



**Contrato de inclusión en fonogramas en Colombia: un uso atípico**

**Por**

**Juan David Ortiz Betancur**

**Universidad Autónoma Latinoamericana - UNAULA**

**Facultad De Derecho**

**Medellín, Colombia**

**Noviembre de 2018**

**Contrato de inclusión en fonogramas en Colombia: un uso atípico**

**Por**

**Juan David Ortiz Betancur**

**Trabajo de grado en modalidad de monografía de compilación presentado como requisito académico para optar al título de Abogado.**

**Universidad Autónoma Latinoamericana –UNAULA**

**Facultad De Derecho**

**Medellín, Colombia**

**Noviembre de 2018**

## **Resumen**

Colombia posee un vacío sustancial respecto de la salvaguarda y determinación legal sobre el contrato de inclusión en fonogramas. La adecuación típica y el pronunciamiento jurisprudencial del mencionado contrato se torna insuficiente, generando inseguridad jurídica a la hora de esclarecer posibles vacíos normativos. En razón de dicha escasez normativa y jurisprudencial, se hace necesario recurrir a estudios comparados frente a legislaciones extranjeras que posean abundancia normativa y jurisprudencial al respecto. Así mismo, resulta indispensable analizar los tratados y convenios internacionales suscritos por Colombia en materia de derechos de autor, especialmente los relacionados con el contrato de inclusión en fonogramas, y a su vez, establecer y estudiar figuras contractuales análogas, tal como el contrato de edición.

## ***Abstract***

Colombia has a substantial gap about the safeguarding and legal determination of the phonograms contract. The typical adequacy of the aforementioned contract becomes insufficient, generating legal uncertainty at the moment of clarifying possible regulatory gaps.

In view of this normative and jurisprudential shortage, it is necessary to resort to comparative studies against foreign legislations that have ample normative and jurisprudential in this regard.

At the same time, it is essential to analyze the international treaties and agreements signed by Colombia in the area of Copyright, especially those related to the inclusion contract in phonograms, and in turn, establish and study analogous contractual figures, such as the publishing contract.

**Palabras clave**

Derecho de Autor – Derechos Conexos – Fonograma – Productor Fonográfico – Artista

Intérprete o Ejecutante – Autor – Contrato de inclusión en fonogramas – Derecho de autor latino

– *Copyright* – Cláusulas abusivas – Posición de dominio contractual.

## Tabla de contenido

	Pág.
Planteamiento del problema.....	14
Pregunta problema .....	15
Justificación .....	15
Objetivo general.....	16
Objetivos específicos.....	16
Marco teórico .....	18
Antecedentes teóricos.....	18
Autonomía de la voluntad en el contrato de inclusión en fonogramas .....	20
Diseño metodológico .....	25
Propiedad intelectual: derechos de autor y derechos conexos .....	28
Definición y criterios de protección del derecho de autor .....	28
Creación intelectual. ....	29
Perceptibilidad. ....	30
No protección de las ideas. ....	30
Originalidad. ....	31
Origen y definición de los derechos conexos.....	31
Sujetos protegidos por el derecho de autor y los derechos conexos en relación con el contrato de inclusión en fonogramas.....	32
Autor o compositor.....	33

Artista intérprete o ejecutante.....	34
Productor de Fonogramas.....	35
Diferenciación entre el derecho de autor latino y el <i>copyright</i> anglosajón.....	37
Derechos morales y patrimoniales .....	40
Definición y características de los derechos morales de autor.....	40
Contenido del derecho moral de autor.....	42
<i>Derecho a la paternidad.</i> .....	42
<i>Derecho a la publicación.</i> .....	43
<i>Derecho de integridad.</i> .....	43
<i>Derecho de modificación.</i> .....	44
<i>Derecho de retiro o retracto.</i> .....	44
Definición y características de los derechos patrimoniales de autor.....	45
Contenido del derecho patrimonial de autor.....	45
<i>Derecho de reproducción.</i> .....	46
<i>Derecho de comunicación pública.</i> .....	46
<i>Derecho de transformación.</i> .....	47
<i>Derecho de distribución.</i> .....	47
Derechos patrimoniales otorgados a los autores en virtud de la Ley 23 de 1982 modificada por la Ley 1915 de 2018.....	47
Principios aplicables a los derechos patrimoniales de autor. ....	49
<i>Territorialidad y temporalidad.</i> .....	49
<i>Intuito Personae.</i> .....	50
<i>Interpretación restrictiva de los negocios jurídicos.</i> .....	51

<i>Explotación independiente de los derechos transmitidos.</i> .....	52
<i>Principio de favorabilidad.</i> .....	53
<i>Prohibición sobre el objeto contractual que recae en la producción futura.</i> .....	54
Naturaleza jurídica de los derechos morales y patrimoniales de autor.....	56
Derechos morales y patrimoniales otorgados a los productores de fonogramas y artistas intérpretes y ejecutantes en el marco de los derechos conexos.....	58
Derechos morales reconocidos al Productor de Fonogramas.....	58
Derechos patrimoniales reconocidos al Productor de Fonogramas.....	59
Derechos patrimoniales de los productores fonográficos en la Ley 1915 de 2018. ....	60
Derechos morales reconocidos a los Artistas Intérpretes o Ejecutantes.....	61
Derechos patrimoniales reconocidos a los Artistas Intérpretes o Ejecutantes.....	62
Derechos patrimoniales de los artistas intérpretes y ejecutantes en la Ley 1915 de 2018. ...	63
Generalidades del contrato de inclusión fonográfica.....	66
Definición del contrato de inclusión en fonogramas.....	66
Desarrollo normativo.....	69
Tratados y convenios internacionales adoptados por Colombia en relación al contrato de inclusión en fonogramas.....	70
<i>Convenio de Berna.</i> .....	70
<i>Convenio de Fonogramas.</i> .....	71
<i>Convenio de la OMPI.</i> .....	71
<i>Convención de Roma.</i> .....	72
<i>Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT).</i> .....	73
<i>Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT).</i> .....	73

<i>Decisión Andina 351 de 1993.</i> .....	74
Marco normativo interno en relación con el contrato de inclusión en fonogramas. ....	75
<i>Ley 23 de 1982.</i> .....	76
<i>Ley 1915 de 2018.</i> .....	78
Diferenciación entre el contrato de inclusión en fonogramas y el contrato de edición .....	80
Exclusividad. ....	81
Cantidad de obras. ....	82
Límite de distribución.....	82
Disposición de los derechos patrimoniales en el contrato de inclusión en fonogramas .....	83
Licencia sobre los derechos patrimoniales de autor y conexos. ....	84
Transferencia de los derechos patrimoniales de autor o conexos mediante cesión. ....	85
Transmisión de los derechos patrimoniales por causa de muerte.....	86
Autorización sobre el uso en el contrato de inclusión de fonogramas. ....	87
Clasificación del contrato de inclusión en fonogramas .....	88
Desde su regulación y denominación específica.....	88
Denominación atípica del contrato de inclusión en fonogramas en la legislación internacional. ....	88
Desde su reciprocidad .....	92
Desde la forma de perfeccionarse .....	93
Desde su utilidad .....	96
Desde su ejecución .....	97
Desde la determinabilidad de las obligaciones .....	98
Desde su posibilidad de debate negocial.....	100



Desde su independencia .....	102
Elementos esenciales, naturales y accidentales del contrato de inclusión en fonogramas .....	103
Aclaraciones previas .....	103
Contrato de intérprete y contrato de inclusión en fonogramas.....	104
Elementos esenciales del contrato de inclusión en fonogramas.....	107
Elementos naturales del contrato de inclusión en fonogramas .....	107
Elementos accidentales del contrato de inclusión en fonogramas .....	108
Remuneración al Autor o del Artista Intérprete o Ejecutante. ....	109
<i>Forma de pago.</i> .....	111
<i>Rendición de cuentas por parte del Productor Fonográfico.</i> .....	113
Elementos de existencia y presupuestos de validez del contrato de inclusión en fonogramas...	115
Elemento de existencia del contrato: sujetos de derecho .....	115
Productor Fonográfico.....	116
Autor.....	116
Artista Intérprete o Ejecutante.....	116
Editor musical.....	117
Elemento de existencia del contrato: Consentimiento .....	117
Elemento de existencia del contrato: Objeto.....	118
Elemento de existencia del contrato: Causa.....	119
Elemento de existencia del contrato: Forma .....	119
Presupuesto de validez del contrato: Capacidad legal .....	120
Presupuesto de validez del contrato: Consentimiento exento de vicios.....	120
Presupuesto de validez del contrato: Objeto lícito .....	121

Presupuesto de validez del contrato: Causa lícita .....	121
Obligaciones de las partes.....	121
Obligaciones del Productor de Fonogramas.....	122
Mención legal. ....	122
Remuneración al autor, artista intérprete o ejecutante y rendición de cuentas.....	122
Fijación de la interpretación, reproducción y distribución. ....	123
Depósito legal. ....	123
Obligaciones del autor.....	124
Obligaciones del artista intérprete o ejecutante.....	124
Autorización para la reproducción y distribución de la interpretación. ....	124
Aviso al Productor Fonográfico sobre la existencia de un contrato anterior.....	125
Interpretar las obras objeto de fijación. ....	126
Cláusulas abusivas en el contrato de inclusión en fonogramas .....	126
Sobre las cláusulas abusivas.....	128
Definición. ....	128
Fundamento y características de las cláusulas abusivas.....	129
Marco normativo de aplicación de las cláusulas abusivas. ....	130
Tipología común de las cláusulas abusivas en contratos de derechos de autor .....	131
Exclusividad en favor del predisponente.....	131
Disposición de los derechos patrimoniales de autor o conexos de manera total e indeterminada. ....	133
Conclusiones .....	135
Referencias.....	140



## Introducción

El contrato de inclusión en fonogramas se ha configurado como uno de los contratos clásicos en materia de derechos de autor, siendo indispensable para la industria fonográfica a la hora de establecer las relaciones contractuales entre autores, artistas intérpretes, editores musicales y productores fonográficos.

En este sentido, este contrato ha sido de gran usanza en la industria musical y discográfica por los particulares, quienes han regulado su actividad contractual en virtud del principio de la autonomía de la voluntad y la libertad de formas, siendo usual adoptar una denominación atípica para esta forma contractual.

No obstante, en Colombia el contrato de inclusión en fonogramas se encuentra tipificado en la Ley 23 de 1982, siendo uno de los pocos países que nomina este contrato en su ordenamiento jurídico, sin embargo, el marco normativo en esta materia es escaso, lo cual conlleva a que sean aún los particulares quienes establezcan las estipulaciones contractuales.

Aunado a lo anterior, la legislación que regula el derecho de autor y conexos en Colombia no se encuentra actualizada en su totalidad frente a la nueva era tecnológica, pues si bien se han sancionado algunas leyes que modifican e integran los avances tecnológicos en el derecho de autor local, tal como la Ley 1915 de 2018, no se pronuncian frente al contrato de inclusión en fonogramas, dejándolo sin modificación alguna desde su redacción inicial en la Ley 23 de 1982.

En este sentido, la innovación tecnológica ha desplazado los mecanismos análogos usados décadas atrás para la producción fonográfica, ocasionando así un duro golpe para la industria fonográfica, la cual ha tenido que adaptarse a los cambios de la era moderna, lo cual conlleva necesariamente en una adecuación constante de la regulación legal sobre el derecho de autor, y

más específicamente, sobre el contrato de inclusión en fonogramas, pues muchos de los conceptos y normas anteriormente establecidas ya no se adaptan a la realidad jurídica.

Así pues, son los particulares quienes ejercen su autonomía sobre el contrato de inclusión en fonogramas, lo cual no desvirtúa su carácter típico, sin embargo, da pie para proponer un replanteamiento sobre el marco normativo que regula dicho contrato, siendo necesario dar claridad frente a sus elementos, clasificación y alcances.

Por todo lo anterior, este trabajo pretende analizar la forma de circulación del contrato de inclusión en fonogramas en Colombia, valiéndose del análisis de datos y la recopilación documental para establecer sus generalidades, su clasificación y sus elementos, integrando al contrato de inclusión en fonogramas con el marco doctrinal y normativo del derecho de autor y los derechos conexos en Colombia y en legislaciones extranjeras.

### **Planteamiento del problema**

En la mayoría de legislaciones extranjeras, el contrato de inclusión en fonogramas se clasifica desde una denominación atípica, procurando porque las partes, en virtud del principio de libertad de las formas y autonomía privada de la voluntad, ejerzan sus intereses en forma libre y lo plasmen así en el negocio contractual. No obstante, en Colombia el contrato de inclusión en fonogramas se encuentra tipificado en la Ley 23 de 1982, siendo uno de los pocos países que nomina dicha figura contractual en su ordenamiento jurídico. Sin embargo, este marco normativo resulta escaso en comparación con otros contratos de derecho de autor, presentando amplios vacíos frente, lo cual genera inseguridad jurídica y desventajas frente a las partes débiles que pueden llegar a suscribirlo.

Sumado a lo anterior, la Ley 23 de 1982 se creó en un contexto analógico, donde aún las nuevas tecnologías no se avizoraban, por lo cual su redacción resulta antigua en comparación con la nueva era tecnológica, y si bien han surgido modificaciones que integran las nuevas tecnologías, tal como la Ley 1915 de 2018, no se han pronunciado sobre el contrato de inclusión en fonogramas.

En este sentido, la circulación del contrato de inclusión en fonogramas en Colombia no tiene un desarrollo amplio por parte del ordenamiento jurídico ni doctrinal, dando como resultado que las partes que lo suscriban no conozcan o comprendan la estructura y alcances de dicha figura, lo cual, aunado a la poca regulación normativa y al principio de autonomía de la voluntad, genera desventajas para la parte débil en el vínculo negocial.

En otras palabras, al ser escasa la norma que regula el contrato de inclusión en fonogramas, y al no existir basto pronunciamiento por parte de la doctrina y la jurisprudencia frente a la

materia, los vacíos suscitados se deben resolver desde las estipulaciones contractuales que hagan las partes, sin que tengan mayor regulación por parte del legislador.

Por lo anterior, la presente investigación pretenderá analizar la estructura de circulación con la que el contrato de inclusión en fonogramas se desarrolla en la industria musical, teniendo como base la denominación atípica con que se trata este contrato en el ámbito internacional, así como el marco normativo vigente en materia de derechos de autor en Colombia y las diferentes posturas de los doctrinantes.

### **Pregunta problema**

¿Cómo circula el contrato de inclusión en fonogramas como un contrato atípico en Colombia?

### **Justificación**

El contrato de inclusión en fonogramas ha sido uno de los instrumentos operativos de mayor usanza en la industria fonográfica, lo cual necesariamente se ve permeado por el derecho de autor y su constante avance, por lo que la correcta interpretación de este contrato es vital a la hora de establecer las relaciones entre los sujetos de derecho que intervienen en su debate comercial.

Tradicionalmente, en la mayoría de legislaciones internacionales, el contrato de inclusión en fonogramas se ha tratado desde una denominación atípica, esto tomando como fundamento la necesidad de adaptar los instrumentos jurídicos a los intereses particulares que propone la dinámica de un sector en particular. Tal es el caso de las nuevas creaciones del intelecto humano, pues es innegable que cada día existen creaciones innovadoras que requieren instrumentos jurídicos dinámicos, los cuales deben ser permeables al cambio.

En este sentido, el contrato de inclusión en fonogramas es, indiscutiblemente, un contrato que se dinamiza constante avanza la civilización; las nuevas tendencias tecnológicas y el dinamismo del mercado que surge a raíz de las creaciones del intelecto humano crean un escenario de gran movilidad y constante avance para el derecho, por lo cual debe estar en constante cambio.

De esta forma, este trabajo resulta relevante para el campo del derecho de autor, pues se hace necesario desarrollar y estudiar de forma específica la estructura del contrato de inclusión en fonogramas, máxime siendo un contrato de gran usanza para el mercado musical y discográfico, el cual posee amplios vacíos normativos en nuestro ordenamiento jurídico y aún la doctrina y la jurisprudencia no se pronuncia sobre la materia.

### **Objetivo general**

- Analizar las generalidades, clasificación y elementos del contrato de inclusión en fonogramas en Colombia, con el fin de comprender y sintetizar su estructura contractual a partir de la denominación atípica.

### **Objetivos específicos**

- Describir los tratados y convenios internacionales suscritos por Colombia, así como su marco normativo interno en materia de derechos de autor, teniendo como enfoque el contrato de inclusión en fonogramas.



- Señalar la carencia normativa y jurisprudencial en materia del contrato de inclusión en fonogramas en Colombia, así como la escasa renovación en materia de nuevas tecnologías en el campo de los derechos de autor.
- Realizar un análisis comparativo entre contratos de similar uso en el derecho de autor, tal como el contrato de edición, con el fin de encontrar similitudes y diferencias que permitan aclarar posibles vacíos normativos.

## Marco teórico

### Antecedentes teóricos

Desde su reglamentación especial, Colombia nomina el contrato de inclusión en fonogramas en el capítulo X de la Ley 23 de 1982. Por lo anterior, el contrato de inclusión en fonogramas se debe considerar típico, pues está regulado de manera positiva en la ley, no obstante, la regulación contenida para el contrato resulta precaria a la hora de resolver los vacíos que puedan llegar a surgir en virtud del ejercicio contractual.

Es por esto que el contrato de inclusión en fonogramas, en la realidad jurídica, se adecúa en mejor forma a una regulación atípica, tal como se ha acogido en la mayoría de legislaciones internacionales – exceptuando a República Dominicana (Lipszyc, 2006, p. 326)- razón que dé pie a realizar un análisis de la estructura jurídica de los contratos atípicos, la cual es propia del contrato mencionado.

La atipicidad cumple con una función especial en lo atinente a los intereses sociales y económicos del ámbito en que se desarrollan, tal como lo expresa Arrubla Paucar (2012a):

Desde una perspectiva económica, la contratación atípica se fundamenta en la necesidad de adaptar los instrumentos jurídicos a las exigencias que imponen la vida moderna, los cambios y el desarrollo de la economía. El derecho debe ser permeable al cambio que se produce en la forma de vida humana y en especial el derecho mercantil, que surge en esas prácticas y costumbres que establecen los hombres según sus diferentes requerimientos. (p. 15)

Si bien no existen contratos totalmente típicos (Arrubla, 2012a, p. 9), pues el legislador no tiene la capacidad de prever todos los aspectos que lleguen a surgir dentro de las relaciones contractuales, esto no quiere decir que doctrinariamente las categorías de típico y atípico en los contratos no se evidencie. Para ahondar un poco en la idea, Arrubla Paucar (2012a) dice lo siguiente:

La doctrina contractual habla de contratos atípicos para distinguirlos de aquellos que no hayan sido reconocidos por la norma legal; es decir, la clasificación de un contrato como atípico obedece solo a la circunstancia de haber sido acogido o no por la ley como un tipo. No atiende a los demás factores de normación que existen. Ya nos referíamos anteriormente al caso de la costumbre que indica con claridad la normatividad de un contrato, sin embargo, se le sigue considerando atípico. (p. 12)

Lo indicado por el autor significa que en la realidad no todos los contratos podrían ser típicos en estricto sentido, sin embargo, doctrinariamente se les reconoce en esta categoría si el contrato en particular ha tenido inclusión en alguna ley o normatividad de manera expresa. No obstante, este criterio no obedece a otras formas de tipificación que van más allá de la simple acogida en la norma, pues existen otros parámetros con los cuales se puede tipificar el contrato, tales como los acuerdos de voluntades practicados de forma reiterada y consecutiva por el cúmulo social, otorgando una identificación clara, que inclusive puede regularse por la costumbre y los convenios entre las partes que ocurren de manera ocasional, los cuales se ejecutan en beneficio de la autonomía privada, gracias a la potestad normativa que les ha brindado el legislador a los contratantes, siempre y cuando no se desliguen de las limitaciones establecidas por las normas de orden imperativo y sin que contravengan con las leyes que observan por el orden y las buenas costumbres (Arrubla, 2012a, p. 10).

De esta manera se logra evidenciar que los contratos atípicos poseen cierta tipicidad - que no desvirtúa su categoría atípica-, la cual se desarrolla en función de los tipos sociales, es decir, los convenios reiterados entre las partes -que inclusive pueden ser objeto de costumbre- y también de los que usan de manera esporádica los contratantes en virtud de la autonomía privada (Arrubla, 2012a, p.12).

### **Autonomía de la voluntad en el contrato de inclusión en fonogramas**

Hinestrosa dice que la “autonomía es autogobierno, posibilidad de dirigir la propia conducta; se opone en tal sentido a la heteronomía y, en particular, a la soberanía o poder de dar reglas a los demás, esto es, de ordenar la actividad ajena” (2015, p. 115). Al respecto queda claro que la autonomía se refiere a la facultad que tiene cada individuo de decidir por sí mismo.

De esta forma la “autonomía privada se ofrece, entonces, como un medio de atender a los intereses singulares procurando la circulación de los bienes, el adelanto del comercio y la evolución del derecho” (Hinestrosa, 2015, pp. 118- 119), por lo cual, la autonomía privada en materia contractual toma fundamento en la necesidad que tienen los contratantes de disponer libremente de sus intereses personales.

Dice Arrubla que “la “autonomía privada”, sería el poder que se confiere a los particulares para crear normas jurídicas, poder otorgado por el sistema jurídico estatal” (2012b, p. 22). El autor procura por adoptar el término de autonomía privada en vez de autonomía de la voluntad, pues “la misma expresión indica una relevancia de la voluntad, como raíz, como fuente y causa de efectos jurídicos del contrato, la cual ha desaparecido ya hace mucho tiempo. La expresión ‘autonomía privada’, sería mucho más aceptable” (Arrubla, 2012, p. 21), esto debido a que “la manifestación de la voluntad, deja de ser el presupuesto fundamental del negocio jurídico, apenas pasa a ser uno de los supuestos y no el único pues a veces los hechos pueden conducir al mismo negocio” (Arrubla, 2012b, p. 22), siendo entonces la voluntad lo que pone en marcha el negocio jurídico, pero es la ley la que “otorga y señala los efectos de tal manifestación” (Arrubla, 2012b, p. 22).

En este orden de ideas, el legislador otorgó a los particulares la facultad de regular de manera autónoma sus propios intereses; Hinestrosa acota lo siguiente (2015):

La autonomía puede entenderse en un sentido bastante próximo a su acepción etimológica; poder de darse a sí mismo normas, es la llamada autonomía normativa; así, el o los sujetos negociales, al disponer de sus intereses, estarían dictando normas, de menor alcance, pero tan pertenecientes al derecho objetivo como las leyes, al fin de cuentas, en ejercicio de un poder delegado. (p. 120)

Esta facultad no quiere decir que sus disposiciones contractuales son creadoras de derecho, sin embargo, vinculan con fuerza de ley a las partes suscritas. “El o los particulares disponen de sus intereses, y al hacerlo no crean derecho; el contenido de su disposición (*accidentalialia negotii*) no es ley o ‘norma’, tampoco ‘precepto’, es el reglamento de sus intereses” (Hinestrosa, 2015, p. 121).

Bien dice Arrubla (2012b) que el legislador omitió por completo la autonomía contractual en el Código de Comercio, a diferencia del Código Italiano, citando el artículo 1322, el cual dice lo siguiente:

*Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato dentro de los límites impuesto por la ley y por las normas corporativas.  
Las partes pueden también concluir contratos que no pertenezcan a los tipos que tienen una disciplina particular, con tal que vayan dirigidos a realizar intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico.* (p. 13)

En este orden de ideas, el legislador colombiano hizo remisión a la legislación civil por medio del artículo 822 del Código de Comercio, por lo cual, “en materia de autonomía de la voluntad, tenemos el mismo principio del Código Civil, su escuela y sus mismas limitaciones: el orden público y las buenas costumbres...” (Arrubla, 2012b, p. 13), principio que ha sido objeto de críticas por diversos autores, tal como lo expresa Hinestrosa (2015, p. 129) al decir que “la exigencia de que, para su reconocimiento, los contratos no legalmente típicos deben estar

dirigidos a realizar intereses merecedores de tutela conforme al ordenamiento jurídico, ha sido hartamente debatida.”

Sobre este principio, Arrubla (2012b) ha expresado su desacuerdo hacia quienes enmarquen la autonomía privada dentro de una función que persiga exclusivamente fines socialmente apreciables, pues esta no posee fines de interés público, encontrando que donde rijan intereses superiores, nada tiene que hacer la autonomía privada (p. 23).

Tal crítica la refuerza Ferri, citado por Hinestrosa (2015), al decir que “confiar el control de los actos de autonomía privada a patrones como el de la utilidad o relevancia social representa el empleo de criterios genéricos e imprecisos, que permiten al juez extender ilimitadamente su convicción”. (p. 129)

La crítica se comprende en mejor forma cuando se asimila que los particulares defienden y procuran por sus intereses, pero no les corresponde la actividad tutelar de los intereses comunitarios, siendo esta una función propia de la actividad estatal, por lo cual, la autonomía privada no se puede enmarcar dentro de una función pública (Arrubla, 2012b, p. 22).

Es así como el concepto de orden público y buenas costumbres deja al arbitrio e interpretación subjetiva del juez los alcances de la autonomía privada, siendo su criterio relativo y careciendo de una barrera o limitación legal establecida, tal como lo plantea el Código Civil peruano, en cita de Arrubla Paucar (2012b, p. 27), pues en su artículo 1353, el cual reza que “las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a la norma legal del carácter imperativo”, se inclina por una disposición objetiva que limite la iniciativa privada a lo que determine la ley. El citado autor concluye con lo siguiente (Arrubla, 2012b):

Sería conveniente que se aprovecharan futuras enmiendas a nuestra legislación mercantil, para establecer de una manera clara y perentoria el límite que tiene los particulares para su iniciativa privada, suprimiendo los conceptos de orden público y

buenas costumbres, por el campo que claramente determine la ley. Solo el imperio de esta como garantía ciudadana, puede mantener una iniciativa privada imaginativa y creativa, tal como debe ocurrir en los sistemas que precisen de un tráfico económico especulativo y de generación de riqueza. (pp. 27 – 28)

En materia de derechos de autor, este pensamiento es compartido por Lipszyc (2006), al decir lo siguiente:

El principio de la autonomía de la voluntad – o libertad contractual o de estipulación – perjudica a la parte más débil, habitualmente el autor, con menor fuerza económica. [...] Ello no importa en modo alguno propiciar la supresión de la autonomía de la voluntad, porque el número de los contratos atípicos, los aún ‘no reconocidos’ por la ley es, inevitablemente, mayor que el de los típicos, es decir, aquellos a los que la ley ha dado regulación especial. [...] Las partes crean constantemente nuevos negocios jurídicos o modalidades contractuales, favorecidas por las nuevas formas de explotación de obras que posibilita el desarrollo tecnológico. [...] Pero es necesario que las leyes establezcan, con carácter general y obligatorio, un mínimo de condiciones que permitan que la utilización de obras se lleve a cabo sin mengua de la finalidad político-jurídica de la materia. (p.274)

Se puede concluir que la autonomía privada se erige como uno de los pilares fundamentales en los contratos atípicos, pues al no existir en este tipo de contratos una reglamentación plasmada de forma positiva en la ley, será la iniciativa de los particulares la que regule, en primer lugar, el contrato como tal. Así mismo, la autonomía privada se ha limitado por los principios de orden público y buenas costumbres, conceptos que han sido criticados por parte de la doctrina, al considerar que no es deber de los particulares la actividad de tutela de los intereses comunitarios, pues esto le corresponde al ente estatal. Será entonces necesario y conveniente una reforma a la legislación mercantil, en la cual se establezca de forma clara y precisa los límites que tienen los particulares para el ejercicio de su actividad comercial contractual, y más específicamente, en el ámbito del derecho de autor, pues es necesario se regule con mayor intensidad las condiciones generales de utilización sobre las formas contractuales comunes a esta rama del derecho, tales

como el contrato de inclusión en fonogramas, el contrato de *management*, o el contrato de radiodifusión, para así evitar abusos y vacíos en virtud del ejercicio de la autonomía privada.



