



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Escuela de Pregrado
Departamento de Derecho Comercial

Cláusulas controversiales en contratos de producción fonográfica

Memoria de prueba para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

María Fernanda Azócar Salas

Profesor Guía: Santiago Schuster

Santiago, Chile

2024

INTRODUCCIÓN.....	4
Capítulo I: Contrato de producción fonográfica.....	6
1.1. Definición	6
1.2. Sujetos.....	7
1.2.1 Productor de fonograma.....	7
1.2.2. Intérprete	8
1.3. Objeto.....	8
1.4. Causa.....	10
1.5. Derechos de las partes.....	10
1.5.1. Derechos del productor	10
• Derecho de reproducción	10
• Derecho de distribución	11
• Derecho de comunicación pública	11
1.5.2. Derechos del intérprete.....	11
• Derecho a remuneración.....	12
• Mención de su nombre	12
• Oponerse a la mutilación del fonograma.....	12
1.6. Obligaciones de las partes.....	12
1.6.1. Obligaciones del productor	13
• Fijar la interpretación	13
• Asumir costos.....	13
• Remunerar al intérprete.....	13
• Rendir cuenta de los costos	14
• Mencionar el nombre del artista en el fonograma.....	14

1.6.2. Obligaciones del intérprete.....	15
• Exclusividad.....	15
1.6. Derechos y obligaciones extras.....	15
1.7. Cláusulas usuales:	15
Capítulo II: Disposición del fonograma una vez concluido el contrato	19
2.1. Vigencia del contrato	19
2.2. Explotaciones.....	20
2.3. Licencias	21
2.4. Conclusiones preliminares	23
Capítulo III: Cláusula de exclusividad	24
3.1. Legitimidad	25
3.2. Buena fe	26
3.3. Cláusulas abusivas	27
3.4. Acuerdos de exclusividad	29
3.5. Conclusiones preliminares	31
Capítulo IV: Legitimidad de la cesión de derechos conexos de comunicación pública del fonograma.....	33
4.1. Derechos conexos	33
4.2. Comunicación pública	34
4.3. Cesión de derechos	36
4.3.1. Concepto.....	36
4.3.2. Objeto	36
4.3.3. Sujeto.....	36
4.3.4. Características	36
4.3.5. Efectos.....	37

4.4. Irrenunciabilidad	37
4.5. Jurisprudencia comparada.....	38
4.6. Técnica legislativa	40
4.7. Historia de la ley	40
4.8. Cesión de derechos irrenunciables.....	41
4.9. Puesta a disposición	42
4.10. Conclusiones preliminares	42
Conclusiones.....	43
Bibliografía.....	45
I. Doctrina	45
II. Normativa.....	48
III. Jurisprudencia	49
IV. Otros	49

INTRODUCCIÓN

Con la llegada de nuevas tecnologías, el modelo de producción musical ha cambiado mucho;¹ especialmente, en relación a los actores involucrados y sus formas de relacionarse. Contratos que solían celebrarse han sido reemplazados y cambiadas sus condiciones. Los cambios, a su vez, son distintos en la gestión de la escena musical a nivel industrial como independiente.²

Desde la creación de una canción hasta la publicación del fonograma, se genera una gran cadena de interacciones que se traduce en el perfeccionamiento de diversos actos jurídicos.

En este proceso resulta interesante el estudio del contrato de producción fonográfica, en que el poder de negociación de las partes incide en la adopción de una u otra cláusula contractual, cada una con distintas ventajas y desventajas.

En esta investigación se estudiarán una selección de cláusulas, las que llamaremos controversiales, estas son las siguientes: Legitimidad de la cláusula de prohibición de realizar producciones similares con otros productores una vez concluido el contrato, en segundo lugar: la legitimidad de la cláusula que establece la cesión de derechos conexos de comunicación pública del fonograma y por último, la cláusula que establece la posibilidad de la disposición del fonograma una vez concluido el contrato.

