

OR [LUIS C. SCHMIDT](#)

SOCIO

MI PATENTE, ASESORÍAS, AGOSTO 2010

EL FILME ES SIN DUDA LA EXPRESIÓN POR EXCELENCIA DE LA INDUSTRIA DEL ENTRETENIMIENTO; EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL, PARTE DEL DERECHO DE EXPLOTACIÓN, Y ESTA CONFORMADA POR COMPONENTES CREATIVOS, TÉCNICOS, FINANCIEROS Y COMERCIALES.

El derecho de entretenimiento es una extensión del derecho de autor al ámbito de los negocios, en una industria que transforma expresiones creativas en “productos” y las difunde al espectador o al usuario final, empleando medios diversos. Sus prácticas son “únicas” y su lenguaje una “jerga” que combina factores artísticos y técnicos. Dentro de este esquema, el experto en derecho del entretenimiento añade un componente jurídico especializado, con el que termina por cincelar una disciplina de carácter propio e independiente.

EL FILME Y SU VALOR ECONÓMICO

La producción audiovisual –película cinematográfica, documental o programa de televisión, entre otros- (en conjunto denominados “filme” o “filmes”, para los efectos de este trabajo) es sin duda, la expresión por excelencia de la industria del entretenimiento, porque en su realización convergen factores de índole creativa, técnica, financiera y comercial. No es fácil ni barato producir obras audiovisuales, mientras que el riesgo de inversión es muy elevado. Resulta todo un desafío producir filmes que gusten al público y que den un retorno a la inversión. La industria ha desarrollado formas y alternativas para lograrlo. El filme refleja valor porque lo sustenta un derecho de “explotación”. Precisamente, ese derecho de explotación es el incentivo para atraer los recursos del filme, desde su fase de desarrollo hasta la post producción. El estudio-distribuidor, la institución de crédito o en general, quien aporta un fondo u otorga una garantía, sólo invierte en la medida que el filme se sostiene sobre una base legal firme.

La primera misión del productor es ensamblar “paquetes”, para ofrecer a los

inversores. Puede apoyarse en agentes para este propósito. Existen paquetes diversos, orientados a distintos objetivos. Sin embargo, los dos más conocidos son el paquete de “desarrollo” y el paquete de “pre-producción”. El paquete de desarrollo es aquél que se propone al inversor a partir de la historia del filme – un tema original o una obra escrita preexistente-, plasmada en un argumento o “screenplay”. Por su parte, el paquete de pre-producción es aquél que amarra los elementos necesarios para comenzar el rodaje, siguiendo un presupuesto determinado. Los elementos principales son el “script” o guión, el director y el reparto o “cast”. Un buen argumento, director o reparto, normalmente eleva el valor del filme como objeto “financiable”.

Los “majors” o “mini-majors” adquieren los derechos de distribución a cambio de alguna garantía que entrega al productor, para que éste obtenga fondos o créditos. En Europa, es común que las cadenas de televisión financien filmes a cambio de los derechos. Muchos filmes son autofinanciados por el productor de forma directa, por inversores cercanos al productor o en coproducción nacional o internacional, para conformar una unión de inversores que aportan recursos. Los “indies” medianos o pequeños, suelen “pre-vender” los filmes a distribuidores internacionales, quienes adquieren derechos de distribución en territorios determinados. Las “pre-ventas” suelen ocurrir durante la fase de desarrollo del filme o a veces, durante la pre-producción. En estos casos, el distribuidor adquirente juega una apuesta, al no saber de antemano si su “pre-compra” reeditará en un filme exitoso.

El sector público cuenta con programas de financiamiento de Filmes. Países como Canadá o regiones como la Unión Europea, han previsto esquemas de financiamiento muy completos. En México existen fondos que administra IMCINE, como son FIDECINE -para producciones mexicanas comerciales- o FOPROCINE -para producciones mexicanas experimentales-. El artículo 226 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, a través del EFICINE contempla un mecanismo tripartito de incentivos y estímulos a la producción de cine nacional. En el mecanismo participan: i) inversionistas nacionales, contribuyentes del impuesto sobre la renta, que aportan fondos a cambio de un “tax shelter”, consistente en un crédito del 10% del impuesto a la renta; ii) productores nacionales de filmes, encargados de encontrar los inversionistas que aporten los fondos para la producción del filme; y iii) un Comité Interinstitucional o CIEFICINE, coordinado por IMCINE, con la participación de la Secretaría de Hacienda y Conaculta, que se reúne para aprobar los proyectos, asignar los fondos y otorgar los incentivos fiscales.

En marzo pasado, el presidente Felipe Calderón lanzó un programa de devoluciones del 7.5%, de gastos erogados en México, en la producción de Filmes y devolución o créditos de IVA, que de forma acumulada se sujetan a un 17.5%. El programa no está específicamente dirigido a productores mexicanos, pero es necesario establecer una empresa mexicana para calificar al beneficio. Está vigente desde mayo, aunque se espera que funcione a partir de agosto, toda vez que está en proceso la formal constitución del órgano rector, COMEFILM, que dependerá de IMCINE.

DERECHOS DEL FILME

No hay paquete sin derechos, por lo que resulta muy importante que el productor analice este aspecto desde que formula el desarrollo del filme. En México, el productor es el titular de los derechos de explotación del filme. A su vez, el mal llamado “talento” –usando la expresión de la industria– goza derechos sobre las obras que aporta al filme, que el productor sólo puede adquirir por contrato. De hecho, el productor debe hacerlo si no quiere un filme “enlatado”. El “talento” del filme es el escritor de la obra literaria que el productor busca adaptar –en su caso–, el o los escritores del argumento o del guión, el director del filme, el fotógrafo y cualquier otro autor identificable, además de los actores.