### **Diseño metodológico**

El presente trabajo se desarrolla en la modalidad de monografía de compilación, entendida esta como la modalidad de monografía que recopila información sobre un tema en particular, la clasifica y la proyecta a la resolución prospectiva sobre el problema, el cual se ha comprendido de manera suficiente.

#### **Tipo de investigación:** Cualitativa.

La presente investigación es de tipo cualitativo, entendiendo este tipo de investigación como el que estudia la realidad en su contexto natural, tal y como sucede, procurando interpretar los fenómenos con base al significado que tienen para los sujetos implicados.

En este sentido, la finalidad de la investigación cualitativa es comprender e interpretar la realidad tal como la entienden los sujetos que participan en la investigación, por lo cual, la investigación cualitativa se apoya e implica la utilización de una gran variedad de materiales, entre ellos, la entrevista, la experiencia personal, textos históricos, fichas bibliográficas, entre otros elementos que describan el fenómeno objeto de estudio.

#### **Enfoque de la investigación:** Histórico – Hermenéutico - Bibliográfica

La ciencia histórico hermenéutica construye la realidad socialmente, buscando rescatar el fenómeno relacional entre los sujetos a partir de la comprensión de los procesos de la comunicación. En este sentido, este proceso será mediado por la apropiación de la historia y la tradición.

El enfoque histórico hermenéutico tiene principal interés en la construcción de identidades sociales y culturales, por lo cual “este enfoque abarca un conjunto de corrientes y tendencias

humanístico-interpretativas, cuyo interés se centra en el estudio de símbolos, interpretaciones, sentidos y significados de las acciones humanas” (Ortiz, 2015, p.15).

En este sentido, la investigación histórica trata las experiencias pasadas, no solo aplicadas a la historia, sino también a las ciencias humanas, tales como el derecho, o la medicina, presentándose como una búsqueda de carácter crítico sobre la verdad sustentada en hechos pasados (Ortiz, 2015).

Así mismo, “un tipo específico de investigación dentro del enfoque histórico-hermenéutico lo constituye la investigación bibliográfica” (Ortiz, 2015, p.15), por lo cual también se adopta en el presente trabajo, dentro del enfoque histórico hermenéutico, la investigación bibliográfica.

#### **Nivel de la investigación:** Documental.

Según Ortiz (2015, p. 64) “La investigación documental es el proceso que, mediante la aplicación de métodos científicos, procura obtener información relevante, fidedignas e imparcial, para extender, verificar, corregir o aplicar el conocimiento”.

En este orden de ideas, el nivel de esta investigación es de corte documental, teniendo como objetivos: extender, ampliar y desarrollar los conocimientos sobre un tema específico; profundizar y afinar conceptos y argumentos científicos; relacionar, sintetizar y también dar explicación a teorías y conocimientos.

De esta forma, la investigación documental no requiere que el investigador participe del mundo objeto de estudio, realizando su trabajo sin que el entorno reaccione a su presencia (Ortiz, 2015), procurando por adoptar un estudio sistemático, sobre un tema delimitado, basado en fuentes documentales y proponiendo lograr un todo unificado a partir de la estructuración de los datos ya conocidos sobre el tema.

Finalmente, la presente investigación se apoya en fuentes documentales escritas, las cuales funcionan como materia prima básica. La revisión de archivos y el análisis de contenido se establecen como la técnica fundamental de este trabajo, permitiendo así descubrir la estructura y el contexto sobre el cual se produce la información.

### **Propiedad intelectual: derechos de autor y derechos conexos**

La propiedad intelectual se refiere, en amplios términos, a todas las creaciones del intelecto humano, siendo definida como “la disciplina jurídica que tiene por objeto la protección de bienes inmateriales, de naturaleza intelectual y de contenido creativo, así como de sus actividades conexas” (Vega, 2010, p. 9).

Dentro de la propiedad intelectual se esgrimen tradicionalmente dos ramas o divisiones, las cuales son la propiedad industrial y el derecho de autor, siendo este último una especie dentro de la institución de la propiedad intelectual, en virtud del cual se le otorga protección a las creaciones del intelecto humano de carácter artístico o literario, entendiendo estas como bienes intangibles.

De igual manera, la expresión “derechos de autor” abarca dos significados, siendo el primero de ellos el comúnmente aceptado, adoptando únicamente la protección de los derechos que recaen sobre las obras literarias y artísticas, mientras que el segundo “abarca también la protección de ciertos derechos denominados conexos, expresión que comprende los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión” (Vega, 2010, p. 13).

Por lo anterior, el presente acápite desarrollará un estudio concreto sobre el derecho de autor y los derechos conexos, estudio que se reputa necesario para introducir al lector en el contrato de inclusión en fonogramas, acogiendo al derecho de autor como una expresión que abarca por sí misma a los derechos conexos, por lo cual se expondrá a continuación los aspectos más relevantes sobre el tema.

#### **Definición y criterios de protección del derecho de autor**

El derecho de autor, tiene “como objeto de protección las obras literarias y artísticas las cuales comprenden todas las creaciones del espíritu en el campo literario, artístico y científico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión y cualquiera que sea su destinación.” (Concepto 2767 de la DNDA, 2009). Será entonces el derecho de autor la rama de la propiedad intelectual encargada de proteger la obra como tal, definida según el artículo 3° de la Decisión Andina 351 de 1993 como “Toda creación intelectual originaria, de naturaleza artística, científica o literaria susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma”.

De lo anterior se podrá concluir que el derecho de autor es el conjunto de normas que busca la protección de las creaciones literarias o artísticas, las cuales son producto del intelecto humano, ostentan carácter de originalidad y son perceptibles por los sentidos, encontrando su naturaleza jurídica en la protección que brinda el estado a los bienes inmateriales o intangibles, sobre los cuales se puede ejercer plena propiedad (Vega, 2010).

Así mismo, el derecho de autor se rige por criterios de protección (Vega, 2010) o principios esenciales (Márquez, 2004), los cuales estructuran la existencia del derecho de autor frente a la obra, por lo que, si no existen dichos criterios, la obra no podrá ser objeto de protección por parte del derecho de autor. Estos principios esenciales son: que se trate de una creación intelectual, que sea perceptible a los sentidos, que no se proteja las ideas, y que la obra sea original.

### **Creación intelectual.**

Como se explicó anteriormente, la propiedad intelectual se encarga de proteger los bienes intangibles producto del intelecto humano, es decir, la creación intelectual. En este sentido, el derecho de autor “recae sobre un especial tipo de propiedad creada y desarrollada por el intelecto

humano” (Márquez, 2004, p. 85), por lo cual solo existirá en la medida que exista una obra, la cual es producto de la creación intelectual del hombre.

### **Perceptibilidad.**

Para que el derecho de autor ejerza su labor proteccionista sobre la obra, esta debe ser perceptible, es decir, que pueda ser captada por los sentidos. Lo anterior obedece a un sentido lógico, pues, si la obra no es perceptible a los sentidos, no es posible que sea conocida por el hombre.

Así mismo, la obra deberá ser exteriorizada en alguna forma, lo cual quiere decir que no podrá alojarse en la mente de su creador, si no que debe trascender del pensamiento y surgir en el mundo exterior (Márquez, 2004). Lo anterior no quiere decir que la obra deba ser publicada, pues como se verá más adelante, la obra podrá permanecer inédita; este principio se refiere al hecho de sobrepasar la esfera mental del autor, dejando de ser una idea y exteriorizándola.

### **No protección de las ideas.**

El derecho de autor se encarga de proteger las creaciones formales y no las ideas que contenga la obra, ya que las ideas no son consideradas obras y pueden usarse de manera libre. En este sentido, y refiriéndose a las ideas, “no se puede adquirir sobre ellas protección o propiedad alguna, aún cuando sean novedosas” (Vega, 2010, p. 16).

Por lo anterior, solo será objeto de protección del derecho de autor la forma en que se materializa la idea del autor, entendiendo dicha forma como una obra del intelecto humano.

### **Originalidad.**

Esta condición implica que la obra creada debe expresar la personalidad del autor, exigiendo que dicha obra se pueda distinguir de cualquier otra que ostente el mismo género. “Esa originalidad o individualidad se concreta en que la obra exprese lo propio de su autor, que lleve la impronta de su personalidad, lo que no debe confundirse con novedad, pues en derecho de autor, [...] no se requiere que la obra sea novedosa” (Vega, 2010, p. 16).

### **Origen y definición de los derechos conexos**

Posterior al reconocimiento de los derechos de autor, se empezó a incorporar un conjunto de derechos encaminados a proteger algunas manifestaciones que, aunque no constituyen la creación de una obra literaria, artística o científica, se relacionaban de manera estrecha.

De esta forma, y gracias a la aparición de nuevas técnicas de difusión de las obras, tales como el disco fonográfico y la radio, se llegó a la convicción de instituir una protección especial a los auxiliares creativos, dando lugar al nacimiento de los derechos conexos (Vega, 2010).

Los derechos conexos “están dirigidos a proteger los intereses de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión.” (Concepto 2767 de la DNDA, 2009). Así, los derechos conexos se encargarán de tutelar la “representación artística, la fijación de sonidos, y la transmisión al público de acontecimientos o información.” (Concepto 2767 de la DNDA, 2009).

Los derechos conexos serán aquellos que se otorgan a personas que colaboran aportando parte de su ingenio e intelecto en la creación, composición, producción, o interpretación de una obra, surgiendo de forma independiente a los derechos adquiridos por el autor, siendo estos últimos prevalentes frente a los conexos. Ríos Ruiz (2011) nos aclara el tema de la siguiente manera:

Los derechos que se otorgan en favor de los titulares de derechos conexos se dan de manera independiente a los que tenga el autor, pero se ha establecido que en caso de controversia primarán los derechos de autor sobre los derechos conexos, gracias al carácter de principal de éstos y subsidiario de aquéllos, y que en caso de controversia se aplicará de manera preferente lo que más favorezca al autor. (p. 13)

Esta aclaración permite comprender el alcance que tienen los titulares de derechos conexos, pues si bien son independientes de los derechos otorgados a los autores de las obras, no tienen un estatus superior frente a éstos, primando en todo caso los derechos de los cuales son titulares los autores frente a los titulares de derechos conexos si se llega a suscitar algún caso de controversia entre ambos.

Por todo lo anterior, es posible concluir que los derechos conexos surgen como una medida proteccionista de los titulares que, si bien no se consideran autores, son parte esencial del proceso creativo de las obras del intelecto humano, otorgándoles la categoría de auxiliares creativos, advirtiendo que estos derechos no podrán ir en contravía del derecho de autor.

### **Sujetos protegidos por el derecho de autor y los derechos conexos en relación con el contrato de inclusión en fonogramas**

Tanto en el derecho de autor como en los derechos conexos existen sujetos sobre los cuales recae la titularidad de la protección otorgada. En este sentido, el derecho de autor cobija al autor como titular originario y garante de la obra, y los derechos conexos, por su parte, acogen a los artistas intérpretes y ejecutantes, productores fonográficos y organismos de radiodifusión como titulares de las interpretaciones, producciones fonográficas y radiodifusiones, respectivamente.

Por lo anterior, resulta preciso referirse a los anteriores sujetos, definiendo el concepto de autor, artista intérprete y ejecutante y productor fonográfico, advirtiendo que, si bien los



organismos de radiodifusión son sujetos de los derechos conexos, no serán motivo de explicación en el presente texto, pues no tienen relación directa con el contrato de inclusión en fonogramas, tema principal de estudio de este trabajo.

### **Autor o compositor.**

Frente al autor o compositor, la Dirección Nacional de Derecho de Autor ha manifestado mediante concepto jurídico 68914 del año 2013 lo siguiente:

Por un lado, se encuentran los autores o titulares originarios, es decir las personas naturales que realizan la labor intelectual de creación artística o literaria. A ellos el ordenamiento jurídico les reconoce desde el mismo momento de creación de la obra una serie de prerrogativas de carácter moral y patrimonial.

La creación intelectual implica actividades propias de las personas naturales tales como pensar, sentir, estudiar, reflexionar entre otras, de tal modo que en nuestro ordenamiento sólo se le reconoce el carácter de autor a la persona física que crea la obra, descartando que las personas morales o jurídicas tengan tal calidad. (pp. 3 – 4)

Por su parte, Álvarez Cabrera menciona, en relación a la calidad de autor y compositor que, si bien “ambos sujetos están protegidos por el derecho de autor, [...] se entiende para efectos prácticos, que el autor de una canción es quien escribe la letra, mientras el compositor es quien compone la melodía”. (2014, p. 12)

A diferencia del *copyright* anglosajón -tema a tratar más adelante-, en el cual el creador de la obra o autor puede ser una persona diferente a la humana, por ejemplo, una empresa o persona jurídica, en la tradición latina se acepta el principio sobre el cual se reconoce únicamente como creador de la obra a la persona física, pues la acción de crear solo se le puede reputar a esta, en virtud de atributos como los de sentir, aprender, innovar o expresar (Vega, 2010).

Por lo anterior, se podrá concluir que el autor de una obra será quien la crea en virtud de atributos como los de sentir, pensar, innovar, reflexionar y en general, todos los que pudiese

poseer el intelecto humano, razón por la cual el autor, para la tradición latina, solo podrá ser una persona natural, convirtiéndose en sujeto de protección sobre la originalidad de la creación.

### **Artista intérprete o ejecutante.**

Los artistas intérpretes y ejecutantes son las personas naturales que realicen actividades de ejecución y representación de la obra, tales como leer, cantar, recitar, o similares (Bercovitz, 2015, p. 224). Será entonces el intérprete, para el tema de estudio sobre el contrato de inclusión en fonogramas, quien canta o toca la obra, bien sea por medio de fonograma o en actuación en vivo, y el ejecutante uno de sus músicos acompañantes (Álvarez, 2014, p. 13).

Para los artistas intérpretes y ejecutantes, la protección que ostentan “tiene por objeto su actuación: es decir, la versión concreta y propia que hayan efectuado de la ejecución o de la interpretación de una obra” (Bercovitz, 2015, p. 224), sin que por este mero hecho se consideren autores, pues “su actuación o interpretación requiere de la existencia previa de la obra” (Bercovitz, 2015, p. 224), no obstante, nada impide que la calidad de autor, artista intérprete y ejecutante recaiga sobre la misma persona, tal como lo menciona Antequera Parilli al decir que “existe la probabilidad de reunir en una misma persona a dos sujetos diferentes, si el artista interpreta su propia obra, típico caso de los ‘cantautores’ [...]” (2007, p. 131), añadiendo en cita del Tribunal de Relação de Lisboa (Antequera, 2007) lo siguiente:

*Cuando el artista intérprete es simultáneamente autor de sus propias obras, indiscutiblemente que goza de la protección legal y jurídica relativa a las cualidades de autor y de artista intérprete. Y así, cuando el autor ejecuta su propia obra, no deja de ser por esa circunstancia el titular de los dos derechos: el de autor y el de artista intérprete. (pp. 130 – 131)*

En este punto se logra evidenciar la diferencia entre autor y artista intérprete y ejecutante, sin embargo, existen similitudes entre éstos, tales como que ambos necesariamente deben ser personas físicas, dado que el autor, por un lado, debe ser humano, pues es el único facultado para crear, y el intérprete ya que su representación es una labor del intelecto personal, o también la coexistencia de derechos morales coincidentes entre ambos (Antequera, 2007, p. 131).

### **Productor de Fonogramas.**

Por último, el productor de fonogramas lo define la Ley de Propiedad Intelectual de España como “la persona bajo cuya iniciativa y responsabilidad se realiza por primera vez la mencionada fijación” (Bercovitz, 2015, p. 245), refiriéndose a la fijación del fonograma. Álvarez (2014) lo precisa de esta forma:

El productor, o compañía productora, es quien tiene bajo su dirección administrativa y financiera la grabación de las canciones y dispone de los recursos para producir el fonograma o máster, es decir, la fijación en soporte físico o digital de la interpretación o ejecución de la obra del artista o agrupación musical. (p. 15)

De las dos definiciones se puede extractar que el productor de fonogramas será responsable por la producción y fijación del fonograma, tanto administrativa como financieramente, pues dispone de los conocimientos y los recursos necesarios para llevar a cabo dicha empresa. Si bien esta resulta ser la concepción clásica del productor de fonogramas, existen algunos puntos que, en razón del objetivo del presente trabajo, resulta sensato mencionar.

No cabe duda que frente a las aptitudes profesionales que ostenta el productor fonográfico, este debe ser plenamente idóneo para realizar la fijación de la producción fonográfica, sin embargo, y en virtud del constante desarrollo tecnológico y su facilidad de acceso, el productor fonográfico contemporáneo puede perfectamente aminorar costos de producción y asumirlos en

cabeza del artista intérprete o del autor mientras obre un beneficio recíproco de por medio. Por ejemplo, a cambio de que el pago de los costos de grabación de audio esté en cabeza del artista, el productor pactará la transmisión de los derechos patrimoniales a título de licencia por un determinado tiempo, en lugar de una cesión total y exclusiva (Stopps, 2014, pp. 116 – 117). De esta manera se puede justificar que la concepción clásica del productor de fonogramas puede variar, y esto debido al constante cambio que sufren las relaciones entre los particulares.

Así mismo, la producción fonográfica podrá estar a cargo de una empresa o persona jurídica dedicada a la realización de dicha labor, la cual ostentará la calidad de *titular derivado* sobre los derechos del fonograma. Al respecto el profesor Antequera Parilli (2007) destaca lo siguiente:

Mal puede un ente moral ser el creador de una obra a los efectos de accionar como tal ante una violación de los derechos, lo que no le impide hacer en su condición de *'titular derivado'* del derecho patrimonial, de acuerdo a lo permitido por la ley y/o lo pactado en el contrato. (p. 38)

Resulta entonces relevante la condición de titular derivado, pues en el medio musical, los productores de fonogramas, en su mayoría, son personas jurídicas que tienen por objeto la producción fonográfica, tales como EMI Music Colombia LTDA., Sonolux, Sony Music Colombia S.A o Warner Music Colombia S.A (Tobón & Valera, 2010, p. 99). En este orden de ideas, será la persona natural que produjo el fonograma el que reputará la calidad de productor fonográfico y tendrá la titularidad de los derechos conexos pertinentes, aun existiendo una relación laboral con la productora como persona jurídica (Tobón & Varela, 2010, p. 99), y esta ostentará la calidad de titular derivado, advirtiendo que debe mediar una transferencia de los derechos patrimoniales por parte del productor fonográfico para que la persona jurídica acredita la mencionada calidad de titular derivado sobre los derechos del fonograma.

### **Diferenciación entre el derecho de autor latino y el *copyright* anglosajón**

En materia de protección sobre los bienes o creaciones del intelecto se han identificado dos sistemas: el sistema de derecho de autor de tradición latina y el *copyright* del derecho anglosajón. En Colombia adoptamos el primero de ellos, el cual tiene notables diferencias respecto del segundo.

En este sentido, el derecho de autor de tradición latina abarca el concepto de protección sobre las obras literarias y artísticas y también los derechos conexos, diciendo que solo podrá ser autor la persona natural que cree una obra, pues la acción de crear sólo se reputa de la actividad humana, distinguiendo a su vez entre autor y titular de los derechos patrimoniales de autor.

En este punto se debe aclarar que el titular de los derechos patrimoniales de autor o conexos, para la concepción latina del derecho de autor, no necesariamente debe ser el autor, pues la titularidad puede recaer sobre un tercero, el cual podrá ser una persona natural o jurídica, pero no se considerará titular originario (como sí lo son los autores), sino que se considerará un titular derivado sobre los derechos patrimoniales exclusivamente, pues como se verá más adelante, también existen derechos morales sobre las obras e interpretaciones, los cuales no podrán ser transferidos o negociados para terceros. A manera de ejemplo, está el autor que cede los derechos patrimoniales de su obra a una casa discográfica; el autor seguirá ostentando la calidad de titular originario, gozando aún de los derechos morales de la obra, sin embargo, al transferir los derechos patrimoniales en cabeza de la casa disquera, esta se convierte en titular derivado de los derechos patrimoniales, sin considerarse autora de la obra y sin poseer derechos morales sobre la misma.

Retomando nuevamente sobre la diferenciación, el *copyright* anglosajón, por medio de una ficción jurídica, permite que el autor de una obra pueda ser una persona jurídica, esto debido a

que el objeto de protección del *copyright* es la obra como tal, más no el ánimo de creación. En otras palabras, el *copyright* protege al creador de la obra sobre la copia ilegal de la misma, por lo cual, para la concepción anglosajona, no interesa que el creador de la obra sea una persona jurídica.

Así mismo, y en virtud del ánimo proteccionista que tiene el *copyright* sobre la obra, y no sobre la creación propiamente, en el derecho anglosajón las creaciones empresariales también se consideran obras, ejemplo de ello son los fonogramas, evento que no ocurre en el derecho latino de autor.

Lo anterior, se ve reflejado en cuestión de tutela sobre las fijaciones sonoras, pues tanto en la concepción latina del derecho de autor como en la europea no se le atribuye al fonograma el carácter de obra, ya que la actividad del productor fonográfico no es más que instrumental, preservando la obra en una fijación, dejando así de ser efímera y convirtiéndola en duradera, sin que sus actividades, aunque indispensables para la difusión musical, sean contributivas a la creación de la obra<sup>1</sup> (Lipszyc, 2006, p. 391).

Por otro lado, el derecho del *copyright* anglosajón tiene una filosofía diferente a la del derecho de autor latino, ya que “se trata simplemente del derecho a impedir la copia del material con el objeto de proteger al propietario del *copyright* contra la reproducción del soporte material más que de proteger la creación” (Lipszyc, 2006, pp. 392 – 393).

---

<sup>1</sup> Como ejemplo de lo anterior, se puede ilustrar la labor que ejerce una casa disquera cuando, con el fin de producir un álbum o una canción, ejerce actividades de grabación y producción de la obra, plasmándola en un soporte físico o digital (CD, Disquete, etc); esa fijación que se hizo sobre el soporte no es considerada una obra como tal, sino como el producto de una actividad empresarial de producción, por lo cual, es susceptible de salvaguardia por parte de los derechos conexos y no del derecho de autor.

Esto traduce en que en el *copyright* se incluyen, además de las obras creadas por el intelecto humano -objeto de la concepción latina del derecho de autor-, los fonogramas o *sound recordings*, pues estos pueden ser objeto de copia. No obstante, se hace distinción entre las obras de creación (obras artísticas, dramáticas, literarias) y otro tipo de obras, las cuales son de aporte empresarial, mientras que las primeras son de aporte intelectual original (Lipszyc, 2006, p. 393).

Al respecto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Antequera, 2007, p. 134) destaca la diferencia entre los derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes, en comparación con los de los productores fonográficos:

Dentro de la categoría de derechos afines a los Derechos de Autor, encontramos ámbitos de protección referidos a prestaciones de carácter netamente empresarial, como las prestaciones realizadas por los productores de fonogramas. Aquí lo que se protege es directamente una actividad de carácter económico destinada a la producción masiva de bienes culturales.

Se ve entonces que la fijación de un fonograma, en el derecho de autor latino, no constituye una obra, por lo cual no se sujetan a la protección del derecho de autor, y aunque se protegen mediante los derechos afines o conexos, presentan diferencias con las labores que tienen los artistas intérpretes (aunque también sean cobijados por el mismo derecho conexo), pues la prestación del productor de fonogramas es de carácter técnico-organizativa, empresarial y financiera (Antequera, 2007, p. 134).

Es por todo lo anterior que resulta posible concluir que el derecho de autor abarca dos conceptos de gran amplitud; el derecho de autor de tradición latina y el *copyright* anglosajón, teniendo cada uno de ellos diferencias notables en cuanto a su naturaleza jurídica. Por esto, resulta fundamental conocer la estructura del derecho de autor en la cual se contextualiza nuestra

legislación, pues a partir de su correcta comprensión se podrá entender las diferentes figuras jurídicas que aparecen en torno al derecho de autor.

### **Derechos morales y patrimoniales**

Tal como se ha expuesto, el derecho de autor y los derechos conexos acogen, dentro de su labor proteccionista, a los derechos morales y patrimoniales.

Con el fin de dar una correcta estructura y cohesión al presente trabajo, es necesario mencionar algunos aspectos atinentes a las categorías mencionadas, procurando dar un desarrollo concreto del tema.

#### **Definición y características de los derechos morales de autor.**

Los derechos morales son aquellos que buscan asegurar un vínculo entre la obra y el autor, o la interpretación y el intérprete, o el fonograma fijado y el productor de fonogramas, fungiendo como relación directa sobre la reputación del titular del derecho y la paternidad que ejerce sobre su obra, interpretación o fonograma, sin que pretenda esta categoría asegurar un beneficio económico (Pineda, Jerez & Velásquez, 2010).

De esta forma, el derecho moral de autor “tiene como finalidad proteger los intereses personalísimos del Autor de una obra” (Márquez, 2004, p. 159). El autor adquiere una relación de padre sobre la obra, ya que esta refleja sus características, sensaciones y forma de concebir el mundo para aquel, por lo cual la expresión moral tiene un carácter de “vinculación a la creación intelectual, a la relación personalísima, espiritual del autor frente a la obra” (Márquez, 2004, p. 161).



En este orden de ideas, los derechos morales poseen características inherentes a su naturaleza jurídica, siendo entonces de carácter inalienable<sup>2</sup>, irrenunciable<sup>3</sup>, imprescriptible e inembargable (Márquez, 2004).

En este sentido, por virtud de su carácter inalienable, los derechos morales no podrán ser objeto de disposición a terceros. Al respecto, Vega menciona que “En razón de la inalienabilidad, toda transmisión del derecho de autor entre vivos solo puede involucrar a los derechos patrimoniales” (2010, p. 32). Así mismo, el parágrafo 1 del artículo 30 de la Ley 23 de 1982, al referirse a los derechos morales, establece que, en caso de transferencia o autorización de uso sobre los derechos patrimoniales de la obra por parte del titular, este conservará los derechos morales respectivos.

Sobre la irrenunciabilidad se puede decir que, a diferencia de los derechos patrimoniales de autor y conexos, los derechos morales no podrán ser renunciados por el titular de la obra en ningún momento. Al respecto, Márquez (2004) expresa que “el autor no puede renunciar a los Derechos Morales, pues son incluso considerados de orden público” (p.165).

Por último, el derecho moral de autor tiene carácter perpetuo, es decir, no se agota con el paso del tiempo, por lo cual se reputa imprescriptible.

---

<sup>2</sup> A diferencia de los derechos patrimoniales de autor o conexos, en Colombia, los derechos morales no podrán ser objeto de transferencia a terceros por medio de cesiones o licencias de uso.