Con el objeto de estudiar estas cláusulas en el contexto legislativo en que se pactan, se revisará la normativa nacional e internacional aplicable al contrato de producción fonográfica para contrastarla con los problemas que surgen de la praxis. Se identificarán a las partes intervinientes y los conflictos que puedan generarse de la aplicación de lo que se denominó cláusulas controversiales, examinando los criterios que han empleado los jueces para resolver las controversias en relación a la aplicación de estas cláusulas. Finalmente, se presentarán las conclusiones con el propósito de hacer un aporte a la resolución de los conflictos que surgen de la aplicación del contrato de producción fonográfica.

¹ GALEA, Carolina. *Código de Buenas Prácticas profesionales en la música*, (Santiago: Proyecto Trama, 2016). p. 40.

² *Ibid.*, p. 41.

CAPÍTULO I: CONTRATO DE PRODUCCIÓN FONOGRAFICA

1.1. Definición

El contrato de producción fonográfica es un contrato innominado mediante el cual “el intérprete autoriza al productor a reproducir, fijar y distribuir su interpretación en fonogramas, a cambio de una remuneración”.³ Se trata, entonces, de una autorización para fijar por primera vez una interpretación con el objetivo de que pueda ser publicada y distribuida. El productor puede ser una persona física o jurídica, aunque en la generalidad de los casos se trata de una persona jurídica. Es usual que al productor fonográfico se le llame “Sello Discográfico” o, en su expresión en inglés “Record Label”.

El contrato de producción fonográfica implica una autorización previa del autor para la fijación sonora de la obra que será objeto de la interpretación, de acuerdo al artículo 19 de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante LPI).

De acuerdo al artículo 5 de la LPI, entendemos por fonograma “toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una ejecución o de otros sonidos”. La definición legal coincide con aquella contenida en el artículo 3 letra b) de la Convención de Roma.

Nos encontramos frente a un contrato bilateral, oneroso y conmutativo (artículos 1439 y 1141, Código Civil); es decir, las partes se obligan recíprocamente, con el objeto de la utilidad de ambos contratantes, a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer.

Existen obligaciones principales para las partes, en el caso del intérprete, la causa consiste en la obtención de las grabaciones musicales y en las contraprestaciones económicas que recibirá a cambio de los derechos cedidos o licenciados respecto de las grabaciones elaboradas y para el productor fonográfico es el compromiso del artista de grabar el o los fonogramas según lo

³ FONTAINE, Constanza y GONZÁLEZ, Solange. *Contratos de artistas intérpretes y ejecutantes de obras musicales en el ámbito de la propiedad intelectual*, (Tesis para optar por el grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, 2004). p. 19.

pactado y la autorización o cesión de sus derechos de fijación, reproducción, distribución y comunicación pública.⁴ Se estipulan también obligaciones accesorias tales como rendir cuentas de parte del productor al intérprete, que las obras interpretadas sean acordados por las dos partes, entre otras.

1.2. Sujetos

1.2.1 Productor de fonograma

El artículo 5 letra k) de la LPI define al productor como “la persona natural o jurídica que toma la iniciativa y tiene la responsabilidad económica de la primera fijación de los sonidos de una ejecución o interpretación u otros sonidos o las representaciones de sonidos”.

Para llevar a cabo la fijación sonora un intérprete puede acudir a un estudio y pagar por el servicio de grabación, obteniendo una matriz que luego podrá comercializar por sí mismo o a través de un tercero, en esta situación el intérprete se convierte a la vez en productor fonográfico. Otra alternativa es celebrar un contrato con un tercero que se encargue de la fijación de la interpretación, su reproducción y puesta en circulación comercial, bajo su costo y responsabilidad. En este caso estamos frente a un contrato de producción fonográfica donde el fonograma pertenecerá al productor.⁵

Hoy en día, con la llegada de nuevas tecnologías, el acceso a herramientas que permiten fijar y distribuir fonogramas se ha democratizado. Por ello, las figuras del intérprete y del productor fonográfico han tendido a coincidir. Sin embargo, esto sucede solo en la escena independiente; desde cierto grado de popularidad resulta imposible para el artista cumplir con los estándares de la industria sin contratar un productor fonográfico.

