación temporal o permanente en todos o en algunos de los derechos económicos del autor, el contrato quedará rescindido de pleno derecho en cualquiera de los siguientes casos:

- a) Si el autor no pusiere a la venta un número de ejemplares escritos suficiente para la difusión de la obra, a más tardar a los tres meses de firmado el contrato, y
- b) Si a pesar de la petición del autor, el editor no pusiere a la venta nuevos ejemplares de la obra, cuya tirada inicial se hubiese agotado.

El autor podrá pedir la rescisión del contrato si la obra musical no hubiere producido derechos en tres años y el editor no demuestra que realizó actos positivos para la difusión de la misma.

Capítulo XX

Contrato de representación

Artículo 139. El contrato de representación es aquel por el cual el actor de una obra dramática, dramático-musical, coreográfica o de cualquier género similar, autoriza a un empresario para hacerla representar en público a cambio de una remuneración.

Artículo 140. Se entiende por representación pública de una obra para los efectos de esta ley, toda aquella que se efectúe fuera de un domicilio privado y aun dentro de éste si es proyectada o propalada al

exterior. La representación de una obra teatral, dramática-musical, coreográfica, o similar, por procedimientos mecánicos de reproducción, tales como la transmisión por radio y televisión se consideran públicas.

Artículo 141. El empresario, que podrá ser una persona natural o jurídica, está obligado a representar la obra dentro del plazo fijado por las partes, el que no podrá exceder de un año. Si no hubiere establecido el plazo o se determinare uno mayor que el previsto, se entenderá por convenido el plazo legal de un año, sin perjuicio de la validez de otras obligaciones contractuales. Dicho plazo se computará desde que la obra sea entregada por el autor al empresario.

Artículo 142. El empresario deberá anunciar al público el título de la obra acompañada siempre del nombre o seudónimo del autor, y en su caso, los del productor y el adaptador, indicando las características de la adaptación.

Artículo 143. Cuando la remuneración del autor no hubiere sido fijada contractualmente, le corresponderá como mínimo el 10% del monto de las entradas recaudadas en cada función o representación, y el 15% de la misma en la función de estreno.

Artículo 144. Si los intérpretes principales de la obra, y los directores de orquesta o coro fueron escogidos de común acuerdo entre el autor y el empresario, éste no podrá sustituirlos sin el consentimiento previo de aquél, salvo caso fortuito que no admite demora.

Artículo 145. Si el empresario no pagare la participación correspondiente al autor al ser requerido por éste o por sus representan-

tes, a solicitud de cualquiera de ellos, la autoridad competente ordenará la suspensión de la representación de la obra y el embargo de las entradas, sin perjuicio de las demás acciones legales a favor del autor a que hubiere lugar.

Artículo 146. Si el contrato no fijare término para las representaciones, el empresario deberá repetirlas tantas veces cuantas lo justifique económicamente la concurrencia del público. La autorización dada en el contrato caduca cuando la obra deja de ser representada por falta de concurrencia del público.

Artículo 147. En el caso de que la obra no fuere representada en el plazo establecido en el contrato, el empresario deberá restituir al autor el ejemplar o copia de la obra recibida por él e indemnizarle los daños y perjuicios ocasionados por su incumplimiento.

Artículo 148. El contrato de representación no puede ser cedido por el empresario sin previo o expreso permiso del autor o sus causahabientes.

Artículo 149. No se considerará representación pública de las obras a que se refiere el presente capítulo la que se haga para fines educativos, dentro de las instalaciones o edificios de las instituciones educativas, públicas o privadas, siempre que no se cobre suma alguna por el derecho de entrada.

Artículo 150. Las diferencias que ocurran entre el empresario y el autor o sus representantes, por causa de un contrato de representación, se decidirán por el procedimiento verbal del Código de Procedimiento Civil, si las partes no acordaron en el contrato someterlas a arbitramento.

Capítulo X

Contrato de inclusión en fonogramas

Artículo 151. Por el contrato de inclusión en fonogramas, el autor de una obra musical, autoriza a una persona natural o jurídica, mediante una remuneración a grabar o fijar una obra sobre un disco fonográfico, una banda, una película, un rollo de papel, o cualquier otro dispositivo o mecanismo análogo, con fines de reproducción, difusión o venta.

Esta autorización no comprende el derecho de ejecución pública. El productor del fonograma deberá hacer esta reserva sobre la etiqueta que deberá ser adherida al disco, dispositivo o mecanismo en que se haga la grabación.

Artículo 152. Cuando en un contrato de grabación se estipula que la remuneración del autor se hará en proporción a la cantidad de ejemplares vendidos, el productor del fonograma deberá llevar un sistema de registro que permita la comprobación, en cualquier tiempo, de dicha cantidad. El autor o sus representantes podrán verificar la exactitud de la liquidación correspondiente mediante la inspección de los talleres, almacenes, depósitos y oficinas del productor, la que podrá hacer el autor o sus representantes, personalmente o por intermedio de otra persona autorizada por escrito.

Artículo 153. El autor o sus representantes así como el productor de fonogramas podrán conjunta o separadamente, perseguir ante la justicia la producción o utilización ilícita de los fonogramas o de los dispositivos o mecanismos sobre los cuales se haya fijado la obra.

Artículo 154. El contrato de grabación no comprende ningún otro medio de utilización de la obra, ni podrá ser cedido, en todo o en parte, sin autorización del autor o de sus representantes.

Artículo 155. La producción futura no podrá ser objeto del contrato regulado por este capítulo, salvo cuando se trate de comprometer la producción de un máximo de cinco obras del mismo género de la que es objeto del contrato, durante un término que no podrá ser mayor al de cinco años desde la fecha del mismo. Será nula toda estipulación en virtud de la cual el autor comprometa en forma general o indeterminada su producción futura, o se obligue a restringirla o a no producir.

Artículo 156. Las disposiciones del presente capítulo son aplicables en lo pertinente a las obras literarias que sean utilizadas como texto de una obra musical, o para su declamación o lectura, si el autor de dicha obra ha autorizado al productor del fonograma para fijarla o grabarla sobre un disco, una cinta, o sobre cualquier otro dispositivo o mecanismo análogo, con fines de reproducción, de difusión o de venta.

Artículo 157. Las diferencias que ocurran entre el productor y el autor por causa de un contrato de inclusión en fonogramas, se decidirán por el procedimiento verbal del Código de Procedimiento Civil, si las partes no acordaron en el contrato someterlas a arbitramento.

Promulgación y
entrada en vigor:

28 de diciembre de 1977

CAPÍTULO V DE LOS CONTRATOS PARA LA UTILIZACION DE LAS OBRAS

SECCIÓN I

Disposiciones Generales

Artículo. 28.- Mediante contrato, el autor o sus derechohabientes pueden ceder el derecho a utilizar una obra a una entidad autorizada a estos fines, en la forma y bajo las condiciones que en dicho contrato se estipulen, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación vigente sobre esta materia.

Para la utilización de las obras pueden existir diferentes tipos de contrato, tales como el de edición, el de representación o ejecución pública, el relativo a la obra cinematográfica, y el de creación de una obra por encargo. De acuerdo con las disposiciones de la presente Ley, el Ministerio de Cultura podrá establecer los correspondientes modelos de contratos.

Artículo 29.- Todo contrato para la utilización de una obra debe estipular, fundamentalmente, los nombres de las partes contratantes, el título de la obra, el derecho cedido, el término de la cesión, la forma y el grado de utilización de la obra y la cuantía y los plazos para hacer efectiva la remuneración correspondiente, así como la determinación de

las condiciones y los casos en los que el autor puede o no ceder su obra a terceras personas, para su utilización total o parcial, durante la vigencia del contrato.

Artículo 30.- Todo contrato para la utilización de una obra debe ser concertado por escrito. Esta disposición no es obligatoria en los casos de publicación de obras en diarios y otras publicaciones periódicas, así como en aquellos otros que expresamente se señalen por el Ministerio de Cultura.

SECCION II

Del Contrato de Edición

Artículo 31.- Por medio del contrato de edición, el autor o sus derechohabientes otorgan al editor su consentimiento, por un plazo determinado, para editar una obra científica, artística, literaria o educacional y, si así se conviniere, la autorización para distribuir la obra editada; y el editor se compromete a editar dicha obra, a distribuirla en su caso, y a abonar la remuneración correspondiente.

Artículo 32.- El contrato de edición debe estipular, además de lo establecido en el artículo 29, las obligaciones de las partes en cuanto a los plazos y condiciones de entrega de la obra, las correcciones y modificaciones necesarias durante el proceso editorial, el carácter de la edición y el número de ejemplares, así como todos aquellos otros requisitos cuyo cumplimiento sea imprescindible al objeto del contrato.

SECCION III

Del Contrato de Representación o Ejecución Pública

Artículo 33.- Por medio de un contrato de representación o ejecución pública, el autor o sus derechohabientes otorgan a la entidad correspondiente su consentimiento para realizar la primera representación pública, de una obra dramática o dramático-musical, o la primera ejecución pública de una obra musical, y la entidad se compromete a representarla o ejecutarla y a abonar la debida remuneración al autor o sus derechohabientes.

SECCION IV

Del Contrato de Utilización Cinematográfica

Artículo 34.- Mediante el contrato de utilización cinematográfica, la empresa o entidad correspondiente puede adquirir, con carácter exclusivo o no, por un período de tiempo determinado, el derecho a utilizar en un filme una obra literaria, musical o coreográfica, y se compromete a utilizarla en la forma que se establezca en el contrato y a abonar la remuneración que corresponda a su autor o derechohabiente.

SECCION V

Del Contrato de Creación de una Obra por Encargo

Artículo 35.- Mediante el contrato de creación de una obra, el autor se compromete a crear una obra por encargo de determinada entidad, y otorga su consentimiento para la utilización de la misma, en la forma, bajo las condiciones y con la remuneración que en el contrato se estipulen

Promulgada: **15 de julio de 1993**
Entró en vigor: **15 de octubre de 1993**

CAPÍTULO V CONTRATO DE EDICIÓN

(...)

Art. 57.- Las disposiciones de este Capítulo aplicarán a los contratos que sean ejecutados y se hagan efectivos en El Salvador. (2)

Art. 57-A.- Contrato de edición es aquello por el cual el autor o sus causahabientes, ceden sin exclusividad a otra persona llamada editor, el derecho de publicar, distribuir y divulgar la obra por su propia cuenta. (2)

Art. 58.- Los contratos de edición deben expresar:

- a) La identificación del autor, del editor y de la obra;
- b) Si la obra es inédita o no;
- c) El número de ediciones autorizadas;
- d) El plazo para la puesta en circulación de los ejemplares de la única o primera edición;
- e) La cantidad de ejemplares de que debe constar cada edición;
- f) Los ejemplares que se reservan al autor, a la crítica y a la promoción de la obra;
- g) La remuneración del autor, establecida de conformidad con el artículo 53;
- h) El plazo dentro del cual el autor debe entregar el original de la obra al editor;
- i) La calidad de la edición; y
- j) La forma de fijar el precio de los ejemplares.

Se aplicará a estos contratos lo establecido en el Art. 56 de esta Ley.

La omisión de uno o varios de los requisitos contenidos en los literales anteriores no invalidará el contrato y en éste caso se aplicará lo dispuesto en el artículo siguiente.

Art. 59.- A falta de disposición expresa en el contrato, se entenderá que:

- a) La obra ya ha sido publicada con anterioridad;
- b) Se cede al editor el derecho por una sola edición la cual deberá estar a disposición del público en el plazo de un año, desde la entrega del ejemplar al editor en condiciones adecuadas para la reproducción de la obra;
- c) El número mínimo de ejemplares que conforman la primera edición, es de dos mil;
- d) El número de ejemplares reservados al autor, a la crítica y a la promoción, es del cinco por ciento de la edición, distribuido proporcionalmente para cada uno de esos fines;
- e) La remuneración del autor es del quince por ciento del precio de cada ejemplar vendido al público;
- f) El autor deberá entregar el ejemplar original de la obra al editor, en el plazo de noventa días a partir de la fecha del contrato;

- h) La edición será de calidad media, según los usos y costumbres; e
- i) El precio de los ejemplares al público será fijado por el editor.

Art. 60.- Son obligaciones del editor:

- a) Publicar la obra en la forma pactada, sin introducirle ninguna modificación que el autor no haya convenido;
- b) Indicar en cada ejemplar el título de la obra, el nombre o seudónimo del autor y del traductor, si lo hubiere, a menos que éstos exijan la publicación anónima. Para efectos de la protección internacional de la obra, de acuerdo a los tratados ratificados por El Salvador, se indicará también la mención de reserva del derecho de autor y del año de la primera publicación, precedida del símbolo "C"; el año y lugar de la edición y de las anteriores; el nombre y dirección del editor y del impresor;
- c) Someter las pruebas de la tirada al autor, salvo pacto en contrario;
- d) Distribuir y difundir la obra en el plazo y condiciones estipuladas y conforme a los usos habituales;
- e) Satisfacer al autor la remuneración convenida, cuando ésta sea proporcional y liquidarle semestralmente las cantidades que le corresponden a menos que en el contrato se fije un plazo menor. Si se ha pactado una remuneración fija, ésta será exigible desde el momento en que los ejemplares estén disponibles para su distribución y venta;
- f) Presentarle al autor, en las condiciones indicadas en el literal anterior, un estado de cuentas con indicación de la fecha y tiraje de la edición, número de ejemplares vendidos y el depósito para su colección, así como el de los ejemplares inutilizados o destruidos por caso fortuito o fuerza mayor;

- g) Permitirle al autor la verificación de los documentos y comprobantes demostrativos de los estados de cuenta, así como la fiscalización de los depósitos donde se encuentren los ejemplares objeto de la edición;
- h) Cumplir con los procedimientos que para los controles de tirada establezca el Reglamento;
- i) Solicitar el depósito de la obra en el Registro, en nombre del autor, cuando éste no lo hubiere hecho; y (2)
- j) Restituir al autor el original de la obra objeto de la edición, una vez finalizadas las operaciones de impresión y tiraje de la misma.

Art. 61.- Son obligaciones del autor:

- a) Entregar al editor en debida forma y en el plazo convenido, el original de la obra objeto de la edición;
- b) Responder al editor de la autoría y originalidad de la obra, así como del ejercicio pacífico del derecho cedido; y
- c) Corregir las pruebas de la tirada, salvo pacto en contrario.

Art. 62.- Mientras no esté publicada la obra, el autor puede introducirle todas las modificaciones que considere convenientes, siempre que éstas no alteren el carácter y el destino de aquélla; pero deberá pagar el aumento de los gastos causados por las modificaciones cuando sobrepasen el límite admitido por los usos y el porcentaje máximo de correcciones estipulado contractualmente.

Art. 63.- En caso de contrato con duración determinada, los derechos del editor se extinguirán de pleno derecho al vencimiento del término.

No obstante lo anterior, el editor podrá vender a precio normal dentro de los tres años, siguientes al vencimiento del término, los ejemplares que se encuentren en depósito, a menos que el autor prefiera rescatar esos ejemplares con un descuento del cuarenta por ciento de su precio de venta al público, salvo pacto en contrario.

Art. 64.- Si después de tres años de hallarse la edición a disposición del público, no se hubiere vendido más del treinta por ciento de los ejemplares, el editor podrá, previa notificación al autor, liquidar los ejemplares restantes a un precio inferior al pactado.

El autor, dentro de los treinta días siguientes a la notificación, deberá optar entre adquirir dichos ejemplares con un descuento del cincuenta por ciento sobre el precio normal de venta al público o, en el caso de remuneración proporcional, percibir el diez por ciento del precio de liquidación facturado por el editor, salvo pacto en contrario.

Art. 65.- La muerte del autor antes de la conclusión de la obra resuelve el contrato de pleno derecho.

No obstante, si el autor muriese o se encontrase en la imposibilidad de concluir la obra después de haber realizado y entregado al editor una parte considerable de la misma susceptible de ser publicada, éste puede, a su elección, considerar resuelto el contrato o darlo por cumplido con la parte realizada, mediante disminución proporcional de la remuneración convenida, a menos que el autor o sus herederos manifiesten su voluntad de que no se publique la obra inconclusa. En este

caso, si con posterioridad el cedente o sus herederos ceden a un tercero el derecho de publicar la obra, deberán indemnizar al editor los daños y perjuicios ocasionados por la resolución del contrato.

Art. 66.- La quiebra o el concurso de acreedores del editor, cuando la obra no se hubiere impreso, terminará el contrato. En caso de impresión total o parcial, el contrato subsistirá hasta la concurrencia de los ejemplares impresos. El contrato continuará hasta su terminación si, al producirse la quiebra, se hubiere iniciado la impresión y el editor así lo pudiere, dando garantías suficientes, a juicio del Juez, Para realizar la edición hasta su terminación.

Art. 67.- Las disposiciones del presente Capítulo son aplicables en lo pertinente a los contratos de edición de obras musicales. No obstante, sin el editor adquiere del autor una participación temporal o permanente en todos o algunos de los demás derechos patrimoniales sobre la obra, el contrato quedará rescindido de pleno derecho si el editor no pone en venta un número suficiente de ejemplares escritos, para la difusión de la obra, dentro de los seis meses siguientes a la fecha del contrato, o si a pesar de la petición del autor, el editor no pone a la venta nuevos ejemplares de la obra, cuya tirada inicial se hubiere agotado.

El autor podrá pedir la rescisión del contrato si la obra musical no ha producido beneficios económicos en tres años y el editor no demuestra haber realizado actos positivos para la difusión de la misma.

CAPÍTULO VI

CONTRATOS DE REPRESENTACIÓN TEATRAL Y DE EJECUCIÓN MUSICAL

Art. 68.- Las disposiciones de este Capítulo aplicarán a los contratos que sean ejecutados y se hagan efectivos en El Salvador. (2)

Art. 68-A.- Por los contratos de representación teatral y de ejecución musical, el autor o sus herederos ceden a una persona natural o jurídica, llamada empresario, el derecho de representar o ejecutar públicamente una obra literaria, dramática, musical, dramático-musical, pantomímica o coreográfica, mediante compensación económica. (2)

Art. 69.- Los contratos indicados pueden celebrarse por tiempo determinado o por un número determinado de representaciones o ejecuciones públicas.

Se aplicará a estos contratos lo establecido en el Art. 56 de esta Ley.