<sup>3</sup> De igual manera, no podrán ser renunciados por el titular de los derechos de autor o conexos, como si podría pasar con los derechos patrimoniales.

### **Contenido del derecho moral de autor.**

Una vez entendida la definición y características de los derechos morales de autor, resulta necesario desarrollar su contenido, es decir, las distintas formas en que los derechos morales de autor se manifiestan de forma concreta para su protección.

Por lo anterior, se debe decir que el derecho moral de autor las siguientes formas de protección de la obra: derecho de paternidad, de publicación, de integridad, de modificación y de retiro o retracto de la obra (Álvarez, 2014, p. 4).

#### *Derecho a la paternidad.*

Este es el derecho que tiene el autor sobre su obra, o el artista intérprete o ejecutante sobre su interpretación, para reivindicar su condición de autor o intérprete, es decir, para proteger y exigir la mención de su nombre o pseudónimo en la obra o en la interpretación. Vega (2010) menciona:

Es el derecho de reivindicar en todo tiempo la paternidad de la obra para que se reconozca al autor la condición de creador de la misma. Este derecho a que se mencione al autor debe hacerse en la forma que él ha elegido, por lo que incluye el seudónimo y el anónimo, ya que el creador goza de la facultad de decidir si se le relaciona o asocia con la obra (mediante su nombre, seudónimo, etc) o si desea permanecer anónimo (p. 32)

Este derecho busca que no se demerite la calidad de autor o intérprete al momento de la publicación de la obra o de la interpretación, derecho que se materializa “en la facultad de defender la autoría de la obra cuando ella es impugnada (Vega, 2010, p. 33).

### *Derecho a la publicación.*

Este derecho también se conoce como derecho de Ineditud o derecho de divulgación, el cual comprende “la facultad del autor de decidir si dará a conocer su obra, y en que forma lo hará, o si por el contrario la mantendrá reservada en la esfera de su intimidad” (Vega, 2010, p. 33).

El autor o el intérprete tiene la facultad de decidir de qué manera quiere publicar su obra o su interpretación, respectivamente, incluyendo la facultad de mantenerla en forma inédita dentro de su esfera íntima.

Cabe resaltar que el derecho de publicación se reserva todas las formas de divulgación de la obra que no hayan sido previstas por el autor. Vega (2010) lo explica diciendo:

el derecho de Ineditud se ejerce respecto de cada una de las posibles formas de explotación de la obra, por lo que el divulgar mediante la representación teatral [...] mantiene incólume el derecho de darla a conocer mediante la edición gráfica, o de otra manera (p. 33)

Se entenderá entonces que el derecho de ineditud o de divulgación comprende exclusivamente la forma de explotación prevista por el autor o el intérprete, sin que pueda extenderse más allá de lo acordado.

### *Derecho de integridad.*

Este derecho toma fundamento en el respeto que se debe predicar de la obra como una extensión de la personalidad del autor, otorgándole la facultad de oponerse a toda mutilación, deformación o modificación de su obra, entendiendo dichas acciones como atentatorias al decoro de la misma, o que bien pueda perjudicar la reputación del autor.

### *Derecho de modificación.*

Este derecho se refiere a la facultad que tiene el autor o el intérprete de introducir modificaciones a la obra o a la interpretación, aun cuando aquellas hayan sido divulgadas.

“Encuentra fundamento en el derecho mismo de crear que tiene el autor; por ejemplo, el autor de una obra literaria puede sentir la necesidad de corregirla, aclarar o adicionar conceptos, mejorar el estilo, etc, con el objeto de perfeccionar la obra” (Vega, 2010, p. 34).

Por virtud de dicha modificación no se crea una nueva obra o una nueva interpretación, diferencia sustancial con el derecho patrimonial de transformación, pues “el derecho de modificación se refiere únicamente a la integridad de la obra en su forma originaria y no debe confundirse con el derecho de transformación” (Vega, 2010, p. 34). En otras palabras, el derecho patrimonial de transformación (el cual se explicará más adelante), deja inalterada la obra primaria, creando una nueva, mientras que el derecho moral de modificación, altera la obra inicial, sin que por esto se esté creando una nueva obra.

### *Derecho de retiro o retracto.*

Este derecho faculta al autor para retirar su obra al público, inclusive después de haber autorizado su distribución, sin embargo, como dicho retiro puede ocasionar perjuicios patrimoniales a terceros, aquel deberá compensar económicamente a cualquiera que hubiese sufrido algún daño patrimonial en razón del retracto.

“Este derecho se fundamenta en la necesidad de preservar la libertad de pensamiento y la posibilidad del autor de cambiar de opinión con respecto a la divulgación de la obra” (Vega, 2010, p. 34). Así mismo, podrá suspender la totalidad o solo alguna forma de utilización ya autorizada para la obra, previa indemnización correspondiente.

### **Definición y características de los derechos patrimoniales de autor.**

Los derechos patrimoniales de autor y conexos son los derechos que permiten al titular de la obra, interpretación o fonograma, o en sí, a cualquier persona natural o jurídica que haya adquirido la titularidad de los derechos patrimoniales, ejercer un control y beneficio económico al permitir que sea utilizada y explotada.

Estos derechos pueden ser poseídos y ejercidos de manera separada, exigiendo autorización expresa para cada una de las formas de explotación o utilización que se pretendan negociar (Pineda, Jerez & Velásquez, 2010). Los derechos patrimoniales de autor y conexos son los únicos que podrán ser objeto de disposición por parte de sus titulares<sup>4</sup>, es decir “son los únicos derechos de este régimen que son susceptibles de ser negociados para obtener lucro” (Montoya, 2004, p. 16).

En este orden de ideas, se debe decir que los derechos patrimoniales de autor también poseen características inherentes a su naturaleza jurídica, las cuales resultan totalmente contrarias a las características enunciadas para los derechos morales de autor; los derechos patrimoniales son derechos de carácter transmisible, limitados en el tiempo, embargables, y con posibilidad de ser renunciados por parte de su titular.

### **Contenido del derecho patrimonial de autor.**

Así como los derechos morales de autor, los derechos patrimoniales también desarrollan un contenido específico de protección sobre las obras. Este contenido se materializa en el derecho de reproducción, de comunicación pública, de transformación y de distribución.

---

<sup>4</sup> Los derechos patrimoniales sí pueden ser negociados y transferidos a terceros diferentes del titular de la obra, la interpretación o el fonograma por medio de cesiones o licencias de uso.

### *Derecho de reproducción.*

Este derecho hace referencia a la “facultad exclusiva de explotar la obra en su forma original o derivada, mediante su fijación material en cualquier medio y por cualquier procedimiento y la obtención de una o varias copias de todo o parte de la obra” (Vega, 2010, p. 37).

El derecho de reproducción será el derecho por el cual la obra podrá ser ejecutada para su explotación. Quien quiera explotar la obra por algún medio, tendrá que reproducirla, por lo cual tendrá que mediar autorización expresa por parte del autor o titular de la obra. Inclusive, si solo se desea transformar la obra, será necesaria la autorización respectiva del autor o titular para reproducir la obra original.

### *Derecho de comunicación pública.*

La comunicación pública de la obra se refiere a la acción de comunicar, para una o varias personas, el todo o parte de una obra, por lo cual aquellas podrán tener acceso a esta por medios que no consisten en la distribución de ejemplares (Lipszyc, 2006). La comunicación de la obra se considera pública cuando ha salido de la esfera de intimidad del poseedor de la obra y entra a divulgarse en un ámbito que ya no es estrictamente doméstico.

El derecho de comunicación pública como tal, se refiere a la facultad que tiene el titular de este derecho para explotar las distintas formas de comunicación pública que se pueden suscitar de una obra, entendiendo estas formas como la exposición de obras artísticas o sus reproducciones, la representación o ejecución pública de obras musicales, la proyección de cintas audiovisuales, la radiodifusión o difusión por cable, entre otras.

### *Derecho de transformación.*

Es la facultad que tiene el autor de la obra originaria para autorizar la creación de una obra derivada de aquella, por ejemplo, la creación de una adaptación, una traducción o un arreglo musical.

Como consecuencia de la transformación, una nueva obra será creada, que no será la misma que la obra originaria (aunque esta haya servido de base para la creación de la obra derivada), razón por la cual, la obra originaria permanece inalterada.

### *Derecho de distribución.*

El derecho de distribución se refiere al derecho patrimonial que tiene el autor para autorizar la puesta a disposición del público de la obra o sus copias, poniéndola en circulación a través de las diferentes modalidades de venta, alquiler, préstamo, o cualquier otra forma existente, suponiendo para el titular del derecho un control sobre la explotación comercial de la obra (Vega, 2010).

Este derecho faculta al autor de la obra, o al titular de los derechos patrimoniales, para establecer si el soporte en que se incorporó la obra va a circular o no en el comercio, determinando el territorio y el tiempo de circulación, por lo cual este derecho se ha considerado uno de los que mayor contenido patrimonial reporta al autor o titular.

### **Derechos patrimoniales otorgados a los autores en virtud de la Ley 23 de 1982 modificada por la Ley 1915 de 2018.**

Anterior a la reforma que trajo la Ley 1915 de 2018, los derechos patrimoniales de los autores se encontraban consagrados en el artículo 12 de la Ley 23 de 1982, artículo compuesto por tres numerales, el cual comprendía los derechos exclusivos de reproducción, transformación y

comunicación pública de la obra. Si bien el artículo continúa vigente, la Ley 1915 de 2018 reformó el artículo 12 de la Ley 23 de 1982, modificando totalmente el texto anterior, incorporando una protección más amplia y novedosa sobre los derechos de los autores o sus derechohabientes. En este sentido, además de traer a colación los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y transformación de la obra, se anexaron los derechos de alquiler e importación sobre las obras de los autores, teniendo como novedad la mención sobre mecanismos tecnológicos, tales como almacenamiento temporal electrónica o la comunicación pública de la obra por medios inalámbricos.

De esta forma, según el marco normativo colombiano regido por la Ley 23 de 1982, modificada por la Ley 1915 de 2018, los autores tendrán los derechos exclusivos de autorizar o prohibir sobre sus obras lo siguiente:

- La reproducción de la obra bajo cualquier manera o forma, permanente o temporal, mediante cualquier procedimiento incluyendo el almacenamiento temporal en forma electrónica.
- La comunicación al público de la obra por cualquier medio o procedimiento, ya sean estos alámbricos o inalámbricos, incluyendo la puesta a disposición al público, de tal forma que los miembros del público puedan tener acceso a ella desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.
- La distribución pública del original y copias de sus obras, mediante la venta o a través de cualquier forma de transferencia de propiedad.
- La importación de copias hechas sin autorización del titular del derecho.
- El alquiler comercial al público del original o de los ejemplares de sus obras.
- La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.



Así mismo, la modificación al artículo 12 de la Ley 23 de 1982 incorporó en su párrafo la figura del agotamiento del derecho sobre el control de distribución de las obras por parte del titular del derecho sobre el soporte material que se venda por primera vez o con su consentimiento, respecto de las sucesivas reventas. Dicho agotamiento no afecta el derecho de autorizar o prohibir el alquiler comercial, ni el préstamo público de los ejemplares que se vendan.

### **Principios aplicables a los derechos patrimoniales de autor.**

En el ámbito del derecho, los principios jurídicos se erigen como pilares fundamentales sobre la norma positiva, los cuales procuran por una función creativa, pues son fuente y fundamento del ordenamiento jurídico; por una función hermenéutica, ya que son el mejor instrumento para la interpretación de la norma jurídica y por una función integradora, por tanto, integran el ordenamiento jurídico, superando las lagunas que puedan llegar a generarse (Blanco, 2002). De esta forma, y al igual que lo predicable sobre los principios generales del derecho, se han establecido algunos principios generales en materia de derechos patrimoniales de autor (Vega, 2010).

En este orden de ideas, se procederá a desarrollar algunos de los principios más significativos en que se fundamentan los derechos patrimoniales de autor, los cuales han servido como base de exégesis sobre las normas jurídicas en esta materia, desarrollando una función creativa, integradora y hermenéutica sobre el derecho de autor.

#### *Territorialidad y temporalidad.*

Este principio alude a la reserva que tiene el autor o titular de la obra y el artista intérprete o ejecutante de limitar y establecer el territorio en el cual se ejercerán los derechos sobre la obra o la interpretación, por lo cual, si la obra o la interpretación es utilizada en un lugar diferente al pactado, podrán ejercer las acciones legales respectivas (Montoya, 2004, p. 26).

De igual forma, las partes podrán pactar el tiempo de duración del contrato de forma consensual, pudiendo pactar, por ejemplo “un tiempo específico o puede establecerse como vigencia del contrato el término de duración de los derechos patrimoniales” (DNDA, 2018). Al respecto, la Ley 23 de 1982, en el artículo 183, modificado por el artículo 30 de la ley 1450 de 2012, menciona, en relación a la transferencia de derechos patrimoniales de autor o conexos, que mediante acto entre vivos se podrán transferir dichos derechos, quedando limitados, además, por el tiempo y el ámbito territorial determinado en el contrato.

A falta de mención sobre el tiempo de transferencia, se limitará a cinco años, y sobre el ámbito territorial, al país en que se realiza la transferencia de derechos, resultando inexistente toda estipulación en la cual se transfiera de modo general o indeterminable, o se restrinja la producción futura.

#### *Intuito Personae.*

El carácter de intuito persona se profesa en este tipo de contratos pues, si bien el objeto de protección de los derechos de autor es la obra, se debe entender que esta merece tutela legal por parte del ordenamiento jurídico en virtud de su condición de originalidad (Zea Fernández, 2009, p. 34), característica que solo se puede alcanzar gracias a la personalidad del autor.

Para entender mejor el tema, Lipszyc (2006, p. 280), sobre la condición de *intuito personae* dice que “Respecto del autor, siempre tiene este carácter pues, al contratar, el usuario toma en

cuenta la personalidad de aquel [...]”. De lo anterior se puede decir que, por parte del autor, el contrato se torna intuito persona, pero, respecto del usuario, no siempre se toma esta calidad. Por su parte, Fontaine & González (2004, pp. 18 – 19) también hacen referencia al carácter de intuito persona, expresando lo siguiente:

Los contratos intuito personae son aquellos que se celebran en especial consideración de la persona del otro contratante, esto es, aquellos contratos en que una de las principales motivaciones para celebrar el acuerdo es, justamente, la identidad y cualidades personales de la otra parte. En este sentido resulta lógico comprobar que los contratos de artistas intérpretes poseen esta característica, ya que las cualidades y aptitudes que distinguen a un artista son las que determinan el interés por contratar sus servicios.

De esta manera, para el tema en concreto, el contrato de inclusión en fonogramas se celebra en razón de la calidad que ostenta el productor fonográfico, tal como lo menciona Tobón F. & Varela P., (2010, p. 98) al decir que este contrato “Es un contrato que se celebra en relación con la persona y cualidades del productor fonográfico. En consecuencia, el productor fonográfico no podría ceder el contrato sin autorización del autor o titular del derecho”.

Por lo anterior, se debe entender que, en el ámbito del derecho de autor, las condiciones de creación de la obra, de la interpretación o de la producción fonográfica, se deben al carácter personal del autor, del intérprete o del productor fonográfico, por lo cual, será siempre necesario tener en consideración a la persona, pues la originalidad y características que se puede profesar, por ejemplo, sobre un artista intérprete, no serán las mismas de otro.

#### *Interpretación restrictiva de los negocios jurídicos.*

Los negocios jurídicos que se celebren en materia de derechos de autor siempre se interpretarán de manera restrictiva, por lo cual, no se reconocerán derechos de mayor amplitud

que los consagrados en el mencionado negocio, tal como lo establece el artículo 78 de la ley 23 de 1982 (Montoya, 2004, p. 25). Lipszyc (2006), definiendo el objeto de los contratos de derechos de autor:

*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. (p. 277)*

En este orden de ideas, este principio significa que “autorizar un uso no implica autorizar otro uso de manera implícita y que para cada uso se requiere de una autorización previa y expresa” (DNDA, 2018). A modo de ejemplo, está el autor que autoriza al productor fonográfico la reproducción de su obra musical en discos compactos CD’S; en virtud de este principio, el productor fonográfico no podrá reproducir el fonograma por medios distintos al estipulado, como por ejemplo, medios digitales.

*Explotación independiente de los derechos transmitidos.*

Los derechos patrimoniales se podrán otorgar de manera independiente para su explotación, en la modalidad que se prevea, razón por la cual es perfectamente válido que se otorgue la explotación de unos derechos y se excluyan o reserven otros (Montoya, 2004, p. 17).

De esta manera lo consagra el artículo 77 de la ley 23 de 1982, al decir que “las distintas formas de utilización de la obra son independientes entre ellas; la autorización del autor para una forma de autorización no se extiende a las demás”. Así lo menciona Lipszyc (2006, p. 277) al decir lo siguiente:

Disposiciones en tal sentido se encuentran en la ley francesa, cuyo art. 30 establece este principio de la independencia de los derechos de explotación, aclarando que la cesión del derecho de representación no supone la cesión del derecho de

reproducción, y a la inversa, y que el alcance de la cesión total de un derecho queda limitado a los modos de explotación previstos en el contrato.

Así mismo, la ley española, en el artículo 43 establece que “la transmisión de los derechos de explotación de la obra queda limitada al derecho o derechos cedidos y a las modalidades de explotación expresamente previstas” (Lipszyc, 2006, p. 277).

Este principio reviste gran importancia en materia de disposición de derechos de autor y derechos conexos, pues faculta al titular de los derechos patrimoniales para explotarlos de forma independiente cada uno. Por ejemplo, si el autor quiere licenciar a una empresa distribuidora únicamente para que explote el derecho de distribución sobre la obra creada, perfectamente lo podrá hacer, y no tendrá que otorgar licencia sobre los demás derechos patrimoniales que posea, tales como el de reproducción o comunicación pública.

#### *Principio de favorabilidad.*

El artículo 257 de la ley 23 de 1982 dice que “En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de las norma de ésta ley, se aplicará la más favorable para el titular de los derechos de autor”.

Esta definición resulta confusa, pues por un lado, los titulares del derecho de autor pueden ser cualquier persona natural o jurídica diferente del autor mismo – en virtud de una transmisión de derechos patrimoniales-, lo cual haría pensar que el principio de favorabilidad no recae en cabeza del autor, si no del titular, independientemente de quien sea.

En este orden de ideas, el mismo artículo se convierte más en una norma desfavorable para el autor, pues de interpretarse taxativamente, no se reconocería la verdadera vocación protectora del derecho de autor frente al creador de la obra. Ejemplo de lo anterior sería el caso de la casa

productora que, en virtud de su posición de dominio contractual, estipula cláusulas abusivas que demeritan el derecho del autor o del artista intérprete, haciéndose con la titularidad del derecho mediante un abuso notable e injustificado; de esta forma, si se interpreta el artículo 257 de ley 23 de 1982 en forma taxativa, en caso de conflicto o duda, se aplicará lo más favorable para el titular del derecho —en este caso la casa productora—, obviando el latente abuso contractual por el cual logró obtener la transferencia de los derechos patrimoniales por parte del autor.

Entendido lo anterior, también se da una aplicación similar de favorabilidad frente a los titulares de derechos de autor sobre los titulares de derechos conexos en ámbito de controversia, pues dado el carácter principal de aquéllos sobre éstos, siempre tendrá primacía lo que más favorezca al autor.

De esta manera, se podría decir que, en casos de controversia, los titulares de derecho de autor tendrán favorabilidad frente a los titulares de derechos conexos. De otro lado, se puede concluir que la inexactitud normativa del artículo 257 de la ley 23 de 1982 queda en el aire, sin embargo, se debe tener en cuenta que, si este artículo se interpreta de manera taxativa, puede resultar desventajoso para el autor frente a las posibles controversias que se susciten con otros titulares del derecho patrimonial.

*Prohibición sobre el objeto contractual que recae en la producción futura.*

Montoya (2004, p. 25) dirá que “se prohíben los contratos sobre producción futura, a menos que se trate de una o varias obras que al momento de suscribir el contrato no existen pero se espera que existan [...]”, esto debido a que medie contratación específica para la creación de dichas obras.

En algunos países como España (art. 43) o Francia (art. 33), prevén que la cesión global de las obras futuras será nula, sin embargo, otras legislaciones permiten la cesión global de las obras futuras si se delimitan por su género, surtiendo efectos por un máximo de años contados a partir de la fecha de suscripción del contrato, o de cuando éste inicie sus efectos. Tal es el caso de Venezuela y Brasil, los cuales fijan un lapso de 5 años y de Portugal que fija un lapso de 10 años (Lipszyc, 2006, p. 278). En Colombia, el artículo 155 de la ley 23 de 1982 dice:

Art 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.

Similar redacción denota el artículo transcrito anteriormente con el artículo 129 de la misma ley, el cual menciona lo siguiente:

Art 129°: La producción intelectual futura no podrá ser objeto del contrato regulado por este capítulo, a menos que se trate de una o 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.

Cabe aclarar que, si bien los artículos mencionados guardan similitud, cada uno se aplica en diferentes contratos, siendo el artículo 129 propio del Capítulo VIII, Contrato de Edición, y el artículo 155 del Capítulo X, Contrato de Inclusión en Fonogramas.

No obstante lo anterior, es posible pactar sobre obras futuras, que si efectivamente no existen al momento de la suscripción, se podrán determinar y esperar que surjan o existan posteriormente, ejemplo de ello es el contrato de producción fonográfica en el cual el artista se

obliga a interpretar una cantidad exacta de interpretaciones futuras en un plazo de tiempo determinado, pues en este caso, a pesar que se está pactando sobre una producción intelectual futura –tal como lo es la interpretación que hace un artista intérprete o ejecutante-, se está estipulando exactamente la cantidad de interpretaciones y el tiempo de duración del contrato.

En este orden de ideas, lo que busca este principio es asegurar la salvaguardia de los derechos de autores y artistas intérpretes y ejecutantes sobre posibles abusos de los cuales puedan ser víctimas. Es común que en la práctica contractual, los productores fonográficos o editores musicales pacten obligaciones extensas e indeterminadas y demeriten los derechos de autores y artistas, ejemplo de esto es el productor fonográfico que estipula una cláusula sobre el artista intérprete o ejecutante para que produzca una cantidad de interpretaciones o ejecuciones musicales indeterminadas por un lapso de tiempo futuro.

### **Naturaleza jurídica de los derechos morales y patrimoniales de autor.**

A partir de la teoría en que se conciba el derecho de autor frente a la naturaleza jurídica de los derechos morales y patrimoniales, se podrá entender el ámbito de protección que reviste cada una de estas categorías, facilitando la comprensión de los intereses protegidos y los derechos otorgados. En este orden de ideas y con el fin de definir la naturaleza jurídica de los derechos morales y patrimoniales, el derecho de autor ha aplicado una teoría monista y otra dualista<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Para mejor comprensión del lector, en este trabajo solo se pretende desarrollar la teoría dualista de los derechos morales y patrimoniales, pues es la tesis predominante en el derecho latino sobre la naturaleza jurídica de estos, sin ahondar sobre las diferentes posturas que han colegido en la doctrina, como la monista.



La teoría dualista -de amplia recepción en los países Iberoamericanos-, procura una división de la naturaleza jurídica entre derechos patrimoniales y morales. Se tiene entonces unos derechos de orden personal y otros de orden patrimonial, interactuando de manera independiente, ya que “uno tutela el aspecto afectivo y el otro protege los intereses económicos del autor y como consecuencia, existen dos derechos subjetivos autónomos [...]” (Antequera, 2007, p. 81).

Dentro de esta tesis, los derechos morales son denominados personales, sin que logren confundirse con unos derechos de la personalidad, pues el “el derecho de autor no nace con la persona [...], ni se extingue con ella [...]; y no se tiene por el derecho de ser persona [...], si no por haber creado la obra” (Antequera, 2007, p. 81).

De esta manera, la Sala 1º del Tribunal Supremo español (Cita de Antequera, 2007, p. 81) dice lo siguiente frente al carácter patrimonial y personal del derecho de autor:

no tiene exclusivamente naturaleza patrimonial o económica, pues junto a tal aspecto, tiene un contenido extra-patrimonial que no es otro que el derecho moral [...], con facultades personalísimas, aunque no sea derecho de la personalidad por carecer de la nota indispensable de la esencialidad, al no ser consustancial o esencial a la persona [...]; pero creada la obra de arte, no puede desconocerse su vocación o llamada a la exteriorización, [...] de forma tal que en todo contrato en el que se tienda a la difusión de la obra creada ha de contemplarse ese doble aspecto patrimonial y espiritual o moral.

Tal como menciona Álvarez Cabrera (2014, p. 5): “[...] según las teorías personalistas del derecho de autor, la protección que se le da a la obra cobra sentido en tanto ella es vista como una extensión de la personalidad”.

Por lo anterior, la naturaleza jurídica del derecho de autor desde la óptica de los derechos patrimoniales y morales, será una de carácter dualista, compuesto por un derecho de orden personal y otro de orden patrimonial.

## **Derechos morales y patrimoniales otorgados a los productores de fonogramas y artistas intérpretes y ejecutantes en el marco de los derechos conexos**

Mediante la Convención de Roma de 1961, se les otorga a los productores de fonogramas, artistas intérpretes o ejecutantes y organismos de radiodifusión la calidad de auxiliares de los creadores del derecho de autor (Concepto 2767 DNDA, 2009), siendo titulares protegidos por los derechos conexos o afines, procurando por salvaguardar la representación artística, la fijación sonora y su transmisión al público.

En este orden de ideas, y una vez enunciados los derechos morales y patrimoniales otorgados a los autores en virtud del derecho de autor, resulta necesario enunciar los derechos conexos morales y patrimoniales de los cuales son titulares los productores de fonogramas y los artistas intérpretes o ejecutantes, sin hacer mención sobre los organismos de radiodifusión, pues, aunque son titulares de derechos conexos, no son objeto de estudio del presente trabajo.

### **Derechos morales reconocidos al Productor de Fonogramas.**

Los productores de fonogramas no poseen derechos morales, pues su labor es considerada como auxiliar de la creación, sin que se le otorguen dichos derechos por parte del Convenio de Roma, ni por el Tratado WPPT, ni la Ley 23 de 1982 o la Decisión Andina 351 de 1993 (Vega, 2010).

Cabe recordar que, según el derecho de autor de tradición latina, el productor de fonogramas no es considerado como autor, así como el fonograma no se considera una obra, tratándose entonces su labor como meramente empresarial, a diferencia del *copyright* anglosajón, donde el fonograma sí se considera una obra.

### **Derechos patrimoniales reconocidos al Productor de Fonogramas.**

La Decisión Andina 351 de 1993, junto al tratado WPPT y la Ley 23 de 1982, reconoce al Productor Fonográfico un conjunto de derechos en favor de sus fonogramas, los cuales son los siguientes:

- 1) Autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma. Este derecho comprende la reproducción directa o indirecta, sea en forma total o parcial del fonograma.
- 2) Autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de sus fonogramas mediante venta u otra transferencia de propiedad.
- 3) Impedir la importación de copias del fonograma, hechas sin la autorización del titular. Se aprecia que no se trata de un derecho exclusivo de autorizar o prohibir, sino de una facultad de impedir.
- 4) Autorizar el alquiler comercial al público del original y de los ejemplares de sus fonogramas, incluso después de su distribución realizada por ellos mismos o con su autorización. Este derecho exclusivo se refiere únicamente a copias fijadas que pueden ponerse en circulación como objetos tangibles.
- 5) Autorizar la puesta a disposición del público de sus fonogramas ya sea por hilo o por medios inalámbricos, de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.
- 6) Percibir una remuneración equitativa y única por la utilización directa o indirecta para la radiodifusión o para cualquier comunicación al público de los fonogramas publicados con fines comerciales.