En este punto es importante distinguir entre productor fonográfico —tal y como es definido en la LPI— y productor musical.⁶ Este último es quien realiza el trabajo de selección de obras,

⁴ FERNÁNDEZ DE LA FUENTE, *op. cit.*, p. 20.

⁵ FONTAINE Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 53.

⁶ La figura del productor musical no se encuentra regulada en nuestra legislación. Sin embargo, al momento de asignar los derechos que le corresponden es necesario identificar si su aporte tuvo relación con la composición, interpretación o fijación, por lo que podrá obtener remuneración por concepto de derechos de autor y/o derechos conexos.

aprueba los arreglos, toma las decisiones estéticas, etcétera. La diferencia es fundamental, pues el objeto de la protección jurídica es la actividad técnico-industrial y comercial.⁷

1.2.2. Intérprete

De acuerdo a lo que establece la LPI, se entiende por intérprete: “el artista, intérprete o ejecutante: el actor, locutor, narrador, declamador, cantante, bailarín, músico o cualquiera otra persona que interprete o ejecute una obra literaria o artística o expresiones del folklore” (artículo 5 letra j). Si bien la definición legal es amplia, en este estudio se hará referencia exclusivamente a los intérpretes musicales, es decir, los artistas o ejecutantes de una obra musical o cualesquiera sean los sonidos fijados en el fonograma.⁸

En su artículo 66, la LPI exige autorización del intérprete para que el productor pueda reproducir —o explotar de otro modo— su interpretación o una parte de ella.

1.3. Objeto⁹

El contrato de producción fonográfica tiene por objeto la fijación, reproducción y posterior publicación de una o más producciones del intérprete.¹⁰ Esto significa: “Una prestación de servicios del artista consistente en la interpretación de obras musicales con unas características determinadas y previamente pactadas para ser grabadas por el productor fonográfico, la cesión de los derechos de fijación, reproducción, distribución y comunicación pública, en cualquier medio o formato, por la duración pactada y en el territorio pactado”,¹¹ y las respectivas contraprestaciones económicas que el intérprete recibirá por la explotación de dicho fonograma. Cabe señalar que la cesión de derechos no constituye un elemento de la esencia del contrato.

La Ley de Propiedad Intelectual define los conceptos de fijación, reproducción, distribución y comunicación pública. En el artículo 5 letra x) define fijación como “la incorporación de sonidos

⁷ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Las obras literarias y artísticas como objeto del derecho de autor y su relación con las prestaciones protegidas por los derechos conexos*. p. 13.

⁸ Cuando nos referimos a fonograma este excede la concepción de obra musical tradicional ya que puede darse el caso de una situación en la que se fijen palabras o sonidos que no constituyan música necesariamente, sin perjuicio que la mayoría de los autores tratan esta temática en torno al rubro musical.

⁹ LEÓN HURTADO, Avelino. *El objeto en los actos jurídicos*, 2da edición, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1983). p. 1.

¹⁰ FONTAINE Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 15.

¹¹ FERNÁNDEZ DE LA FUENTE, Manuel. *La propiedad intelectual en la música: El contrato fonográfico*, (Tesis para optar por el grado en Derecho y Grado en Administración y Dirección de Empresas, Universidad Pontificia Comillas, 2017). p. 18.

o la representación de éstos, a partir de la cual puedan percibirse, reproducirse o comunicarse mediante un dispositivo.” Por su parte, en la letra u) del mismo artículo, define reproducción como la “fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de todo o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento”. Luego en la letra q) define distribución como “la puesta a disposición del público del original o copias tangibles de la obra mediante su venta o de cualquier otra forma de transferencia de la propiedad o posesión del original o de la copia.” Finalmente en su letra define lo que se entiende por comunicación pública como “Todo acto, ejecutado por cualquier medio o procedimiento que sirva para difundir los signos, las palabras, los sonidos, las imágenes, actualmente conocido o que se conozca en el futuro, por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin distribución previa de ejemplares a cada una de ellas, incluyendo la puesta disposición de la obra al público, de forma tal que los miembros del público puedan acceder a ella desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.”