Art. 70.- El empresario se obliga a garantizar al autor o sus representantes, la inspección de la representación o ejecución y la asistencia a las mismas gratuitamente; a satisfacer puntualmente la remuneración convenida, en los términos señalados por el artículos 53; a presentar al autor o a sus representantes el programa exactos de la representación o ejecución; anotando al efecto en planillas diarias las obras utilizadas y sus respectivos autores; y cuando la remuneración fuese proporcional, a presentar una relación fidedigna y documentada de sus ingresos.

Art. 71.- El empresario está obligado a que la representación o ejecución se realice en condiciones técnicas que garanticen la integridad de la obra y el decoro y reputación de su autor.

Art. 72.- Las disposiciones relativas a los contratos de representación o ejecución, son también aplicables a las demás modalidades de comunicación pública, a que se refiere el artículo 9 de esta Ley en cuanto corresponda.

CAPÍTULO VII

CONTRATO DE INCLUSIÓN FONOGRÁFICA

Art. 73.- Las disposiciones de este Capítulo aplicarán a los contratos que sean ejecutados y se hagan efectivos en El Salvador. (2)

Art. 73-A.- Por el contrato de inclusión fonográfica, el autor de una obra musical autoriza sin exclusividad a un productor de fonogramas, mediante remuneración, a grabar o fijar una obra para reproducirla sobre un disco fonográfico, una banda magnética, una película o cualquier otro dispositivo o mecanismo análogo, con fines de reproducción y venta de ejemplares. (2)

La autorización concedida al productor fonográfico no comprende el derecho de ejecución pública de la obra contenida en el fonograma. El productor deberá hacer esa reserva en la etiqueta adherida al disco, dispositivo o mecanismo en que se reproduzca el fonograma. (2)

Se aplicará a estos contratos lo establecido en el Art. 56 de esta ley. (2)

Art. 74.- El productor está obligado a consignar en todos los ejemplares o copias del fonograma las indicaciones siguientes:

- a) El título de las obras y el nombre o seudónimo de los autores, así como el de los arreglistas y versionistas, si los hubiere; y si la obra fuere anónima, así se hará constar;

- b) El nombre de los intérpretes, así como la denominación de los conjuntos orquestales o corales y el nombre de sus respectivos directores;
- c) Las siglas de la entidad de gestión colectiva a la cual pertenezcan los autores, artistas, intérpretes y ejecutantes; (2)
- d) La mención de reserva de derechos sobre el fonograma, con indicación del símbolo "P", seguido del año de la primera publicación, para efectos de la protección internacional a que se refiere la letra b) del Art. 60 de esta ley; (2)
- e) La denominación del productor fonográfico; y, (2)
- f) La prohibición de reproducir o copiar el fonograma sin autorización y de ejecutarlo públicamente. (2)

Las indicaciones que por falta de lugar adecuado no pueden estamparse directamente sobre los ejemplares o copias que contienen la reproducción, serán obligatoriamente impresas en sus envoltorios o en folleto adjunto.

Art. 75.- El productor fonográfico está obligado a llevar un sistema de registro que le permita la comprobación a los autores, artistas, intérpretes o ejecutantes sobre la cantidad de reproducciones vendidas y deberá permitir que éstos puedan verificar la exactitud de las liquidaciones de sus remuneraciones mediante la inspección de comprobantes, oficinas y depósitos, sea personalmente o a través de representante autorizado. (2)

Art. 76.- Las disposiciones del presente Capítulo son aplicables en lo pertinente a las obras literarias que sean utilizadas como texto de una obra musical, o como declamación o lectura para la fixación en un fonograma, con fines de reproducción y venta.

CAPÍTULO VIII

LICENCIAS OBLIGATORIAS

Art. 77.- Las licencias obligatorias de traducción y reproducción contempladas en los Convenios Internacionales ratificados por El Salvador, serán otorgadas por el Juez competente previo el cumplimiento de los requisitos exigidos en dichos instrumentos.

Promulgada:
Entró en vigor:

31 de agosto de 1999
1 de septiembre de 1999

Subsección Segunda

Contrato de Edición

(...)

Artículo 55. Se entiende por contrato de edición el celebrado entre el autor o sus derechohabientes y el editor, en virtud del cual los primeros, mediante remuneración, conceden al editor los derechos de reproducción y distribución de la obra, y el editor se obliga a realizar estas operaciones por su cuenta y riesgo, en las condiciones pactadas y con sujeción a lo dispuesto en esta Ley.

Artículo 56.- En aquellas obras que sean objeto de un contrato de encargo, la remuneración que se convenga por la creación de la obra podrá considerarse como anticipo de la que corresponda al autor si el comitente celebra con este un contrato de edición, una vez que le sea entregada la obra y la acepte.

Las disposiciones de esta Subsección no se aplicarán a las obras cuya reproducción y distribución tengan por destino una publicación periódica.

Artículo 57.- El contrato de edición deberá formalizarse por escrito y expresar lo siguiente:

- 1) Si los derechos se conceden en exclusiva.
- 2) Su ámbito territorial.

- 3) El número de ejemplares que tendrá la edición o cada una de las que se convengan. Para la segunda y sucesiva ediciones bastará; con que se determine el número máximo o el mínimo de esos ejemplares.
- 4) La forma de distribución de los ejemplares y los que se reserven al autor, a la crítica y a la promoción de la obra.
- 5) La remuneración del autor.
- 6) El plazo en que el autor deberá entregar el original de su obra al editor.
- 7) El plazo para la puesta en circulación de los ejemplares de la única o primera edición convenida, que no podrá exceder de dos años, contados desde la entrega del original por el autor.
- 8) Deberá comprometer al Editor a emitir certificado notariado de los ejemplares de que consta la edición en cuestión. Así mismo deberá imprimirse en números, en cada ejemplar, la cantidad de unidades de que consta la edición respectiva.

Artículo 58.- Será nulo el contrato que no se haya formalizado por escrito o que no exprese lo previsto en los numerales 3) y 5) del Artículo anterior.

Si no se hiciere constar el carácter exclusivo de la cesión de derechos, se entenderá que han sido otorgados sin exclusividad.

La omisión de lo previsto en los numerales 4), 6) y 7) del artículo anterior, dará acción a los contratantes para compelirse

recíprocamente a subsanar la falta. En defecto de acuerdo, lo determinara el Juez, atendiendo a las circunstancias del caso, a los usos y en su caso, a los actos de las partes en la ejecución del contrato.

Artículo 59.- Cuando se trate de la edición de una obra en forma de libro, el contrato deberá expresar el idioma en que ha de editarse la obra, a cuyo efecto, en este último caso, se entenderá cedido al editor el correspondiente derecho de introducción. Si no se indicase nada al respecto, el editor solo podrá editarla en el idioma original.

Artículo 60.- Obligaciones del Editor:

- 1) Someter las pruebas al autor.
- 2) Reproducir la obra en la forma convenida, respetando el derecho moral del autor.
- 3) Proceder a la puesta en circulación de los ejemplares de la obra en el plazo y condiciones estipulados.
- 4) Asegurar a la obra una difusión comercial conforme a los usos habituales en el sector profesional de la edición.
- 5) Satisfacer al autor la remuneración estipulada, presentándole, al menos cada seis meses, como mínimo, un informe del estado de cuentas referente al número de ejemplares impresos, vendidos, en depósito, así como los derechos de autor que le corresponden.
- 6) Restituir al autor el original de la obra una vez finalizada la impresión de la misma.

Artículo 61.- Obligaciones del Autor:

- 1) Entregar al editor los originales de la obra en forma debida y dentro del plazo fijado.
- 2) Garantizar al editor la autoría y originalidad de la obra.
- 3) Corregir las pruebas de la tirada, salvo pacto en contrario.

Artículo 62.- Durante el periodo de corrección de pruebas, el autor podrá introducir en la obra modificaciones, siempre que no altere su carácter o finalidad ni se eleve sustancialmente el costo de la edición, sin perjuicio de lo que se establezca en el contrato.

Artículo 63.- El autor podrá resolver el contrato de edición en los casos siguientes:

- 1) Si el editor no realiza la edición de la obra en el plazo y condiciones convenidas.
- 2) Si el editor cede indebidamente sus derechos a un tercero.
- 3) Cuando, previstas varias ediciones y agotada la última realizada, el editor no efectúa la siguiente en el plazo de un año desde que fuese requerido para ello por el autor. Una edición se considera agotada a los efectos de este artículo cuando el número de ejemplares en existencia sea inferior a cien.
- 4) En los supuestos de cambio de titularidad de la empresa editorial, siempre que no se haya iniciado la reproducción de la obra, con devolución, en su caso, de las cantidades percibidas por el autor en concepto de anticipo sobre las que le correspondan en el futuro como remuneración.
- 5) Si el editor incumple alguna de las obligaciones mencionadas en el Artículo 60 de la presente Ley, no obstante el requerimiento expreso del autor exigiéndole su cumplimiento.
- 6) Cuando, a consecuencia de quiebra del editor o de otro procedimiento concursa planteado contra el mismo, se suspenda la explotación de la obra, si dicha explotación no se reanuda dentro del plazo fijado al efecto por el Juez a instancia del autor.
- 7) Si el editor procede a la venta como saldo o a la destrucción de los ejemplares

que le resten de la edición sin cumplir los requisitos establecidos en el Artículo 64 de la presente Ley.

Artículo 64.- El editor no podrá vender como saldo la edición antes de los dos años de la inicial puesta en circulación de los ejemplares sin consentimiento del autor.

Después de dicho plazo, si el editor decide vender como saldo los que le resten, lo notificará fehacientemente al autor, quien podrá optar por adquirirlo, ejerciendo tanteo sobre el precio de saldo o, en caso de remuneración proporcional, percibir el diez por ciento de lo facturado por el editor. Esta opción deberá ejercerla dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación por el editor en la que le comunica su decisión de realizar dicha venta.

Si transcurrido el mismo plazo, el editor decide destruir el resto de los ejemplares de una edición, deberá notificarlo fehacientemente al autor, y éste tendrá derecho a exigir que se le entreguen gratuitamente todos o parte de los ejemplares, dentro del plazo de treinta días desde la notificación.

Artículo 65.- El contrato de edición de obras musicales, dramático musicales y coreográficas que incorporen composiciones de esta clase, por virtud del cual se cedan al editor, además de los derechos de reproducción y distribución, los de comunicación pública, se regirá por las disposiciones de esta subsección, sin perjuicio de las estipulaciones siguientes:

- 1) Será válido el contrato en que se exprese el número estimado de ejemplares. No obstante, el editor deberá confecionar y distribuir ejemplares de la obra

en cantidad suficiente para atender las necesidades de las explotaciones concedidas, estimadas de acuerdo con el uso en el sector profesional de la edición musical.

- 2) Para las obras dramático-musicales las conocidas como de música seria y las coreográficas que incorporen composiciones de este género, el plazo previsto en el numeral 7) del Artículo 57 de la presente Ley, será de cinco años.

Subsección Tercera

Contrato de Representación

Artículo 66.- Se entiende por contrato de representación aquel en virtud del cual el autor o sus derecho habientes autorizan a un empresario el derecho de representación pública de una obra dramática, dramático-musical, coreográfica o pantomímica mediante remuneración, y el empresario se obliga a llevar a efecto esa representación en las condiciones convenidas y con arreglo a lo dispuesto en esta Ley.

Artículo 67.- Las partes podrán concretar el contrato por un plazo cierto o por un número determinado de representaciones.

En el primer caso, el contrato deberá determinar el plazo dentro del cual se llevará a efecto la misma. En el segundo, el contrato deberá determinar las modalidades de representaciones convenidas.

En ambas situaciones, el plazo no podrá ser superior a dos años contados desde que el autor puso al empresario en condiciones de realizar la representación.

Artículo 68.- El contrato de representación en un teatro o local estable, será por el tiempo convenido.

El contrato de representación que no exprese la modalidad de ésta sólo se entenderá celebrado para la representación en teatro, salas o recintos a los que el acceso sólo se realice mediante el pago de un precio de entrada.

Artículo 69.- El autor está obligado a entregar al empresario el texto de la obra, con la partitura, en su caso, completamente instrumentada, cuando no se hubiese publicado en forma impresa, y responderá frente al mismo de su autoría, de la originalidad de la obra y del ejercicio pacífico del derecho que le cede.

Artículo 70.- El empresario está obligado a:

- 1) Llevar a cabo la representación pública de la obra en la modalidad o modalidades convenidas y dentro del plazo pactado o determinado en los artículos anteriores.
- 2) Efectuar dicha representación sin hacer en la obra variaciones, adiciones, cortes y supresiones no consentidas por el autor y en condiciones técnicas y artísticas que no perjudiquen el derecho moral de este.
- 3) Facilitar al autor o a sus representantes la inspección de la representación y la asistencia a la misma gratuitamente.
- 4) Satisfacer puntualmente al autor la remuneración convenida, que se determinará conforme a lo dispuesto en esta Ley, si bien, cuando la asistencia del público sea gratuita, la participación proporcional del autor se calculará sobre el total importe de los gastos realizados por el empresario para la celebración del acto o actos.
- 5) Presentar al autor o a sus representantes el programa exacto de los actos y una declaración de los ingresos, entre los que se comprenderá cualquier subvención o ayuda, y en defecto de ellos, los gastos.

El empresario tendrá el carácter de depositario de la remuneración correspondiente al autor y deberá tenerla diariamente a disposición de este o de sus representantes.

Artículo 71.- El contrato de representación se regirá por las siguientes disposiciones especiales:

- 1) Será de cargo del empresario la obtención de las copias necesarias para la representación de la obra, cuyas copias serán firmadas por el autor.
- 2) El autor y el empresario elegirán de mutuo acuerdo los intérpretes principales; si participaren orquestas, coros o grupos artísticos análogos, también lo hará el director del grupo.
- 3) La redacción de la publicidad de la representación o representaciones será convenida entre el autor y el empresario.

En caso de desacuerdo podrán las partes acudir al Juez Civil de Distrito o Local, dependiendo de la cuantía, para que resuelva lo que tenga a bien en forma sumadísima, según los usos profesionales y comerciales.

Artículo 72.- El contrato podrá ser revocado por voluntad del autor en los siguientes casos:

- 1) Si el empresario al que se le hubiese concedido el derecho en exclusividad, una iniciadas las representaciones, las interrumpiere durante seis meses.
- 2) Si el empresario incumpliere sus obligaciones legales, siempre que, en cuanto a estas últimas, el empresario haya dejado transcurrir el plazo de quince días desde el recibo del requerimiento que al efecto le haya dirigido el autor persistiendo en el incumplimiento.

Artículo 73.- Salvo estipulación expresa en contrario, el empresario podrá poner fin al contrato de representación cuando, tratándose de una obra de estreno y estipuladas varias representaciones, ésta hubiera sido rechazada claramente por el público en la primera.

Artículo 74.- Las disposiciones establecidas en esta subsección se aplicaran en lo pertinente y en la medida en que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de los correspondientes contratos, el género de las obras objeto de los mismos y la modalidad de comunicación pública estipulada en ellos, a las concesiones exclusivas o no exclusivas de recitación pública de obras literarias, de ejecución pública de obras musicales, de exhibición pública de obras audiovisuales y de emisión, retransmisión y distribución por cable de cualquier clase de obras.

Subsección Cuarta

Contrato de Producción Audiovisual

Artículo 75.- Se entiende por contrato de producción audiovisual aquel en virtud del cual los autores de una obra de ese género se obligan frente al productor a aportar a la creación de la obra sus respectivas contribuciones intelectuales mediante la cesión de los derechos de explotación que se estipulen.

Se presume, salvo pacto en contrario, que los autores mencionados en el Artículo 11 de esta Ley, o sus derechohabientes, en su caso, han cedido en exclusividad al productor los derechos patrimoniales.

Esta presunción no alcanza a los autores y derechohabientes de las composiciones musicales incorporadas a la obra.

Artículo 76.- Los autores, salvo estipulación en contrario, en el contrato de producción, podrán disponer de sus aportaciones a la obra audiovisual para utilizarlas en forma aislada, siempre que no se perjudique la normal explotación de la obra.

Podrán en todo caso, disponer de esas aportaciones para otra obra audiovisual, una vez que haya transcurrido el plazo de quince años de haberlas puesto a disposición del productor o antes del mismo según lo hubieren convenido con este, si ello no causare perjuicio al productor.

Cuando se trate de obras pre-existentes utilizadas en la obra audiovisual, sus autores y los derechohabientes conservarán siempre los derechos de explotación en forma de edición gráfica y de representación teatral.

Artículo 77.- Corresponden en todo caso a los autores de la obra audiovisual y a sus derechohabientes, un derecho de remuneración, irrenunciable e intransmisible por actos entre vivos, por cada una de las modalidades de explotación que hayan cedido al productor en el contrato.

Artículo 78.- El productor está obligado a presentar a los autores, como mínimo una vez cada seis meses, la relación de los ingresos procedentes de la explotación de la obra, así mismo, pondrá a disposición todos los documentos que permitan establecer la exactitud de las cuentas y, en particular los contratos por los que haya cedido a terceros la totalidad o parte de los derechos de que disponga.

Artículo 79.- Los autores responden de la originalidad de su aportación a la obra y del ejercicio por parte del productor de los derechos cedidos.

Artículo 80.- Los derechos cedidos en el contrato de producción caducarán, si la obra audiovisual no se inicia en el plazo de dos años o en el estipulado por las partes, contados desde que el autor puso a disposición del productor o de su derechohabiente, en su caso, su aportación literaria musical.

Artículo 81.- Cualquiera de los autores podrá resolver el contrato de producción por las causas de resolución de los contratos y en especial cuando la actividad de la empresa del productor haya cesado por más de tres meses o en los casos de quiebra o declaración de insolvencia.

Artículo 82.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 81 de la presente Ley, en caso de cesión de la totalidad o parte de la empresa del productor o de sus cesionarios, o de liquidación de la misma por causa de quiebra u otro procedimiento concursal, se establecerá un lote distinto para cada obra audiovisual cuyos derechos de explotación sean objeto de cesión o subasta.

So pena de nulidad, se notificará de forma fehaciente a cada uno de los autores o de sus derechohabientes, así como a los coproductores de la obra, cualquier decisión que se haya tomado sobre la cesión o venta en pública subasta, con una antelación mínima de un mes al día que una u otra hayan de efectuarse.

Cualquiera de los autores, o sus derechohabientes gozarán de un derecho de adquisición preferente sobre los derechos que se pretenden ceder o subastar, salvo si uno de los coproductores declara su voluntad de adquirirlo. A falta de acuerdo sobre el precio, éste será fijado por el Juez, oído el dictamen de peritos, adoptando el procedimiento sumarísimo para la resolución de este punto.