### **Derechos patrimoniales de los productores fonográficos en la Ley 1915 de 2018.**

La Ley 1915 de 2018 que modificó a la Ley 23 de 1982 procuró por insertar un nuevo texto en materia de derechos patrimoniales de los productores fonográficos, trayendo como novedad la mención específica del almacenamiento temporal en forma electrónica sobre el derecho de reproducción. Sin embargo, el artículo 8 de la Ley 1915 de 2018, que modifica el artículo 172 de la Ley 23 de 1982, lo que hace es incorporar en un solo texto lo ya establecido en la Decisión Andina 351 de 1993 y el tratado WPPT de la OMPI, ambos suscritos por Colombia.

En este sentido, la modificación hecha al artículo 172 de la Ley 23 de 1982 se puede considerar como una integración de lo establecido en la Decisión Andina 351 de 1993 y el tratado WPPT de la OMPI, dando como resultado un texto integral, en el cual se plasman los siguientes derechos patrimoniales para los productores fonográficos:

- La reproducción del fonograma por cualquier manera o forma, temporal o permanente, mediante cualquier procedimiento, incluyendo el almacenamiento temporal en forma electrónica; Sobre este derecho se pronuncian los artículos 11 del Tratado WPPT de la OMPI, y en igual sentido el artículo 37 numeral a) de la Decisión Andina 351 de 1993.
- La distribución pública del original y copias de sus fonogramas, mediante la venta o a través de cualquier forma de transferencia de propiedad; Al respecto se pronuncian los artículos 12 del Tratado WPPT de la OMPI y el artículo 37 numeral C) de la Decisión Andina 351 de 1993.
- La importación de copias del fonograma; En este sentido se pronuncia el artículo 37 numeral b) de la Decisión Andina 351 de 1993.

- El alquiler comercial al público del original y de los ejemplares de sus fonogramas, incluso después de la distribución realizada por ellos mismo o con su autorización; Al respecto se pronuncia el artículo 13 del Tratado WPPT de la OMPI.
- La puesta a disposición al público de sus fonogramas, de tal forma que los miembros del público puedan tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que cada uno elija; De forma similar se pronuncia el Tratado WPPT de la OMPI en su artículo 14.

En este orden de ideas, la reforma que trae el artículo 8 de la Ley 1915 de 2018 se puede considerar como integradora de los diferentes derechos ya estipulados en la Decisión Andina 351 de 1993 y el tratado WPPT de la OPMI, no obstante, regula de forma taxativa la figura de agotamiento del derecho, la cual no estaba regulada en la Ley 23 de 1982 ni en el tratado de la OMPI, pues en dicho tratado se deja en libertad a las partes contratantes para que ellos mismos sean quienes la regulen, decidiendo si el agotamiento es nacional o internacional (Vega, 2010).

En este sentido, y añadiendo la mención específica sobre el almacenamiento digital de los fonogramas, son las dos novedades que trae la Ley 1915 de 2018 frente a los derechos patrimoniales de los productores fonográficos.

### **Derechos morales reconocidos a los Artistas Intérpretes o Ejecutantes.**

Los artistas intérpretes o ejecutantes, por remisión directa del artículo 171 de la Ley 23 de 1982, tendrán los mismos derechos morales de los autores, plasmados en el artículo 30 de la mencionada ley, los cuales serán:

- 1) Reivindicar en todo tiempo la paternidad de su obra y, en especial, para que se indique su nombre o seudónimo cuando se realice cualquiera de los actos mencionados en el artículo 12 de esta ley.
- 2) A oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra, cuando tales actos puedan causar o acusen perjuicio a su honor o a su reputación, o la obra se demerite, y a pedir reparación por éstos.
- 3) A conservar su obra inédita o anónima hasta su fallecimiento, o después de él cuando así lo ordenase por disposición testamentaria.
- 4) A modificarla, antes o después de su publicación.
- 5) A retirarla de la circulación o suspender cualquier forma de utilización aunque ella hubiese sido previamente autorizada.

### **Derechos patrimoniales reconocidos a los Artistas Intérpretes o Ejecutantes.**

La Decisión Andina 351 de 1993, junto al tratado WPPT y la Ley 23 de 1982, reconoce a los artistas intérpretes o ejecutantes un conjunto de derechos en favor de sus fonogramas, los cuales son los siguientes:

- 1) Sobre las interpretaciones o ejecuciones no fijadas, o “en vivo”, tienen el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la comunicación al público en cualquier forma.
- 2) Sobre las interpretaciones o ejecuciones no fijadas, o “en vivo”, tienen el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la fijación y la reproducción de las mismas.
- 3) Sobre sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonograma, tienen el derecho exclusivo de autorizar la reproducción directa o indirecta, por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma.

- 4) Sobre sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonograma los artistas intérpretes o ejecutantes tienen el derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de sus interpretaciones o ejecuciones, mediante venta u otra transferencia de propiedad.
- 5) Sobre las interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, los artistas tienen el derecho exclusivo de autorizar el alquiler comercial al público del original y de los ejemplares de tales prestaciones artísticas.
- 6) Sobre sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, los artistas intérpretes o ejecutantes tienen el derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público, de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellas desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija. Este derecho también se conoce como derecho de puesta a disposición para acceso individual, y comprende la puesta a disposición interactiva y previa solicitud en el mercado electrónico.
- 7) Los artistas intérpretes o ejecutantes tienen el derecho a una remuneración equitativa y única por la utilización directa o indirecta para la radiodifusión o para cualquier comunicación al público de los fonogramas publicados con fines comerciales.

#### **Derechos patrimoniales de los artistas intérpretes y ejecutantes en la Ley 1915 de 2018.**

Así como la Ley 1915 de 2018 modificó en varios aspectos a la Ley 23 de 1982, tales como en materia de derechos patrimoniales de autor y productores de fonogramas, también se pronunció sobre los derechos patrimoniales de los artistas intérpretes y ejecutantes, modificando mediante su artículo 7° al artículo 166 de la Ley 23 de 1982.

Al respecto cabe mencionar lo ya referido sobre la modificación realizada sobre los derechos patrimoniales de los productores de fonogramas, pues si bien se mencionan aspectos novedosos, tales como el concepto de almacenamiento temporal de la interpretación en forma electrónica, y se regula de manera taxativa el agotamiento del derecho, todos los numerales propuestos por el artículo 7 de la Ley 1915 de 2018 son una recopilación de lo ya mencionado en tratados y convenios internacionales suscritos por Colombia, como el Tratado WPPT de la OMPI y la Decisión Andina 351 de 1993.

En este orden de ideas, los derechos plasmados en el artículo 7 de la Ley 1915 de 2018, que modifica el artículo 166 de la Ley 23 de 1982, son los siguientes:

- La radiodifusión y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas, excepto cuando la interpretación o ejecución constituya por sí misma una ejecución o interpretación radiodifundida; Al respecto se pronuncian el Tratado WPPT de la OMPI en su artículo 6, literal i) y la Decisión Andina 351 de 1993 en su artículo 34.
- La fijación de sus ejecuciones o interpretaciones no fijadas; En igual sentido hablan los artículos 6, literal ii) del Tratado WPPT de la OMPI y el artículo 34 de la Decisión Andina 351 de 1993.
- La reproducción de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas por cualquier manera o forma, permanente o temporal, mediante cualquier procedimiento, incluyendo el almacenamiento temporal en forma electrónica; En igual sentido se pronuncia el artículo 7 del Tratado WPPT de la OMPI.



- 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; Al respecto se pronuncia el artículo 8 del Tratado WPPT de la OMPI.
- El alquiler comercial al público del original y de los ejemplares de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, incluso después de su distribución, realizada por el artista intérprete o ejecutante o con su autorización; El Tratado WPPT de la OMPI en su artículo 9 habla sobre el alquiler comercial.
- La puesta a disposición al público de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, de tal forma que los miembros del público puedan tener acceso a ella desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija; En igual sentido se expresa el artículo 10 del Tratado WPPT de la OMPI.

Así mismo, tanto para los productores fonográficos como para los artistas intérpretes y ejecutantes, la Ley 1915 de 2018, por medio de su artículo 5, adicionó a la Ley 23 de 1982 el artículo 164 BIS, el cual en su numeral b) especifica la definición de transmisión o comunicación al público por cualquier medio que no sea la radiodifusión, entendiendo esta como la transmisión de sonidos de una interpretación o ejecución o los sonidos o las representaciones de sonidos fijadas en un fonograma, que resulten audibles al público. Dicha aclaración toma contexto en lo referente al artículo 173 de la Ley 23 de 1982, el cual estipula que cuando un fonograma publicado con fines comerciales, o una reproducción de ese fonograma se utilice directamente para la radiodifusión o para cualquier otra forma de comunicación pública, quien la utilice deberá remunerar en forma equitativa y única al productor de fonogramas y a los artistas intérpretes y ejecutantes.

### **Generalidades del contrato de inclusión fonográfica**

Dentro de los contratos más utilizados en la industria musical, se encuentra el de inclusión fonográfica. Si bien el talento del artista resulta ser el factor principal a tener en cuenta en el entorno musical, existen diversos sectores que coexisten en la industria cultural, tales como el de las ejecuciones en vivo, las producciones audiovisuales o las producciones fonográficas (Álvarez, 2014, p. 9).

En virtud de dicha coexistencia, resulta necesario que “las relaciones jurídicas que se gestan al interior de la industria deben tener un soporte legal que permita ofrecer soluciones a cada una de las situaciones potencialmente constitutivas de conflicto, como [...] la grabación de fonogramas [...]” (Álvarez, 2014, p. 11).

En este orden de ideas, es comprensible y necesario abordar las generalidades del contrato de inclusión en fonogramas, ampliando conceptos referentes a su definición, desarrollo normativo, los sujetos que intervienen contractualmente y la diferenciación entre este contrato frente al contrato de edición, con el fin de brindar un análisis concreto que otorgue al lector mayor comprensión conceptual y crítica frente al tema.

### **Definición del contrato de inclusión en fonogramas**

Para dar una introducción conceptual sobre la definición del contrato de inclusión en fonogramas, citaremos lo expresado por Ríos Ruiz (2011) el cual lo define de la siguiente manera:

Quizá sea uno de los contratos más utilizados para disponer de obras musicales, como quiera que consiste en la autorización que da el autor de una obra de este género para que otra persona natural o jurídica, denominada productor fonográfico, la grabe o fije en un soporte fonográfico, banda, película o cualquier otro elemento

similar, con el fin de ser reproducida, difundida o vendida a cambio de una remuneración. (p. 96)

Este contrato, desde la ilustración clásica de la doctrina, consiste en la autorización que brinda el autor de una obra a un productor fonográfico para que la fije en un fonograma. Lipszyc (2006) señala lo siguiente:

El contrato de reproducción mecánica en sentido propio – y de mayor trascendencia económica- es el que tiene por objeto la fijación de los sonidos de una interpretación o ejecución de obras musicales no dramáticas – y de las letras que las acompañan- en un fonograma y su reproducción mecánica. Por este contrato el autor de una obra – o su derechohabiente – autoriza a una persona natural o jurídica (el productor), la cual se obliga a fijar los sonidos de una interpretación o ejecución de la obra y a reproducirlos o hacerlos reproducir mecánicamente en discos o cintas magnéticas, de una manera uniforme y directa, en un número determinado de ejemplares – copias -, a publicitarlos, distribuirlos y venderlos al público por su cuenta y riesgo, sin subordinación jurídica, y a pagar a la otra parte una remuneración proporcional a los beneficios obtenidos por la venta de ejemplares. (p. 325)

De la definición anterior se puede evidenciar que, como característica primordial del contrato de inclusión en fonogramas, la fijación se deberá realizar de manera mecánica, en discos o cintas magnéticas, sin que se realice mención alguna de los dispositivos digitales.

Por su parte, el artículo 151 de la ley 23 de 1982, concuerda con la anterior definición al precisar este contrato como en el que “[...] el autor de una obra musical, autoriza a una persona natural o jurídica, mediante 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 [...]”. Esta definición resultaba evidente y adecuada décadas atrás, cuando la reproducción, grabación y masterización de los fonogramas solo se podía realizar de manera análoga, siendo imposible, debido al avance tecnológico de la época, fijarlo en soporte digital.

Así mismo, se podría interpretar que la necesidad de que la fijación se realice en un medio mecánico o análogo podría deberse en razón del requisito legal que trae el artículo 151 de la ley 23 de 1982, el cual en su inciso segundo dice que “[...] El productor de fonograma deberá hacer esta reserva sobre la etiqueta que deberá ser adherida al disco, dispositivo o mecanismo en que se haga la grabación.”, refiriéndose a la reserva que deberá anotar la no comprensión del derecho de ejecución pública.

Contrario al pronunciamiento anterior, cabe señalar que en los tiempos actuales resulta totalmente viable la fijación de un fonograma en medios digitales, dejando en segundo plano la fijación o reproducción mecánica. Al respecto, Galindo et al. (2013) consideran lo siguiente:

En la actualidad el negocio que involucra los derechos de autor está en un proceso de cambio constante, debido a que con el Internet se ha creado un nuevo mercado que necesita una regulación específica que, desafortunadamente, la Ley 23 de 1982 no contempla por su antigüedad. (p. 15)

Expresiones como reproducción en cintas magnéticas o reproducción mecánica en discos ya no se adecuan a la realidad de la industria musical, obligando a adaptar la definición clásica del contrato de inclusión en fonogramas o reproducción mecánica a las tendencias del nuevo siglo, pues de no hacerlo, se corre el riesgo que el contrato en mención resulte obsoleto. Aclaración pertinente nos trae Álvarez (2014) al mencionar lo siguiente:

La industria musical, y específicamente los agentes que en ella intervienen, se ven enfrentados a los constantes cambios influidos por la revolución tecnológica que darían auge a nuevos tipos de comercialización de las producciones culturales: las descargas. De hecho, durante la década de los noventa y el inicio del nuevo siglo, la prosperidad del sector disquero de la industria empezó su decadencia, por factores como el incremento en la disponibilidad de las obras por Internet, la competencia con otros bienes o servicios (como computadores y teléfonos móviles), las menores compras por parte de los minoristas y, en consecuencia, la escasa demanda. (p. 9)

En este sentido, limitar el objeto del contrato exclusivamente sobre la inclusión fonográfica en mecanismos análogos, resulta contrario al constante cambio al que está sujeto el derecho de autor, el cual se dinamiza aceleradamente gracias al avance tecnológico; se debe entender, en sentido práctico, que “independientemente del soporte, siempre que se fijen sonidos de una interpretación o ejecución u otra clase de sonidos, estaremos ante un fonograma” (Concepto DNDA 1501, 2006, p. 5), por lo cual, el objeto del contrato de inclusión en fonogramas es lograr la primera fijación del fonograma, fijación que se puede incorporar en cualquier soporte, dispositivo o instrumento duradero que permita la percepción de los sonidos fijados (Concepto DNDA 1501, 2006, p. 2), pudiendo ser aquellos dispositivos análogos o digitales, pues éstos también permiten la incorporación de sonidos, su reproducción y comunicación (Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas TOIEF, art. 2, literal c).

Cabe resaltar que la Ley 1915 de 2018, la cual modificó en parte a la Ley 23 de 1982, trajo aspectos novedosos en materia de nuevas tecnologías y otras disposiciones, plasmando en su primera parte un reconocimiento integral sobre los derechos de autores, productores fonográficos y artistas intérpretes y ejecutantes de cara a las nuevas tecnologías, lo cual esclareció y dio punto de partida sobre el derecho de autor y conexos en el entorno digital, sin embargo, no se renovó el concepto análogo sobre el contrato de inclusión en fonogramas. Por lo anterior, resulta preciso redefinir la concepción clásica que se tiene sobre la definición del contrato de inclusión en fonogramas, pues el entorno digital y las nuevas tecnologías han propiciado por dejar a un lado la fijación del fonograma de forma análoga, tal como lo define el artículo 151 de la Ley 23 de 1982.

## **Desarrollo normativo**

El contrato de inclusión en fonogramas en Colombia estructura su marco normativo con base en su legislación interna y en los tratados y convenios internacionales de los cuales es parte, esto con el fin de estructurar una cohesión y homogeneización jurídica de carácter global.

Por lo anterior, resulta necesario conocer y comprender, tanto los tratados y convenios suscritos por Colombia en materia de derechos de autor, específicamente los relacionados con el contrato de inclusión en fonogramas, como la legislación interna adoptada sobre el mismo tema.

En este orden de ideas, se procederá a relacionar y justificar los tratados y convenios internacionales relativos al contrato de inclusión en fonogramas, para luego dar paso a la normatividad interna colombiana sobre esta materia, procurando exponer la legislación más relevante en este campo.

### **Tratados y convenios internacionales adoptados por Colombia en relación al contrato de inclusión en fonogramas.**

Colombia ha suscrito gran parte de convenios y tratados internacionales en materia de Propiedad Intelectual, y más concretamente, en el área de los derechos de autor, sin embargo, para el desarrollo del objeto del presente texto, se relacionarán los tratados y convenios internacionales adoptados por Colombia que tengan relación o revistan suma importancia frente al contrato de inclusión en fonogramas.

#### ***Convenio de Berna.***

El Convenio de Berna se fundamenta en la protección y regulación de las obras y de los derechos que poseen sus autores, lo cual brinda a los distintos creadores de obras artísticas,

musicales, literarias, entre otras, una forma efectiva de llevar un control sobre sus creaciones, otorgando unos principios, condiciones y limitaciones necesarias para cumplir dicho objetivo.

En materia de derechos, significa un claro avance para su garantía, pues permite la salvaguardia automática de las obras, otorgando amparo a éstas desde el momento en que son creadas, convirtiéndolas en declarativas de derechos, omitiendo su registro o inscripción pública como único medio probatorio ante terceros (Ríos R, 2011., p. 11).

### ***Convenio de Fonogramas.***

También nombrado Convenio de Ginebra para la protección de los productores de fonogramas, se encarga de proteger la producción e importación que se haga sobre las copias de un productor fonográfico, estableciendo obligaciones a los Estados contratantes sobre el productor que sea nacional de otro Estado vinculado.

Se plasma allí la regulación referente a la necesidad de consentimiento por parte del productor fonográfico para distribuir copias de sus producciones al público.

Así pues, se establece, entre otras disposiciones, la forma en que las legislaciones nacionales pueden regular la defensa de los derechos del productor fonográfico, la duración o plazo de protección, las limitaciones y licencias no voluntarias cuando tenga por objeto su reproducción con fines de enseñanza o investigación científica.

### ***Convenio de la OMPI.***

La Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI), se constituye mediante el Convenio de la OMPI, siendo aquella un organismo especializado del sistema de las Naciones

Unidas. La OMPI cumple con dos objetivos, siendo el primero de ellos la tutela de la Propiedad Intelectual, valiéndose de mecanismos como creación normativa referente a la salvaguardia de la Propiedad Intelectual, asistencia jurídica a los Estados, actividades de registro sobre patentes, marcas, dibujos y modelos industriales de carácter internacional, entre otros. El segundo objetivo a desarrollar se refiere a velar por la cooperación internacional en materia administrativa en el tema de Propiedad Intelectual.

En virtud de la creación de la OMPI se suscriben dos convenios: El Convenio de París y el Convenio de Berna. Ríos Ruiz (2011) lo detalla de la siguiente manera:

En este contexto, y con la constitución de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (Ompi), se suscribieron en 1883 y 1866, respectivamente, los dos convenios más relevantes en materia de propiedad intelectual, el primero de ellos sobre propiedad industrial (marcas, patentes, diseños industriales, etc.), conocido como el Convenio de París, y el segundo sobre derecho de autor para la protección de las obras artísticas, científicas y literarias, denominado el Convenio de Berna. (p. 10)

La formación de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual marca un hito en temas de Propiedad Intelectual, pues desarrolló las bases por las cuales se facilitó la expansión y unión de normas que procuren establecer una cohesión global en materia de protección de los derechos inherentes a este tema.

### ***Convención de Roma.***

El propósito de la Convención de Roma se basa en asegurar la protección de las interpretaciones de los artistas intérpretes y ejecutantes, las emisiones de los organismos de radiodifusión y de los fonogramas de los productores fonográficos, estableciendo derechos sobre la reproducción, fijación, comunicación pública, entre otros.



La Convención de Roma se realizó en el país homónimo el 26 de octubre de 1961, siendo esencial en lo referente a temas de derechos conexos, encargándose de definir conceptos como artistas intérpretes, ejecutantes, productor fonográfico, entre otros, que resultaron fundamentales para la comprensión y el alcance de los derechos resguardados.

***Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT).***

Creado con base en el Convenio de Berna, éste tratado resulta ser un arreglo particular sobre la protección de los derechos que tengan autores de obras en un entorno digital, concediendo haberes específicos, además de los estipulados en el Convenio de Berna. Sus siglas significan *Wipo Copyright Treaty*, lo cual traduce Tratado de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor.

Tanto el Tratado WCT como el WPPT “buscaban de manera particular poner a tono al Convenio de Berna, con las circunstancias que imponen actualmente el entorno digital y las nuevas tecnologías de comunicación, transmisión y puesta a disposición de las distintas creaciones (Internet, red mundial de información)” (Ríos R., 2011, pp. 17 – 18).

Se conceden así tres nuevos derechos, los cuales son el derecho de distribución, derecho de alquiler y el derecho de comunicación al público en un sentido más amplio, pues permite la puesta a disposición del público en cualquier lugar y en el momento que ellos lo consideren.

El Tratado WCT se ocupa especialmente de la protección en dos aspectos: Los programas de ordenador y las compilaciones de bases de datos en cualquier forma, que por su contenido constituyan creaciones del intelecto humano.

***Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT).***

Por sus siglas recibe el nombre de *Wipo Performance and Phonograms Treaty*, el cual traduce como Tratado de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual sobre Ejecución e Interpretación de Fonogramas, teniendo como objeto la protección de los derechos de los que son poseedores los artistas intérpretes y ejecutantes y los productores fonográficos.

El ámbito de protección del Tratado WPPT se limita a la interpretación y/o ejecución sobre fijaciones fonográficas, por lo tanto, no abarca la categoría que comprende las obras audiovisuales, tales como obras cinematográficas, vídeos musicales, entre otros.

El tratado se fundamenta en la inclusión de derechos patrimoniales y morales a los mencionados sujetos. Dentro de la primera categoría, se les otorga el derecho de reproducción, de distribución, de alquiler y el derecho de puesta a disposición. La categoría de derechos morales comprende los siguientes: derecho a la reivindicación de su identificación como artista intérprete o ejecutante, el derecho de oposición a la reforma, modificación, mutilación o cualquier cambio de sus interpretaciones y ejecuciones que propenda un perjuicio para el artista intérprete o ejecutante.

### ***Decisión Andina 351 de 1993.***

En diciembre de 1993 se abarcó la reglamentación supranacional andina en materia de derechos de autor y derechos conexos. Ríos Ruiz (2011) nos dice lo siguiente:

Para diciembre de 1993, hizo su aparición por primera vez la reglamentación supranacional andina en materia de derecho de autor, y se creó un régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos para los cinco países del Pacto Andino mediante la decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, la cual impuso principios como el de preeminencia y aplicación directa sobre las normas internas de los países miembro, a las que desplazó cuando le fueran contrarias. (p. 9)

La decisión Andina 351 constituye entonces una serie de aportes significativos al derecho de autor y derechos conexos, entre los cuales se encuentran:

- Define términos como “Autor”, “Artista intérprete o ejecutante”, “Autoridad Nacional Competente”, “Derechohabiente”, “Emisión”, “Fijación”, “Fonograma”, Grabación Efímero”, “Productor de Fonogramas”, “Retransmisión”, “Titularidad”, “Usos Honrados”, “Uso Personal”, entre otros.
- Concesión de derecho de Trato Nacional para los nacionales de países miembros del pacto.
- Protección sobre cualquier tipo de obra literaria, artística y científica y sobre cualquier forma de divulgación o reproducción.
- Derechos morales y patrimoniales de los autores.
- Derechos conexos de los artistas intérpretes y ejecutantes, de los productores de fonogramas y de los organismos de radiodifusión.
- Criterios de transmisión y cesión de derechos.
- Término de duración de la protección.
- Reglamentación de las Sociedades Colectivas de Gestión de Derechos de Autor y Derechos Conexos.

### **Marco normativo interno en relación con el contrato de inclusión en fonogramas.**

En materia de derechos de autor, y más específicamente en relación con el contrato de inclusión en fonogramas, la Ley 23 de 1982 es la normatividad que se impone como referente legislativo. “La relación jurídica que surge entre autor y productor musical se verifica en el marco de los contratos de inclusión en fonogramas, también llamados contratos discográficos, contenidos en el capítulo X de la Ley 23 de 1982 [...]” (Álvarez, 2014, p. 15).

En este orden de ideas, este aparte tendrá como objeto enunciar la Ley 23 de 1982 como norma principal en materia de derechos de autor en Colombia, dando especial énfasis a lo atinente sobre el contrato de inclusión en fonogramas.

Así mismo, de cara a los nuevos avances tecnológicos y a la necesidad de la creación de nuevos conceptos en materia de derecho de autor y conexos, surge la Ley 1915 de 2018, la cual modifica en forma parcial a la Ley 23 de 1982 y también crea nuevos artículos que entran a regular el derecho de autor en Colombia.

### ***Ley 23 de 1982.***

La ley 23 de 1982 se expide como consecuencia de la necesidad de adoptar un nuevo estatuto que reglamentara de forma eficaz el tema de derechos de autor y derechos conexos en Colombia, adecuándose a las nuevas tendencias tecnológicas de la época.

De esta forma la ley 23 de 1982 se erige como la norma principal en materia de derechos de autor y conexos en Colombia, reemplazando a la ley 86 de 1946 y promoviendo un marco de regulación más amplio y novedoso. Ejemplo de ello se da en materia de registro de las obras, pues en virtud de la ley 23 de 1982, este pasa de ser un mecanismo constitutivo de derecho, a un mecanismo declarativo de derecho, figura adoptada del Convenio de Berna. Lo anterior significa que el registro, al ser un instrumento declarativo de derechos, más no constitutivo, permite al autor probar su derecho por cualquier medio que considere idóneo, siendo aquél uno de los tantos medios probatorios, pero no el único. De esta forma, el autor podrá valerse de testimonios, peritajes, declaraciones de parte, entre otros, con el fin de dar clara certeza de la titularidad de la obra (Ríos R., 2011).

En materia de inclusión en fonogramas, el capítulo X de la Ley 23 será el encargado de regular este contrato, sin embargo, esta regulación resulta precaria y escasa. A modo de ilustración, el contrato de edición, que se encuentra en el capítulo VIII de la misma ley, se desarrolla en un total de 34 artículos, mientras que el contrato de inclusión de fonogramas, se desarrolla en tan solo 7 artículos.