De acuerdo a Lipzyc, el derecho de reproducción puede extenderse sobre todo o parte del fonograma, puede aplicarse a todas las formas de reproducción (directas, o indirectas “la reproducción “*directa*” se realiza a partir de la matriz, mientras que la indirecta puede efectuarse a partir de un disco o cinta reproducido por medio de un aparato adecuado o tomado de una radiodifusión, de una transmisión por hilo o cable, etc”¹²) y no resulta importante la finalidad de la reproducción para su explotación. Cada reproducción debe ser autorizada singular y expresamente. No es relevante si las copias serán distribuidas o no, lo que se protege es la facultad del titular del derecho de poder hacer estas copias, se protege el derecho de reproducción.¹³

Luego de fijada la interpretación, y la posterior realización de múltiples ejemplares de ella, el productor distribuye los fonogramas.¹⁴

¹² ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Manual para la enseñanza virtual del derecho de autor y los derechos conexos*, Tomo II, (Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones, 2001). p. 138.

¹³ LIPSZYC, Delia. “*La protección de las obras literarias y la política cultural del libro*”. IV Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Guatemala, 1989. pp. 19-47.

¹⁴ FONTAINE Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 16.

1.4. Causa

De acuerdo al artículo 1467 del Código Civil entendemos la causa como el antecedente necesario para que exista una obligación. Es la razón por la que se ha celebrado el contrato.¹⁵

En el caso del productor fonográfico la causa la constituye el compromiso del artista de grabar el o los fonogramas según lo pactado y la autorización o cesión de sus derechos de fijación, reproducción, distribución y comunicación pública.¹⁶ Para el intérprete, en cambio, la causa consiste en la obtención de las grabaciones musicales y en las contraprestaciones económicas que recibirá a cambio de los derechos cedidos o licenciados respecto de las grabaciones elaboradas.¹⁷

1.5. Derechos de las partes

1.5.1. Derechos del productor

Los instrumentos internacionales solo reconocen al productor derechos de carácter patrimonial.¹⁸ Estos son: de reproducción, de distribución y de comunicación pública

El artículo 68 de la LPI, reconoce al productor el derecho exclusivo de autorizar o prohibir: “La reproducción, el arrendamiento, el préstamo y demás utilizaciones de sus fonogramas, incluyendo la distribución al público mediante venta, o cualquier otra transferencia de propiedad del original o de los ejemplares de su fonograma que no hayan sido objeto de una venta u otra transferencia de propiedad autorizada por él o de conformidad con esta ley”.

- Derecho de reproducción

Se refiere a las copias directas —aquellas fijadas a partir de la primera grabación— como a las obtenidas de una copia directa, otra indirecta o de una comunicación pública.¹⁹ Dichas copias pueden ser totales o parciales.

¹⁵ LARROUMET, Christian. *Teoría general del contrato*, (Santa Fe de Bogotá: Temis, 1993). p. 350.

¹⁶ FERNÁNDEZ DE LA FUENTE, *op. cit.*, p. 20.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Manual para la enseñanza virtual del derecho de autor y los derechos conexos*, Tomo II, (Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones, 2001). p. 137.

¹⁹ FERNÁNDEZ DE LA FUENTE, *op. cit.*, p. 12.

El derecho a autorizar o prohibir la reproducción de los fonogramas,²⁰ se encuentra consagrado en el artículo 10 de la Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, así como en el artículo 11 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996, en el artículo 14.2 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio firmado el año 1994 su artículo 14.2.y en el artículo 17.6.1 del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos.

- Derecho de distribución

La distribución puede efectuarse respecto del soporte original o de sus copias, y puede enajenarse mediante, venta, arrendamiento, préstamo o cualquier otra forma. Este derecho se encuentra consagrado en el artículo 12 de Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas.

- Derecho de comunicación pública

El productor goza del derecho de explotar el fonograma a través de la comunicación pública, en su forma tradicional y a través de la puesta a disposición.