En todo caso, el adquirente quedará sujeto a las obligaciones del contrato de producción.

Artículo 83.- Cuando la aportación de un autor no se completase por negativa injustificada del mismo o por causa de fuerza mayor, el producto podrá utilizar la parte ya realizada, respetando los derechos de aquél sobre la misma, incluso el de la indemnización que proceda.

Artículo 84.- Se considera terminada la obra audiovisual cuando haya sido establecida su versión definitiva de acuerdo con lo pactado en el contrato celebrado entre el productor y los autores y, en todo caso, entre el productor y el director-realizador.

Artículo 85.- El derecho moral de los autores sólo podrá ser ejercido sobre la versión definitiva de la obra audiovisual.

Promulgada:
Entró en vigor:

8 de agosto de 1994
1 de enero de 1995

Capítulo III **Transmisión del Derecho Patrimonial** **por Acto entre Vivos**

Artículo 78. El derecho patrimonial puede ser cedido a título gratuito u oneroso, pero reverte al autor o a sus derecho-habientes al extinguirse el derecho del cesionario.

Las transferencias de derechos por acto entre vivos y las autorizaciones de uso se presumen realizadas a título oneroso, a menos que conste otra cosa de forma expresa en el respectivo contrato.

Salvo disposición expresa de la ley o del contrato, la cesión no confiere al cesionario ningún derecho de exclusiva.

Artículo 79. La cesión otorgada por el titular del derecho para una determinada forma de utilización no se extiende a ninguna otra y sus efectos se limitan a las modalidades de uso ya existentes a la fecha del contrato respectivo.

Cuando en el contrato de cesión no se indique la extensión en el tiempo de

los derechos cedidos, quedará limitado a cinco años a partir de la fecha de su celebración.

Artículo 80. La interpretación de los contratos sobre derecho de autor y otros derechos reconocidos por la presente Ley es siempre restrictiva y sus efectos se limitan al derecho o derechos cedidos o licenciados, según el caso, a las modalidades de explotación expresamente convenidas y al plazo y ámbito territorial pactados.

Si en el contrato no se hubiera expresado el ámbito territorial, se tendrá por tal al país de su otorgamiento; y si no se especificare de modo concreto la modalidad de explotación, el cesionario o licenciatario solo podrá explotar la obra en la forma que se deduzca necesariamente del propio contrato y sea indispensable para cumplir su finalidad.

El cesionario podrá transferir el derecho cedido a terceros sin el consentimiento del cedente, cuando la transferencia se efectúe como consecuencia de la disolución o del cambio de titularidad de la persona jurídica cesionaria.

Artículo 81. La cesión en exclusiva debe otorgarse expresamente con este carácter y atribuye al cesionario, en el ámbito de los derechos cedidos, la facultad de utilizar la obra con exclusión de otra persona y, salvo pacto en contrario, la de otorgar licencias o autorizaciones no exclusivas a terceros, así como la legitimación, con independencia de la del titular cedente, para perseguir las violaciones que afecten a las facultades que se le hayan concedido.

Esta cesión obliga al cesionario a poner todos los medios necesarios para la efectividad de la utilización concedida, según la naturaleza de la obra y los usos vigentes en la actividad profesional, industrial o comercial de que se trate.

Artículo 82. Si en la cesión otorgada en exclusiva se produjese una manifiesta desproporción entre la remuneración fijada para el autor o su derechohabiente y los beneficios obtenidos por el cesionario, aquel podrá pedir ante la autoridad judicial que fije una remuneración equitativa, atendidas las circunstancias del caso. Esta facultad podrá ejercerse dentro de los diez años siguientes al de celebración del contrato.

Artículo 83. Es nula de pleno derecho la cesión de derechos patrimoniales con respecto al conjunto global e indeterminado de las obras que un autor pueda crear en el futuro, al igual que cualquier estipulación en la que el autor se obligue a no crear ninguna obra en el futuro.

Es válida, sin embargo, la cesión de los derechos de explotación sobre una determinada obra futura siempre que se la identifique expresamente en el

contrato, pero dicha cesión solo surte efecto por un término máximo de cinco años, contado a partir de la fecha del contrato, aunque en este se haya fijado un plazo mayor.

Artículo 84. La cesión otorgada a título oneroso le confiere al autor una participación proporcional en los ingresos que obtenga el cesionario por la explotación de la obra, en la cuantía convenida en el contrato.

Sin embargo, puede estipularse una remuneración fija en los siguientes casos:

1. Cuando no pueda ser determinada prácticamente la base del cálculo de la remuneración proporcional.
2. Si faltan los medios para fiscalizar la aplicación de la participación proporcional.
3. Si los gastos de las operaciones de cálculo y de fiscalización no guardan una proporción razonable con la suma a la cual alcanzaría la remuneración del autor.
4. Cuando la utilización de la obra tenga un carácter accesorio en relación con el objeto explotado o si la obra, utilizada con otras, no constituya un elemento esencial de la creación intelectual en la que se integre.
5. En el caso de publicaciones de libros, cuando se trate de obras científicas; de diccionarios, antologías o enciclopedias; de prólogos, anotaciones, introducciones o presentaciones; de ilustraciones de una obra; de ediciones populares a precios reducidos; o de traducciones siempre que lo solicite el traductor.

Artículo 85. El titular de derechos patrimoniales puede optar por conceder a terceros simples licencias o autorizaciones de uso,

no exclusivas e intransferibles, las cuales se regirán por las estipulaciones del contrato respectivo y las disposiciones atinentes a la cesión de derechos, en cuanto sean aplicables.

Artículo 86. Los contratos de cesión de derechos patrimoniales y los de licencia de uso deben constar en forma escrita.

Sin embargo, no será necesaria esta formalidad en relación con las presunciones establecidas para las transferencias de derechos sobre las obras colectivas, las audiovisuales, las radiofónicas, los programas de ordenador y las realizadas bajo relación laboral, a favor de los divulgadores, productores o patronos, según los casos, de acuerdo con las disposiciones y bajo los límites establecidos por la presente Ley.

Artículo 87. Las controversias que surjan entre el cedente o el licenciante y el cessionario o el licenciatario, según el caso, se regirán por la vía del procedimiento ordinario especial previsto en la legislación sobre Defensa de la Competencia y supletoriamente por las disposiciones del Código Judicial, salvo que las partes acuerden someterlas a arbitraje.

TÍTULO VIII

Principales Contratos de Utilización de las Obras

Capítulo I Contrato de Edición

Artículo 89. El contrato de edición es aquel por el cual el autor, sus derechohabientes o causahabientes confieren a otra persona llamada editor el derecho de publicar, distribuir y divulgar la obra por su propia cuenta.

Artículo 90. El contrato de edición debe expresar:

1. La identificación del autor, del editor y de la obra.
2. Si la obra es inédita o no.
3. Si la cesión para editar tiene carácter de exclusividad.
4. El número de ediciones autorizadas.
5. El plazo para poner en circulación los ejemplares de la edición.
6. La cantidad de ejemplares de la edición.
7. Los ejemplares que se reservan para el autor, la crítica y la promoción de la obra.
8. La remuneración del autor, en los términos permitidos por la presente Ley.
9. El plazo dentro del cual el autor debe entregar un soporte adecuado de la obra al editor.
10. La calidad y demás características de la edición.
11. La forma de fijar el precio de venta o de puesta a disposición del público de los ejemplares, según proceda.

Artículo 91. A falta de disposición expresa en el contrato, se entenderá que:

1. La obra ya ha sido publicada con anterioridad.
2. No se confiere al editor ningún derecho de exclusividad.
3. Se confiere al editor el derecho para una sola edición, la cual deberá estar a disposición del público en el plazo de seis meses, contado desde la entrega del ejemplar al editor en condiciones adecuadas para la reproducción de la obra.
4. El número mínimo de ejemplares que constituyen la primera edición será de quinientos, pero el editor podrá producir una cantidad adicional, no mayor del 5% de la autorizada, únicamente para cubrir los riesgos de daño o perdida en el proceso de producción. Tales ejemplares adicionales serán teni-

- dos en cuenta en la remuneración del autor, cuando esta se haya pactado en relación con los ejemplares vendidos.
5. El número de ejemplares reservados para el autor, la crítica y la promoción será del 5% y no más de setenta y cinco ejemplares de la edición, distribuidos proporcionalmente para cada fin.
 6. La remuneración del autor no será inferior al 10% del precio por ejemplar vendido al público.
 7. El autor deberá entregar el ejemplar de la obra al editor, en el plazo de noventa días a partir de la fecha de celebración del contrato.
 8. La edición será de calidad media, según los usos y costumbres.
 9. El precio de los ejemplares al público será fijado por el editor.

Artículo 92. Son obligaciones del editor:

1. Publicar la obra en la forma pactada, sin introducirle ninguna modificación que el autor no haya convenido.
2. Indicar en cada ejemplar el título de la obra, el nombre o seudónimo del autor y del traductor, a menos que estos exijan que la publicación sea anónima; el símbolo ©, el nombre del titular del derecho y el año y lugar de la publicación, así como de las anteriores, si las hubiere; el nombre y dirección del editor y del impresor, de ser el caso, y el número de ejemplares editados.
3. Someter, para la aprobación del autor, la prueba final de la tirada, cuando corresponda y salvo pacto en contrario.
4. Distribuir y difundir la obra en el plazo y condiciones estipuladas conforme a los usos habituales.
5. Satisfacer al autor la remuneración convenida. Cuando esta sea proporcional deberá pagarle al autor semestralmente las cantidades que le correspondan,

salvo que acuerden un plazo menor. Si se hubiese pactado una remuneración fija, esta será exigible desde el momento en que los ejemplares estén disponibles para su distribución y venta.

6. Presentar al autor, según las condiciones indicadas en el numeral anterior, un estado de cuentas con indicación de la fecha y tiraje de la edición, cantidad de ejemplares vendidos y en depósito para la colocación, así como el número de los ejemplares inutilizados o destruidos por caso fortuito o fuerza mayor.
7. Permitir al autor o a su representante acreditado por escrito, la verificación de los documentos y comprobantes de los estados de cuentas y de los ingresos causados con la explotación de la obra, así como la fiscalización de los depósitos donde se encuentren los ejemplares de la edición, para verificar el número de ediciones o el de los ejemplares editados o en existencia.
8. Cumplir los procedimientos que se establezcan reglamentariamente o que convengan las partes para los controles de tirada.
9. Solicitar el registro del derecho de autor sobre la obra y hacer el depósito legal, en nombre del autor, cuando este no lo hubiese hecho.
10. Restituir al autor el soporte de la obra que se haya utilizado para la edición, una vez hayan finalizado las operaciones técnicas relativas a la fijación y tiraje de la obra, salvo caso fortuito o fuerza mayor.

Artículo 93. Son obligaciones del autor:

1. Entregar al editor, en debida forma y en el plazo convenido, un soporte adecuado de la obra a los fines de su edición o, para el caso de una nueva edición, el soporte que contenga las actualizaciones, modificaciones, adiciones o supresiones.

2. Responder al editor por la autoría y originalidad de la obra, así como por el ejercicio pacífico del derecho cedido.
3. Corregir las pruebas de la tirada, salvo pacto en contrario.

Artículo 94. Mientras no se haya publicado la obra, el autor puede efectuar las correcciones e introducirle las modificaciones y adiciones que considere convenientes, siempre que no alteren el carácter y el destino de la obra, ni se eleve sustancialmente el costo de la edición, pero deberá pagar cualquier aumento de los gastos causados por las modificaciones o adiciones, cuando sobrepasen el límite admitido por los usos o el porcentaje máximo de correcciones estipulado en el contrato.

El editor no podrá realizar una nueva edición autorizada sin dar aviso previo al autor, para que este pueda hacer las modificaciones, adiciones o correcciones pertinentes.

Si estas son introducidas cuando la obra ya esté corregida en pruebas, o si son de tal magnitud que sobrepasan el límite admitido por los usos, el autor deberá reconocer el costo ocasionado por ellas, salvo cuando se trate de obras que deban actualizarse mediante envíos periódicos.

Artículo 95. En los contratos celebrados por una o varias ediciones, el mismo expirará con el agotamiento de la última edición convenida. Se considera agotada la edición si no han sido satisfechos dentro de los tres meses siguientes varios pedidos de ejemplares dirigidos al editor.

Salvo pacto expreso en contrario, el derecho concedido a un editor para publicar

varias obras por separado no comprende la facultad de publicarlas reunidas en un solo volumen ni viceversa.

Artículo 96. En caso de contratos de edición por tiempo determinado, los derechos del editor se extinguirán de pleno derecho al vencimiento del término.

Sin embargo, salvo pacto en contrario, el editor podrá vender al precio normal los ejemplares que todavía se encuentren en depósito, dentro de los tres años siguientes al vencimiento del término, a menos que el autor o sus derechohabientes prefieran rescatar los ejemplares con un descuento del 40% del precio de venta al público.

Cualquiera que sea la duración convenida, si los ejemplares autorizados han sido totalmente vendidos antes de la expiración del término, se entenderá expirado dicho término.

Artículo 97. La facultad del editor de continuar la venta de los ejemplares una vez expirado el término del contrato, conforme al artículo anterior, no afecta al derecho del autor o de su derechohabiente de proceder a realizar o autorizar una nueva edición con otro editor, salvo que las partes hubiesen establecido expresamente alguna limitación temporal al respecto.

Artículo 98. Si transcurridos tres años de estar la edición a disposición del público no se hubiese vendido más del 30% de los ejemplares editados, el editor podrá liquidar los ejemplares restantes a un precio inferior al pactado, previa notificación al autor.

El autor, dentro de los treinta días siguientes a la notificación, deberá elegir entre

la adquisición de los ejemplares con un descuento del 50% del precio de liquidación establecido por el editor; o en caso de remuneración proporcional, percibir el 10% del precio de liquidación facturado por el editor.

Si el autor ejerce su derecho de compra con el descuento previsto en este artículo, no podrá cobrar la remuneración convenida, si esta fue pactada en proporción al precio de venta de los ejemplares.

Artículo 99. Si en el plazo de tres años a que se refiere el artículo anterior el editor opta por destruir los ejemplares no vendidos de la edición, deberá notificarlo al cedente, quien podrá exigir que se le entreguen gratuitamente todos o parte de los ejemplares, dentro del plazo de los treinta días siguientes a la notificación.

Artículo 100. Si dentro del plazo estipulado o del que fije el Tribunal, el editor no ha producido o hecho producir los ejemplares de la obra, o no los ha puesto en circulación o, en caso de haberse agotado la misma, no ha reeditado la obra a pesar de estar obligado a ello, el cedente tiene derecho a pedir la resolución del contrato, la devolución del soporte de la obra que hubiere entregado al editor y también la indemnización de daños y perjuicios cuando el editor no pruebe que la falta de producción o de comercio de los ejemplares o la falta de reedición de la obra proviene de un caso fortuito o de fuerza mayor.

El Tribunal puede conceder al editor una prórroga no superior a la mitad del término original, subordinándola,

cuando lo estime necesario, a la presentación de una garantía idónea. Puede también limitar la resolución a una parte del contenido del contrato.

Artículo 101. La muerte del autor antes de concluir su obra da por terminado el contrato de pleno derecho.

Si después de haber realizado y entregado al editor una parte considerable de la obra susceptible de ser publicada, el autor fallece o le resulta imposible concluirla, el editor podrá, a su elección, desistir el contrato o darlo por cumplido en la parte realizada, mediante la rebaja proporcional de una cantidad de la remuneración convenida, a menos que el autor o sus derechohabientes manifiesten su voluntad de no publicar la obra inconclusa.

En este caso, si el autor o sus derechohabientes ceden después el derecho de publicar la obra inconclusa a un tercero, deben indemnizar al editor por los daños y perjuicios ocasionados por la resolución del contrato.

Si el carácter de la obra lo permite, el editor podrá, siempre que medie la autorización del autor o, cuando corresponda, de sus herederos o derechohabientes, encargar a un tercero la conclusión de la obra, mencionando este hecho en la edición, en la que habrá de hacerse una clara distinción de los elementos así adicionados.

Artículo 102. La quiebra o la formación de concurso de acreedores al editor cuando la obra no se hubiere aún publicado darán por terminado el contrato, pero subsistirá hasta la concurrencia de los ejemplares producidos.

El contrato continuará hasta su terminación si al ocurrir la quiebra se hubiere iniciado la producción y el editor o curador así lo soliciten, dando las garantías suficientes, a criterio del Juez, para realizar la edición hasta su terminación.

Artículo 103. El editor podrá iniciar y proseguir ante las autoridades judiciales y administrativas todas las acciones a que tenga derecho, por sí y en representación del autor, para la defensa y gestión de los derechos patrimoniales de ambos mientras dure la vigencia del contrato de edición, quedando investido para ello de las más amplias facultades de representación procesal, inclusive a los efectos de perseguir las reproducciones no autorizadas de la edición.

Artículo 104. Quedan también regulados por las disposiciones de este Capítulo los contratos de coedición en los cuales exista más de un editor obligado frente al autor.

Capítulo II **Contrato de Edición Musical**

Artículo 105. Por el contrato de edición de obras musicales el autor confiere al editor el derecho exclusivo de edición y lo faculta para que, por sí o por terceros, realice la fijación y la reproducción sonora de la obra, la adaptación audiovisual, la traducción, la subedición y cualquier otra forma de utilización que se establezca en el contrato, quedando obligado el editor a su más amplia difusión por todos los medios y percibiendo por ello la participación en los rendimientos pecuniarios que ambos acuerden.

Artículo 106. El autor tiene el derecho irrenunciable de dar por rescindido el contrato si

el editor musical no ha editado o publicado la obra o no ha realizado ninguna gestión para su difusión en el plazo establecido en el contrato o, en su defecto, dentro de los seis meses siguientes a la entrega del ejemplar, o si a pesar de la petición del autor el editor no pone en venta nuevos ejemplares de la obra cuya producción inicial se hubiese agotado.

El autor podrá igualmente solicitar la rescisión del contrato si la obra musical o dramático-musical no ha producido beneficios económicos en tres años y el editor no demuestra haber realizado actos positivos para la difusión de la misma.

Artículo 107. Las demás disposiciones del Capítulo anterior son aplicables, en lo pertinente, a los contratos de edición de obras musicales.