A lo anterior se suma el hecho que en Colombia existe un problema significativo en materia de derechos de autor: escasas de jurisprudencia frente a este tema. Mencionado esto, resulta necesario el pronunciamiento jurisprudencial, ya que la norma cada vez se torna arcaica y anticuada debido a la evolución acelerada y constante que se suscita en el ámbito musical, y en general de la propiedad intelectual, dando como resultado que la legislación se quede corta en su tarea proteccionista (Galindo et al., 2013, p. 28).

En este orden de ideas, el legislador Colombiano plasmó el contrato de inclusión de fonogramas en la Ley 23 de 1982 desde el artículo 151 hasta el artículo 158, sin ahondar considerablemente en las necesidades reales inherentes a este contrato, obviando el hecho que, al ser el derecho de autor un diseño legal transfronterizo, enmarcado por la suscripción de tratados de libre comercio y formado a partir de convenios internacionales, países como Colombia se enfrentan ante una dificultosa regulación interna sobre la materia, lo anterior debido a que las leyes nacionales procuran transponer lo ratificado en dichos convenios, sin que logren desarrollar una estructura legal autónoma (Padilla, 2015, pp. 7 – 8).

Lo mencionado toma sentido al entender que el esquema y funcionamiento del derecho de autor está ligado a la dinámica de las industrias de producción y comercialización del producto cultural (Padilla, 2015, p. 10), lo cual significa que, solamente en países con sectores industriales fuertes y dinámicos es posible estructurar y diseñar el derecho de autor, mientras que en los

países con un sistema industrial débil se deben adaptar y transcribir los tratados y convenios. En relación a la estructura del derecho de autor en Colombia, Padilla (2015) menciona:

En Colombia, debido a dos factores, esto es distinto. De un lado, como país receptor, el diseño local solo puede ocurrir en el escenario de las excepciones y las medidas para países en desarrollo. De otro lado, el lento desarrollo de las industrias culturales locales, que no tienen mayor relevancia en términos del diseño en comparación con las extranjeras. (p. 10)

Esta interpretación ocupa mayor relevancia si se desarrolla estrechamente ligada al cuerpo del presente trabajo; el esquema y la estructura del derecho de autor local se debe trazar dentro de la receptividad, enmarcados por los tratados y convenios suscritos. La industria local no es lo suficientemente fuerte y dinámica para establecer un diseño ampliamente diferente al adoptado por las industrias fuertes e innovadoras extranjeras, que para el caso resulta en una regulación corta sobre el contrato objeto de estudio.

De esta forma, es posible concluir que el desarrollo normativo Colombiano sobre el contrato de inclusión en fonogramas, plasmado únicamente en el capítulo X de la Ley 23 de 1982, se configura como un referente legislativo corto, el cual presenta amplios vacíos, los cuales deben ser suplidos en gran medida por figuras contractuales similares, como el contrato de edición, y por tratados y convenios internacionales, tales como el Convenio de Roma, pues la mencionada ley no posee la autonomía suficiente para regular bastamente el contrato en mención.

### ***Ley 1915 de 2018.***

La Ley 1915 de 2018 surge como una modificación que se realiza a la Ley 23 de 1982, y así mismo establece otras disposiciones en materia de derechos de autor y derechos conexos, actualizando así el marco normativo colombiano en esta materia.

Esta ley se crea en virtud de las nuevas tecnologías y el entorno digital que ha venido abarcando y empapando desde hace varios años a las creaciones del intelecto humano, modificando así a la Ley 23 de 1982, que si bien ha regulado el derecho de autor y conexos en Colombia hace varias décadas, fue pensada y redactada en un entorno analógico, sobre el cual aún no se avizoraba el impacto de la era digital y del internet, por lo cual su creación resulta adecuada y pertinente en razón de la dinámica actual sobre la era tecnológica en las nuevas creaciones del intelecto humano.

La Ley 1915 de 2018 trae algunas modificaciones sobre los derechos patrimoniales de los autores, los productores fonográficos y los artistas intérpretes y ejecutantes, incorporando aspectos y definiciones propias de la era digital, tales como el derecho de reproducir la obra mediante cualquier procedimiento, incluyendo el almacenamiento digital.

Así mismo, esta ley busca una igualdad entre los derechos de los autores y los derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes, brindando una equidad entre ambos. Por su parte, también amplía el término de protección de las obras cuando el titular del derecho es una persona jurídica.

La Ley 1915 de 2018, además de modificar en parte a la Ley 23 de 1982, también entra a crear y añadir nuevas disposiciones, tales como las relativas a las obras huérfanas, aspecto novedoso en materia de obras creadas por el intelecto humano. De igual manera, entra a regular la figura del agotamiento del derecho de forma expresa, pues esta figura se dejaba al arbitrio de las partes.

Esta ley también funge como un marco normativo que regula las infracciones al derecho de autor; en este sentido, la Ley 1915 de 2018 regula nuevas conductas que incurren en responsabilidad civil en virtud de las nuevas medidas tecnológicas y de información sobre la

gestión de derechos. Así mismo, entra a regular las excepciones a la responsabilidad por la elusión de dichas medidas tecnológicas.

Ahora bien, frente al contrato de inclusión en fonogramas, la Ley 1915 de 2018 no se pronunció en forma alguna, por lo cual, si bien se pronunció y modificó las disposiciones relativas a los derechos patrimoniales de los autores, los productores fonográficos y los artistas intérpretes y ejecutantes, los cuales sirven como sujetos del contrato de inclusión en fonogramas, frente al tema particular no modificó ni agregó alguna disposición normativa.

### **Diferenciación entre el contrato de inclusión en fonogramas y el contrato de edición**

El contrato de edición, en sentido amplio “se refiere a todo tipo de reproducción de una obra, por medios gráficos, sonoros, visuales, soportes digitales, películas, etc.” (Montoya, 2004, p. 36).

La Ley 23 de 1982 definió el contrato de edición en su artículo 105, diciendo que:

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.

La interpretación que hace la Ley 23 de 1982 sobre el contrato de edición resulta restrictiva, pues como opina Montoya (2004):

El contrato está concebido de una forma restrictiva, de tal manera que solo tendría por objeto la publicación de impresos, lo cual no es posible, porque hoy el contrato de edición se toma como un contrato fuente para diversos fines. Por ello [...] puede ser utilizada para la edición de obras discográficas. (pp. 37 – 38)

De lo anterior se puede concluir que teniendo por objeto –el contrato de edición- la fijación, reproducción y distribución de la obra artística musical, en sentido amplio, desarrollaría el mismo objeto del contrato de inclusión en fonogramas.



Así mismo, podría confundirse el contrato de edición musical con el de inclusión en fonogramas, pues el contrato de edición musical y de edición literaria “comparten la misma naturaleza, características y obligaciones (Ríos P., 2014, p. 10).

Al respecto, se debe decir que el objeto del contrato de edición musical difiere ampliamente del que pretende desarrollar el contrato de inclusión en fonogramas, pues aquel tiene por función “promover la obra para que terceros (como productores fonográficos, productores audiovisuales, intérpretes, proveedores de contenidos de internet, etc.) las utilicen.” (Ríos P., 2014, p. 10).

De esta forma, el contrato de edición musical será el utilizado para promover y publicitar la obra musical, concretándose en actividades que van desde “la promoción de catálogos entre productores fonográficos; [...] contactar a los intérpretes para recomendar la ejecución de esta; participar en ferias, festivales de música, etc. (Ríos P., 2014, p.10), más no la fijación en soporte duradero de la interpretación de la obra artística musical.

Aunado lo anterior, igualmente se puede decir que, sobre la naturaleza jurídica y caracteres del contrato de inclusión en fonogramas, “en general, es aplicable lo expuesto al tratar el contrato de edición” (Lipszyc, 2006, p.325), sin embargo, presentan diferencias importantes, las cuales se explicarán a continuación.

### **Exclusividad.**

El contrato de inclusión en fonogramas “No es un contrato exclusivo, salvo que las partes así lo hayan pactado” (Tobón & Varela, 2010, p. 98), en cambio, “en el contrato de edición la exclusividad aparece como un elemento natural y típico” (Lipszyc, 2006, p. 326).

Cabe aclarar que en nuestro país, el contrato de edición no es considerado exclusivo; dicha posición la comparte Ríos Pinzón (2014, p. 82), al decir que el contrato de edición “no genera, *per se*, un deber de exclusividad del autor a favor del editor. Es decir, la simple celebración del contrato de edición no obliga al autor a no realizar este mismo tipo de contratos con otros editores.”

Es así como la exclusividad no es consentida en Colombia como elemento del contrato de edición, sin embargo, en el marco internacional, países como Brasil<sup>6</sup> sí adoptan dicha exclusividad como elemento del mencionado contrato (Ríos P., 2014, p. 8).

### **Cantidad de obras.**

En el contrato de edición, el objeto “se limita a una o varias obras musicales determinadas por las partes” (Tobón & Varela, 2010, p. 98), mientras que en el contrato de inclusión en fonogramas, el productor de fonogramas “recibe una autorización global respecto de todas las obras que integran el repertorio de la sociedad de gestión colectiva cuando esta tiene a su cargo la administración de los derechos fonomecánicos del autor” (Lipszyc, 2006, p. 326). En otras palabras, “El contrato de inclusión en fonograma incluye, usualmente, todo el repertorio del autor o artista intérprete” (Tobón & Varela, 2010, p. 98).

### **Límite de distribución.**

En el contrato de inclusión en fonogramas “No existe un límite para el productor fonográfico en relación con el número de ejemplares del fonograma que puede distribuir y ofrecer en venta”

---

<sup>6</sup> Artículo 53 de la Ley 9610 de 1998 .

(Tobón & Varela, 2010, p. 98), por lo cual “no se limita, como en el contrato de edición, la posibilidad de efectuar reimpressiones” (Lipszyc, 2006, p. 326).

### **Disposición de los derechos patrimoniales en el contrato de inclusión en fonogramas**

Los titulares de los derechos patrimoniales de autor o conexos, pueden disponer de estos en la modalidad que a bien convenga. Habiendo estudiado los derechos de los cuales son titulares los autores, artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas, es importante tener en cuenta que en lo sucesivo, el contrato que se desarrollará implica la disposición de algunos de los derechos patrimoniales mencionados.

La disposición de los derechos patrimoniales podrá realizarse mediante dos tipos de actos jurídicos entre vivos: licencias temporales de uso o transferencia mediante cesión parcial o total de los derechos (Montoya, 2004, p. 18). De igual manera, se podrá transmitir el derecho patrimonial por causa de muerte a los herederos o causahabientes (Quiroga & Colmenares, 2010).

Antes de desarrollar este tema, resulta pertinente hacer una aclaración sobre el uso de los verbos “transferir” y “transmitir”, pues se les ha dado una distinción semántico jurídica, la cual se remonta, por lo menos a Claro Solar (Guzmán, 2006), diciendo que el primero hace referencia al traspaso por acto entre vivos del dominio, y el segundo, para atribuir el traspaso por causa de muerte.

Sobre esta diferenciación, Guzmán (2006, p. 97) considera que “una vez adoptada la distinción de “transferir” y “transmitir”, sin su ulterior agrupación en una clase mayor, que podría ser “trasladar” o “transitar”, bajo el pensamiento de que, no bien “transferir” y “transmitir” obedezcan a nociones distintas, hay reglas aplicables a ambas, que si se predicen

sólo de “transferir” o sólo de “transmitir”, se deja trunco e incompleto el sistema en ese punto, vale decir, se crean lagunas y en definitiva problemas de interpretación artificiales”. Lo anterior resulta claro si se pretende por una distinción entre los dos términos, pero se siguen utilizando como sinónimos, pues las reglas que son aplicables a un concepto, no serían aplicables para el otro, lo que llevaría a procurar por el uso de un nivel elevado de tecnicismo, so pena de incurrir en errores de interpretación.

Es de nuestro sentir la crítica que expresa el autor, pues se logra evidenciar en la realidad jurídica, estos términos se utiliza indistintamente. Así mismo, la concepción propuesta por Guzmán (2006) nos parece adecuada, pues se debe adoptar un vocablo que abarque ambos verbos (tal como trasladar), con el fin de evitar interpretaciones erradas. Sin embargo, para efectos académicos y prácticos sobre el presente trabajo, se aplicará la distinción referida, refiriéndonos en lo sucesivo a la transferencia como acto jurídico entre vivos, y a la transmisión como hecho jurídico por causa de muerte.

Hecha esta aclaración, procederemos a estudiar las formas comunes de disposición sobre los derechos patrimoniales de autor y conexos.

### **Licencia sobre los derechos patrimoniales de autor y conexos.**

La licencia de uso se puede definir como la facultad que tiene el autor o titular de un derecho patrimonial de autor o conexo para autorizar su uso a un tercero sin que se desprenda totalmente de dicho derecho. La licencia debe ser previa y expresa, pues deberá manifestarse de manera clara e inequívoca por el titular de los derechos patrimoniales de autor o conexos, de manera anterior al momento en el que se pretende negociar la obra o la interpretación (Galindo et al.,

2013, p. 22). Galindo, Martínez y Yañez (2013), mencionan lo siguiente sobre la licencia de derechos:

En esta tipología contractual, el autor o titular derivado de los derechos de una obra, el *licenciante*, tiene la potestad de autorizar, sin desprenderse de sus derechos, la utilización de su creación, bajo las condiciones de tiempo, modo y lugar establecidas en dicha licencia, a un *licenciatarario*. (p. 22)

Los citados autores (Galindo et al., 2013), sobre la licencia de uso, consideran fundamental establecer cuidadosamente la forma en que se debe estipular dicho acto jurídico, so pena que por su indeterminación, se convierta en una cesión de derechos. Al respecto expresan:

En ese orden de ideas, el titular del derecho de autor podrá establecer las condiciones de tiempo, modo y lugar dentro de las cuales el usuario podrá hacer uso de su creación, teniendo claro que cualquier utilización que desborde los límites impuestos por tales condiciones podrá considerarse una infracción a los derechos reconocidos al creador o titular de derechos. (p. 23)

### **Transferencia de los derechos patrimoniales de autor o conexos mediante cesión.**

Sobre la transferencia de los derechos patrimoniales de autor o conexos por medio de la cesión, Montoya (2004, pp. 18 – 19) considera que “Es diferente cuando hablamos de transmisión de derechos patrimoniales, porque en este evento efectivamente se tiene la voluntad de perder la titularidad de los derechos, traspasándolos a otra persona natural o jurídica sea de manera parcial o total.” Sobre este punto, cabe aclarar que la autora se refiere a la cesión de derechos patrimoniales como un acto de transmisión entre vivos, lo cual, como se ha aclarado anteriormente, se deberá interpretar como una transferencia, para efectos de diferenciación académica sobre los actos de transmisión por causa de muerte de los derechos patrimoniales.

La cesión de derechos patrimoniales opera como una verdadera transferencia de estos en favor de otra persona, por lo cual no se está autorizando su uso, sino que el titular se desprende por completo del derecho y lo cede.

Para el contrato de inclusión en fonogramas, la ley no ha establecido una transferencia obligatoria de los derechos patrimoniales, como por ejemplo sí lo hace con la obra por encargo, en la cual el derecho patrimonial recae sobre la persona que encarga realizar la obra, más no sobre quien, por mandato, la realiza (Montoya, 2004, p. 19).

### **Transmisión de los derechos patrimoniales por causa de muerte.**

Los derechos patrimoniales podrán ser transmitidos a los herederos que legítimamente los han adquirido. Al respecto, Quiroga & Colmenares (2010) mencionan lo siguiente:

En esa medida, en Colombia dicha prerrogativa patrimonial es transmitida a los herederos del autor cuando este muera. Así, el artículo 21 de la Ley 23 de 1982 establece que: ‘Los derechos de autor corresponden durante su vida, y después de su fallecimiento disfrutarán de ellos quienes legítimamente los hayan adquirido, por el término de ochenta años. (...)’. Lo dicho anteriormente se confirma en el artículo 4 literal e de la misma ley: ‘Los causahabientes, a título singular o universal, de los titulares anteriormente citados’, al referirse a los titulares de los derechos de autor. (p. 94)

Al respecto, cabe mencionar que la Ley 23 de 1982 no reguló de manera especial el trámite sucesoral correspondiente sobre la transmisión de los derechos patrimoniales de autor y conexos, por lo cual es necesario remitirse a la legislación civil en materia de sucesiones (Quiroga & Colmenares, 2010).

La transmisión de los derechos patrimoniales, para efectos prácticos del presente trabajo, la abordaremos desde la distinción propuesta anteriormente entre los verbos transferir y

transmitir, adoptando, de manera académica, el primero de ellos para el acto entre vivos y el segundo para los actos sucesorales.

### **Autorización sobre el uso en el contrato de inclusión de fonogramas.**

El contrato de inclusión en fonogramas advierte una autorización necesaria sobre el uso de la obra o las interpretaciones en favor del productor fonográfico. Dicha autorización comprende los derechos de reproducción y difusión, tal como se desprende de la lectura del artículo 151 de la Ley 23 de 1982. Sobre este contrato, y aludiendo al mencionado artículo 151, Vega (2010, p. 56) nos dice que es “el contrato por medio del cual el autor de una obra autoriza a una persona natural o jurídica, mediante una remuneración a grabar, o fijar una obra sobre un disco fonográfico [...], con fines de reproducción, difusión o venta”.

A diferencia del contrato de edición, sobre el cual el legislador, en el artículo 119 de la mencionada ley, prevé taxativamente que por el solo contrato de edición no se transferirá la titularidad sobre los derechos de autor (Ríos Pinzón, 2014, p.8), nada se menciona específicamente sobre el contrato de inclusión en fonogramas.

No obstante, no hay regulación que mencione lo contrario sobre el contrato de inclusión en fonogramas, es decir, el artículo 151 de la ley 23 de 1982 habla de una **autorización**, en el mismo sentido que en el contrato de edición; de esta forma, la autorización resulta necesaria para que el productor de fonogramas pueda realizar su labor (Montoya, 2004, p. 20).

Por lo anterior, al no mencionarse expresamente que por el solo contrato de inclusión en fonogramas se transferirá la titularidad de los derechos patrimoniales, se debe considerar, inicialmente, como una autorización de uso. Dicha autorización será necesaria, y el autor tendrá el derecho exclusivo de otorgarla, con el fin de incluir su obra en un fonograma (Vega, 2010).

### **Clasificación del contrato de inclusión en fonogramas**

El contrato de inclusión en fonogramas reviste unas características particulares, propias de su esencia contractual. Por lo anterior resulta útil y adecuado introducir al lector en la clasificación de este contrato, con el fin de comprender su estructura y forma de aplicación.

En este orden de ideas, se procederá a clasificar el contrato de inclusión en fonogramas desde la teoría del negocio jurídico.

#### **Desde su regulación y denominación específica**

Dentro de la denominación de los contratos, nos encontramos con que estos podrán ser típicos o atípicos. Los contratos típicos son los contratos que “reciben regulación expresa dentro del marco normativo de la especialidad” (Cabrera, 2014, p. 64), mientras que los contratos atípicos son los contratos que no están regulados en la ley, evento que no significa que este tipo de contratos no existan (Cabrera, 2014).

Desde su reglamentación especial, Colombia nomina el contrato de inclusión en fonogramas en el capítulo X de la Ley 23 de 1982. Por lo anterior, el contrato de inclusión en fonogramas se debe considerar típico, pues está regulado de manera positiva en la ley.

#### **Denominación atípica del contrato de inclusión en fonogramas en la legislación internacional.**



Colombia es uno de los pocos países que adopta el contrato de inclusión en fonogramas como típico, pues en la mayoría de legislaciones extranjeras, dicho contrato se ha clasificado como atípico, exceptuando a República Dominicana (Lipszyc, 2006, p. 326), país que también adopta dicho contrato dentro de una denominación típica.

En este sentido, resulta relevante desarrollar en forma breve la denominación atípica de los contratos, pues, aunque el contrato objeto de estudio en Colombia se considera típico, no se encuentra ampliamente regulado, por lo cual, en ocasiones, será necesario acudir al tratamiento propio de los contratos atípicos para resolver vacíos contractuales.

En este orden de ideas, la atipicidad cumple con una función especial en lo atinente a los intereses sociales y económicos del ámbito en que se desarrollan, tal como lo expresa Arrubla Paucar (2012a):

Desde una perspectiva económica, la contratación atípica se fundamenta en la necesidad de adaptar los instrumentos jurídicos a las exigencias que imponen la vida moderna, los cambios y el desarrollo de la economía. El derecho debe ser permeable al cambio que se produce en la forma de vida humana y en especial el derecho mercantil, que surge en esas prácticas y costumbres que establecen los hombres según sus diferentes requerimientos. (p. 15)

Si bien no existen contratos totalmente típicos (Arrubla, 2012a, p. 9), pues el legislador no tiene la capacidad de prever todos los aspectos que lleguen a surgir dentro de las relaciones contractuales, esto no quiere decir que doctrinariamente las categorías de típico y atípico en los contratos no se evidencie. Para ahondar un poco en la idea, Arrubla Paucar (2012a) dice lo siguiente:

La doctrina contractual habla de contratos atípicos para distinguirlos de aquellos que no hayan sido reconocidos por la norma legal; es decir, la clasificación de un contrato como atípico obedece solo a la circunstancia de haber sido acogido o no por la ley como un tipo. No atiende a los demás factores de normación que existen. Ya

nos referíamos anteriormente al caso de la costumbre que indica con claridad la normatividad de un contrato, sin embargo se le sigue considerando atípico. (p. 12)

Lo indicado por el autor significa que en la realidad no todos los contratos podrían ser típicos en estricto sentido, sin embargo, doctrinariamente se les reconoce en esta categoría si el contrato en particular ha tenido inclusión en alguna ley o normatividad de manera expresa.

Es así como, en la mayoría de legislaciones extranjeras, el contrato de inclusión en fonogramas es un contrato de índole atípica, pues no se ha regulado en la ley de manera expresa, adoptando las disposiciones contractuales desde la autonomía de la voluntad. Dicha autonomía de la voluntad se traduce como el poder que se le otorga a los particulares para crear normas jurídicas, poder que ha sido otorgado por el estado.

De esta forma la “autonomía privada se ofrece, entonces, como un medio de atender a los intereses singulares procurando la circulación de los bienes, el adelanto del comercio y la evolución del derecho” (Hinestrosa, 2015, pp. 118- 119), por lo cual, la autonomía privada en materia contractual toma fundamento en la necesidad que tienen los contratantes de disponer libremente de sus intereses personales.

Esta facultad no quiere decir que sus disposiciones contractuales son creadoras de derecho, sin embargo, vinculan con fuerza de ley a las partes suscritas. “El o los particulares disponen de sus intereses, y al hacerlo no crean derecho; el contenido de su disposición (*accidentalía negotii*) no es ley o ‘norma’, tampoco ‘precepto’, es el reglamento de sus intereses” (Hinestrosa, 2015, p. 121).

Así mismo, el legislador no ha establecido límites concretos a la hora del ejercicio de la autonomía privada de la voluntad por parte de los particulares; las buenas costumbres y el orden público se erigen como únicos pilares a la hora de regular la iniciativa privada contractual en

materia mercantil y civil, cuando en verdad debe ser la ley la que se pronuncie de forma específica sobre los alcances y limitaciones de la autonomía privada de la voluntad, mediando como garantía ciudadana. En materia de derechos de autor, este pensamiento es compartido por Lipszyc (2006), al decir lo siguiente:

El principio de la autonomía de la voluntad – o libertad contractual o de estipulación – perjudica a la parte más débil, habitualmente el autor, con menor fuerza económica. [...] Ello no importa en modo alguno propiciar la supresión de la autonomía de la voluntad, porque el número de los contratos atípicos, los aún ‘no reconocidos’ por la ley es, inevitablemente, mayor que el de los típicos, es decir, aquellos a los que la ley ha dado regulación especial. [...] Las partes crean constantemente nuevos negocios jurídicos o modalidades contractuales, favorecidas por las nuevas formas de explotación de obras que posibilita el desarrollo tecnológico. [...] Pero es necesario que las leyes establezcan, con carácter general y obligatorio, un mínimo de condiciones que permitan que la utilización de obras se lleve a cabo sin mengua de la finalidad político-jurídica de la materia. (p.274)

En este orden de ideas, se puede concluir que la autonomía privada se erige como uno de los pilares fundamentales en los contratos atípicos, pues al no existir en este tipo de contratos una reglamentación plasmada de forma positiva en la ley, será la iniciativa de los particulares la que regule, en primer lugar, el contrato como tal. Así mismo, la autonomía privada se ha limitado por los principios de orden público y buenas costumbres, conceptos que han sido criticados por parte de la doctrina, al considerar que no es deber de los particulares tutelar por los intereses de la comunidad, pues esto le corresponde al ente estatal.

Será entonces necesario y conveniente una reforma a la legislación mercantil, en la cual se establezca de forma clara y precisa los límites que tienen los particulares para el ejercicio de su actividad comercial contractual, y más específicamente, en el ámbito del derecho de autor, pues es necesario se regule con mayor intensidad las condiciones generales de utilización sobre las formas contractuales comunes a esta rama del derecho, tales como el contrato de inclusión en

fonogramas, el contrato de *management*, o el contrato de radiodifusión, para así evitar abusos y vacíos en virtud del ejercicio de la autonomía privada.

Así mismo, consideramos que los efectos entre los contratos típicos y atípicos no deben diferir entre ambos solo por el solo hecho de encontrarse reglados o no. El derecho moderno ha permitido que esta distinción se encuentre superada, pues “ambos se dinamizan con la fuerza propia de toda figura contractual; la atipicidad de un acuerdo no va en desmedro de efectividad y obligatoriedad que posee toda figura contractual, ya sea típica o atípica” (Cabrera, 2014, p. 65).

### **Desde su reciprocidad**

La reciprocidad tendrá a lugar respecto de la carga generada a las partes con ocasión de la celebración del contrato, por lo cual, si la carga se genera para la totalidad de las partes contratantes, y no solo para una de ellas, el contrato será bilateral.

El Código Civil en su artículo 1496 dirá lo siguiente: “El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna, y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente”.

Ospina Fernández y Ospina Acosta (2014, p. 59) consideran que “de estas definiciones resulta que la nota característica del contrato *bilateral* es la reciprocidad de las obligaciones que de él se derivan [...] El contrato es *unilateral* cuando solamente genera obligaciones a cargo de una de las partes contratantes [...]”.

En este orden de ideas, la generalidad de contratos de derechos de autor, y específicamente el contrato de inclusión en fonogramas, será de carácter bilateral, pues ambas partes adquieren reciprocidad sobre las obligaciones. Fontaine y González (2004), acotan el siguiente pensamiento:

En cuanto a los contratos de artistas, éstos son bilaterales porque las partes adquieren obligaciones mutuas, obligaciones que dependen entre sí para su cumplimiento. En el caso del contrato de artista con productor fonográfico, por ejemplo, el primero se obliga a interpretar una obra para su fijación y posterior reproducción en ejemplares, y la distribución de los mismos, a cambio del pago, que es a su vez, la obligación correlativa que asume el productor. (p. 13)

Se concluye entonces que, por tratarse de un contrato bilateral, se aplicarán los efectos propios de este tipo de contratos, tales como la condición resolutoria tácita, la excepción de contrato no cumplido y la teoría de los riesgos (Ledesma, 2014).