Hay cuestiones que deben preverse en los contratos entre productor y “talento”: i) respetar el objeto del contrato. No es lo mismo celebrar un contrato con el escritor de la obra en adaptación, que los contratos con el director, los demás autores o incluso, los actores. Tampoco es lo mismo un contrato de cesión, licencia o colaboración remunerada (colaboración a la producción de un filme), que producen efectos jurídicos diversos. Algunos autores, como el director, el fotógrafo o los dibujantes, además de los actores, son empleados o colaboradores del filme, que cumplen entregando obras o actuaciones artísticas.

El contrato del director del filme reviste una importancia especial, porque éste es responsable de la producción artística, que le obliga a encargarse, apoyado por asesores artísticos, así como el personal auxiliar, del rodaje, fotografía, escenografía, sonido, música, montaje y mezcla de imagen y sonido; ii) determinar el alcance de los derechos que obtiene el productor. Este aspecto es

toral, toda vez que la ley mexicana, al igual que otras, considera independientes entre sí los derechos patrimoniales de autor o conexos, por lo que cada contrato debe ser exhaustivo al máximo respecto de los derechos conferidos en cesión o licencia, bajo riesgo de incurrir en restricciones, en perjuicio del productor; iii) determinar los medios de explotación de interés, con toda precisión, lo cual va de la mano con el alcance de derechos patrimoniales que el productor adquiere del “talento”. El medio tradicional es la sala de cine. Sin embargo, se han desarrollado medios subordinados o “ancillary”, conforme se han progresado las tecnologías, en especial las digitales; y iv) no debe perderse de vista los derechos relativos a la música del filme. La industria de la música reviste grandes complejidades y paradigmas.

En general, las editoras de música son titulares de los derechos de reproducción y distribución de obras musicales. Por otra parte, el productor de un fonograma es titular de los derechos sobre un master, para cuya producción y posterior explotación debe obtener autorización del editor de música, así como de los músicos y cantantes.

El productor del filme necesita derechos para incorporar música al filme, realizando grabaciones de composiciones propias –que por lo general encarga o ajenas, que requieren autorización del editor de música, para producir un master. Asimismo, puede utilizar música de un master, para lo cual necesita que el productor del fonograma confiera autorización para sincronizar el master al filme.

ASPECTOS ADMINISTRATIVOS DE LA PRODUCCIÓN Y DISTRIBUCIÓN

El productor debe elaborar sus presupuestos de forma estructurada y ordenada. Para empezar, el productor debe funcionar como una entidad contable y fiscalmente viable, que le permita administrar los recursos obtenidos de fondos, créditos o aportaciones, asignables a una producción o a varias. En este caso puede optar por colateralizar los ingresos y los costos. El presupuesto del filme debe considerar cualquier gasto, sea de nóminas u honorarios, el “overhead” de la producción o cualquier otro. Asimismo, el productor debe efectuar todas las operaciones contables necesarias para determinar ingresos y ganancias

distribuibles.

Para efectos de distribuir ganancias y utilidades, debe atender a los pactos celebrados entre quienes aportaron a la producción del filme. No debe confundirse cuando las partes que aportaron algún recurso –en dinero, derivado de un fondo o préstamo o en especie, equipo o cualquier otra cosa útil para producir o post producir- gozan derechos de explotación sobre un filme y cuando gozan derechos sobre los ingresos. No es lo mismo, aunque se confunde. Sin embargo, aportar no significa adquirir derechos, ni lo implica: el derecho tiene que ver con el control de la explotación del filme y la aportación, sólo se refiere a un retorno sobre ganancias. Los contratos de coproducción o de aportación de fondos deben ser claros en este respecto, sobre todo cuando quien realiza la aportación pretende tanto retorno como derechos. Por ejemplo, IMCINE por lo general exige un porcentaje de derechos a cambio de sus aportaciones, lo cual le permite participar en las decisiones sobre la explotación de un filme.

Resulta fundamental elegir el mejor distribuidor para el filme. Cuando los estudios financian, por lo general adquieren los derechos de distribución en el ámbito mundial. Sin embargo, lo anterior puede ser distinto cuando el productor mantiene independencia para elegir distribuidores. Algunos productores lo hacen “pre- vendiendo” los derechos de distribución, fraccionando los territorios del mundo. Otros, sobre todo los indies que financiaron su propia producción, emprenden la búsqueda del distribuidor en el ámbito local e internacional.

Lo anterior puede ocurrir durante los festivales fílmicos. El contrato de distribución es un reflejo de lo que el productor negoció previamente con el “talento”. Si los contratos celebrados entre productor y “talento” están limitados en cuanto a derechos, medios, territorios o tiempo, el productor estará limitado frente a los distribuidores y éstos, a su vez, frente a los operadores de medios. Otro aspecto de la distribución es la publicidad del filme, que puede constituir una tarea del productor, del distribuidor o un tercero, de acuerdo con el contrato celebrado.

Finalmente, el productor en México debe cumplir las disposiciones de la Ley Federal de Cinematografía, que contempla una serie de obligaciones administrativas que tienen que ver con la producción, clasificación, exhibición y distribución de filmes, además de su nacionalidad, que resulta de un contrato de coproducción o de forma diversa y que sirve para fijar los estímulos. La Dirección de Radio, Televisión y Cinematografía de la Secretaría de Gobernación

es la autoridad que aplica la Ley de Cinematografía, expidiendo certificados de clasificación, distribución, exhibición o televisión. Por otra parte, la Ley de Cinematografía establece la creación de IMCINE y los dos fondos que administra y de EFICINE, además de la Filmoteca, como archivo fílmico y CONAFILME, como servicio de apoyo a la producción de Filmes. Además de la LFC, existen otros ordenamientos administrativos a nivel local.