Capítulo III **Contratos de Representación** **y de Ejecución Musical**

Artículo 108. Por los contratos de representación y de ejecución musical el autor o sus derechohabientes autorizan a una persona natural o jurídica a representar o ejecutar públicamente una obra literaria, dramática, musical, dramático-musical, pantomímica o coreográfica, a cambio de una compensación económica.

Estos contratos pueden celebrarse por tiempo determinado o por un número determinado de representaciones o ejecuciones públicas.

Artículo 109. En caso de cesión de derechos exclusivos para la representación o ejecución de la obra, el término de duración del contrato no podrá exceder de cinco años.

La falta o interrupción de las representaciones o ejecuciones durante dos años consecutivos dará por terminado el contrato de pleno derecho.

Artículo 110. El empresario está obligado a permitir al autor o a sus representantes la inspección de la representación o ejecución y la asistencia a la misma gratuitamente; a satisfacer puntualmente la remuneración convenida; a presentar al autor o a sus representantes el programa exacto de la representación o ejecución; a anotar en planillas diarias las obras utilizadas y el nombre de sus respectivos autores; y, cuando la remuneración fuese proporcional, a presentar una documentación fidedigna de sus ingresos.

El propietario, socio, gerente, director o responsable de las actividades de los establecimientos que utilicen obras, interpretaciones, producciones o emisiones protegidas por la presente Ley, responderá solidariamente con el organizador del espectáculo por las violaciones a los derechos respectivos que tengan efecto en dichos locales, sin perjuicio de las responsabilidades penales que correspondan.

Artículo 111. El empresario está igualmente obligado a que la representación o ejecución se realice en condiciones técnicas que garanticen la integridad de la obra y la dignidad y reputación de su autor.

Artículo 112. Las autoridades administrativas competentes no autorizarán la realización de espectáculos o audiciones y se abstendrán de expedir licencias de funcionamiento, si el responsable de la representación o ejecución o del respectivo establecimiento no acredita

tan la autorización de los titulares del derecho sobre las obras objeto de la representación o ejecución, o de la entidad de gestión colectiva que administre el repertorio correspondiente.

La autoridad respectiva no permitirá a los organismos que realizan transmisiones o retransmisiones por medios alámbricos o inalámbricos la utilización en dichas transmisiones o retransmisiones de obras protegidas por la presente Ley, sin que previamente acrediten la autorización concedida por los respectivos titulares de derechos o por la entidad de gestión colectiva que los represente o administre.

Artículo 113. Las disposiciones relativas a los contratos de representación o ejecución son también aplicables a las demás modalidades de comunicación pública a que se refiere el artículo 55 de esta Ley, en cuanto corresponda.

Capítulo IV

Contrato de Radiodifusión

Artículo 114. Por el contrato de radiodifusión el autor, su representante o sus derechohabientes autorizan a un organismo de radiodifusión para la transmisión inalámbrica de su obra. Las disposiciones de este contrato se aplicarán también a las transmisiones efectuadas por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo.

La autorización para transmitir o retransmitir la obra por cualquier medio alámbrico o inalámbrico no implica la del derecho de comunicar públicamente la obra transmitida o retransmitida, a través de altoparlantes, pantallas u otro instrumento análogo de transmisión o recepción de sonido o imágenes.

Artículo 115. Los organismos de radiodifusión deberán anotar en planillas mensouales, por orden de difusión, el título de cada una de las obras difundidas y el nombre de sus respectivos autores, el de los intérpretes o ejecutantes o el del director del grupo u orquesta en su caso, y el del productor audiovisual o del fonograma, según corresponda.

Asimismo deberán remitir copias de dichas planillas, firmadas y fechadas, a cada una de las entidades de gestión colectiva que representen a los titulares de los respectivos derechos.

Capítulo V

Contrato de Inclusión Fonográfica

Artículo 116. Por el contrato de inclusión fonográfica el autor de una obra musical autoriza a un productor de fonogramas, a cambio de remuneración, a grabar o fijar una obra para reproducirla mediante un disco fonográfico, una banda magnética, un soporte digital o cualquier otro dispositivo o mecanismo similar, con fines de reproducción y distribución de ejemplares.

La autorización concedida al productor fonográfico no comprende el derecho de comunicación pública de la obra contenida en el fonograma. El productor deberá hacer esa reserva en la etiqueta adherida al disco, dispositivo o mecanismo en que se reproduzca el fonograma.

Artículo 117. El productor está obligado a consignar en todos los ejemplares o copias del fonograma las indicaciones siguientes:

1. El título de las obras y los nombres o seudónimos de los autores, así como el de los arreglistas y versionistas, si los hubiere. Si la obra fuere anónima, así se hará constar.
2. El nombre de los intérpretes, así como la denominación de los conjuntos orquestales o corales y el nombre de sus respectivos directores.
3. Las siglas de la entidad de gestión colectiva a la cual pertenezcan los autores y artistas.
4. La mención de reserva de derechos sobre el fonograma, con indicación del símbolo (P), seguido del año de la primera publicación.
5. La denominación del productor fonográfico.

Las indicaciones que por falta de espacio adecuado no puedan estamparse directamente sobre los ejemplares o copias que contienen la reproducción serán obligatoriamente impresas en sus envoltorios o en folleto adjunto.

Artículo 118. El productor fonográfico está obligado a llevar un sistema de registro que permita comprobar a los autores y a los artistas intérpretes o ejecutantes la cantidad de reproducciones vendidas; y deberá permitir que estos puedan verificar la exactitud de las liquidaciones de sus remuneraciones mediante la inspección de comprobantes, oficinas y depósitos, ya sea personalmente o a través de representantes autorizados o de la respectiva entidad de gestión colectiva.

Artículo 119. Las disposiciones del presente Capítulo son aplicables en lo pertinente a las obras literarias que se utilicen como texto de una obra musical, o como declamación o lectura para su fijación en un fonograma, con fines de reproducción y venta.

Promulgada:
Entró en vigor:

23 de abril de 1996
24 de mayo de 1996

TÍTULO II DE LOS TITULARES DE DERECHOS

Artículo 16. Salvo lo dispuesto para las obras audiovisuales y programas de ordenador, en las obras creadas en cumplimiento de una relación laboral o en ejecución de un contrato por encargo, la titularidad de los derechos que puedan ser transferidos se regirá por lo pactado entre las partes.

A falta de estipulación contractual expresa, se presume que los derechos patrimoniales sobre la obra han sido cedidos al patrono o comitente en forma no exclusiva y en la medida necesaria para sus actividades habituales en la época de la creación, lo que implica, igualmente, que el empleador o el comitente, según corresponda, cuentan con la autorización para divulgar la obra y defender los derechos morales en cuanto sea necesario para la explotación de la misma.

TÍTULO VII DE LA TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS Y DE LA EXPLOTACIÓN DE LAS OBRAS POR TERCEROS

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 88.- El derecho patrimonial puede transferirse por mandato o presunción legal, mediante cesión entre vivos o transmisión mortis causa, por cualquiera de los medios permitidos por la ley.

Artículo 89.- Toda cesión entre vivos se presume realizada a título oneroso, a menos que exista pacto expreso en contrario, y reverte al cedente al extinguirse el derecho del cesionario.

La cesión se limita al derecho o derechos cedidos, y al tiempo y ámbito territorial pactados contractualmente. Cada una de las modalidades de utilización de las obras es independiente de las demás y, en consecuencia, la cesión sobre cada forma de uso debe constar en forma expresa y escrita, quedando reservados al autor todos los derechos que no haya cedido en forma explícita.

Si no se hubiera expresado el ámbito territorial, se tendrá por tal el país de su otorgamiento; y si no se especificare de modo concreto la modalidad

de explotación, el cesionario sólo podrá explotar la obra en la modalidad que se deduzca necesariamente del propio contrato y sea indispensable para cumplir la finalidad de éste.

Artículo 90.- Salvo en los casos de los programas de ordenador y de las obras audiovisuales, la cesión en exclusiva deberá otorgarse expresamente con tal carácter y atribuirá al cesionario, a menos que el contrato disponga otra cosa, la facultad de explotar la obra con exclusión de cualquier otra persona, comprendido el propio cedente, y la de otorgar cesiones no exclusivas a terceros.

El cesionario no exclusivo queda facultado para utilizar la obra de acuerdo a los términos de la cesión y en concurrencia, tanto con otros cesionarios como con el propio cedente.

Artículo 91.- Es nula la cesión de derechos patrimoniales respecto del conjunto de las obras que un autor pueda crear en el futuro, a menos que estén claramente determinadas en el contrato.

Es igualmente nula cualquier estipulación por la cual el autor se comprometa a no crear alguna obra en el futuro.

Artículo 92.- La cesión otorgada a título oneroso le confiere al autor una participación proporcional en los ingresos que obtenga el cesionario por la explotación de la obra, en la cuantía convenida en el contrato.

Artículo 93.- No será de aplicación lo dispuesto en el artículo anterior y por tanto la remuneración puede ser a tanto alzado:

- a. Cuando, atendida la modalidad de la explotación, exista dificultad grave en la determinación de los ingresos o su comprobación sea imposible o de un costo desproporcionado con la eventual retribución.
- b. Cuando la utilización de la obra tenga carácter accesorio respecto de la actividad o del objeto material a los que se destine.
- c. Cuando la obra, utilizada con otras, no constituya un elemento esencial de la creación intelectual en la que se integre.
- d. En el caso de la primera o única edición de las siguientes obras no divulgadas previamente: diccionarios, antologías y encyclopedias; prólogos, anotaciones, introducciones y presentaciones; obras científicas; trabajos de ilustración de una obra; traducciones; o ediciones populares a precios reducidos.
- e. Cuando las partes expresamente lo pacten.

Las disposiciones del presente artículo son igualmente aplicables a las tarifas de las entidades de gestión colectiva.

Artículo 94.- Salvo en los casos en que la ley presume una cesión ilimitada de los derechos patrimoniales, o haya pacto expreso en contrario, la transmisión de derechos por parte del cesionario a un tercero mediante acto entre vivos, puede efectuarse únicamente con el consentimiento del cedente dado por escrito.

A falta de consentimiento el cesionario responderá solidariamente frente al cedente de las obligaciones de la cesión. Sin embargo, no será necesario el consentimiento cuando la transferencia se lleve a efecto como consecuencia de la disolución o del cambio de titularidad de la empresa cesionaria.

Artículo 95.- El titular de derechos patrimoniales puede igualmente conceder a terceros una simple licencia de uso, no exclusiva e intransferible, la cual se regirá por las estipulaciones del contrato respectivo y las atinentes a la cesión de derechos, en cuanto sean aplicables.

Los contratos de cesión de derechos patrimoniales, los de licencia de uso, y cualquier otra autorización que otorgue el titular de derecho, deben hacerse por escrito, salvo en los casos en que la ley presume la transferencia entre vivos de tales derechos.

CAPITULO II

DEL CONTRATO DE EDICION

Artículo 96.- El contrato de edición es aquel por el cual el autor o sus derechohabientes, ceden a otra persona llamada editor, el derecho de publicar, distribuir y divulgar la obra por su propia cuenta y riesgo en las condiciones pactadas y con sujeción a lo dispuesto en esta Ley.

Artículo 97.- El contrato de edición debe constar por escrito y expresar:

- a. La identificación del autor, del editor y de la obra.
- b. Si la obra es inédita o no.
- c. El ámbito territorial del contrato.
- d. El idioma en que ha de publicarse la obra.
- e. Si la cesión confiere al editor un derecho de exclusiva.
- f. El número de ediciones autorizadas.
- g. El plazo para la puesta en circulación de los ejemplares de la única o primera edición.
- h. El número mínimo y máximo de ejemplares que alcanzará la edición o cada una de las que se convengan.

- i. Los ejemplares que se reservan al autor, a la crítica, a la promoción de la obra y los que servirán para sustituir los ejemplares defectuosos.
- j. La remuneración del autor.
- k. El plazo dentro del cual el autor debe entregar el original de la obra al editor.
- l. La calidad de la edición.
- m. La forma de fijar el precio de los ejemplares.

Artículo 98.- A falta de disposición expresa en el contrato, se entenderá que:

- a. La obra ya ha sido publicada con anterioridad.
- b. Se cede al editor el derecho por una sola edición, la cual deberá estar a disposición del público en el plazo de seis meses, desde la entrega del ejemplar al editor en condiciones adecuadas para la reproducción de la obra.
- c. Se entenderá que la obra será publicada en el idioma en el que está expresada la obra entregada por el autor.
- d. El número mínimo de ejemplares que conforman la primera edición, es de mil.
- e. El número de ejemplares reservados al autor, a la crítica, a la promoción y a la sustitución de ejemplares defectuosos, es del cinco por ciento (5%) de la edición, hasta un máximo de cien ejemplares, distribuido proporcionalmente para cada uno de esos fines.
- f. El autor deberá entregar el ejemplar original de la obra al editor, en el plazo de noventa días a partir de la fecha del contrato.

Artículo 99.- Son obligaciones del editor:

- a. Publicar la obra en la forma pactada, sin introducirle ninguna modificación que el autor no haya autorizado.

- b. Indicar en cada ejemplar el título de la obra y, en caso de traducción, también el título en el idioma original; el nombre o seudónimo del autor, del traductor, compilador o adaptador, si los hubiere, a menos que ellos exijan la publicación anónima; el nombre y dirección del editor y del impresor; la mención de reserva del derecho de autor, del año y lugar de la primera publicación y las siguientes, si correspondiera; el número de ejemplares impresos y la fecha en que se terminó la impresión.
- c. Someter las pruebas de la tirada al autor, salvo pacto en contrario.
- d. Distribuir y difundir la obra en el plazo y condiciones estipuladas, y conforme a los usos habituales.
- e. Satisfacer al autor la remuneración convenida, y cuando ésta sea proporcional y a menos que en el contrato se fije un plazo menor, liquidarle semestralmente las cantidades que le corresponden. Si se ha pactado una remuneración fija, ésta será exigible desde el momento en que los ejemplares estén disponibles para su distribución y venta, salvo pacto en contrario.
- f. Presentarle al autor, en las condiciones indicadas en el numeral anterior, un estado de cuentas con indicación de la fecha y tiraje de la edición, número de ejemplares vendidos y en depósito para su colocación, así como el de los ejemplares inutilizados o destruidos por caso fortuito o fuerza mayor.
- g. Permitirle al autor en forma periódica la verificación de los documentos y comprobantes demostrativos de los estados de cuenta, así como la fiscalización de los depósitos donde se encuentren los ejemplares objeto de la edición.
- h. Solicitar el registro del derecho de autor sobre la obra y hacer el depósito legal, en nombre del autor.
- i. Restituir al autor el original de la obra objeto de la edición, una vez finalizadas las operaciones de impresión y tiraje de la misma, salvo comprobada imposibilidad de orden técnico.
- j. Numerar cada uno de los ejemplares.

Artículo 100.- Son obligaciones del autor:

- a. Responsabilizarse por la autoría y originalidad de la obra frente al editor.
- b. Garantizar al editor el ejercicio pacífico y, en su caso, exclusivo del derecho objeto del contrato.
- c. Entregar al editor en debida forma y en el plazo convenido, el original de la obra objeto de la edición.
- d. Corregir las pruebas de la tirada, salvo pacto en contrario.

Artículo 101.- El derecho concedido a un editor para publicar varias obras por separado, no comprende la facultad de publicarlas reunidas en un sólo volumen y viceversa.

Artículo 102.- El autor tiene el derecho irrenunciable de dar por resuelto el contrato de edición:

- a. Si el editor no cumple con editar y publicar la obra dentro del plazo pactado y si éste no se fijó, dentro de un máximo de seis meses, a partir de la entrega del ejemplar original al editor.
- b. Si estando facultado el editor para publicar más de una edición y, habiéndose agotado los ejemplares para la venta, no procede a publicar una nueva, dentro de los dos meses, salvo pacto en contrario. Se considera agotada una edición, cuando se ha vendido el

noventicinco por ciento (95%) de los ejemplares de ella.

En todos los casos de resolución por incumplimiento del editor, el autor quedará liberado de devolver los anticipos que hubiese recibido de aquél, sin perjuicio del derecho de iniciarle las acciones a que hubiere lugar.

Artículo 103.- El editor tiene el derecho irrenunciable de dar por resuelto el contrato de edición cuando el autor no cumpliese con hacerle entrega de la obra dentro del plazo convenido y, si no se fijó éste, dentro del lapso de seis meses a partir del convenio, sin perjuicio del derecho de iniciarle las acciones a que hubiere lugar.

Artículo 104.- El editor no podrá, sin consentimiento del autor, vender como saldo la edición antes de los dos años de la inicial puesta en circulación de los ejemplares.

Transcurrido dicho plazo, si el editor decide vender como saldo los que le resten, lo notificará fehacientemente al autor, quien podrá percibir el precio del saldo ofrecido a los mayoristas.

La opción deberá ejercerla dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación.

Artículo 105.- Si transcurrido el plazo de dos años a que se refiere el artículo anterior, el editor decide destruir el resto de los ejemplares de una edición, deberá asimismo notificarlo al autor, quien podrá exigir que se le entreguen gratuitamente todos o parte de los ejemplares, dentro del plazo de treinta días desde la notificación.

Artículo 106.- El editor podrá iniciar y proseguir ante las autoridades judiciales y administrativas todas las acciones a que tenga derecho, por sí y en representación del autor, para la defensa y gestión de los derechos patrimoniales de ambos mientras dure la vigencia del contrato de edición, quedando investido para ello de las más amplias facultades de representación procesal.

El editor tendrá asimismo el derecho de perseguir las reproducciones no autorizadas de las formas gráficas de la edición.

Artículo 107.- Quedan también regulados por las disposiciones de este Capítulo los contratos de co-edición en los cuales existe más de un editor obligado frente al autor.

CAPITULO III

DEL CONTRATO DE EDICIÓN-DIVULGACIÓN DE OBRAS MUSICALES

Artículo 108.- Por el contrato de edición-divulgación de obras musicales, el autor cede al editor el derecho exclusivo de edición y lo faculta para que, por sí o por terceros, realice la fijación y la reproducción fonomecánica de la obra, la adaptación audiovisual, la traducción, la sub-edición y cualquier otra forma de utilización de la obra que se establezca en el contrato, quedando obligado el editor a su más amplia divulgación por todos los medios a su alcance, y percibiendo por ello la participación en los rendimientos pecuniarios que ambos acuerden.