### **Desde la forma de perfeccionarse**

La forma de perfeccionamiento del contrato de inclusión en fonogramas será consensual y, como se verá más adelante, ocasionalmente requerirá solemnidad. Garcés (2014, p. 83) se refiere a éste tipo de contratos como “aquel que se forma con el acuerdo de voluntades de las partes en relación con los elementos esenciales del respectivo tipo contractual”. Así mismo, el mencionado autor cita a Tamayo Lombana (2004), quien manifiesta lo siguiente: “Contratos consensuales son aquellos que se forman válidamente y se perfeccionan por el solo consentimiento de las partes” (p. 83).

Alusión prudente hace Arrubla (2012b, p. 35) a la libertad de las formas, propias de la legislación civil y mercantil, sobre la cual se expresa de la siguiente manera: “Los sujetos de las relaciones mercantiles pueden expresar su voluntad verbalmente o por escrito, a su arbitrio *excepto* cuando la ley exige formalidades para determinado negocio, bien como requisito para su perfeccionamiento, o bien para su prueba”. (Cursivas fuera de texto)

Los contratos del medio artístico, en especial del musical, se caracterizan por ser, en gran cantidad de eventos consensuales. Fontaine y González (2004) enuncian lo siguiente:

Los contratos de artistas son, en su mayoría, consensuales, ya que para que queden perfectos y surtan efectos no se requiere más que el acuerdo de las partes. Esta característica está estrechamente relacionada con el hecho de que los contratos de artista son innominados, toda vez que, al no tener una regulación legal sistemática, resulta difícil exigirle formalidades. Además, muchos de los contratos de artistas son pactados verbalmente, lo que no podría ser posible si existieran solemnidades que cumplir. (p.12)

Lo anterior tiene cabida válida desde la realidad del derecho de autor frente al contrato de inclusión en fonogramas, pues es común que en la práctica no se configuren solemnidades entre las partes contratantes. Así mismo, en esta materia, la ley no procuró por un cúmulo de requisitos riguroso para que se configurara la voluntad de los sujetos que intervienen, haciendo alusión al principio de la consensualidad, del cual se predica lo siguiente (Arrubla, 2012b):

El género en la formación de los actos mercantiles es la consensualidad, solamente cuando la ley (solemnidad legal) o la voluntad de las partes (solemnidad convencional) disponen que determinado acto no resulte perfecto hasta el cumplimiento de una solemnidad, habrá lugar a cumplirla, so pena de sancionar el negocio con la inexistencia. (p. 36)

Frente a la materia en particular, la ley ha procurado por otorgar gran libertad en cuanto a la forma que puedan aplicar los particulares para plasmar sus intereses. El legislador no estableció requisitos de solemnidad exigentes, sin embargo, en algunos casos sí lo hizo, por ejemplo, en materia de transferencia de derechos patrimoniales. La codificación chilena también lo requirió así, tal como lo establece el artículo 73 de la Ley de Propiedad Intelectual. El mencionado artículo dice lo siguiente:

La transferencia total o parcial de los derechos de autor o de derechos conexos, a cualquier título, deberá inscribirse en el Registro dentro del plazo de 60 días, contado desde la fecha de celebración del respectivo acto o contrato. 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 la Ley 23 de 1982 también reguló la figura de solemnidad en materia de cesión de derechos patrimoniales. El artículo 183 expresa lo siguiente:

Todo acto de enajenación del derecho de autor sea parcial o total, debe constar en escritura pública, o en documento privado reconocido ante notario, instrumentos que, para tener validez ante terceros, deberán ser registrados en la oficina de registros de derechos de autor, con las formalidades que se establecen en la presente ley.

De esta manera, quedaba establecida solemnidad a la hora de transferir los derechos patrimoniales de los cuales eran titulares autores o titulares de derechos conexos, siendo necesaria, además de su inscripción en el registro de derecho de autor, su constancia ante notario público.

Posteriormente, la Ley 1450 de 2011, modificó dicho artículo, haciendo innecesario llevar ante notario público el documento que efectúe la transferencia de los derechos patrimoniales, sin embargo, se deberá efectuar el registro ante la entidad correspondiente del documento que contenga la transferencia, con el fin de dar publicidad ante terceros. Lo anterior se puede entender de la lectura del artículo 30, inciso 2° de la mencionada ley, el cual dice:

Los actos o contratos por los cuales se transfieren, parcial o totalmente, los derechos patrimoniales de autor o conexos deberán constar por escrito como condición de validez. Todo acto por el cual se enajene, transfiera, cambie o limite el dominio sobre el derecho de autor, o los derechos conexos, así como cualquier otro acto o contrato que implique exclusividad, deberá ser inscrito en el Registro Nacional del Derecho de Autor, para efectos de publicidad y oponibilidad ante terceros.

De esta manera, si el contrato de inclusión en fonogramas reviste una transferencia de derechos patrimoniales de autor o conexos, en cualquier modalidad, o implica exclusividad, el contrato, desde su forma de perfeccionamiento, será solemne, pues así lo impone la ley. Por el contrario, si el contrato de inclusión en fonogramas solo reviste la autorización de uso que trata el artículo 151 de la ley 23 de 1982, al no existir transferencia de derechos patrimoniales de autor o conexos, y no existe cláusula de exclusividad, no se requerirá solemnidad.

### **Desde su utilidad**

Desde el punto de vista de su utilidad, el contrato de inclusión en fonogramas es de carácter oneroso. En este orden de ideas, se trata de contratos que suponen una retribución económica a una o ambas partes contratantes, independiente de su condición de bilateralidad o unilateralidad, pues bien un contrato unilateral puede tener la característica de oneroso (Fontaine & González, 2004).

Frente a la utilidad de los contratos, Garcés (2014, p. 100) dice lo siguiente: “Los contratos insoslayablemente son negocios jurídicos provistos de interés patrimonial, como quiera que las partes procuran su celebración con un propósito eminentemente pecuniario. Sin embargo, ello no significa que el interés patrimonial comporte necesariamente el acaecimiento de utilidades”.

Ospina Fernández y Ospina Acosta (2014, p. 53) dicen que “esta clasificación se funda en la *utilidad* que el acto les reporta a los agentes que participan en él.”, razón que permite decir que si frente a un acto o negocio jurídico una de las partes no ostenta ánimo de lucrarse y efectivamente obra de manera desinteresada sin recibir provecho, éste será de carácter gratuito (Ospina F. & Ospina A., 2014, p. 53). Por el contrario, mencionan los citados autores que “si el agente o agentes obran con *ánimo de lucro*, o sea, que intervienen en el acto para recibir un beneficio, tal acto será *oneroso* [...]” (2014, p. 53).



### **Desde su ejecución**

Desde el punto de vista de la ejecución de los contratos, estos se podrán ejecutar de manera inmediata, o bien, por etapas progresivas o tracto sucesivo, lo cual podrá enmarcarlos dentro de la categoría de contratos de ejecución inmediata o de tracto sucesivo.

Tamayo Lombana (2004, p. 97) afirma que el contrato de tracto sucesivo o ejecución sucesiva “es aquel que tiene por objeto una serie de prestaciones repetidas y sucesivas que no se cumplen en un solo instantes, sino que requieren para su ejecución un cierto período, determinado o indeterminado”. De lo anterior se colige entonces la necesidad de un plazo para cumplir las obligaciones contraídas por las partes, el cual podrá o no determinarse.

Es propio del contrato de inclusión en fonogramas que su ejecución no se haga de manera inmediata, pues las labores de producción fonográfica requieren cierta temporalidad para poder ejecutarse en debida forma.

Ospina Fernández y Ospina Acosta (2014), por su parte, consideran que la adecuación de los contratos dentro de una categoría de ejecución instantánea o ejecución sucesiva resulta improcedente, toda vez que es inútil por parte de la doctrina del derecho civil, ya que “en ella ha creído erróneamente encontrar el fundamento de importantes fenómenos jurídicos que, en realidad, nada tienen que ver con ella” (p. 74).

Los citados autores consideran que la clasificación en mención no es en realidad útil, pues los efectos que propone no se le atribuye a la clasificación en sí, sino a la misma naturaleza del contrato, razón por la cual, efectos como la resolución del contrato, el cómputo de los plazos para la prescripción o la teoría de la imprevisión en materia de contratos de ejecución sucesiva

no aleatorios, se deben realmente a la misma naturaleza del contrato y no a su forma de ejecución. (Ospina F. & Ospina A., 2014)

A manera de ejemplo se expone que el arrendamiento es considerado un contrato de tracto sucesivo, pues es de su naturaleza que se ejecute progresivamente, sin embargo, cuando se arrienda un arma de fuego para ser disparada por una sola vez, el contrato se ejecutaría al instante, lo cual, de igual manera, no permite que, por el solo hecho de ejecutarse inmediatamente, los efectos producidos se puedan resolver retroactivamente, pues no es propio de la naturaleza del contrato (Ospina F. & Ospina A., 2014).

Expuesto lo anterior, la clasificación se puede adoptar desde una interpretación teórica (Ospina F. & Ospina A., 2014), siendo relevante darle explicación y desarrollo para la correcta comprensión del presente trabajo, concluyendo que por las características propias del contrato de inclusión en fonogramas, las labores que pretende desarrollar su objeto serán escalonadas y progresivas, por lo tanto, será un contrato de tracto sucesivo.

### **Desde la determinabilidad de las obligaciones**

Los contratos se pueden clasificar como conmutativos o aleatorios, dependiendo de la equivalencia de las prestaciones y además su posible determinación (Garcés, p. 103, 2014), por lo cual, un contrato será conmutativo si sus prestaciones son equivalentes y determinables entre las partes. Ospina Fernández y Ospina Acosta (2014) dirán que para que un contrato sea conmutativo, deberá reunir lo siguiente:

Un contrato es *conmutativo* cuando reúne tres condiciones, a saber: a) que sea *oneroso* o *útil* para todas las partes que en él intervienen; b) que no sea *aleatorio*, es decir, que dicha utilidad pueda ser apreciada desde el momento mismo de la celebración del acto, y c) que produzca prestaciones que ‘se miren como

equivalentes' entre sí, o sea, que determinen un cierto equilibrio en la economía del contrato. (p. 63)

De la lectura hecha referente al concepto de Ospina Fernández y Ospina Acosta y del artículo 1498 del Código Civil, se puede suponer que los contratos de carácter conmutativo son una subespecie del contrato oneroso, criterio que no comparte Garcés (2014), al afirmar lo siguiente:

El Código Civil presenta al contrato conmutativo como una sub-clasificación del contrato oneroso, lo cual es equivocado porque el contrato aleatorio a diferencia de lo que afirma el artículo 1498 del Código Civil puede ser o no oneroso. Ejemplo: la donación de la pesca de un día. (p.104)

Se debe entender entonces que la característica fundamental a la hora de clasificar al contrato como aleatorio o conmutativo será la posibilidad de determinar las obligaciones entre las partes.

Sobre la equivalencia de las prestaciones, Fontaine y González (2004) manifiestan:

En efecto, los contratos de artistas son conmutativos porque al momento de su celebración los beneficios estimables se miran como equivalentes por las partes”, razón por la cual, a manera de ejemplo, al celebrar un contrato de ejecución pública de una obra musical, de manera previa es posible realizar un cálculo sobre los beneficios que se podrán obtener y de esta forma, estipular cada una de las partes las cláusulas que consideren más beneficiosas, tanto para el productor como para el artista, lo cual, si al concluir la ejecución, las ganancias no resultaron como se esperaban, pues el recital o concierto no tuvo suficiente éxito, el contrato no se convierte en aleatorio, “de ser así cualquier negocio poseería esta característica, ya que nadie puede saber lo que pasará en el futuro. (p. 16)

En este orden de ideas, el contrato de inclusión en fonogramas se reputa de carácter conmutativo, pues sus obligaciones y prestaciones son determinables al momento de suscribir el contrato por las partes, entendiéndose que la relación las pérdidas sobre los beneficios esperados no hace que el contrato se convierta en aleatorio, pues diferente es que los resultados no fueran satisfactorios a que las obligaciones no se pudiesen determinar.

### **Desde su posibilidad de debate negocial**

Las partes, previo a la suscripción del contrato, pueden o no debatir la negociabilidad del mismo, razón que fundamenta ésta clasificación, categorizándolos en contratos de libre discusión o de adhesión.

En este aparte se tratarán tanto los contratos de libre discusión, como los contratos de adhesión, pues, dado el constante desarrollo del mercado económico y de las innovaciones tecnológicas, como la facilidad que se tiene para adquirir modernos elementos de producción, es común que los contratos que se caracterizaban por ser de adhesión, tal como el contrato de inclusión en fonogramas, se emplee por pequeños productores como un contrato de libre discusión, esto debido a que en estos tiempos, las producciones pueden ser de costos mucho más bajos y de mayor negociabilidad (Stopps, 2014).

Garcés (2014, p. 108) dirá que el contrato de libre discusión es “un negocio jurídico bilateral en virtud del cual ambas partes en pie de igualdad, deliberan y regatean en torno a todas y cada una de las condiciones que regirán la celebración y ejecución del contrato”, entendiendo que las partes pueden perfectamente pactar o debatir las cláusulas propuestas (Tamayo Lombana, 2004).

Ospina Fernández y Ospina Acosta (2014, p. 68) expresan, frente al contrato por adhesión que éstos serán llamados de dicha manera puesto que “uno de los contratantes se limita a prestar su adhesión a las condiciones impuestas por el otro”. Al respecto, Fontaine y González (2004) mencionan lo siguiente:

Lo más frecuente en materia de contratos de artistas es que éste se verifique bajo la forma de un contrato por adhesión y no de un contrato libremente debatido [...] Lo que caracteriza a los contratos por adhesión es la desproporción, normalmente económica, que existe entre las partes y que provoca que aquella que se encuentra en una mejor situación en el mercado aproveche esta posición dominante para imponer

condiciones poco convenientes, e incluso en algunos casos abusivas, a la parte que se encuentra en desventaja. (p. 11)

Es común entonces que los contratos celebrados por artistas con canales de televisión o radio, empresas de producción, e inclusive agentes de manejo, sean por adhesión, pues estos, al aprovecharse de su ventaja económica e importancia en el mercado, pueden estipular de manera previa el acuerdo contractual, siendo la única opción de los artistas que contratan el acepto o rechazo (Fontaine y González, 2014), posición que comparte a su vez Lipszyc (2006) al mencionar:

Estas particularidades – salvo naturales excepciones- suelen colocar al autor en una situación de sumisión psicológica frente al usuario. Le impiden discutir libremente las condiciones del contrato y le hacen padecer luego, en toda su magnitud, aquello que ha consentido y la consiguiente frustración. (p.271)

Así, sienta postura la autora sobre las particularidades que presenta el mercado, pues es común que la oferta de las obras por parte de los autores, sea mayor al número de empresas usuarias<sup>7</sup>, las cuales estarán dedicadas a su producción o distribución (productoras, editoras, etc), lo cual los pone en una posición dominante que les permite imponer sus condiciones contractuales (Lipszyc, 2006).

Por otro lado, la era moderna ha permitido obtener elementos que hace algunas décadas era imposible si no se poseían amplios recursos económicos, tales como instrumentos musicales o estudios de grabación independiente. En este orden de ideas, es común que, por ejemplo, en materia de producción fonográfica, los estudios de producción ya no estén exclusivamente en cabeza de grandes compañías, sino de pequeños productores. Es de esta manera que en términos

---

<sup>7</sup> Para la autora, las empresas usuarias son las entidades que poseen una posición de dominio contractual en el derecho de autor, tales como casas disqueras, casas productoras o casas editoras.

contractuales, se puede entrar a pactar previamente las cláusulas negociales por parte del artista, pues el productor independiente ya no es parte dominante. Stopps (2014), al respecto menciona lo siguiente:

Otra ventaja de firmar con un productor de fonogramas independiente es que normalmente está mucho más abierto a la posibilidad de suscribir un contrato de licencia en vez de un contrato de cesión. Los contratos de grabación suelen ser también mucho más favorables para el artista que los que pueden negociarse con uno de los grandes productores. (p. 116)

Lo anterior toma especial importancia a la hora de definir la disponibilidad negocial propia de este tipo de contratos, pues como se ha querido recalcar, el continuo desarrollo económico y tecnológico, ha permitido los contratos considerados desde antaño como de adhesión, tal como el de inclusión en fonogramas, tengan la posibilidad de mutar en contratos de libre discusión.

### **Desde su independencia**

Dentro de la complejidad de las tipologías contractuales, algunas exigen cantidad diversa de contratos para su correcto funcionar, mientras que otras pueden subsistir por sí mismas, sin necesidad de otro contrato. Es así como ésta clasificación se divide en contratos principales y contratos accesorios.

El contrato aquí trabajado se enmarca dentro de los contratos de carácter principal, pues éstos contratos nacen y producen efectos sin necesidad de otro negocio jurídico (Garcés, 2014).

Razón existe en que se mencione que la condición de principal o accesoria se refiere más a las obligaciones que a los contratos (Garcés, 2014), pues como observan Ospina Fernández y Ospina Acosta (2014, p. 65), “todo contrato, sea que produzca obligaciones principales o accesorias, subsiste por sí mismo dentro de las condiciones legales”, lo cual cobra sentido al entender que

los contratos subsistirán, aún si la obligación principal se extingue, por ejemplo, en el contrato de prenda, aún si la obligación principal se extingue, éste seguirá subsistiendo (Ospina F. y Ospina A., 2014).

Aclarada esta precisión conceptual, se debe concluir que los contratos producirán obligaciones principales o accesorias, pero no serán contratos accesorios o principales (Ospina F. y Ospina A., 2014), pues siempre el contrato subsistirá por sí solo, sin embargo, para efectos prácticos, el contrato de inclusión en fonogramas se debe considerar como principal.

### **Elementos esenciales, naturales y accidentales del contrato de inclusión en fonogramas**

Habiendo desarrollado la clasificación del contrato de inclusión de fonogramas, se debe dar paso a la materialización del contrato desde los elementos esenciales, naturales y accidentales.

En este sentido, el ordenamiento jurídico en Colombia consagra, en su artículo 1501 del Código Civil, los elementos del contrato, fungiendo así un elemento esencial, el cual es aquel sin el cual el contrato no podría producir efecto alguno; el elemento natural, sobre el cual se entiende es el elemento que pertenece al contrato; el elemento accidental, siendo este elemento el que se agrega al contrato por medio de cláusulas especiales (Garcés, 2017).

### **Aclaraciones previas**

Dentro de la industria fonográfica subsisten varios sectores empresariales que se agrupan para desarrollar un fin común, el cual será obtener un lucro por la explotación de una obra musical fijada en un fonograma. Estos sectores generalmente son: empresas editoras musicales, productores fonográficos y empresas distribuidoras (Zuleta & Jaramillo, 2003).

De esta manera, y entendiendo que el contrato es el mecanismo por el cual se armonizan los intereses de las partes (Posada, 2015), en la industria fonográfica existen variedad de tipos contractuales, siendo los más comunes: el contrato de edición musical, el contrato de inclusión en fonogramas y el contrato de intérprete (Zuleta & Jaramillo, 2003).

Por esta razón, es necesario realizar una introducción sobre los contratos mencionados, siendo enfáticos en el contrato de inclusión en fonogramas y el contrato de intérprete (Zuleta & Jaramillo, 2003), esto debido a la similitud que guardan, para poder desarrollar correctamente los elementos propios del contrato materia de estudio.

Sobre el contrato de edición musical, únicamente haremos mención en lo referente a las partes del contrato de inclusión en fonogramas, ya que en algunas ocasiones el editor musical entra a figurar como parte del contrato de inclusión en fonogramas.

### **Contrato de intérprete y contrato de inclusión en fonogramas.**

Dentro de la dinámica de la industria fonográfica, Zuleta y Jaramillo (2003) proponen una distinción sobre los contratos de inclusión en fonogramas y de intérprete. Sobre el primero esgrimen lo siguiente:

Mediante el contrato de inclusión en fonogramas, el editor musical autoriza al productor de fonogramas para incluir determinada obra en su fonograma. Esta autorización se otorga con carácter no exclusivo, es decir, que una obra puede autorizarse a varios productores a través del tiempo. La autorización, referida a la utilización de determinada obra, confiere al productor el derecho de explotación en cualquier soporte conocido o por conocer [...] y le permite realizar cualquier uso de transformación o modificación, a partir de su grabación. (pp. 100 – 101)

De lo anterior se concluye entonces que, según los autores citados, el contrato de inclusión en fonogramas es el celebrado entre autor –o empresa editora- y productor de fonogramas, con el fin



de que este adquiriera la obra para poder fijarla en el fonograma, respetando los derechos morales del autor (Zuleta & Jaramillo, 2003). Seguidamente, sobre el contrato de intérprete, los autores mencionan lo siguiente (Zuleta & Jaramillo, 2003):

Cuando hablamos del contrato de intérprete, se hace referencia al contrato más importante para el productor fonográfico, ya que es éste sobre el cual el productor realiza la inversión. Este contrato, con característica de ‘*intuitio personae*’, pretende regular la relación del intérprete, ejecutante o grupo artístico con el productor de fonogramas. A través del mismo, el artista entrega y garantiza de manera exclusiva, dentro y fuera del país, sus interpretaciones para fijaciones sonoras y videos musicales comerciales, comprometiéndose a no grabarlas para sí mismo o para terceras personas. (p. 101)

Desarrollado lo anterior, cabe realizar algunas aclaraciones; en primer lugar, de los conceptos mencionados se concluye que, a diferencia del contrato de intérprete, el contrato de inclusión en fonogramas no ostenta la calidad de *intuitio personae*, no obstante, consideramos que esto no es acertado, pues las creaciones o interpretaciones del intelecto humano siempre ostentarán la calidad de *intuitio personae* respecto del autor (Lipszyc, 2006).

Sobre la exclusividad del contrato de inclusión en fonogramas, se debe mencionar que este no es un contrato que se deba entender como exclusivo, por lo cual, si bien se menciona como exclusivo frente a la definición expuesta sobre el contrato de intérprete, es pertinente aclarar que las partes podrán pactar cláusula de exclusividad en dicho contrato, sin embargo, por su naturaleza no se entiende como exclusivo.

Ahora bien, en este orden de ideas, no es de nuestro parecer categorizar separadamente el contrato de inclusión en fonogramas y el contrato de intérprete, pues, aunque en principio revisten partes diferentes –esto es autor e intérprete, respectivamente-, y algunas variaciones en el objeto contractual (tales como la cesión de los derechos patrimoniales de autor sobre la obra, cuando se suscriba el contrato entre artista intérprete y productor, pues el intérprete no podrá

cumplir dicha obligación al no ser autor), ambos contratos se adecuan a la naturaleza del contrato de inclusión en fonogramas.

A juicio del investigador, se debe procurar por una concepción integradora, la cual entienda que el contrato de inclusión en fonogramas se podrá suscribir entre autor y productor fonográfico, o entre artista intérprete o ejecutante y productor fonográfico, sin que, por celebrarse entre estos dos últimos, deje de ser un contrato de inclusión en fonogramas, pues el objeto de este contrato es la fijación de la obra por primera vez en un fonograma, labor que puede cumplir el autor o el artista. Al respecto, nos permitimos extractar y analizar lo propuesto por Coll i Rodríguez (2007) sobre el contrato discográfico con artista intérprete:

En estos contratos el artista o intérprete musical cede en exclusiva los derechos de la fijación sonora y audiovisual de la grabación de temas musicales. Por lo tanto, aquí no se cede una obra musical, si no la interpretación de ésta, ya que se prestan servicios como intérprete vocal y como ejecutante de canciones [...]. Los pasos previos que debe realizar un intérprete o ejecutante, a la firma de un contrato discográfico, son idénticos a los que debe realizar un autor [...], exceptuando el registro de las obras –siempre y cuando no sea su autor-. (p. 120)

Si bien sobre la cita anterior se toma por cierto la disposición de los derechos patrimoniales por medio de una cesión, lo cual no es de la naturaleza legal del contrato de inclusión en fonogramas, sino una cláusula que pueden pactar las partes, la intención del autor es afín a nuestro pensamiento; el contrato de inclusión en fonogramas se puede celebrar entre autor y productor o entre artista intérprete o ejecutante y productor, y no por ello serán dos contratos diferentes, simplemente habrá una variación en las obligaciones de las partes, por ejemplo, si se suscribe el contrato con el autor de la obra, este deberá autorizar el uso de su obra para la reproducción, fijación y distribución del fonograma, mientras que si se firma con el artista intérprete, no habrá autorización sobre la obra, si no sobre la interpretación, o si el autor ostenta

la calidad de intérprete, estas obligaciones no se excluirán, sino que recaerán en la misma persona.

Una vez comprendida esta postura, será posible desarrollar lo pertinente a los sujetos de derecho del contrato de inclusión en fonogramas, entendiendo que este se tratará como un mismo contrato si se suscribe por un autor o un artista intérprete o ejecutante.

### **Elementos esenciales del contrato de inclusión en fonogramas**

El elemento esencial de los contratos es el elemento sin el cual el contrato no podría nacer a la vida jurídica o, sin el cual, se podría degenerar en otro tipo contractual (Gracés, 2017). En este sentido, las partes no podrán predeterminar los elementos esenciales del contrato, pues de hacerlo, el ordenamiento jurídico lo rechazaría indiscutiblemente.

En el contrato de inclusión en fonogramas, el elemento esencial será la inclusión de la interpretación o la obra en un fonograma, pues sin dicho elemento, el contrato no podría nacer a la vida jurídica. Esta disposición emana del artículo 151 de la Ley 23 de 1982.

### **Elementos naturales del contrato de inclusión en fonogramas**

Estos elementos se encuentran incorporados en el contrato, integrando el contenido contractual por ministerio de la ley. Este tipo de elementos no necesitan una cláusula especial para su cumplimiento, siendo de dos clases: elementos naturales imperativos y elementos naturales dispositivos (Garcés, 2017).

El elemento natural imperativo será aquel que se encuentra estipulado en la norma por voluntad del legislador, sin que pueda ser modificado, o suprimido por las partes. Por otro lado,

el elemento natural dispositivo será el elemento que se encuentra en la norma jurídica, pero sobre el cual las partes tienen la disposición de modificarlo o suprimirlo (Garcés, 2017).

En este sentido, sobre el contrato de inclusión en fonogramas, será elemento natural imperativo la disposición legal que trae el artículo 183 de la Ley 23 de 1982, modificada por la Ley 1450 de 2011, el cual estipula que, si en los contratos de derecho de autor en general se pacta transferencia de derechos, se deberá pactar por escrito como condición de validez. También será elemento natural la inscripción en el Registro Nacional de Derecho de Autor, cuando en el contrato versen cláusulas que transfieran, enajene, cambien o limiten el derecho de autor o conexo, así como las que versen sobre exclusividad.

De igual forma, será elemento natural dispositivo lo mencionado en el artículo 183 de la Ley 23 de 1982, inciso primero, el cual estipula que, a falta de mención de tiempo en cuestión de transferencia de derechos patrimoniales, esta quedará limitada a cinco (5) años.

Finalmente, otro de los elementos naturales del contrato de inclusión en fonogramas será el que menciona el artículo 151 de la Ley 23 de 1982 en su segundo inciso, el cual estipula que la autorización de uso otorgada no comprende el derecho de comunicación pública.

### **Elementos accidentales del contrato de inclusión en fonogramas**

Los elementos accidentales encuentran fundamento en la autonomía privada de la voluntad de las partes, permitiendo que estas fijen sus propias reglas contractuales (Garcés, 2017).

Este tipo de elementos encuentran razón de ser en las necesidades propias de los sujetos que intervienen en la relación negocial, conviniendo expresamente sus deseos en cláusulas, pues dichos elementos no se presumen (Garcés, 2017).

En materia de contratos de derecho de autor, y más específicamente sobre el contrato de inclusión en fonogramas, las cláusulas accidentales son numerosas; existen cláusulas recurrentes en el derecho civil y mercantil, tales como que la obligación se someta a plazo o condición, o la estipulación de cláusula penal, sin embargo, entre las más comunes para el ámbito de los derechos de autor, se encuentran el pacto de exclusividad y el pacto de regalías.

Sobre la cláusula de exclusividad se hablará más adelante, por lo cual, a continuación, se tratará la remuneración como elemento accidental común del contrato de inclusión en fonogramas.

### **Remuneración al Autor o del Artista Intérprete o Ejecutante.**

El contrato de inclusión en fonogramas se reputa oneroso. Siguiendo a Lipszyc (2006), frente a la naturaleza jurídica del contrato de inclusión en fonogramas se puede decir que “en general, es aplicable lo expuesto al tratar el contrato de edición [...]” (p. 325).

En este orden de ideas, aplicaremos la analogía mercantil sobre el contrato de edición, con el fin de esclarecer los vacíos que se puedan llegar a suscitar. Siguiendo este planteamiento, cabe mencionar lo que dice Montoya (2004) frente a la remuneración del contrato de edición:

Si el titular autoriza la reproducción gratuita de la obra, no celebra contrato de edición, puesto que la compensación económica al titular es elemento estructural del contrato de edición.

La doctrina ha considerado que el contrato de edición debe presumirse oneroso, aunque la ley no lo establezca expresamente, pero así se infiere de sus diversas disposiciones que consagran el derecho de explotación como una facultad de carácter económico exclusivo del autor. (p. 41)

Por lo anterior, uno de los motivos principales a la hora de suscribir el contrato de inclusión en fonogramas es obtener una remuneración a favor del artista intérprete o ejecutante en virtud de la autorización sobre la reproducción de su interpretación -o a favor del autor por su obra-.

En cuanto a la remuneración de los autores o artistas intérpretes o ejecutantes, la ley no establece un valor determinado, tal como lo menciona la Dirección Nacional de Derechos de Autor en concepto jurídico 28043 (2012):

En lo que respecta a la remuneración de los autores o artistas, intérpretes o ejecutantes, por la fijación de sus obras o de sus interpretaciones respectivamente, la ley no establece una suma determinada, por lo que este último asunto corresponde al ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes. (p.3)

En este orden de ideas, la remuneración se puede pactar en forma de regalías periódicas por el producto obtenido sobre las ventas de los fonogramas, o bien se puede pactar a un tanto alzado.

Cuando se pacten porcentajes sobre el producto de las ventas de los fonogramas, es usual que dichos porcentajes se mantengan en toda la relación contractual. Fontaine & Gonzáles (2004) dirán lo siguiente:

En términos generales, lo normal es que la forma de calcular la remuneración que el productor fonográfico abonará al intérprete sea siempre la misma, esto es, que el artista reciba un monto que ha sido determinado sobre un porcentaje, que tiene como base el precio de venta de los fonogramas que contienen su interpretación –en el caso de venta de éstos- o calculado sobre los ingresos que percibe el productor en el caso de otras utilidades de las fijaciones. (p. 35)

De lo anterior se puede extraer, además de lo mencionado sobre el porcentaje de ventas de los fonogramas, que el cálculo de la remuneración también se puede pactar sobre los ingresos que reciba el productor por la diversa utilización de los fonogramas, tales como promoción por televisión, utilización de los fonogramas en obras cinematográficas o teatrales, o cualquier forma

que no se derive de la venta de los ejemplares fonográficos. Lipszyc (2006) propone un ejemplo de estipulación sobre la cláusula de la remuneración:

j) se estipulan las regalías (para discos y cassetes 7,50% del precio de venta al público tal como figuran al día de la fabricación, deducidas, por un lado, las tasas cuando están percibidas –de acuerdo con las disposiciones legales en vigencia- además del precio de venta al detalle y, por el otro lado, una deducción de 6,50% de aquel para los envases; para los discos compactos se prevé un porcentaje mayor -11%- y una forma diferente de cálculo) y las formas de liquidación y de pago. (p. 331)

El ejemplo anterior tiene un carácter muy general y que puede no especificar cada una de las posibles situaciones que lleguen a surgir sobre la remuneración en favor del autor o del artista. Resulta crucial a la hora de redactar esta cláusula prever los aspectos más significativos que puedan suceder en la dinámica del comercio de los fonogramas, tales como porcentaje sobre las ventas efectuadas en el extranjero, impuestos que graven la percepción de las regalías por parte del intérprete, cargos en cabeza del productor, deducciones por labores de producción y comercialización, pagos por las utilidades del fonograma diferente de las ventas, licencias que pueda otorgar el productor en favor de terceros y puedan generar ingresos en favor del intérprete, entre otras.

### ***Forma de pago.***

El artista intérprete o ejecutante y el autor, junto con el productor fonográfico, deben establecer la forma de pago de las regalías, pues esta es la forma que tienen aquellos de exigir la remuneración pactada.

Tal como se ha mencionado, en virtud de la libertad contractual suscitada en el ámbito mercantil, y materializada gracias a la autonomía privada de la voluntad, las partes podrán pactar a su arbitrio y juicio las diferentes cláusulas que proponen regir el contrato.

En este orden de ideas, las partes podrán pactar la forma en que se pagarán las regalías, sin embargo, en la industria musical, se toma como regla general que la liquidación de las regalías se haga en forma trimestral, otorgando un número concreto de días, posteriores al término del trimestre, para su pago efectivo (Fontaine & González, 2004). A modo de ilustración, vale la pena anotar la redacción que proponen Fontaine & González (2004) sobre la cláusula relativa a la forma de pago:

*Las regalías deberán pagarse trimestralmente en pesos en moneda nacional, en el domicilio del PRODUCTOR, en el plazo máximo de XX días contados desde la fecha de vencimiento de cada trimestre del año calendario correspondiente. El INTÉRPRETE estará obligado a presentar factura, boleta o documento debidamente extendido conforma a la ley, para practicar los cobros de regalías al PRODUCTOR. Sólo se efectuará pagos de regalías una vez que el PRODUCTOR haya recuperado el monto total del o los adelantos de regalías que le haya otorgado el INTÉRPRETE.*  
(p. 39)

La redacción de la cláusula anterior se consideró adecuada, pues resulta sencilla y práctica, ya que comprende los elementos necesarios para la correcta liquidación y pago de las regalías, y así mismo abarca elementos adicionales comunes en la práctica, tales como la necesidad de presentación de la correspondiente factura por parte del artista o autor para el cobro de las regalías –procurando así una mayor seguridad jurídica para el productor-, y lo referente a las deducciones sobre los anticipos que se hayan podido otorgar.

Cabe mencionar que los anticipos son comúnmente utilizados en la industria de la producción musical, entendiendo el nacimiento de éstos como una “necesidad de los artistas de percibir las regalías con anterioridad a su generación” (Fontaine & González, 2004, pp. 39 – 40), pues las regalías que se esperan sean generadas con el producto de las ventas sobre las interpretaciones conllevan un período de espera que puede llegar a ser poco benéfico para el artista, razón por la cual se pactan anticipos por parte del productor, con el fin de aminorar los inconvenientes



económicos que puedan surgir en virtud de dicha espera, los cuales serán descontados a medida que se generen ingresos por concepto de regalías (Fontaine & González, 2004). Para expresar mejor la idea anterior, Zuleta & Jaramillo (2003) dirán lo siguiente:

El sistema de solo regalías puede ser considerado de mucho riesgo por los autores, debido a que posiblemente tengan tasas de preferencia en el tiempo que den prioridad al corto plazo, considerando, sobre todo, que su portafolio (patrimonio) de obras es mucho menor (o inexistente) y que sus horizontes de vida productiva son mucho más cortos que los de las editoras y las productoras. Los autores tienen menor capacidad de enfrentar el riesgo pues no tienen las posibilidades de contrarrestar fracasos con éxitos y tienen menor posibilidad de acceso al mercado de capitales. (p. 34)

De esta manera, para los autores y artistas es más favorable pactar una forma de pago por sistema de regalías complementado con un avance de los ingresos esperados sobre las ventas (Zuleta & Jaramillo, 2003), pues disminuye el riesgo para ellos. Así mismo “Con este sistema también aseguran un mayor compromiso por parte de los editores y productores en cuanto a promover su música” (Zuleta & Jaramillo, 2003, p. 35).

### ***Rendición de cuentas por parte del Productor Fonográfico.***

Frente a la rendición de cuentas en materia de un contrato de inclusión en fonogramas, la Ley 23 de 1982 deja claro lo referente a este tema en su 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.

En este orden de ideas, cuando se estipule remuneración proporcional a las ventas en favor del autor –o artista intérprete o ejecutante-, la ley menciona la obligación que tiene el productor fonográfico de llevar un registro con el cual se pueda comprobar la cantidad de ejemplares vendidos, por lo cual la voluntad de las partes debe someterse a tal regulación.

No obstante, resulta adecuado plasmar en el contrato la obligación por parte del productor fonográfico de rendir cuentas al artista o autor, pues la norma únicamente lo obliga a llevar un sistema de registro verificable en cualquier tiempo, más no de informar periódicamente al artista sobre dicha gestión.

Así mismo, es prudente redactar lo referente a la facultad que debe tener el artista para objetar la rendición de cuentas propuesta por el productor. Fontaine & González (2004) proponen la redacción de estas cláusulas de la siguiente manera:

El PRODUCTOR estará obligado a rendir cuentas y liquidar las regalías en forma trimestral e indefinida, mientras existan liquidaciones que efectuar. Los estados de cuentas respectivos contendrán: la base de cálculo de las regalías, amortizaciones contra anticipos y, en general, el detalle de todas aquellas partidas consideradas en el respectivo estado de cuentas [...].

[...] En caso de dudas o disconformidad con el estado de cuentas rendido por el PRODUCTOR, el INTÉRPRETE estará obligado a manifestarlo dentro de un plazo máximo de *180 días* contados desde la fecha en que se le haya notificado el respectivo estado de cuentas. En caso de que ello no ocurra en el plazo referido, se tendrá por aprobado sin objeción el respectivo estado de cuentas. (pp. 44 – 45)  
(Cursivas fuera de texto)

Sobre la cláusula anterior, cabe decir que el plazo de 180 días al que se hace mención, se propone de manera ilustrativa, pues queda sometido a la voluntad de las partes fijar un término diferente.

De igual manera, se debe recomendar que el plazo sea prudente y se empiece a contar desde la notificación del artista, pues será el momento en el cual éste tenga conocimiento del estado de cuentas presentado por el productor.

### **Elementos de existencia y presupuestos de validez del contrato de inclusión en fonogramas**

Los elementos de existencia serán cinco: los sujetos de derecho, consentimiento, objeto, causa y forma. Estos elementos determinarán que el contrato, como negocio jurídico, pueda tener existencia negocial (Garcés, 2017).

Finalmente, los presupuestos de validez del negocio jurídico serán aquellos encaminados a dar valor al negocio jurídico, estableciendo condiciones para que los elementos del contrato, una vez nacidos, puedan formar parte de él. En este sentido, los presupuestos de validez deben presentarse en forma concomitante con la formación del negocio jurídico, sin los cuales el contrato podría invalidarse. Estos presupuestos de validez son: capacidad legal, consentimiento exento de vicios, objeto lícito, causa lícita.

### **Elemento de existencia del contrato: sujetos de derecho**

Los sujetos de derecho serán los encargados de celebrar el contrato, quienes “por diversas circunstancias prestan su aquiescencia a efecto de suplir necesidades o por la simple conveniencia” (Garcés, 2017, p. 222).

Los sujetos de derecho en el contrato de inclusión en fonogramas serán el productor de fonogramas, por un lado, y del otro, pueden existir algunas variaciones, coligiendo el autor, el editor musical o el artista *intérprete* o ejecutante.

Frente a los titulares de derechos de autor y derechos conexos, para el caso en concreto el Autor, Productor de Fonogramas y el Artista Intérprete o Ejecutante, se ha hecho un desarrollo específico en el aparte referente a los sujetos de derecho protegidos por la propiedad intelectual en relación con el contrato de inclusión en fonogramas, por lo cual se definirá de manera breve y concisa los titulares aludidos como partes del contrato en mención.

### **Productor Fonográfico.**

Será la persona encargada de la producción fonográfica, quien bajo su iniciativa, coordinación y responsabilidad producirá la fijación de la primera fijación de sonidos (Fontaine & González, 2004), siendo esta la persona que “[...] de manera exclusiva puede autorizar o no la reproducción de un fonograma original” (DNDA, Piratería de fonogramas, concepto del 17 de septiembre de 2003 en cita de Tobón & Varela, 2010, p. 99).

### **Autor.**

Tal como se ha mencionado, el autor será la persona natural creadora de la obra. El autor en la industria musical puede ser a su vez intérprete de su obra, por lo cual, si concurrieran la calidad de autor e intérprete en una misma persona, asumirá las obligaciones contractuales que ambos tendrían por separado.

### **Artista Intérprete o Ejecutante.**

El artista intérprete o ejecutante es aquel que imprime su personalidad al interpretar una obra –que para efectos del presente tema de estudio será en materia de obras musicales-, otorgándole características particulares (Fontaine & González, 2004).

Resulta necesario que el Artista Intérprete o Ejecutante faculte al Productor de Fonogramas para que éste pueda reproducir y fijar la interpretación en el fonograma. Dicha autorización debe quedar expresa en el contrato de inclusión en fonograma.

Lo anterior se ve reflejado en el artículo 166 de la Ley 23 de 1982, al decir que “Los artistas intérpretes o ejecutantes, o sus representantes, tienen el derecho de autorizar o prohibir la fijación, la reproducción, la comunicación al público, la transmisión o cualquier otra forma de utilización de sus interpretaciones y ejecuciones”, mencionando en su literal *b* que no se podrá realizar sin autorización del artista intérprete o ejecutante “La fijación de la interpretación o ejecución no fijada anteriormente sobre un soporte material”, siendo entonces necesaria dicha autorización para poder cumplir con el objeto del contrato de inclusión en fonogramas.

### **Editor musical.**

El editor musical será la persona encargada de ejercer las labores de edición sobre la obra musical de un autor, por lo cual, el autor, de manera previa, ha debido celebrar un contrato de edición musical con el editor.

El editor musical se incluye en los sujetos que pueden colegir en el contrato de inclusión en fonogramas pues resulta común que en la práctica de la industria musical sea el editor quien ostente la calidad de titular de los derechos patrimoniales de la obra, o por lo menos su licencia de uso, por lo tanto, será el editor quien suscriba el contrato de inclusión en fonogramas con el productor fonográfico y administre los aspectos patrimoniales de la obra objeto de fijación (Zuleta & Jaramillo, 2003).

### **Elemento de existencia del contrato: Consentimiento**

El consentimiento, como elemento de existencia del contrato, requiere de la voluntad y su respectiva exteriorización, debiendo estar presente en todos los negocios jurídicos como condición para que exista.

En el contrato de inclusión en fonogramas, y en virtud de la libertad de las formas que otorga el legislador para este tipo de contratos, la simple manifestación de la voluntad de las partes, con relación a los elementos esenciales del contrato, basta para que se configure el consentimiento externo.

### **Elemento de existencia del contrato: Objeto**

El objeto denota la asunción de algún tipo de prestación por las partes vinculadas contractualmente. El objeto “es aquella realidad acerca de la cual el negocio jurídico incide” (Garcés, 2017, p. 243). Sobre el contrato de inclusión en fonogramas, el objeto lo define el artículo 151 de la Ley 23 de 1982.

En este sentido, el objeto principal del contrato de inclusión en fonogramas es la fijación, reproducción y publicación de una o más producciones que plasme el intérprete o ejecutante (Fontaine & González, 2004).

El objeto del contrato de inclusión en fonogramas debe ser específico y procurar por plasmar las condiciones en las cuales se realizará la producción, siendo habitual que se sintetice en una cláusula los principales derechos y obligaciones que asisten a las partes, además del objeto ya mencionado.

Aspectos a tener en cuenta, tales como número de producciones, limitación territorial que comprende la autorización por parte del autor o del artista intérprete o ejecutante, obligaciones del productor fonográfico, se deben plasmar en esta cláusula. Fontaine & González (2004)

proponen, frente al contrato de inclusión en fonogramas con artista intérprete, la redacción de la presente cláusula de la siguiente manera:

De todo lo dicho puede inferirse que la cláusula más apropiada sería la siguiente:  
“EL INTÉRPRETE se obliga a interpretar a favor del PRODUCTOR FONOGRAFICO, obras musicales elegidas de común acuerdo entre las partes, para ser incorporadas a producciones fonográficas. El PRODUCTOR FONOGRAFICO, por su parte, se obliga a reproducir, fabricar, distribuir, comercializar y publicar en el TERRITORIO CONTRATADO el fonograma objeto de este contrato y sus respectivas copias. (pp. 31 – 32)

Esta cláusula permite abarcar los aspectos más relevantes frente al objeto y las condiciones en que se ejecutará el contrato, siendo adecuada a la hora de estipular las obligaciones generales de cada una de las partes y el ámbito de aplicación territorial de la autorización otorgada por el artista intérprete o ejecutante.

Cabe aclarar que, tal como se mencionó anteriormente, cuando no se estipule limitación territorial frente a las facultades del Productor Fonográfico en el contrato, estas se entienden restringidas al lugar de celebración del contrato (Fontaine & González, 2004).

### **Elemento de existencia del contrato: Causa**

La causa será el motivo por el cual se vinculan las partes al negocio contractual. En este sentido, la causa será general para todos los contratos, siendo entendida como “el resultado concreto y particular que los sujetos de derecho persiguen” (Garcés, 2017, p. 252).

La ausencia de causa produce una postura de rechazo para el ordenamiento jurídico, lo cual conlleva a la inexistencia del negocio, pues este debe ser conducido por móviles entre las partes.

### **Elemento de existencia del contrato: Forma**

“La forma sustancial -llamada también forma constitutiva- en tanto elemento de existencia del negocio, se erige como un ritual inexcusable para la formación del mismo” (Garcés, 2017, p. 254). De esta manera, la forma en los contratos supone un requisito de existencia que se contrapone al principio de libertad de las formas.

No obstante, en materia de contratos de derecho de autor, el legislador dotó a los particulares de gran libertad a la hora de establecer el vínculo contractual, dejando pocas solemnidades a la hora de perfeccionar el contrato, las cuales ya se han detallado anteriormente.

### **Presupuesto de validez del contrato: Capacidad legal**

Por este presupuesto de validez de los negocios jurídicos se entiende como por el cual una persona puede obligarse por sí misma, sin la autorización de otra. En este sentido, se puede inferir que “es la aptitud que ostenta una persona para administrar por sí misma sus derechos, esto es, la potestad para ejercerlos por sí sola sin que sea menester obrar por interpuesta persona” (Garcés, 2017, p. 257).

Tanto para el contrato de inclusión en fonogramas, como para cualquier contrato, se deberá tener capacidad legal para obligarse por sí mismo, por lo cual, si la persona es incapaz no podrá celebrar el contrato.

### **Presupuesto de validez del contrato: Consentimiento exento de vicios**

Para que el contrato pueda surgir a la vida jurídica, debe ser necesario el elemento del consentimiento, sin embargo, dicho consentimiento, para que sea válido, deberá ser serio, libre y espontáneo.



De esta forma, si el consentimiento tiene algún vicio, tales como error, fuerza y dolo, dicho presupuesto estará viciado, por lo cual el contrato no podrá ser válido, teniendo como fundamento el hecho que la voluntad negocial se ha forjado en forma defectuosa.

### **Presupuesto de validez del contrato: Objeto lícito**

El presupuesto de validez de objeto lícito recaerá sobre el objeto de la obligación de las prestaciones que surgen del contrato, más no hace referencia al objeto del contrato, dado que aquél versa sobre los bienes del contrato (Garcés, 2017).

En este sentido, se puede determinar que todo objeto que sea contrario a la ley, al orden público y a las buenas costumbres, adolecerá de objeto ilícito, por lo cual el contrato se tacharía como nulo.

### **Presupuesto de validez del contrato: Causa lícita**

La causa, entendida anteriormente como el motivo que lleva a las partes a celebrar el negocio jurídico, deberá ser lícita, pues de lo contrario, si la causa obedece a móviles inmorales o contrarios al orden público, se genera una invalidez en el contrato, lo cual genera nulidad del mismo.

## **Obligaciones de las partes**

Si bien el contrato de inclusión en fonogramas se ha venido trabajando desde el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, en materia de las obligaciones de las partes, la Ley 23 de 1982 reguló algunas obligaciones que no podrán ser sometidas a la libre discusión.

Es por esto que a continuación se desarrollarán las obligaciones estipuladas legalmente, y así mismo se propondrán algunas obligaciones de carácter convencional que resultan adecuadas para el correcto funcionar del contrato estudiado.

### **Obligaciones del Productor de Fonogramas**

Se iniciará con las obligaciones relativas al Productor Fonográfico, detallando las más importantes y usuales en la industria musical, para luego mencionar las que conciernen a los artistas intérpretes o ejecutantes.

#### **Mención legal.**

El Productor Fonográfico, según el artículo 175 de la Ley 23 de 1982, está en obligación de mencionar en la etiqueta del dispositivo lo siguiente:

Artículo 175: El productor del fonograma tendrá la obligación de indicar en la etiqueta del disco o del dispositivo o del mecanismo análogo, o de su empaque, el nombre del autor y de los principales intérpretes, el título de la obra, el año de la fijación de la matriz, el nombre, la razón social o la marca distintiva del productor y la mención de reserva relativa a los derechos que le pertenecen legalmente. Los coros, las orquestas y los compositores serán designados por su denominación propia y por el nombre del director, si lo tuviere.

La obligación mencionada no resulta de la convencionalidad de las partes, pues como se acaba de explicar, la Ley 23 de 1982 la consagra, siendo una “manifestación de una forma de derecho de paternidad que tiene el intérprete sobre su producción” (Fontaine & González, 2004, p. 26).

#### **Remuneración al autor, artista intérprete o ejecutante y rendición de cuentas.**

La remuneración que debe hacer el Productor Fonográfico al artista es una de sus obligaciones principales, pues es ésta la principal motivación que tiene el intérprete para plasmar su interpretación en el fonograma, y, por ende, suscribir el mencionado contrato (Fontaine & González, 2004).

De igual manera y según lo mencionado, frente a los pagos estipulados en forma de regalías, la ley 23 de 1982 estipula, en su artículo 152, la obligación que tiene el Productor Fonográfico de llevar un registro de las ventas de los fonogramas, el cual deberá ser verificable en cualquier tiempo.

### **Fijación de la interpretación, reproducción y distribución.**

La fijación y la reproducción de la interpretación que haga el artista en un fonograma serán obligación del Productor de Fonogramas, pues además de constituir parte del objeto del contrato, la fijación será “La primera y gran obligación del productor fonográfico [...]” (Fontaine & González, 2004, p. 24), ya que así podrá proceder a su reproducción masiva.

### **Depósito legal.**

El artículo 25 del Decreto 460 de 1995 establece el depósito legal que deben realizar los Productores Fonográficos, entendido esto como “la obligación que se le impone a todo [...] productor de fonogramas en Colombia [...] de entregar para su conservación en las entidades y por las cantidades determinadas [...] ejemplares de la obra [...] o fonograma” (Montoya, 2004, p. 57), con el fin de guardar registro y producir memoria de la producción fonográfica.

Para el caso de los fonogramas, el literal e) del artículo 25 dirá que “e) Tratándose de fonogramas, el productor fonográfico o importador, según sea el caso, deberá entregar un

ejemplar a la Biblioteca Nacional de Colombia;”, debiéndose realizar “dentro de los sesenta (60) días hábiles siguientes a su publicación, comunicación pública, reproducción o importación, respectivamente” (Decreto 460 de 1995, art. 26)

Dicha norma fue modificada por el artículo 28 de la Ley 1915 de 2018, respetando el mismo período de tiempo de sesenta (60) días hábiles, otorgado por el Decreto 460 de 1995, permitiendo a su vez, en pro de la preservación de la memoria cultural de la nación, que la Biblioteca Nacional de Colombia reproduzca las obras, fonogramas o videogramas, una vez se haya vencido el plazo e incumplido con el depósito legal correspondiente.

### **Obligaciones del autor**

Cuando se suscriba un contrato de inclusión en fonogramas entre autor y productor fonográfico, aquel tendrá las mismas obligaciones que se enunciarán para los artistas intérpretes o ejecutantes, exceptuando las relativas a la interpretación.

Así mismo, tendrá una obligación adicional de autorizar el uso de la obra (no de la interpretación) para su reproducción, fijación y distribución. Cabe aclarar que dado el caso que el autor sea a su vez intérprete sobre su obra, las obligaciones que recaen sobre los artistas intérpretes o ejecutantes se sumarán a las del autor, debiendo cumplir ambas.

### **Obligaciones del artista intérprete o ejecutante**

Habiendo desarrollado las obligaciones legales y convencionales del productor fonográfico, y aclarado lo referente a las obligaciones del autor, pasaremos a detallar cada una de las obligaciones usuales en la industria musical de los artistas intérpretes o ejecutantes.

#### **Autorización para la reproducción y distribución de la interpretación.**

El artista intérprete o ejecutante deberá autorizar al Productor de Fonogramas para que su interpretación o ejecución sea fijada en un soporte, tal como lo dice el artículo 166 de la Ley 23 de 1982 en su literal b), al mencionar que, sin la autorización del titular de la interpretación, será prohibida la fijación no fijada anteriormente en un soporte material.

Generalmente dicha autorización se transmite en forma de licencias temporales de explotación de los derechos patrimoniales de reproducción del artista por parte del productor; “Por medio del contrato de grabación fonográfica el artista ha otorgado una autorización al productor para que éste pueda reproducir sus interpretaciones. Esta autorización asume frecuentemente la forma de una licencia [...]” (Fontaine & González, 2004, p. 27). De igual manera, se podrá transmitir en forma de cesión de los derechos patrimoniales.

#### **Aviso al Productor Fonográfico sobre la existencia de un contrato anterior.**

Es obligación del artista avisar al productor sobre la existencia de un contrato de inclusión fonográfica anterior o la autorización anterior de reproducción sobre la interpretación que será objeto de fijación en el fonograma. Sobre este aviso, para el contrato de edición, Montoya (2004) menciona que:

Se debe avisar al editor sobre la existencia de un contrato de edición anterior o de la autorización anterior para publicación. Esto es muy importante, porque en caso de omisión se deben indemnizar todos los perjuicios causados al editor, y además porque el derecho del editor se encontraría limitado. (p. 55)

La redacción anterior hace alusión al artículo 112 de la Ley 23 de 1982, el cual dice:

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 ocasionará el pago de los daños y perjuicios que pudiera ocasionar al editor.

Si bien el artículo se refiere al contrato de edición, es posible aplicarlo en el mismo sentido al contrato de inclusión en fonogramas acudiendo a la analogía mercantil.