Artículo 109.- El autor tiene el derecho irrenunciable de dar por resuelto el contrato si el editor no ha editado o publicado la

obra, o no ha realizado ninguna gestión para su divulgación en el plazo establecido en el contrato o, en su defecto, dentro de los seis meses siguientes a la entrega de los originales. En el caso de las obras sinfónicas y dramático-musicales, el plazo será de un año a partir de dicha entrega.

El autor podrá igualmente pedir la resolución del contrato si la obra musical o dramático-musical no ha producido beneficios económicos en tres años y el editor no demuestra haber realizado actos positivos para la difusión de la misma.

Salvo pacto en contrario, el contrato de edición musical no tendrá una duración mayor de cinco años.

Artículo 110.- Son aplicables a los contratos de edición- divulgación de obras musicales, las disposiciones sobre el contrato de edición relativas a la liquidación de las remuneraciones al autor y a la legitimación del editor ante las autoridades judiciales y administrativas.

CAPITULO IV

DE LOS CONTRATOS DE REPRESENTACIÓN TEATRAL Y DE EJECUCIÓN MUSICAL

Artículo 111.- Por los contratos regulados en este Capítulo, el autor, sus derechos-habientes o la sociedad de gestión correspondiente, ceden o licencian a una persona natural o jurídica, el derecho de representar o ejecutar públicamente una obra literaria, dramática, musical, dramático-musical, pantomímica o coreográfica, a cambio de una compensación económica.

Los contratos indicados pueden celebrarse por tiempo determinado o por un número determinado de representaciones o ejecuciones públicas.

Artículo 112.- En caso de cesión de derechos exclusivos, la duración del contrato no podrá exceder de cinco años, salvo pacto en contrario.

La falta o interrupción de las representaciones o ejecuciones en el plazo acordado por las partes, pone fin al contrato de pleno derecho. En estos casos, el empresario deberá restituir al autor, el ejemplar de la obra que haya recibido e indemnizarle los daños y perjuicios ocasionados por su incumplimiento.

Artículo 113.- Son obligaciones del empresario:

- a. Garantizar y facilitar al autor o sus representantes la inspección de la representación o ejecución y la asistencia a las mismas gratuitamente;
- b. Satisfacer puntualmente la remuneración convenida;
- c. Presentar al autor o a sus representantes, el programa exacto de la representación o ejecución, anotando al efecto, de ser el caso, en planillas diarias las obras utilizadas y sus respectivos autores, las mismas que deberán contener el nombre, firma y documento de identidad del empresario responsable.

Artículo 114.- Cuando la remuneración que le corresponda al autor fuese proporcional, el empresario estará obligado a presentar una relación fidedigna y documentada de sus ingresos.

Artículo 115.- La participación del autor en los ingresos de taquilla tiene la calidad de un depósito en poder del empresario, quién

deberá mantenerlos, en todo momento, a disposición del autor o de su representante, y no podrá ser objeto de ninguna medida de embargo dictada contra el empresario. En este caso serán aplicables las normas establecidas en el Código Civil para el depósito necesario.

Artículo 116.- El propietario o conductor o representante encargado responsable de las actividades de los establecimientos donde se realicen actos de comunicación pública que utilicen obras, interpretaciones o producciones protegidas por la presente ley, responderán solidariamente con el organizador del acto por las violaciones a los derechos respectivos que tengan efecto en dichos locales o empresas, sin perjuicio de las responsabilidades penales que correspondan.

Los artistas intérpretes o ejecutantes que comuniquen la obra por encargo de la persona responsable, no responden de dicha ejecución y sólo están obligados a confeccionar la planilla de ejecución y suscribirla, responsabilizándose de su exactitud. En caso de conjuntos musicales, la responsabilidad de dicha confección recaerá en el director de aquellos. Si no se puede determinar quien es el director, los miembros del conjunto serán solidariamente responsables por dicha obligación.

Artículo 117.- No se podrán realizar espectáculos y audiciones públicas y las autoridades de todo orden se abstendrán de autorizarlos, sin que el responsable presente la autorización de los titulares de los derechos de las obras protegidas a utilizarse o de sus representantes.

Artículo 118.- Para los efectos de esta ley, la ejecución o comunicación en público de la música comprende el uso de la misma,

por cualquier medio o procedimiento, con letra o sin ella, total o parcial, pagado o gratuito, en estaciones de radio y televisión, teatros, auditorios cerrados o al aire libre, cines, hoteles, salas de baile, bares, fiesta en clubes sociales y deportivos, establecimientos bancarios y de comercio, mercados, supermercados, centros de trabajo y, en general, en todo lugar que no sea estrictamente el ámbito doméstico. La enumeración precedente es enunciativa, no limitativa.

Artículo 119.- La autorización concedida a las empresas de radio, televisión o cualquier entidad emisora, no implica facultad alguna para la recepción y utilización por terceros, en público, o en lugares donde éste tenga acceso, de dichas emisiones, requiriéndose en este caso, permiso expreso de los autores de las obras correspondientes o de la entidad que los represente.

Artículo 120.- Las disposiciones relativas a los contratos de representación o ejecución, son también aplicables a las demás modalidades de comunicación pública, en cuanto corresponda.

CAPITULO V

DEL CONTRATO DE INCLUSIÓN FONOGRÁFICA

Artículo 121.- Por el contrato de inclusión fonográfica, el autor de una obra musical, o su representante, autoriza a un productor de fonogramas, mediante remuneración, a grabar o fijar una obra para reproducirla sobre un disco fonográfico, una banda magnética, un soporte digital o cualquier otro dispositivo o mecanismo análogo, con fines de reproducción y venta de ejemplares.

La autorización otorgada por el autor o editor, o por la entidad de gestión que los represente, para incluir la obra en un fonograma, concede al productor autorizado, el derecho a reproducir u otorgar licencias para la reproducción de su fonograma, condicionada al pago de una remuneración.

Artículo 122.- La autorización concedida al productor fonográfico no comprende el derecho de comunicación pública de la obra contenida en el fonograma, ni de ningún otro derecho distinto a los expresamente autorizados.

Artículo 123.- El productor está obligado a consignar en todos los ejemplares o copias del fonograma, aún en aquellos destinados a su distribución gratuita, las indicaciones siguientes:

- a. El título de las obras y el nombre o seudónimo de los autores, así como el de los arreglistas y versionistas, si los hubiere. Si la obra fuere anónima, así se hará constar.
- b. El nombre de los intérpretes principales, así como la denominación de los conjuntos orquestales o corales y el nombre de sus respectivos directores.
- c. El nombre o sigla de la entidad de gestión colectiva que administre los derechos patrimoniales sobre la obra.
- d. La mención de reserva de derechos sobre el fonograma, con indicación del símbolo (P), seguido del año de la primera publicación.
- e. La razón social, el nombre comercial del productor fonográfico y el signo que lo identifique.
- f. La mención de que están reservados todos los derechos del autor, de los intérpretes o ejecutantes y del productor del fonograma, incluidos los de copia, alquiler, canje o préstamo y ejecución pública.

Las indicaciones que por falta de lugar adecuado no puedan estamparse directamente sobre los ejemplares o copias que contienen la reproducción, serán obligatoriamente impresas en el sobre, cubierta o en folleto adjunto.

Artículo 124.- El productor fonográfico está obligado a satisfacer al menos semestralmente, la remuneración respectiva de los autores, editores, artistas intérpretes o ejecutantes, remuneración que también podrá ser entregada a sus representantes, salvo que en el contrato se haya fijado un plazo distinto. El productor fonográfico hará las veces de agente retenedor y llevará un sistema de registro que les permita comprobar a dichos titulares la cantidad de reproducciones vendidas y deberá permitir que éstos puedan verificar la exactitud de las liquidaciones de sus remuneraciones mediante la inspección de comprobantes, oficinas, talleres, almacenes y depósitos, sea personalmente, a través de representante autorizado o por medio de la entidad de gestión colectiva correspondiente.

Artículo 125.- Las disposiciones del presente Capítulo son aplicables en lo pertinente a las obras literarias que sean utilizadas como texto de una obra musical, o como declamación o lectura para su fijación en un fonograma, con fines de reproducción y venta.

CAPITULO VI

DEL CONTRATO DE RADIODIFUSIÓN

Artículo 126.- Por el contrato de radiodifusión el autor, su representante o derechohabiente, autorizan a un organismo de radiodifusión para la transmisión de su obra.

Las disposiciones del presente capítulo se aplicarán también a las transmisiones efectuadas por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo.

Artículo 127.- Los organismos de radiodifusión deberán anotar en planillas mensuales, por orden de difusión, el título de cada una de las obras difundidas y el nombre de sus respectivos autores, el de los intérpretes o ejecutantes o el del director del grupo u orquesta en su caso, y el del productor audiovisual o del fonograma, según corresponda.

Asimismo deberán remitir copias de dichas planillas, firmadas y fechadas, a cada una de las entidades de gestión que representen a los titulares de los respectivos derechos.

Artículo 128.- En los programas emitidos será obligatorio indicar el título de cada obra musical utilizada, así como el nombre de los respectivos autores, el de los intérpretes principales que intervengan y el del director del grupo u orquesta, en su caso.

REPÚBLICA DOMINICANA

LEY 65-00, SOBRE DERECHO DE AUTOR DE LA REPUBLICA DOMINICANA

Del 21 de agosto del año 2000, publicada en la gaceta oficial No.10056 del 24 de agosto del 2000.

LOS CONTRATOS

DE LOS CONTRATOS EN GENERAL

ARTÍCULO 79.15 Cualquier persona que adquiera o sea titular de un derecho patrimonial sobre una obra, interpretación o ejecución, o fonograma, puede, libre e individualmente transferir a otra persona ese derecho mediante contrato. Por lo tanto las provisiones del presente título se aplican siempre que las partes no hayan acordado de otra forma.

PÁRRAFO. La cesión de derechos patrimoniales puede celebrarse a título gratuito u oneroso, en forma exclusiva o no exclusiva. Salvo pacto en contrario o disposición expresa de la ley; la cesión se presume realizada en forma no exclusiva y a título oneroso.

PÁRRAFO II. El autor puede también sustituir la cesión por la concesión de una simple licencia de uso, no exclusiva e intransferible, que no transfiere titularidad alguna al licenciatario, sino que lo autoriza a la utilización de la obra por las modalidades previstas en la misma licencia. Además de sus estipulaciones específicas, las licencias se rigen, en cuanto sean aplicables, por los principios relativos a la cesión de derechos patrimoniales.

pios relativos a la cesión de derechos patrimoniales.

PÁRRAFO III. Los contratos de cesión de derechos patrimoniales y los de licencia de uso deben constar por escrito, salvo que la propia ley establezca, en un caso concreto, una presunción de cesión de derechos.

ARTÍCULO 80.16 Las distintas formas de utilización de la obra, interpretaciones y fonogramas son independientes entre sí. La autorización para una forma de utilización no se extiende a las demás.

PÁRRAFO. En cualquier caso, los efectos de la cesión o de la licencia, según los casos, se limitan a los derechos expresamente concedidos o licenciados, y al tiempo y ámbito territorial pactado contractualmente.

ARTÍCULO 81.17 La interpretación de los negocios jurídicos sobre derecho de autor y derechos conexos será siempre restrictiva. No se admite el reconocimiento de derechos más amplios de los expresamente concedidos o licenciados por el autor en el contrato respectivo.

ARTÍCULO 82.18 El que adquiere un derecho de utilización como cesionario, tendrá que cumplir las obligaciones contraídas por el cedente en virtud de su contrato con el autor, intérprete o productor del fonograma. El cedente responderá ante el autor, intérprete o productor del fonograma solidariamente con el cesionario, por las obligaciones contraídas por aquél en el respectivo contrato, así como por la compensación por daños y perjuicios que el cesionario pueda causarle por incumplimiento de alguna de dichas obligaciones contractuales.

ARTÍCULO 83.19 Cualquier persona que adquiera o sea titular de cualquier derecho patrimonial respecto a una obra, interpretación o ejecución o fonograma en virtud de un contrato, incluyendo un contrato de trabajo para la creación de obras, interpretaciones o ejecuciones y producción de fonogramas, podrá ejercer ese derecho en nombre de esa persona y gozar plenamente de los beneficios derivados del mismo.

ARTÍCULO 84.20 Según lo establecido en el artículo 79 de la presente ley, serán nulos de pleno derecho, a menos que las partes no hayan acordado diferente: 1) Las contrataciones globales de la producción futura, a menos que se trate de una o varias obras, ejecuciones, interpretaciones o producciones determinadas, cuyas características deben quedar claramente establecidas en el contrato; 2) El compromiso de no producir o de restringir la producción futura, así fuere por tiempo limitado.

CAPÍTULO III DEL CONTRATO DE EDICIÓN

ARTÍCULO 85. En virtud de este contrato, el titular del derecho de autor de una obra literaria, artística o científica se obliga a entregar un ejemplar de la misma al editor, quien se compromete a publicarla, distribuirla y promoverla por su propia cuenta y riesgo, en las condiciones pactadas y con sujeción a lo dispuesto en esta ley.

ARTÍCULO 86. En todo contrato de edición deberá pactarse la suma a ser recibida por el autor o titular de obra. A falta de estipulación, se presumirá que corresponde a dicho autor o titular un diez por ciento (10%) calculado sobre el precio de venta al público de los ejemplares editados en la primera edición. Cuando el contrato de edición comprenda el derecho para hacer dos o más ediciones, o sea, por un período de años determinado, se entenderá que la suma a pagar será de un quince por ciento (15%) calculado en la misma forma.

ARTÍCULO 87. Sin perjuicio de lo que dispone el artículo anterior y de las estipulaciones accesorias que las partes estimen convenientes, en el contrato deberá estipularse:

- 1) La identificación del autor, del editor y de la obra;
- 2) Si la obra es inédita o no;
- 3) Si la autorización es exclusiva o no;
- 4) El plazo y las condiciones en que debe ser entregado el ejemplar de la obra al editor;
- 5) El plazo convenido para poner en venta la primera edición;
- 6) La cantidad de ejemplares que deberán imprimirse en la primera edición;

- 7) La cantidad máxima de ejemplares que puedan editarse dentro del plazo o estipulado; y
- 8) La forma como será fijado el precio de venta de cada ejemplar al público.

PÁRRAFO. A falta de una o de algunas de las estipulaciones anteriores, se aplicarán las normas supletorias de los artículos siguientes.

ARTÍCULO 88. El ejemplar de la obra deberá ser entregado al editor en el plazo y en la forma que se hubieren pactado. A falta de estipulación al respecto, se entenderá que la entrega deberá hacerse dentro del plazo de sesenta días desde la fecha y firma del contrato.

PÁRRAFO I. Si se tratare de una obra inédita, el ejemplar será presentado en un soporte que sea apto para su fijación o reproducción.

PÁRRAFO II. Si se tratare de una obra ya publicada, el ejemplar podrá ser entregado en un soporte que contenga las modificaciones, adiciones o supresiones debidamente indicadas.

ARTÍCULO 89. A falta de estipulación expresa, se entenderá que el editor puede publicar una sola edición.

ARTÍCULO 90. La edición o ediciones autorizadas por el contrato, deberán iniciarse y terminarse durante el plazo estipulado en él. En caso de silencio al respecto, ellas deberán iniciarse dentro de dos (2) meses siguientes a la entrega del ejemplar, cuando se trate de la primera edición autorizada, o dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha en que se agote la edición anterior, cuando el contrato autorice más de una edición.

PÁRRAFO I. Cada edición deberá terminarse en el plazo que sea estrictamente necesario, para hacerla en las condiciones previstas en el contrato.

PÁRRAFO II. Si el editor retrasare la publicación de cualquiera de las ediciones pactadas, sin causa plenamente justificada, deberá indemnizar los perjuicios ocasionados al autor, quien podrá hacer uso del derecho de rescisión del contrato.

ARTÍCULO 91. El editor no podrá publicar un número mayor de ejemplares que el convenido. Si dicho número no se hubiese fijado, se entenderá que se harán quinientos (500) ejemplares en una sola edición. El editor podrá producir una cantidad adicional, no mayor de cinco por ciento (5%) de la autorizada, únicamente para cubrir los riesgos de daño o pérdida en el proceso de producción. Los ejemplares adicionales que resulten sobre la cantidad estipulada serán tenidos en cuenta en la remuneración del autor, cuando ésta se hubiese pactado en relación con los ejemplares vendidos.

ARTÍCULO 92. A falta de estipulación, el precio de venta al público será fijado por el editor.

ARTÍCULO 93. La remuneración por concepto de derecho de autor se pagará en la fecha, forma y lugar acordados en el contrato. Si dicha remuneración equivale a una suma fija, independiente de los resultados obtenidos por la venta de los ejemplares editados, y no se hubiere estipulado otra cosa, se presume que ellos son exigibles desde el momento en que la obra de que se trate esté lista para su distribución y venta al público.

PÁRRAFO I. Si la remuneración se hubiere pactado en proporción con los ejemplares vendidos, ella deberá ser pagada en liquidaciones semestrales, mediante cuentas que deberán ser rendidas al autor por el editor, las que podrán ser verificadas por aquél en la forma prevista en la presente ley.

PÁRRAFO II. Será nulo cualquier pacto en contrario que aumente el plazo semestral, y la falta de cumplimiento de pago de dicha obligación dará derecho al autor para rescindir el contrato, sin perjuicio del reconocimiento de los daños y perjuicios que se le hayan causado.

ARTÍCULO 94. Si el término del contrato expira antes de que los ejemplares editados hayan sido vendidos, el autor o sus causahabientes tienen derecho de comprar los ejemplares no vendidos al precio fijado para su venta al público con un descuento del cuarenta por ciento (40%).

PÁRRAFO. Este derecho podrá ser ejercido dentro del plazo de sesenta (60) días a partir de la fecha de expiración del contrato. Si no fuere ejercido, el editor podrá continuar la venta de los ejemplares restantes en las condiciones del contrato, el que continuará vigente hasta que ellos se hubieren agotado.

ARTÍCULO 95. Cualquiera que sea la duración convenida, si los ejemplares autorizados por el autor hubieren sido vendidos antes de la expiración del contrato, se entenderá que el término del mismo ha expirado.

ARTÍCULO 96. El autor tendrá derecho a efectuar las correcciones, adiciones o mejoras que estime convenientes antes de que la edición de la obra entre en producción.