### **Interpretar las obras objeto de fijación.**

Además de la autorización que debe realizar el artista sobre la reproducción de su interpretación –o el autor sobre su obra-, deberá obligarse a interpretar la obra. “El artista debe interpretar las obras literarias y artísticas que elija de común acuerdo con el productor, o que elija uno de ellos, según lo establecido en el contrato, con el propósito de permitir la fijación en fonogramas [...]” (Fontaine & González, 2004, p. 26).

### **Cláusulas abusivas en el contrato de inclusión en fonogramas**

La práctica contractual entre autores y artistas intérpretes o ejecutantes, por un lado, y productores fonográficos o editores, por el otro, supone, generalmente, una posición de dominio en el contrato, la cual, según Ríos Pinzón (2014, p. 12), citando a Yong, se define como “aquella condición jurídico económica que, dadas las especiales características del caso, sitúa a uno de los contratantes en condiciones de superioridad en la relación jurídica, tanto en su celebración como en su ejecución”.

Esta posición obedece a que “los autores y compositores, como personas naturales dedicadas a su oficio, no tiene la capacidad económica, técnica y administrativa para proteger por sí mismos sus derechos y obtener la retribución económica por sus obras, sobre todo en un

ambiente globalizado [...]” (Zuleta & Jaramillo, 2003, p. 58), por lo cual, las casas productoras y editoras, dentro de la industria musical, por regla general abarcan un entramado administrativo experimentado y sólido, así como un “músculo financiero que le otorga un margen de negociación mayor que el del autor (Ríos P., 2014, p. 12).

Se debe aclarar que dicha posición dominante en el contrato es sustancialmente diferente de una posición dominante en el mercado, pues en principio, “[...] el concepto de parte fuerte contractual está referido solo a un estado de superioridad jurídica en el marco del contrato que le permite a una parte establecer unilateralmente el contenido del mismo” (Posada, 2015, p. 148), mientras que la posición de dominio en el mercado se refiere a una posición económica, que permite que el agente dominante actúe independientemente de competidores y consumidores, influyendo fuertemente en el mercado, sin tener en cuenta a los demás agentes (Posada, 2015).

En este orden de ideas, es la misma dinámica de la industria editorial y de producción fonográfica, “que tanto en el campo del libro como en el de la música responde a la lógica del libre mercado” (Ríos P., 2014, p. 12), la que determina la calidad de parte fuerte en estos contratos, por lo cual, no supone un problema como tal, sino una realidad económica.

De esta manera, y en virtud de la mencionada posición dominante, es común que este tipo de contratos se constituyan mediante cláusulas predispuestas, propias de los contratos por adhesión, las cuales se justifican en la “necesidad del empresario de realizar contrataciones en masa, de proveer celeridad en las contrataciones, de facilitar la racionalización de la empresa, de ahorrar costos, de prever los resultados económicos de la organización y de dar trato igualitario a sus contratantes” (Ríos P., 2014, pp. 12 – 13).

No obstante, en cantidad de ocasiones, las cláusulas predispuestas pueden llegar a convertirse en abusivas, tornándose en disposiciones utilizadas con el fin de fortalecer la posición del

productor, limitar las obligaciones que tenga frente al autor o artista, exagerar los derechos que posee o contrariar la buena fe y las expectativas de las partes adherentes (Ríos P., 2014).

Por lo anterior, se desarrollará el concepto de las cláusulas abusivas en el marco de los contratos de derechos de autor, teniendo como énfasis el contrato de edición musical y de inclusión en fonogramas, analizando la normatividad aplicable, el concepto de cláusulas abusivas y la redacción común de dichas cláusulas en los contratos mencionados.

### **Sobre las cláusulas abusivas**

El abuso del derecho en el contrato de inclusión en fonogramas se puede expresar por medio de cláusulas contractuales abusivas. Si bien estas cláusulas subsisten, no existe regulación jurídica más allá de la establecida en materia de contratos bancarios o financieros (Ley 1328 de 2009) (Posada, 2015), derechos del consumidor (Ley 1480 de 2011), servicios públicos (Ley 142 de 1994) o, de manera general, en el artículo 830 del Código Mercantil (Ríos P., 2014), por lo cual, en las relaciones surgidas entre empresario y proveedor de materias primas, tal como productor fonográfico –o casas editoriales- y autores o artistas intérpretes o ejecutantes, no existe una regulación específica en materia de cláusulas abusivas.

Aunado lo anterior, se expondrá, de manera concreta, la definición, fundamento, marco normativo, características generales y tipología común de las cláusulas abusivas en los contratos de derecho de autor.

#### **Definición.**

Las cláusulas abusivas, en materia de derechos de autor, son aquellas que “siendo redactada e impuesta por una de las partes del contrato genera un desequilibrio contractual, como



consecuencia del reconocimiento de prerrogativas irrazonables o injustificadas en favor del predisponente o cargas u obligaciones de la misma naturaleza en contra del adherente.” (Yong, en cita de Ríos P., 2014, p. 14)

De esta manera, la definición propone que las cláusulas abusivas son propias del contrato de adhesión, al utilizar los términos de predisponente y adherente, sin embargo, y aunque el régimen proteccionista brindado por la figura de las cláusulas abusivas se adopta de forma regular en los contratos de adhesión, en el ámbito colombiano, la doctrina ha extendido su aplicación a los contratos consensuados (Posada, 2015).

### **Fundamento y características de las cláusulas abusivas.**

La figura de las cláusulas abusivas encuentra su principal fundamento sobre el principio de la buena fe, por el cual las partes contratantes deben obrar lealmente, de manera honesta y diligente, así como responsable frente a las relaciones jurídicas que propongan y establezcan durante toda la etapa contractual, fungiendo el contrato como el mecanismo idóneo para satisfacer los intereses de las partes (Posada, 2015).

De esta manera, la buena fe fundamenta la figura de las cláusulas abusivas, pues “impone al predisponente obrar con corrección, lealtad y honestidad tanto en el momento de elaborar y diseñar el contenido predispuesto del mismo como durante su ejecución [...]” (Posada, 2015, p. 154).

Así mismo, las cláusulas abusivas presentan unas características generales, propuestas por la doctrina y la jurisprudencia (Posada, 2015), dentro de las cuales se enuncian: a) que sean predispuestas, esto es, que haya sido impuesta por la parte predisponente sobre la parte adherente, sin posibilidad de negociación (Posada, 2015); b) que generen un desequilibrio jurídico

injustificado en el contrato, de tal forma que las cláusulas se dirijan “a mantener en estado de inferioridad al adherente, a impedirle o dificultarle el ejercicio de sus derechos, a reafirmar la posición de superioridad en la que se encuentra el predisponente” (Posada, 2015, pp. 159 – 160), rompiendo el equilibrio contractual de manera injustificada, y c) que vulnere los principios de la buena fe contractual, por lo cual, si la cláusula estipulada por el predisponente anula, dificulta o va en contra del deber de cooperación, o defrauda la confianza que deposita el adherente sobre el contrato, se considerará como abusiva (Posada, 2015).

### **Marco normativo de aplicación de las cláusulas abusivas.**

El marco normativo sobre cláusulas abusivas en materia de contratos de derechos de autor resulta problemático, pues, a diferencia del derecho del consumidor, no existe un listado taxativo de las cláusulas consideradas como abusivas en el derecho de autor (Ríos P., 2014).

Dicho en otras palabras, si el adherente, por ejemplo, ostentara la calidad de consumidor, se sometería a la legislación de protección general que habla la Ley 1480 de 2011, o si ostentara la calidad de adherente bancario, se sometería al régimen previsto en la Ley 1328 de 2009 (Posada, 2015).

Sin embargo, en materia de derechos de autor, y más precisamente, sobre el contrato de inclusión en fonogramas, no existe regulación específica, por lo cual se deberán aplicar las normas de derecho común (Posada, 2015), y adicionalmente, nada obsta para que, en teoría, la doctrina de las cláusulas abusivas se pueda aplicar en contratos que se celebren entre profesionales, mas no consumidores, como es el caso de productor-autor o productor-artista intérprete o ejecutante (Laudo arbitral en derecho, 1.º de diciembre de 2006, Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, árbitros: Carlos Esteban Jaramillo Scholls,

Juan Pablo Cárdenas Mejía y Gabriel Jaime Arango Restrepo, demandante: Concelular S.A. (en liquidación), demandado: Comunicación Celular S.A., Comcel S.A., en cita de Posada, p. 155, 2015).

### **Tipología común de las cláusulas abusivas en contratos de derechos de autor**

En vista de la inexistencia de una lista taxativa en materia de derechos de autor sobre cláusulas abusivas, adoptaremos la posición de Ríos Pinzón (2014), al decir lo siguiente:

El análisis de lesividad o no de una cláusula habrá de realizarse caso por caso, atendiendo el contexto contractual y el ejercicio que de dicha estipulación hubiera hecho la parte predisponente. Aun así, [...] vamos a tomar como criterio indicativo (mas no suficiente) para identificar las cláusulas que en materia de edición pueden llegar a ser consideradas como abusivas, aquellas que son contrarias a las reglas dispositivas señaladas en la Ley 23 de 1982. (p. 14)

De esta manera, y si bien el autor referido enmarca su estudio sobre el contrato de edición, nada obsta para adoptar similar metodología de análisis en materia del contrato de inclusión de fonogramas, y de los contratos de derecho de autor en general. Por lo anterior, se explicarán las cláusulas comúnmente utilizadas en la práctica de los contratos de derecho de autor, y que se podrían considerar con abusivas.

#### **Exclusividad en favor del predisponente.**

La exclusividad encuentra su fundamento en la misma dinámica de la industria productora musical, y en sí, sobre la dinámica de algunos contratos de derechos de autor –como el contrato de edición-, pues exige que el productor o editor cuente con “cierta flexibilidad, certeza jurídica y disponibilidad suficiente para otorgar las autorizaciones de uso sobre la obra de forma rápida y eficiente” (Ríos P., 2014, p. 15).

Fontaine & González (2004), se refieren a la exclusividad en el contrato de inclusión fonográfica con artista intérprete o ejecutante de la siguiente manera:

De suma relevancia es esta cláusula que está presente en todo contrato de grabación fonográfica, por la esencia del negocio, toda vez que el productor le interesa eliminar la competencia en este sentido. Esta exclusividad implica que el intérprete no puede autorizar a un tercero a reproducir las interpretaciones objeto del contrato, ya que esta facultad pertenece exclusiva y excluyentemente al productor. Al contrato, no supone –obviamente– exclusividad del productor con relación al intérprete, lo cual sería absurdo dada la naturaleza comercial de la actividad. (p. 32)

Por lo anterior, se puede inferir que resulta común la práctica exclusiva en las relaciones jurídicas entre productores fonográficos y autores o artistas intérpretes o ejecutantes, sin embargo, en ocasiones tal estipulación se puede tornar abusiva, ocasionando un desequilibrio contractual. El análisis de lesividad deberá aplicarse en cada caso concreto, pues, como menciona Ríos Pinzón (2014):

No es lo mismo una cláusula de exclusividad [...] que tiene por objeto jurídico los derechos y modalidades de explotación estrictamente necesarios [...], que esa misma cláusula pactada en un contrato donde el autor enajenó o licenció todos los derechos de su obra, incluso para aquellas modalidades de uso “por conocer”. (pp. 15 – 16)

Con esto, lo que se quiere mostrar es que, el pacto de exclusividad no es por sí mismo lesivo, pero puede adquirir el carácter de abusivo cuando el predisponente estipula dicha cláusula en detrimento de los derechos y obligaciones del adherente, generando un desequilibrio jurídico injustificado (Sonolux vs. Aura Cristina Geithner, del 13 de junio de 2001, en cita de Ríos P., p. 16, 2014).

**Disposición de los derechos patrimoniales de autor o conexos de manera total e indeterminada.**

Por el contrato de inclusión fonográfica, el autor o artista intérprete o ejecutante, según el caso, autoriza el uso de los derechos de reproducción y distribución de la obra o interpretación para poder ejecutar la fijación en el fonograma.

Sin embargo, en la dinámica contractual de la industria musical, es común la estipulación de cláusulas que concedan, en forma general, el control del predisponente sobre la totalidad de derechos de la obra o interpretación, otorgando derechos ilimitados (Ríos P., 2014).

Dichas cláusulas se pactan en virtud del riesgo económico que sufre la parte predisponente, tal como el productor fonográfico o el editor musical, propiciando que estos posean un interés particular en hacerse de un control extenso sobre la obra o interpretación, incluyendo gran cantidad de derechos y formas de explotación, lo anterior encontrando justificación en la intención de explotar al máximo la obra o interpretación y generar mayores ganancias.

No obstante, dichas cláusulas podrían llegar a desequilibrar injustificadamente los intereses jurídicos del adherente, pues, despojarlo de todos sus derechos y estipular plazos sumamente amplios de explotación, sumado a limitaciones territoriales inexistentes, generaría un evidente abuso del derecho (Ríos P., 2014).



## Conclusiones

El contrato de inclusión en fonogramas de inclusión en fonogramas se ha regulado internacionalmente con una denominación atípica, donde prima la voluntad de las partes en las estipulaciones contractuales. No obstante, en Colombia se configura como uno de los contratos tipificados en la ley 23 de 1982, dotándolo de una denominación típica y nominada.

En este sentido, es posible inferir que la intención del legislador en su momento fue la de dotar al contrato de inclusión en fonogramas de un cuerpo legislativo que regulara dicha figura contractual, pues al tipificarlo en la Ley 23 de 1982, lo que pretende es que se deje a un lado la voluntad de las partes, para que sea la norma quien regule las estipulaciones contractuales del mencionado contrato.

No obstante, la regulación otorgada por el legislador para el contrato de inclusión en fonogramas resulta escasa y corta. En comparación con otros contratos regulados en la misma ley, tal como el contrato de edición, la regulación normativa sobre el contrato de inclusión en fonogramas carece de amplitud, lo cual, aunado con el escaso cuerpo jurisprudencial y doctrinal sobre el mencionado contrato, conlleva a la existencia de vacíos sobre su interpretación, los cuales no pueden ser suplidos por lo establecido en la ley.

En este orden de ideas, el capítulo X de la Ley 23 de 1982, desde su artículo 151 hasta el 157 regula la figura del contrato de inclusión en fonogramas. Dicho capítulo se limita a establecer aspectos tales como la definición y objeto del contrato, algunas prohibiciones sobre los derechos patrimoniales, sobre las estipulaciones en materia de producciones futuras y cesión del contrato, así como la obligación de llevar un sistema de registro sobre las remuneraciones que se estipulen en proporción a la cantidad de ejemplares vendidos.

De esta forma, en la práctica contractual, es la voluntad de las partes la que prima a la hora de establecer el contrato de inclusión en fonogramas, tal como se reputa de la denominación atípica que este contrato reviste en el contexto internacional. Lo anterior cobra sentido si se compara con otros contratos de mayor regulación normativa, tal como el contrato de edición, sobre el cual la Ley 23 de 1982 si lo reguló ampliamente, dejando de lado la voluntad de las partes y las estipulaciones contractuales particulares, para dar mayor seguridad jurídica frente a la interpretación positiva del contrato.

En este sentido, si el contrato de inclusión en fonogramas hubiese sido regulado ampliamente, tal como el contrato de edición, las estipulaciones contractuales de las partes y su autonomía privada pasan a un segundo plano, pues es la norma la que dicta cómo será la forma del contrato. Es claro entonces que, al no regularse ampliamente, las disposiciones contractuales siguen estando ligadas a la autonomía de las partes, y serán estas las que desarrollen la actividad contractual.

Si bien existen algunas regulaciones de forma en materia de contratos sobre derechos de autor, como sucede en el evento en que existe transferencia de derechos patrimoniales, o se pacte exclusividad o cesión de derechos, sobre el contrato de inclusión en fonogramas no existen otros requisitos formales, razón por la cual su circulación en la industria musical se adecúa mayormente a la denominación y uso atípico que le otorgan la mayoría de legislaciones extranjeras a este contrato.

Por todo lo anterior, resulta posible concluir que la tipificación del contrato de inclusión en fonogramas en Colombia no reviste mayor trascendencia práctica para la industria musical, pues es claro que la circulación del contrato de inclusión en fonogramas en la realidad se sigue rigiendo por la voluntad de las partes. Así mismo, los vacíos normativos que se suscitan en virtud



de dicha escases normativa, se han solucionado tradicionalmente desde el tratamiento propio que se da a los contratos atípicos, tales como las estipulaciones contractuales, los tratados internacionales y la analogía mercantil, hecho que no desvirtúa en ningún momento la denominación típica que se otorga al contrato de inclusión en fonogramas en Colombia.

De otro lado, el contrato de inclusión en fonogramas, y en general, todos los contratos de derecho de autor, se deben asumir de forma holística frente a la teoría del derecho de autor y derechos conexos, por lo cual resultó necesario definir y desarrollar los conceptos básicos del derecho de autor, tales como la definición de derechos de autor y conexos, derechos morales y patrimoniales, los principios rectores del derecho de autor, los tratados y convenios internacionales y el marco normativo nacional sobre la materia, entre otros.

Sobre este punto, se logró evidenciar que al ser un país que asume el derecho de autor desde una concepción europea, se logra diferenciar ampliamente sobre el derecho de autor anglosajón, brindando una dualidad en materia de derechos, a partir del cual surgen los derechos morales y patrimoniales. Así mismo, se pudo establecer que las definiciones y conceptos que trae la Ley 23 de 1982 en materia de derechos de autor resulta desactualizada a la realidad de la época actual. Lo anterior toma sentido al entender el contexto sobre el cual se creó la mencionada ley, donde aún no se avizoraba la entrada de un entorno totalmente digital, siendo redactada entonces desde una concepción analógica del derecho de autor, por lo cual, el desarrollo de dicho marco normativo ya no se adecúa a las prácticas y dinámicas de la industria de las nuevas creaciones del intelecto humano, especialmente, de la industria fonográfica.

Cabe resaltar la modificación que trajo la Ley 1915 de 2018 sobre la Ley 23 de 1982, pues allí se trataron temas novedosos en materia de derechos de autor y nuevas tecnologías, promoviendo así una regulación normativa que incluye la era digital sobre el derecho de autor y conexos.

Ejemplo de ello fue la modificación que se realizó sobre los derechos patrimoniales de autores, productores fonográficos y artistas intérpretes y ejecutantes, regulando figuras como el derecho de reproducción sobre almacenamiento electrónico y el agotamiento del derecho.

No obstante, a pesar de dichas modificaciones y nuevas estipulaciones en la materia, la Ley 1915 de 2018 no se mencionó en forma alguna sobre el contrato de inclusión en fonogramas específicamente, quedando aún vigente lo establecido antiguamente en la Ley 23 de 1982, trayendo como consecuencia una desactualización sobre el concepto del contrato de inclusión en fonogramas frente al entorno tecnológico.

En este orden de ideas, es posible concluir que existe un progreso en materia de derechos de autor; la Ley 1915 de 2018 entra a refrescar los conceptos traídos décadas atrás por la Ley 23 de 1982, así como también entra a crear nuevas normas en materia de derechos de autor y usos de la tecnología, tales como nuevas limitaciones al derecho de autor, derechos patrimoniales equivalente entre autores, productores fonográficos y artistas intérpretes y ejecutantes, infracciones al derecho de autor en virtud de las nuevas tecnologías, regulación sobre obras huérfanas, entre otras disposiciones, sin embargo, nada se mencionó sobre el contrato de inclusión en fonogramas, por lo cual aún resulta necesario una modificación sobre la materia, que refresque las definiciones clásicas sobre dicho contrato y las adecúe a la nueva era tecnológica y digital.

De otra parte, se analizó la clasificación, los requisitos y elementos del contrato de inclusión en fonogramas. Se encontró que ninguno de los textos consultados se había desarrollado el contrato de inclusión en fonogramas desde su clasificación, requisitos y elementos contractuales, por lo cual fue necesario realizar un análisis documental que permitiera establecer su

clasificación sus elementos de esencia, naturales y accidentales, sus elementos de existencia y presupuestos de validez, así como la obligación de las partes.

Por esto, es posible concluir que el contrato de inclusión en fonogramas es un contrato sobre el cual no se ha pronunciado la doctrina, a diferencia de otros contratos de la misma materia, como el contrato de edición, por lo cual, resulta compleja su adecuación y clasificación, labor que se debe analizar y detallar con mayor profundidad en estudios posteriores.

Así mismo, el tráfico jurídico y la dinámica de la industria musical, ha propiciado por el uso de prácticas abusivas del derecho, esto en virtud de la posición de dominio contractual que llega a tener la parte predisponente del contrato, tal como casas disqueras o casas editoras. Por lo anterior, se realizó un análisis de los tipos comunes de abuso del derecho, estableciendo cuáles son las cláusulas usuales que se plasman en los contratos de derecho autor y pueden resultar abusivas.

Resulta posible concluir que, en virtud de la autonomía privada de la voluntad, sumada a la libertad de formas y la posición dominante contractual, el contrato de inclusión en fonogramas es el escenario propicio para cláusulas abusivas de derecho, pues el ordenamiento jurídico no ha regulado este tipo de cláusulas en el derecho de autor, lo cual si ha realizado en otros campos, como el derecho del consumidor, lo cual genera grandes desventajas frente a las partes que intervienen en el negocio contractual.

## Referencias

- Álvarez Cabrera, S. F. (Diciembre, 2014). El derecho de propiedad intelectual en la industria musical colombiana. Sujetos de derecho y protección jurídica. *Revista de Derecho Privado*, (52). Universidad de los Andes (Colombia).
- Antequera Parilli, R. (2007). *Estudios de derecho de autor y derechos afines* (1ra ed). España: Reus S.A
- Arrubla Paucar, J. (2012a). *Contratos Mercantiles: Contratos Atípicos* (7ma ed.). Bogotá: Legis
- Arrubla Paucar, J. (2012b). *Contratos Mercantiles: Teoría general del negocio mercantil* (13va ed). Bogotá: Legis
- Bercovitz Rodríguez - Cano, R. (2015). *Manual de propiedad intelectual* (6ta ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Blanco Zúñiga, G. A. (2002). Los principios generales del derecho en la constitución del 91. *Revista de derecho Universidad del Norte*, (17), pp. 248 – 262.
- Cabrera, O. (2014). *Teoría de los contratos: civiles y comerciales*. (1ra. Ed.) Buenos Aires.
- Coll i Rodríguez, J. (2007). *Manual de supervivencia. Negociación de contratos discográficos, editoriales-management, cesión de derechos de imagen y actuación*. España: Asesoría Jurídica de las Artes Ediciones.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 23 de 1982.
- Decisión Andina 351 de 1993.
- Dirección Nacional de Derechos de Autor. (2006). Concepto Jurídico 1501.
- Dirección Nacional de Derechos de Autor. (2009). Concepto Jurídico 2767.
- Dirección Nacional de Derechos de Autor. (2012). Concepto Jurídico 28043.

Dirección Nacional de Derechos de Autor. (2013). Concepto Jurídico 68914.

Fontaine Correa, C. & González Barrenechea, S. (2004). *Contratos de artistas intérpretes y ejecutantes de obras musicales en el ámbito de la propiedad intelectual* (Licenciatura). Universidad de Chile.

Galindo Díaz, L., Martínez Devia, A. y Yáñez Otálora, R. (Diciembre, 2013). Los derechos de autor en el entorno digital y el internet en Colombia: una mirada al estado del arte actual y sus principales problemas. *Revista GECTI*, (10).

Garcés Vásquez, P. (2014). *Teoría del negocio jurídico: un instrumento de disposición de intereses personales, familiares y patrimoniales* (1ra ed). Medellín: Diké

Garcés Vásquez, P. (2017). *Teoría del negocio jurídico: un instrumento de disposición de intereses personales, familiares y patrimoniales* (Ed. octubre 2017). Medellín: Diké

Guzmán Brito, A. (2° semestre de 2006). LOS VOCABLOS “TRANSFERIR” Y “TRANSMITIR” Y SUS DERIVADOS EN EL “CÓDIGO CIVIL DE CHILE” CON ESPECIAL REFERENCIA A LA DEFINICIÓN DE TÍTULO TRASLATIVO DE DOMINIO. *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (27), pp. 95 – 103.

Hinestrosa, F. (2015). *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol I* (1ra ed). Bogotá: Universidad Externado de Colombia

Ledesma Gil, J. (2014). *Teoría general de las obligaciones*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, Ediciones UNAULA

Lipszyc, D. (2006). *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: UNESCO

- Márquez R., S. (2004). *Principios generales del derecho de autor* (Pregrado). Pontificia Universidad Javeriana.
- Montoya Mora, S. (2004). *El contrato de edición* (Especialización). Universidad Pontificia Javeriana
- OMPI (2012). *Principales disposiciones y ventajas del Tratado de Beijing sobre interpretaciones y ejecuciones audiovisuales*. Ginebra: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Recuperado de [http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo\\_pub\\_beijing\\_flyer.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_beijing_flyer.pdf)
- OMPI (2016). *Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos* (2nd ed.). Ginebra: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Recuperado de [http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo\\_pub\\_909\\_2016.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_909_2016.pdf)
- Ortiz, A. (2015). *Enfoques y métodos de investigación en las ciencias sociales y humanas* (1ra ed.) Bogotá: Ediciones de la U
- Ospina Fernández, G & Ospina Acosta, E. (2014). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico* (7ma ed). Bogotá: Editorial TEMIS S.A
- Padilla Herrera, J. C. (Diciembre, 2015). La función social del derecho de autor. *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, (14). Universidad de los Andes (Colombia).
- Pineda Fajardo, D., Jerez Rey, A., & Velásquez Maestre, L. (2010). *Estudio de derecho comparado de la propiedad intelectual en Colombia y los países de centro américa continental: Panamá, Costa Rica, Nicaragua, Guatemala, El Salvador y Honduras* (Pregrado). Universidad Industrial de Santander.

- Posada Torres, C. (Julio – Diciembre 2015). Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano. *Revista de Derecho Privado*, (29), pp. 141 – 182. Universidad Externado de Colombia.
- Quiroga Arguello, M. & Colmenares Delgado, C. (2010). *Propiedad intelectual, estudio de derecho comparado entre Colombia y Chile* (Pregrado). Universidad Industrial de Santander.
- Ríos Pinzón, Y. A. (Diciembre, 2014). Problemas de la predisposición del contrato de edición en Colombia: las cláusulas abusivas. *Revista de Derecho Privado*, 52. Universidad de los Andes (Colombia).
- Ríos Ruiz, W. (2011). *La propiedad intelectual en la era de las tecnologías de información y comunicaciones (TIC's)* (1ra ed.). Bogotá: Temis.
- Stopps, D. (2014) *Cómo vivir de la música* (2nd ed.). Ginebra: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Recuperado de [http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo\\_pub\\_939.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_939.pdf)
- Tamayo Lombana, A. (2004). *Manual de obligaciones. Teoría del acto jurídico y otras fuentes*. (6ta ed). Bogotá: TEMIS
- Tobón Franco, N., Varela Pezzano, E. (2010). *Derecho de autor para creativos*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez
- Vega Jaramillo, A. (2010). *Manual de derecho de autor*. Bogotá: Dirección Nacional de Derecho de Autor.
- Zea Fernández, G. (2009). *Derechos de autor y derechos conexos* (1ra ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Zuleta, L. & Jaramillo, L. (2003). *Impacto del sector fonográfico en la economía colombiana*.

Bogotá: Convenio Andrés Bello.