El editor no podrá hacer una nueva edición autorizada en el contrato sin dar el correspondiente aviso al autor, a fin de que este tenga oportunidad para hacer las reformas, adiciones o correcciones que estime pertinentes. Si dichas correcciones, adiciones o mejoras son introducidas cuando la obra ya esté corregida en pruebas, el autor deberá reconocer al editor el costo ocasionado por ellas. Esta regla se aplicará también cuando las reformas, correcciones o ampliaciones sean de gran magnitud y hagan más oneroso el proceso de edición, salvo cuando se trate de obras actualizadas mediante envíos periódicos.

ARTÍCULO 97. Si el autor ha celebrado con anterioridad, contrato de edición sobre la misma obra, o si esta ha sido publicada con su autorización o conocimiento, deberá dar a conocer esta circunstancia al editor antes de la celebración del nuevo contrato. La occultación de tales hechos occasionará el pago de los daños y perjuicios que pudiera ocasionar al editor.

ARTÍCULO 98. El editor no podrá modificar el contenido de la obra introduciendo en ella abreviaciones, adiciones o modificaciones sin expresa autorización del autor.

PÁRRAFO. Salvo estipulación en contrario, cuando se trate de obras que por su carácter deben ser actualizadas, la preparación de la nueva versión deberá ser hecha por el autor, pero si éste no pudiere o no quisiere hacerlo, el editor podrá contratar su elaboración con una persona idónea, indicándolo así en la respectiva edición y destacando en tipo de diferentes tamaño o estilo, las partes que fueron adicionadas o modificadas, sin perjuicio de la remuneración pactada a favor del autor.

ARTÍCULO 99. El incumplimiento por parte del autor, en cuanto a la fecha y forma de entrega del soporte que contiene la obra, dará al editor opción para rescindir el contrato o para devolver al autor el ejemplar que haya recibido, para que su presentación sea ajustada a los términos convenidos. En caso de una nueva entrega del ejemplar, el plazo o plazos que el editor tiene para la iniciación y terminación de la edición serán prorrogados por el término en que el autor ha demorado su entrega, debidamente corregido.

ARTÍCULO 100. Cuando el soporte de la obra, después de haber sido entregado al editor, se extraviase por culpa suya, éste queda obligado al pago de las sumas acordadas contractualmente. Si el titular o autor posee una copia del soporte extraviado, deberá ponerla a disposición del editor.

ARTÍCULO 101. En caso de que los ejemplares producidos de la obra desaparezcan o se destruyan total o parcialmente en manos del editor, el autor tendrá derecho a la suma pactada si fue acordada sin consideración al número de ejemplares vendidos.

PÁRRAFO. Si la remuneración hubiere sido pactada en proporción a los ejemplares vendidos, el autor tendrá derecho a ella, cuando las causas de la pérdida o destrucción de los ejemplares producidos de la obra o de parte de ella sean imputables al editor.

ARTÍCULO 102. El autor o titular, sus herederos o concesionarios, podrán controlar la veracidad del número de ediciones y de ejemplares editados, de las ventas, suscripciones, obsequios de cortesía

y, en general, de los ingresos causados, mediante la vigilancia del tiraje o producción en los talleres del editor o impresor y la inspección de almacenes del editor, control que podrán ejercer por sí mismos o a través de una persona autorizada por escrito.

ARTÍCULO 103. Además de las obligaciones ya indicadas en esta ley, el editor tendrá las siguientes:

- 1) Dar amplia publicidad a la edición de la obra en la forma más adecuada para su rápida difusión;
- 2) Suministrar al autor, en forma gratuita sin afectar su remuneración, un mínimo de uno por ciento (1%) de los ejemplares publicados en cada edición o reimpresión, con un límite máximo de cincuenta ejemplares para cada una de ellas. Los ejemplares recibidos por el autor de acuerdo con esta norma, quedarán fuera del comercio y no se considerarán como ejemplares vendidos para los efectos de la liquidación de las remuneraciones correspondientes.
- 3) Rendir oportunamente al autor las cuentas o informes y permitir la inspección por él o por su delegado, de conformidad con lo dispuesto por la presente ley;
- 4) Dar cumplimiento a la obligación sobre depósito legal, si el autor no lo hubiere hecho; y
- 5) Las demás expresamente señaladas en el contrato.

ARTÍCULO 104. Durante la vigencia del contrato de edición, el editor tendrá derecho a iniciar y proseguir todas las acciones consagradas por la presente ley contra los actos que estime lesivos a sus derechos, sin perjuicio del derecho que tienen el autor y sus causahabientes

para adelantar las mismas acciones, lo que podrán hacer conjuntamente con el editor o separadamente.

ARTÍCULO 105. El derecho de editar separadamente una o varias obras del mismo autor, no confiere al editor el derecho para editarlas conjuntamente. Asimismo, el derecho de editar las obras conjuntas de un autor, no confiere al editor la facultad de editarlas por separado.

ARTÍCULO 106. Si antes de terminar la elaboración y entrega del ejemplar de la obra, el autor muere o sin culpa se imposibilita para finalizarla, el editor podrá dar por terminado el contrato, sin perjuicio de los derechos que se hayan causado a favor del autor. Si optare por publicar la parte recibida del original, podrá reducir proporcionalmente los honorarios pactados.

PÁRRAFO. Si el carácter de la obra lo permite, con autorización del autor, de sus herederos o de sus causahabientes, podrá encomendar a un tercero la conclusión de la obra, mencionando este hecho en la edición en la que deberá hacerse una clara distinción de los textos así adicionados.

ARTÍCULO 107. La quiebra del editor, cuando la edición no se hubiere producido, dará por terminado el contrato. En caso de producción total o parcial, el contrato subsistirá hasta la venta de los ejemplares reproducidos. El contrato subsistirá hasta su terminación si, al producirse la quiebra, se hubiere iniciado la producción y el editor o el síndico así lo pidieren, dando garantías suficientes, a juicio del juez, para realizarlo hasta su terminación.

PÁRRAFO. La terminación del contrato por esta causa da derecho de preferencia igual al concedido por la ley a los créditos laborales, para el pago de las remuneraciones debidas al autor.

ARTÍCULO 108. Si después de tres años de hallarse la edición de la obra en venta al público, no se hubiere vendido más del treinta por ciento (30%) de los ejemplares que fueron editados, el editor podrá dar por terminado el contrato y liquidar los ejemplares restantes a un precio inferior al pactado o inicialmente fijado por el editor, reduciendo la remuneración del autor proporcionalmente al nuevo precio, si este se hubiere pactado en proporción a los ejemplares vendidos. En este caso, el autor tendrá derecho preferencial a comprar los ejemplares no vendidos, al precio de venta al público menos un cuarenta por ciento (40%) de descuento, para lo que tendrá un plazo de sesenta (60) días a partir de la fecha en que el editor le hubiere notificado su decisión de liquidar tales ejemplares.

PÁRRAFO. Si el autor hiciese uso de este derecho de compra, no podrá cobrar remuneración por tales ejemplares, si la remuneración se hubiere pactado en proporción a la venta.

ARTÍCULO 109. Todo aumento o disminución en el precio de venta, cuya remuneración para el autor deba pagarse en proporción al valor de los ejemplares vendidos, será tenido en cuenta en cada liquidación semestral del editor. Para este fin, el editor queda obligado a comunicar al autor, en forma escrita y por un medio fehaciente, su decisión de aumento o disminución del precio antes de la fecha de su vigencia.

ARTÍCULO 110. El editor está facultado para solicitar el registro del derecho de autor sobre la obra, en nombre del autor, si este no lo hubiere hecho.

PÁRRAFO. A tales fines, el contrato será considerado como poder suficiente para efectuar las diligencias necesarias del registro.

ARTÍCULO 111. Todo editor o persona que publique una obra, está obligado a consignar, en lugar visible, en todos los ejemplares que publique, inclusive los eventualmente destinados a ser distribuidos gratuitamente, las siguientes indicaciones:

- 1) Título de la obra;
- 2) Nombre o seudónimo del autor o autores y nombre del traductor, salvo que hubieren estos decidido mantener su anonimato;
- 3) Nombre del compilador, adaptador o autor de la versión cuando los hubiere;
- 4) Si la obra fuese anónima así se hará constar;
- 5) La mención de reserva del derecho de autor, con el símbolo ©, acompañado del nombre del titular del derecho de autor y de la indicación del año de la primera publicación. El símbolo, el nombre y el año deben ponerse de manera tal y en un lugar que muestren claramente que el derecho de autor está reservado;
- 6) Nombre y dirección del editor y del impresor o de otra empresa que, por cuenta del editor, realice la producción; y
- 7) Fecha en que se terminó la impresión o producción de los ejemplares.

ARTÍCULO 112. Las disposiciones de este capítulo son aplicables también, en cuánto corresponda, a los contratos de edición de obras musicales.

PÁRRAFO I. En estos casos, el autor cede al editor musical el derecho exclusivo de edición y lo faculta para que, por sí o por terceros, realice la fijación y la reproducción fonomecánica de la obra, la adaptación a obras audiovisuales, la traducción, la sub-edición y cualquier otra forma de utilización que se establezca en el contrato. El editor queda obligado a la más amplia divulgación de la obra por todos los medios a su alcance, y percibiendo por ello la participación pecuniaria que ambos acuerden.

PÁRRAFO II. El autor tiene el derecho irrenunciable de dar por resuelto el contrato de edición musical, si el editor no ha realizado ninguna gestión para la divulgación de la obra dentro del año siguiente a la entrega del soporte que la contiene, o si la obra no ha producido beneficios económicos en tres años, a partir de la fecha del contrato, y el editor no demuestra haber realizado actos positivos para la difusión de la obra.

CAPÍTULO IV

DEL CONTRATO DE INCLUSIÓN DE LA OBRA EN FONOGRAMAS

ARTÍCULO 113. El contrato de inclusión en fonogramas es aquel por el cual el autor autoriza al productor, mediante una remuneración previamente acordada, a fijar la obra en un fonograma para su reproducción y distribución. Esta autorización no comprende el derecho de comunicación pública.

ARTÍCULO 114. El productor de fonogramas está obligado a consignar o fijar en todos los ejemplares en que la obra haya sido incluida, en lugar visible y en forma permanente, aun en aquellos

destinados a la distribución gratuita, las indicaciones siguientes:

- 1) Título de la obra, nombre de los autores o sus seudónimos y del autor de la versión o arreglo, cuando lo hubieren;
- 2) Nombre de los intérpretes. Los conjuntos orquestales o corales serán indicados con su denominación propia o con el nombre de su director, según el caso;
- 3) La mención de reserva del derecho con el símbolo p (la letra "p" inscrita dentro de un círculo), seguido del año de la primera publicación;
- 4) La razón social del productor fonográfico, o la marca que lo identifique; y
- 5) La frase "quedan reservados todos los derechos del autor, de los artistas intérpretes o ejecutantes y del productor del fonograma. Está prohibida la reproducción, alquiler y ejecución pública de los fonogramas".

PÁRRAFO. Las indicaciones que por falta de lugar adecuado no fueren posibles consignar directamente sobre las etiquetas de los ejemplares, serán obligatoriamente impresas en el sobre, cubierta o folleto adjunto.

ARTÍCULO 115. En el contrato de inclusión de la obra en fonograma, salvo pacto en contrario, la remuneración del autor será proporcional al valor de los ejemplares vendidos y pagada en liquidaciones semestrales.

ARTÍCULO 116. El productor de fonogramas deberá llevar un sistema de contabilidad que permita la comprobación, en cualquier tiempo, de la cantidad de copias fabricadas y vendidas. El autor, sus representantes o causahabientes, así como la sociedad de gestión que administre sus derechos, podrán verificar la exactitud

de la liquidación mediante la inspección de los registros contables, talleres, almacenes, depósitos y oficinas del productor, y cualquier otro medio de prueba o lugar, con la asistencia de un representante de la Unidad de Derecho de Autor.

ARTÍCULO 117. La autorización otorgada por el autor o editor, sus causahabientes o la sociedad de gestión que los representen, para incluir la obra en un fonograma, concede derecho al productor autorizado a reproducir u otorgar licencias para la reproducción de su fonograma, hasta la expiración del plazo convenido o, en su defecto, por el período de protección establecido en esta ley, condicionada al pago de la remuneración acordada.

PÁRRAFO. En el supuesto de vencimiento del contrato en que se pactó la remuneración y en el caso de falta de acuerdo, las partes someterán su diferencia a arbitraje, tomándose como pautas para decidirla el promedio de las condiciones económicas aceptadas internacionalmente.

ARTÍCULO 118. El autor o sus causahabientes, o sus representantes debidamente autorizados, así como el artista intérprete y el productor de fonogramas o las sociedades de gestión que los representen, podrán, conjunta o separadamente, perseguir ante la jurisdicción civil o penal, la reproducción o utilización ilícita de los fonogramas.

CAPÍTULO V DEL CONTRATO DE REPRESENTACIÓN

ARTÍCULO 119. El contrato de representación es aquel por el cual el autor de una obra dramática o dramático-musical, coreográfica o de cualquier género

similar, autoriza a un empresario para hacerla representar en público a cambio de una remuneración.

ARTÍCULO 120. Se entiende por representación pública de una obra para los efectos de esta ley, toda aquella que se efectúe fuera de un ámbito doméstico y aun dentro de este si es proyectada o propalada al exterior. La representación de una obra teatral, dramático-musical, coreográfica o similar, por procedimientos mecánicos de producción o mediante transmisiones alámbricas o inalámbricas, se consideran públicas.

ARTÍCULO 121. El empresario deberá anunciar al público, el título de la obra, acompañado siempre del nombre o seudónimo del autor, y en su caso, del productor y el adaptador, indicando las características de la adaptación.

ARTÍCULO 122. Cuando la retribución del autor no hubiere sido fijada contractualmente, le corresponderá, como mínimo, el diez por ciento (10%) del monto de las entradas recaudadas en cada función o representación y el quince por ciento (15%) de la misma en la función de estreno.

ARTÍCULO 123. Si los intérpretes principales de la obra o los directores de orquestas o coro fueren escogidos de común acuerdo entre el autor y el empresario, este no podrá sustituirlos sin el consentimiento previo de aquel, salvo caso fortuito que no admite demora.

ARTÍCULO 124. El empresario, que podrá ser una persona natural o jurídica, está obligado a representar la obra dentro del plazo fijado por las partes, el que no podrá exceder de un año. Si no se

hubiere establecido el plazo o se determinare uno mayor que el previsto, se entenderá por convenido el plazo de un año, sin perjuicio de la validez de otras obligaciones contractuales. Dicho plazo se calculará desde que la obra haya sido entregada por el autor al empresario.

ARTÍCULO 125. Si el empresario no pagare la participación correspondiente al autor al ser requerida por éste, sus causahabientes o representantes, o por la respectiva sociedad de gestión, la autoridad competente, a solicitud de cualquiera de ellos, ordenará la suspensión de la representación de la obra y el embargo de las entradas, sin perjuicio de las demás acciones legales a que hubiere lugar en favor del titular de derecho.

ARTÍCULO 126. Si el contrato no fijare término para las representaciones, el empresario deberá repetirlas tantas veces como lo justifique económicamente la concurrencia del público. La autorización dada en el contrato caduca cuando la obra deje de ser representada por falta de concurrencia del público.

ARTÍCULO 127. En el caso de que la obra no fuere representada en el plazo establecido en el contrato, el empresario deberá restituir al autor el ejemplar o copia de la obra recibida por él e indemnizarle por los daños y perjuicios ocasionados por su incumplimiento.

Promulgada: **16 de septiembre de 1993**
Entró en vigor: **1º de octubre de 1993**

TÍTULO I DE LOS DERECHOS PROTEGIDOS

CAPÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES

SECCIÓN SEGUNDA De los Autores

Artículo 10. El derecho de autor sobre las obras hechas en colaboración pertenece en común a los coautores. Los coautores deben ejercer sus derechos de común acuerdo. Se presume, salvo prueba en contrario, que cada uno de ellos es mandatario de los otros en relación con los terceros.

En caso de desacuerdo, cada uno de los coautores puede solicitar del Juez de Primera Instancia en lo Civil que tome las providencias oportunas conforme a los fines de la colaboración.

Cuando la participación de cada uno de los coautores pertenece a géneros distintos, cada uno de ellos podrá, salvo pacto en contrario, explotar separadamente su contribución personal, siempre que no perjudique la explotación de la obra común.

SECCIÓN TERCERA De las Obras Audiovisuales

Artículo 12. Se entiende por obra audiovisual toda creación expresada mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que esté destinada esencialmente a ser mostrada a través de aparatos de proyección o cualquier otro medio de comunicación de la imagen y del sonido, con independencia de la naturaleza o características del soporte material que la contenga.

La calidad de autor de una obra audiovisual corresponde a la persona o las personas físicas que realizan su creación intelectual.

Salvo prueba en contrario se presume coautores de la obra audiovisual, hecha en colaboración:

1. El director o realizador.
2. El autor del argumento o de la adaptación.
3. El autor del guión o los diálogos.
4. El autor de la música especialmente compuesta para la obra.

Salvo pacto en contrario entre los coautores, el director o realizador tiene el ejercicio de los derechos morales sobre la obra audiovisual, sin perjuicio de los que correspondan a los coautores en relación con sus respectivas contribuciones, ni de

los que pueda ejercer el productor de conformidad con el artículo 15 de esta Ley.

Cuando la obra audiovisual ha sido tomada de una preexistente, todavía protegida, el autor de la originaria queda equiparado a los autores de la obra nueva.

Artículo 13. Si uno de los autores se niega a terminar su contribución, o se encuentra impedido de hacerlo por fuerza mayor, no podrá oponerse a que se utilice la parte ya realizada de su contribución con el fin de terminar la obra, sin que ello obste a que respecto de esta contribución tenga la calidad de autor y goce de los derechos que de ella se deriven.

Se considera terminada la obra cuando la primera copia modelo (copia "standard"), ha sido establecida de común acuerdo entre el realizador o director, o eventualmente los coautores, por una parte, y el productor por la otra. Salvo pacto en contrario, cada uno de los coautores puede disponer libremente de la parte de la obra que constituye su contribución personal, para explotarla en un género diferente y dentro de los límites establecidos en el último aparte del artículo 10 de esta Ley.

Artículo 15. Se presume, salvo pacto expreso en contrario, que los autores de la obra audiovisual han cedido al productor, en forma ilimitada y por toda su duración el derecho exclusivo de explotación sobre la obra audiovisual, definido en el artículo 23 y contenido en el Título II, incluso la autorización para ejercer los derechos a que se refieren los artículos 21 y 24 de esta Ley, así como también el consentimiento para decidir acerca de la divulgación.

Sin perjuicio de los derechos de los autores, el productor puede, salvo estipulación en contrario, ejercer en nombre propio los derechos morales sobre la obra audiovisual, en la medida en que ello sea necesario para la explotación de la misma.

SECCIÓN CUARTA

De las Obras Radiofónicas

Artículo 16. Se entiende por obra radiofónica la creación producida específicamente para su transmisión a través de la radio o televisión, sin perjuicio de los derechos de los autores de las obras preexistentes.

Tiene la calidad de autor de una obra radiofónica, la persona o personas físicas que realizan la creación intelectual de dicha obra.

Se presume, salvo pacto expreso en contrario, que los autores de la obra radiofónica han cedido al productor en forma ilimitada y por toda su duración el derecho exclusivo de explotar la obra radiofónica, definido en el artículo 23 y contenido en el Título II, inclusive la autorización para ejercer los derechos a que se refieren los artículos 21 y 24 de esta Ley, y el consentimiento para decidir acerca de la divulgación de la obra.

Sin perjuicio de los derechos de los autores el productor de la obra radiofónica puede, salvo estipulación en contrario, ejercer los derechos morales sobre la obra, en la medida en que ello sea necesario para la explotación de la misma.

Son aplicables a las obras radiofónicas, las disposiciones relativas a las obras audiovisuales, en cuanto corresponda.

SECCIÓN QUINTA

De los Programas de Computación

Artículo 17. Se entiende por programa de computación a la expresión en cualquier modo, lenguaje, notación o código, de un conjunto de instrucciones cuyo propósito es que un computador lleve a cabo una tarea o una función determinada, cualquiera que sea su forma de expresarse o el soporte material en que se haya realizado la fijación.

El productor del programa de computación es la persona natural o jurídica que toma la iniciativa y la responsabilidad de la realización de la obra.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 104 de esta Ley, y salvo prueba en contrario, es productor del programa de computación la persona que aparezca indicada como tal de la manera acostumbrada.

Se presume salvo pacto expreso en contrario, que los autores del programa de computación han cedido al productor, en forma ilimitada y por toda su duración, el derecho exclusivo de explotación de la obra, definido en el artículo 23 y contenido en el Título II, inclusive la autorización para ejercer los derechos a que se refieren los artículos 21 y 24 de esta Ley, así como el consentimiento para decidir sobre su divulgación y la de ejercer los derechos morales sobre la obra, en la medida que ello sea necesario para la explotación de la misma.

Capítulo II

De la Naturaleza del Derecho de Autor

SECCIÓN PRIMERA

De los Derechos Morales y Patrimoniales correspondientes al Autor

Artículo 18. Corresponde exclusivamente al autor la facultad de resolver sobre la divulgación total o parcial de la obra y, en su caso, acerca del modo de hacer dicha divulgación, de manera que nadie puede dar a conocer sin el consentimiento de su autor el contenido esencial o la descripción de la obra, antes de que aquél lo haya hecho o la misma se haya divulgado.

La constitución del usufructo sobre el derecho de autor, por acto entre vivos o por testamento, implica la autorización al usufructuario para divulgar la obra. No obstante, si no existe una disposición testamentaria específica acerca de la obra y ésta queda comprendida en una cuota usufructuaria, se requiere el consentimiento de los derechohabientes del autor para divulgarla.

Artículo 21. El autor tiene el derecho exclusivo de hacer o autorizar las traducciones, así como la adaptaciones, arreglos y otras transformaciones de su obra.

SECCIÓN TERCERA

De la Transmisión del Derecho de Autor por Causa de Muerte

Artículo 30. El autor puede constituir por acto de última voluntad un fideicomiso sobre el derecho de autor por todo el período de duración del mismo o por parte de él. Este fideicomiso se regirá, en cuanto corresponda, por la ley de la materia, sin perjuicio de las disposiciones siguientes:

Pueden ser nombrados fiduciarios las personas jurídicas y las personas capaces de contratar. Procede la remoción del fiduciario por incapacidad sobreveniente. Puede constituirse el fideicomiso sobre la legítima o parte de ella en favor de los herederos forzosos aun cuando no se reúnan las condiciones del artículo 10 de la Ley de Fideicomiso. Pero, los herederos forzosos tendrán siempre derecho a recibir las rentas correspondientes, por lo menos semestralmente, y en todo caso, si el fideicomiso constituido sobre la legítima o parte de ella termina antes de la extinción del derecho de autor fideicometido, éste deberá ser transferido a los herederos forzosos del autor o a los herederos de éstos.

El artículo 31 de la Ley de Fideicomiso se aplicará también a los fiduciarios que sean personas naturales y a los administradores de personas jurídicas que no sean bancos comerciales o compañías de seguros.

SECCIÓN CUARTA

De la Capacidad en Materia de Derecho de Autor

Artículo 31. El menor que ha cumplido dieciséis años de edad, puede realizar todos los actos jurídicos relativos a la obra creada por él, en las mismas condiciones que el menor emancipado, pero para la autorización de explotación mediante declaración pública prevista en el artículo 60 de esta Ley, o para la cesión de derechos a título gratuito, se requerirá la autorización del Juez competente.

Artículo 32. El menor que ha cumplido dieciséis años de edad, puede ejercer en juicio las acciones derivadas de su derecho de autor y de los actos jurídicos relativos a la

obra creada por él, mediante la asistencia de las personas indicadas en el único aparte del artículo 383 del Código Civil.

Artículo 33. El entredicho por condena penal, no obstante su incapacidad, puede realizar por medio de mandatario, cualquier acto jurídico relativo a la obra creada por él y ejercer en juicio las acciones derivadas de estos actos jurídicos o de sus condiciones de autor.

SECCIÓN QUINTA

Del Derecho de Autor en el Matrimonio

Artículo 34. No obstante cualquier cláusula en contrario de las capitulaciones matrimoniales, el derecho de autor corresponde exclusivamente al cónyuge autor o derechohabiente del autor. En caso de comunidad legal de bienes, el cónyuge titular del derecho podrá administrarlo y disponer de él sin las limitaciones del artículo 154 del Código Civil. Sin embargo, a la muerte del cónyuge autor, siempre que el otro cónyuge lo sobreviva, los derechos de autor sobre las obras creadas durante el matrimonio, se incluirán dentro de los bienes comunes a los efectos de la liquidación de la comunidad legal de bienes que entre ellos existiere. Las disposiciones de esta ley, referentes a los derechohabientes del autor, son aplicables al cónyuge respecto de su participación en estos bienes comunes.

Artículo 35. En el régimen de la comunidad legal de bienes, los proventos derivados de la explotación de una obra del ingenio obtenidos durante el matrimonio, directamente o mediante la cesión de los derechos de explotación, son bienes de la comunidad, pero su administración corresponde exclusivamente al cónyuge autor o derechohabiente del autor.

Capítulo III

De los Derechos Afines al Derecho de Autor

Artículo 38. Las fotografías y las reproducciones e impresiones obtenidas por un procedimiento análogo, están protegidas en igual forma a las obras del ingenio señaladas en el artículo 1º de esta Ley. El derecho del fotógrafo y de sus derechohabientes se extinguie a los sesenta años de la divulgación de la obra. No obstante, se extinguirá a los sesenta años de su realización si no hubiere sido divulgada durante ese período. Dichos lapsos se contarán a partir del primero de enero del año siguiente a la divulgación o a la realización, respectivamente. El derecho de explotar una fotografía realizada por un fotógrafo profesional, puede ser objeto de cesión en las mismas condiciones que la efectuada bajo una relación laboral, en los términos del artículo 59 de esta Ley. Se equiparan a las fotografías las imágenes impresas en las cintas audiovisuales siempre que no constituyan propiamente una obra audiovisual.

TÍTULO III

DE LA EXPLOTACIÓN DE LA OBRA POR TERCEROS

CAPÍTULO I

Disposiciones Generales

SECCIÓN PRIMERA

Del Alcance y de las Formas de Cesión de los Derechos de Explotación

Artículo 50. El derecho de explotación indicado en el artículo 23 y definido en el artículo 39 de esta Ley, puede ser cedido a título gratuito u oneroso; pero revertirá al autor o a sus derechohabientes al extinguirse el derecho del cesionario. Salvo pacto en contrario, toda cesión

de derechos de explotación se presume realizada a título oneroso. El titular del derecho de explotación puede igualmente conceder a terceros una licencia de uso, no exclusiva e intransferible, a cambio de una remuneración y la cual se rige por las estipulaciones del contrato respectivo y las atinentes a la cesión de derechos de explotación, en cuanto sean aplicables.

Artículo 51. Los derechos de explotación son independientes entre sí y, en consecuencia, la cesión del derecho de reproducción no implica la del derecho de comunicación pública, ni viceversa. Siempre que no se hubiese convenido otra cosa, los efectos de la cesión de cualesquiera de los derechos patrimoniales, se limitan a los modos de explotación previstos específicamente en el contrato. Salvo en las cesiones a título gratuito, pactadas expresamente, es necesario que en el contrato de cesión se estipule, con sujeción a lo dispuesto en la Sección Segunda de este Capítulo, la remuneración del autor, correspondiente a la explotación que se realice por los modos previstos específicamente en el contrato.

Artículo 52. Es válida la cesión de los derechos de explotación del autor sobre sus obras futuras si se las determina particularmente o por su género; pero la cesión sólo surte efecto por un término máximo de cinco años contados a partir de la fecha del contrato, aun cuando en éste se haya fijado un plazo mayor.

Artículo 53. Salvo disposición expresa de la Ley, los contratos de cesión de derechos de explotación y los de licencia de uso, deben hacerse por escrito. Sin embargo, no será necesaria esta formalidad en las obras audiovisuales, en

las radiofónicas, en los programas de computación y en las realizadas bajo relación laboral, de conformidad con lo establecido en los artículos 15, 16, 17 y 59 de esta Ley.

Artículo 54. La enajenación del objeto material en el cual esté incorporada una obra, no produce en favor del adquirente la cesión de los derechos de explotación del autor. Sin embargo, salvo pacto en contrario, el contrato de enajenación del objeto material que contiene una obra de arte, confiere al adquirente el derecho de exponer públicamente la obra, sea a título gratuito u oneroso.

En caso de reventa de obras de artes plásticas, efectuada en pública subasta o por intermedio de un negociante profesional en obras de arte, el autor, y a su muerte los herederos o legatarios, por el tiempo a que se refiere el artículo 25 de esta Ley, goza del derecho inalienable e irrenunciable de percibir del vendedor un dos por ciento (2%) del precio de reventa. La recaudación de la remuneración prevista precedentemente, deberá ser encomendada a una entidad de gestión colectiva.

SECCIÓN SEGUNDA De la Remuneración del Cedente

Artículo 55. En caso de cesión a título oneroso de los derechos del autor sobre su obra, debe establecerse en su provecho una participación proporcional en los ingresos que obtenga el cesionario por la explotación de la obra.

No obstante, la remuneración del autor puede consistir en una cantidad fija en los casos siguientes:

1. Si no puede ser determinada prácticamente la base del cálculo de la participación proporcional.
2. Si faltan los medios para fiscalizar la aplicación de la participación.
3. Si los gastos de las operaciones de cálculo y de fiscalización no guardan proporción razonable con la suma a la cual alcanzaría la remuneración del autor.
4. Si la naturaleza o las condiciones de la explotación hacen imposible la aplicación de la regla de la remuneración proporcional sea porque la contribución del autor no constituye uno de los elementos esenciales de la creación intelectual de la obra o porque la utilización de la obra sólo presente un carácter accesorio en relación al objeto explotado.

Lo mismo rige cuando el autor o el cesionario se encuentran domiciliados en el exterior.

Es igualmente lícita, a pedido del autor, la conversión entre las partes contratantes de los derechos provenientes de contratos en vigor, en anualidades vitalicias de monto fijo.

SECCIÓN TERCERA De la Transferencia de los Derechos Cedidos

Artículo 57. La transferencia de los derechos de explotación por parte del cesionario a un tercero mediante acto entre vivos implica también la transmisión al tercero de las obligaciones del cesionario frente al cedente. Salvo pacto en contrario, la transferencia no puede efectuarse sino con el consentimiento del cedente dado por escrito, excepto el caso de que ella quede comprendida dentro de la enajenación del fondo de comercio del cesionario o de parte del mismo. No obstante, si en tal caso la transferencia compromete grave-

mente los intereses del autor, éste puede demandar al adquirente por la rescisión del contrato de cesión.

También debe darse por escrito al cessionario el consentimiento del autor en una transferencia ulterior.

SECCIÓN CUARTA

Del Derecho de Revocar la Cesión

Artículo 58. No obstante cualquier estipulación en contrario, el autor, aún después de la publicación de la obra, tiene frente al cessionario de sus derechos o, en su caso, frente a los causahabientes de éste, el derecho moral de revocar la cesión; pero no puede ejercer ese derecho sin indemnizarles los daños y perjuicios que con ello les cause. Este derecho se extingue con la muerte del autor.

El Juez puede moderar el monto de cualquier pago que haya convenido hacer el autor al cessionario en razón del ejercicio del derecho a que se refiere el encabezamiento de este artículo, cuando dicho monto haya sido fijado con anterioridad al momento en que ejerció el derecho indicado.

El derecho contenido en este artículo, no será aplicable a las cesiones efectuadas respecto de las obras creadas bajo relación de trabajo, en los términos del artículo 59 de esta Ley.

SECCIÓN QUINTA

De los Derechos Sobre las Obras Creadas Bajo Relación Laboral o Realizadas por Encargo

Artículo 59. Se presume, salvo pacto expreso en contrario, que los autores de las obras creadas bajo relación de trabajo o por encargo, han cedido al patrono o

al comitente, según los casos, en forma ilimitada y por toda su duración, el derecho exclusivo de explotación definido en el artículo 23 y contenido en el Título II de esta Ley. La entrega de la obra al patrono o a quien encarga la creación, según corresponda, implica la autorización para que éstos puedan divulgarla, así como para ejercer los derechos a que se refieren los artículos 21 y 24 de esta Ley y la de defender los derechos morales, en cuanto sea necesario para la explotación de la obra. La cesión a que se refiere este artículo, no se efectúa implícitamente respecto de las conferencias o lecciones dictadas por los profesores en Universidades, liceos y demás instituciones docentes.

SECCIÓN SEXTA

De la Autorización de Explotación Mediante Declaración Pública

Artículo 60. El autor puede consentir públicamente en que cualquier persona explote su obra; pero esta autorización puede ser revocada por justa causa en la misma forma en que fue conferida o en forma equivalente. La revocación no es oponible a quienes hayan comenzado de buena fe la explotación de la obra con anterioridad a aquella. No obstante, dichas personas no pueden iniciar una explotación que por su forma o extensión sea distinta de la que tenían en curso para el momento de la revocación.

SECCIÓN SÉPTIMA

De la Gestión Colectiva de Derechos Patrimoniales

Artículo 61. Las entidades de gestión colectiva constituidas o por constituirse para defender los derechos patrimoniales reconocidos en esta Ley, de sus asociados

o representados, o de los afiliados o representados por entidades extranjeras de la misma naturaleza, además de tener personalidad jurídica, necesitan a los fines de su funcionamiento una autorización del Estado y estarán sujetas a su fiscalización, en los términos de esta Ley y de lo que disponga el Reglamento. Las entidades de gestión estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos y de los contratos que celebren con entidades extranjeras, para ejercer los derechos confiados a su administración y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales.

Artículo 62. Las entidades de gestión podrán establecer tarifas relativas a las remuneraciones correspondientes a la cesión de los derechos de explotación o a las licencias de uso que otorguen sobre las obras, productos o producciones que constituyan su repertorio. Las tarifas y sus modificaciones serán publicadas conforme lo determine el Reglamento, salvo lo dispuesto en el artículo 144 de esta Ley. Si una organización de usuarios o un organismo de radiodifusión consideran que la tarifa establecida por una entidad de gestión para la comunicación pública de obras, interpretaciones o producciones musicales preexistentes es abusiva, podrán recurrir al arbitraje de la Dirección Nacional del Derecho de Autor, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la publicación de la tarifa, y sin perjuicio de la obligación de abstenerse de utilizar el repertorio correspondiente. Las determinaciones de este artículo se entenderán sin perjuicio de las acciones judiciales que las partes puedan ejercer ante la jurisdicción competente.

Artículo 64. Quien explote una obra, producto o producción administrados por una entidad de gestión colectiva, sin que se le hubiere cedido el derecho correspondiente o se le hubiere otorgado la respectiva licencia de uso, debe pagar, a título de indemnización, un recargo del cincuenta por ciento (50%) sobre la remuneración en la tarifa, aplicada durante todo el tiempo en que se haya efectuado la explotación, siempre que no se pruebe un daño superior en el caso concreto.

CAPÍTULO II DE LOS PRINCIPALES CONTRATOS DE EXPLOTACIÓN

SECCIÓN PRIMERA

Del Contrato de Representación

Artículo 65. El contrato de representación es aquel por el cual el autor de una obra del ingenio o sus derechohabientes ceden a una persona natural o jurídica el derecho de representar la obra, en las condiciones que determinen. El contrato de representación puede celebrarse por tiempo determinado o por número determinado de representaciones públicas. Las disposiciones relativas al *contrato de representación* son también aplicables a las demás modalidades de comunicación pública, en cuanto corresponda.

Artículo 66. Salvo estipulación expresa de derechos exclusivos, el contrato no confiere al empresario de espectáculos ningún monopolio de explotación.

La validez de los derechos exclusivos acordados por un autor dramático no puede exceder de los cinco años; la falta o la interrupción de las representaciones por dos años consecutivos pone fin al contrato de pleno derecho.

Artículo 67. Salvo estipulación en contrario, la cesión del derecho de radiodifundir una obra o de comunicarla públicamente por cualquier otro medio de difusión inalámbrico de sonidos o imágenes, cubre la totalidad de las comunicaciones hechas por la empresa radiodifusora. Conforme a las disposiciones del artículo 51 de esta Ley, la cesión del derecho de radiodifundir no implica la del derecho de fijar los sonidos o imágenes de la obra radiodifundida. No obstante, la empresa radiodifusora podrá realizar la fijación con medios propios a los fines de utilizarla por una sola vez, a través de una o varias de sus estaciones, dentro de los seis (6) meses siguientes, para la radiodifusión destinada al mismo círculo de usuarios. Sin embargo, los registros podrán ser conservados en un archivo oficial instituido al efecto si tienen un carácter excepcional de documentación. La cesión del derecho de comunicación de la obra por cualquier medio alámbrico o inalámbrico, no implica la del derecho de comunicar públicamente la obra transmitida, a través de altoparlantes o pantallas o por cualquier otro instrumento análogo de transmisión de sonido o imágenes.

Artículo 68. Si se ha convenido en entregar al cedente una remuneración proporcional, el empresario de espectáculos está obligado a comunicar a aquél o a sus representantes el programa exacto de las representaciones públicas anotando al efecto en planillas diarias las obras representadas y sus autores, y a presentarles una relación fidedigna de sus entradas.

Artículo 69. El empresario de espectáculos se obliga a que la representación pública de la obra se realice en condiciones técnicas que garanticen el decoro y la reputación del autor.

Artículo 70. Aun en los casos en que la obra no esté divulgada, se presume que el empresario está autorizado para que, con anterioridad a la representación, dé a conocer la obra a los críticos, y suministre su argumento a la prensa.

SECCIÓN SEGUNDA

Del Contrato de Edición

Artículo 71. El contrato de edición es aquél por el cual el autor de una obra del ingenio o sus derechohabientes ceden, en condiciones determinadas, el derecho de producir o hacer producir un número de ejemplares de la obra, a una persona llamada editor, quien se obliga a asegurar la publicación y difusión de la obra por su propia cuenta. A falta de estipulación expresa, se presume que el derecho del editor tiene carácter exclusivo.

Artículo 72. El contrato de edición debe indicar el número mínimo de los ejemplares que constituyen la primera edición de la obra, salvo que el editor haya garantizado al cedente el pago de una cantidad fija a título de provento mínimo. Los ejemplares que por disposición de la Ley o del contrato hayan de distribuirse gratuitamente, no se cuentan en el número de ejemplares de la edición.

Artículo 73. Salvo pacto en contrario, el contrato sólo confiere al editor el derecho de publicar una edición de la obra; pero si autorizare más de una, las estipulaciones relativas a la primera se aplicarán a las demás si en el contrato no se hubiere dispuesto otra cosa.

Artículo 74. El cedente debe entregar la obra al editor en las condiciones previstas en el contrato y de manera que permita la

producción normal. Salvo pacto en contrario o imposibilidad de orden técnico, el cedente conserva la propiedad del objeto que suministre al editor en cumplimiento de la obligación precedente; pero la responsabilidad del editor por la guarda de dicho objeto cesa al año de terminada la producción.

Artículo 75. El cedente debe garantizar al editor el goce pacífico y, en su caso, exclusivo del derecho cedido por toda la duración del contrato.

Artículo 76. El cedente tiene también, en su caso, la obligación y el derecho de corregir las pruebas según las modalidades fijadas por los usos.

Artículo 77. Mientras no esté publicada la obra el cedente puede introducirle todas las modificaciones que considere convenientes, siempre que éstas no alteren el carácter y el destino de aquélla; pero deberá pagar el aumento de los gastos causados por las modificaciones cuando sobrepasen el límite admitido por los usos. Igual derecho corresponde al cedente, respecto a nuevas ediciones eventualmente previstas en el contrato, en cuyo caso podrá ejercerlo a solicitud del editor, con anterioridad a cada nueva edición. A falta de acuerdo entre las partes, el Tribunal fijará un plazo para que el cedente realice y entregue al editor las modificaciones de la obra.

Artículo 78. El editor no puede hacer ninguna modificación de la obra, sin autorización escrita del cedente. Sin embargo, puede corregir errores de mecanografía u ortográficos a menos que estos últimos se hayan puesto deliberadamente.

Artículo 79. Si el carácter de la obra requiere que se la ponga al día para una nueva edición eventualmente prevista por las partes y el cedente se niega a ello, el editor puede hacerlo valiéndose de peritos en la materia; pero en la nueva edición debe señalarse y distinguirse la obra de estos últimos.

Artículo 80. El editor debe producir o hacer producir los ejemplares de la obra conforme a las normas técnicas del caso y debe ponerlos en el comercio según los usos de la profesión. Salvo pacto en contrario, debe hacer figurar en cada uno de los ejemplares el nombre, el seudónimo o el signo distintivo del autor, y, si se trata de una traducción, también el nombre del traductor y el título que en su idioma original tiene la obra traducida.

Artículo 81. Si al cedente corresponde una remuneración proporcional, éste podrá exigir al editor la presentación anual de un estado de cuentas en el cual deberá indicarse la fecha y tiraje de las ediciones realizadas durante el ejercicio y el número de ejemplares en depósito para su colocación. Salvo uso o pacto en contrario, dicho estado debe mencionar también los ejemplares vendidos por el editor y los ejemplares inutilizados o destruidos por caso fortuito o de fuerza mayor.

Artículo 82. Si dentro del plazo estipulado o del que fije el Tribunal, el editor no ha producido o hecho producir los ejemplares de la obra, o no los ha puesto en venta o, en caso de haberse agotado la misma, no ha reeditado la obra a pesar de estar obligado a ello, el cedente tiene derecho a pedir la resolución del contrato, la devolución del objeto que hubiere entregado al editor conforme al artículo 74 y también la indemnización

de daños y perjuicios cuando el editor no pruebe que la falta de producción o de comercio de los ejemplares o la falta de reedición de la obra proviene de una causa extraña que no le es imputable. Se considera agotada la edición si no han sido satisfechos dentro de los seis meses siguientes, varios pedidos de ejemplares dirigidos al editor.

El Tribunal puede conceder al editor una prórroga no superior a la mitad del término original, subordinándola, cuando lo estime necesario, a la prestación de una garantía idónea. Puede también limitar la resolución a una parte del contenido del contrato.

Artículo 83. En caso de contratos con duración determinada, los derechos del editor se extinguirán de pleno derecho al vencimiento del término. No obstante, salvo pacto en contrario, el editor podrá vender al precio normal dentro de los tres años siguientes al vencimiento del término, los ejemplares que se encuentren en depósito, a menos que el cedente prefiera rescatar estos ejemplares mediante un precio fijado por las partes o si no hubiere acuerdo entre ellas por el Tribunal, después de haber oído a expertos en la materia. Esta facultad del editor no afecta el derecho del cedente de proceder a una nueva edición, salvo que las partes hubiesen establecido alguna limitación temporal al respecto.

Artículo 84. La muerte del autor antes de la conclusión de la obra resuelve de pleno derecho el contrato. Sin embargo, si el autor muriere o se encontrare en la imposibilidad de concluir la obra después de haber realizado y entregado al editor una parte considerable de la misma susceptible de una publicación separada,

éste puede, a su elección, considerar resuelto el contrato o darlo por cumplido por la parte realizada y entregada mediante disminución proporcional de la remuneración eventualmente estipulada, salvo que el autor o sus derechohabientes hayan manifestado su voluntad de que no se publique la obra si no ha sido concluida íntegramente. En este último caso, si con posterioridad el autor o sus derechohabientes ceden a otro el derecho de reproducción de la obra inconclusa, deberán indemnizar al editor los daños y perjuicios ocasionados por la resolución del contrato.

Artículo 85. La quiebra del editor no produce la resolución del contrato. No obstante, el cedente podrá pedir la resolución del contrato de edición, cuando el Síndico, dentro de los tres (3) meses siguientes a la sentencia declarativa de quiebra, no continuare la explotación del fondo de comercio del editor, ni lo enajenare a otro editor en las condiciones indicadas en el artículo 57 de esta Ley.

SECCIÓN TERCERA

De la Cesión de Artículos Periodísticos

Artículo 86. Siempre que no haya pacto en contrario, la cesión de artículos para periódicos o revistas, sólo confiere al dueño del periódico o de la revista el derecho de insertarlo por una vez, quedando a salvo los demás derechos de explotación del cedente.

Artículo 87. Si el artículo cedido debe aparecer con la firma del autor o su pseudónimo, el cesionario no puede modificarlo y si el dueño del periódico o revista lo modifica, sin consentimiento del cedente, éste puede pedir la inserción íntegra y fiel del artículo cedido, sin perjuicio de su even-

tual derecho a daños y perjuicios. Cuando el artículo cedido deba aparecer sin la firma del autor, el dueño del periódico o de la revista puede hacerle modificaciones o cambios de forma, sin el consentimiento del cedente.

Artículo 88. Si un artículo cedido no fuere publicado y difundido dentro del lapso estipulado, o a falta de estipulación, dentro del año siguiente a la entrega del mismo, el cedente puede denunciar el contrato, sin perjuicio de su derecho al pago de la remuneración convenida.

Artículo 89. Lo establecido en la presente Sección se aplica analógicamente a los dibujos, chistes, gráficos, fotografías y demás obras susceptibles de ser publicadas en un periódico o revista.

TÍTULO V **DEL REGISTRO Y DEPÓSITO** **DE LA PRODUCCIÓN INTELECTUAL**

Artículo 105. Pueden registrarse también, con las formalidades establecidas en la Ley y los Reglamentos, los actos entre vivos

que transieran, total o parcialmente los derechos reconocidos por esta Ley, o constituyan sobre ellos derechos de goce, así como también los actos de participación o de sociedades relativas a aquellos derechos. Se registrará igualmente la declaración a que se refiere el artículo 8º de esta Ley. Los derechos de registro por la inscripción de las obras, productos y producciones, y los correspondientes a la cesión u otras formas de constitución de derechos y demás documentos a que se refiere este Título, se calcularán de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Registro Público.

Artículo 108. Sin perjuicio de las formalidades registrales previstas en el Código Civil, las entidades de gestión colectiva de derechos patrimoniales deberán inscribir su Acta Constitutiva y Estatutos en el Registro de la Producción Intelectual, así como sus tarifas, reglamentos internos, normas sobre recaudación y distribución, contratos de representación con entidades extranjeras y demás documentos que establezca el Reglamento.

REGLAMENTO DE LA LEY SOBRE EL DERECHO DE AUTOR Y DE LA DECISIÓN 351 DE LA COMISIÓN DEL ACUERDO DE CARTAGENA QUE CONTIENE EL RÉGIMEN COMÚN SOBRE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS.

Promulgado: **25 de marzo de 1997**
Entró en vigor: **9 de septiembre de 1997**

CAPÍTULO I

Disposiciones Generales

Artículo 2. Sin perjuicio de las definiciones contenidas en la Ley sobre el Derecho de Autor y en la Decisión 351, las expresiones que siguen y sus respectivas formas derivadas tienen el significado siguiente:

1. Autor: Es la persona natural que realiza la creación intelectual.
2. Artista Intérprete o Ejecutante: Es la persona que representa, canta, lee, recita, interpreta o ejecuta en cualquier forma una obra.
3. Base de Datos: Es la compilación de obras, hechos o datos en forma impresa, en unidades de almacenamiento de computador o de cualquier otra forma.
4. Comunicación Pública: Es todo acto por el cual una pluralidad de personas puede tener acceso a la obra, por cualquier medio o procedimiento que no consista en la distribución de ejemplares. Todo el proceso necesario y conducente a que la obra se ponga al alcance del público, constituye comunicación.
5. Editor: Es la persona natural o jurídica que, mediante contrato con el autor o su dechohabiente, se obliga a asegurar la publicación y difusión de la obra por su propia cuenta.
6. Obra: Es toda creación intelectual original de naturaleza artística, literaria o científica, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma.
7. Obra anónima: Es aquella en la que no se menciona la identidad del autor por voluntad del mismo.
8. Obra individual: Es la creada por una sola persona natural.
9. Obra inédita: Es la que no ha sido divulgada con el consentimiento del autor o su dechohabiente.
10. Obra en colaboración: Es la creada por dos o más personas naturales.
11. Obra colectiva: Es la creada por varios autores, bajo la iniciativa y la responsabilidad, de una persona natural o jurídica que la publica con su propio nombre y en

- la cual las contribuciones de los autores participantes, por su elevado número o por el carácter indirecto de esas contribuciones, se fusionan en la totalidad de la obra de modo que se hace imposible individualizar los diversos aportes e identificar sus respectivos autores.
12. Obra derivada o compuesta: Es la basada en otra ya existente, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra originaria o su derechohabiente y de la respectiva autorización y cuya originalidad radica en la adaptación o transformación de la obra primigenia o en los elementos creativos de su tradición a un idioma distinto.
13. Obra originaria: Es la primigeniamente creada.
14. Obra radiofónica: Es la producida específicamente para su transmisión por radio o televisión, sin perjuicio de los derechos de los autores de las obras preexistentes.
15. Obra seudónima: Es aquella en que el autor utiliza un seudónimo que no lo identifica. No se considera obra seudónima aquella en que el nombre empleado no arroja dudas acerca de la identidad civil del autor.
16. Organismo de radiodifusión: Es la empresa de radio o televisión que transmite programas al público.
17. Reproducción: Es la fijación material de la obra por cualquier forma o procedimiento que permite hacerla conocer al público y obtener copias de toda o parte de ella.
18. Reproducción reprográfica: Es la realización de copias en facsímil de ejemplares originales o de copias de una obra por medios dis-
- tintos de la impresión, como la fotocopia.
19. Titularidad: Es la calidad de titular de derechos reconocidos por la Ley.
20. Titularidad originaria: Es la que emana de la sola creación de la obra.
21. Titularidad derivada: Es la que surge de circunstancias distintas del hecho de la creación, sea por mandato o presunción legal, o bien por cesión mediante acto entre vivos o por transmisión mortis causa.
22. Videograma: Es la fijación audiovisual incorporada en cassettes, discos u otros soportes materiales.

CAPÍTULO II

Autoría y Titularidades

Artículo 3. El autor tiene la titularidad originaria de los derechos sobre la obra. Una persona natural o jurídica, distinta del autor, puede ostentar la titularidad derivada de los derechos sobre la obra, por efecto de la Ley, presunción legal de cesión, transferencia por acto entre vivos o transmisión *mortis causa*.

CAPÍTULO V

Programas de Computación y Bases De Datos

Artículo 11. Las limitaciones al derecho exclusivo de explotación sobre los programas de computación, taxativamente previstas en la Ley y en la Decisión 351, no se extienden al aprovechamiento del programa por varias personas, mediante la instalación de redes, estaciones de trabajo u otro procedimiento análogo, para lo cual se requiere de la autorización expresa del titular de los derechos sobre la obra.

CAPÍTULO VI

Derechos Morales

Artículo 13. Son derechos morales:

1. El derecho a la divulgación y al inédito, conforme a la Ley y a la Decisión 351.
2. El derecho de paternidad, provisto en la Ley y en la Decisión 351.
3. El derecho de integridad, contemplado en la Ley y en la Decisión 351.
4. El derecho de revocar la cesión o derecho de arrepentimiento, a que se refiere la Ley sobre el Derecho de Autor.

Artículo 14. La excepción al derecho de revocar la cesión se aplica exclusivamente a las obras realizadas bajo contrato de trabajo y no se extiende a las obras creadas por encargo.

Artículo 15. La autorización que conceda el autor para la traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de su obra no le impide ejercer el derecho moral de integridad.

Artículo 17. A la muerte del autor, el ejercicio de los derechos morales corresponderá a sus derechohabientes o causahabientes, salvo el derecho de revocar la cesión, que se extingue al fallecimiento del creador. Una vez extinguido el derecho de autor, conforme a la Ley, la República y las demás instituciones públicas encargadas de la defensa del patrimonio cultural, asumirán la defensa de la paternidad del creador y de la integridad de su obra.

CAPÍTULO VIII

Explotación de la Obra por Terceros

Artículo 21. Salvo pacto expreso en contrario, los efectos de la cesión de derechos patrimoniales se limitan a los modos de explotación previstos específicamente en el contrato. De no indicarse explícitamente y de modo concreto la modalidad de utilización objeto de la cesión, ésta queda limitada a aquella que se deduzca necesariamente del propio contrato y sea indispensable para cumplir la modalidad del mismo.

Artículo 22. Los efectos de un contrato de cesión de derechos patrimoniales no alcanzan a las modalidades de utilización inexistentes o desconocidas en la época de la transferencia, ni pueden comprometer al autor a no crear alguna obra en el futuro.

Artículo 23. La excepción a la exigencia escrita de los contratos de cesión a que se refiere la Ley, se limita a los casos en que el cessionario, por presunción legal, sea el productor de la obra audiovisual, de la radiofónica o del programa de computación, o el patrono respecto de las obras creadas bajo relación laboral, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 15, 16, 17 y 59 de la misma Ley, respectivamente. Cualquier otra persona distinta del productor o el empleador, en los casos indicados en el encabezamiento de este artículo, que pretenda la condición de cessionario de derechos de explotación o de titular de una licencia de uso sobre la obra, deberá acreditarlo por escrito.

Artículo 49. Para el registro de los actos y contratos que transfieran total o parcialmente los derechos reconocidos en la Ley, que constituyan sobre ellos derechos de goce, o en los actos de participación

o de sociedades relativas a aquellos derechos, se indicará, de acuerdo a la naturaleza y características del contrato o acto que se inscribe, lo siguiente:

1. Partes intervenientes.
2. Naturaleza del acto o contrato.
3. Objeto.
4. Derechos o modalidades de explotación que conforman la transferencia, constitución de derechos de goce o la partición, según el caso.
5. Determinación de la cuantía, si corresponde.
6. Plazo y duración del contrato.
7. Lugar y fecha de la firma.
8. Nombre y demás datos de identificación del solicitante de la inscripción, cuando el contrato ya haya sido reconocido, autenticado o registrado ante otra autoridad.

CAPÍTULO X

Registro y Depósito de la Producción Intelectual

Artículo 50. Para la inscripción de los convenios o contratos que celebren las entidades de gestión colectiva con sus similares extranjeras, se acreditará una copia auténtica del respectivo documento. Si el contrato ha sido elaborado en un idioma distinto al castellano, deberá acompañarse una traducción legalizada del mismo.

CAPÍTULO XI

Protección Civil y Administrativa

Artículo 62. Además de los titulares de derechos legitimados para ejercer las acciones civiles y administrativas previstas en la Ley, las entidades de gestión colectiva tienen también legitimación, de acuerdo con la misma Ley y en los términos que resulten de sus propios estatutos o de los contratos que celebren con entidades extranjeras, para el ejercicio de los derechos confiados a su administración y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales.



REVISTA MEXICANA
DEL
DERECHO
DE AUTOR

RECIENTES
REFORMAS
LEGALES
PARA LAS
ACCIONES
DIRECTAS
EN EL
ÁMBITO CIVIL

Instituto Nacional
del Derecho de Autor