Por último, el productor tiene el derecho de autorizar o prohibir la puesta a disposición del público de los 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 momento que elijan. Así lo reconocen los artículos 67 de la Ley de Propiedad Intelectual y 14 del Tratado de la OMPI, y los artículos 17.6.2,4 y 5 del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos.

1.5.2. Derechos del intérprete

Según lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley de Propiedad Intelectual, el intérprete goza del derecho a autorizar o prohibir la difusión de sus producciones. Así también, para la autorización de las explotaciones deben concurrir tanto la voluntad del intérprete como la del productor.

De acuerdo al artículo 66 del mismo cuerpo normativo, la fijación, grabación, reproducción, transmisión, difusión por medios inalámbricos o comunicación al público y la distribución al

²⁰ FERNÁNDEZ DE LA FUENTE, *op. cit.*, p. 12.

público mediante venta o cualquier otro tipo de transferencia de propiedad, “de las interpretaciones y ejecuciones de un artista, se prohíbe sin su autorización expresa, o la de su heredero o cesionario”.

Adicionalmente, el artículo 67 de la LPI, consagra el derecho a autorizar o prohibir la puesta a disposición.

Este derecho exclusivo se encuentra consagrado en los artículos 17.6 y 17.7 del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, así como en los artículos 6, 7, 8, 9 y 10 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas. Por su parte, la Convención de Roma, en su artículo 7 número 1 consagra el derecho para los intérpretes de impedir la radio difusión y comunicación al público sin su autorización, la fijación y reproducción.

- Derecho a remuneración

El intérprete cuenta con el derecho a recibir una remuneración por su interpretación, por su autorización en la fijación sonora y un porcentaje de las regalías producto de su explotación.

- Mención de su nombre

El intérprete tiene el derecho a que su nombre aparezca en el disco o soporte en que sea comercializado el fonograma.²¹ Esta expresión del derecho moral del intérprete se encuentra recogida en el artículo 5 del Tratado de la OMPI.

- Oponerse a la mutilación del fonograma

Los intérpretes tienen derecho a oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación que cause perjuicio a su reputación. Este derecho se encuentra consagrado en el artículo 5 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas.

1.6. Obligaciones de las partes

Si bien el alcance de las obligaciones pactadas dependerá de la voluntad de las partes, existen algunas sin las cuales simplemente no se constituye un contrato de producción fonográfica. Se

²¹ BAJARLÍA, Daniel. “Análisis de los contratos discográficos más usuales: el de producción fonográfica y el de licencia”, en: *Lecciones y ensayos Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires*, N° 87, (2009). p. 125.

trata de obligaciones que, según los conceptos del artículo 1444 Código Civil, son elementos de la esencia del contrato.²²

1.6.1. Obligaciones del productor

- Fijar la interpretación

El productor tiene como primera obligación la de fijar la ejecución de sonidos en un soporte que permita su reproducción para posteriormente poder ser distribuido y comunicado públicamente.

- Asumir costos

El productor es quien asume los costos de fijación, reproducción y distribución del fonograma. Como contrapartida, el intérprete —generalmente— cede sus derechos de explotación sobre el fonograma.

- Remunerar al intérprete

En efecto, el intérprete autoriza al productor para la fijación, reproducción y distribución del fonograma, a cambio de una suma de dinero. Este monto es variable y generalmente se calcula en virtud del rendimiento económico que genere la explotación del fonograma.²³

La remuneración puede consistir en una retribución al artista por la autorización para fijar sus interpretaciones y disponer de ellas en los términos acordados, y/o en el precio por la cesión de derechos.²⁴

La contraprestación económica que recibe el artista es llamada regalía o royalties y refiere a un porcentaje establecido en el contrato, que el productor abonará al intérprete periódicamente. También conocido como derecho fonomecánico, es una regalía porcentual,²⁵ calculada en base

²² FONTAINE Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 19.

²³ *Ibid*, p. 20.

²⁴ *Ibid*, p. 29.

²⁵ ORTIZ, G. *Los contratos en derecho de autor y derechos conexo: El contrato de Inclusión Fonográfica*. Presentación en el 3er Congreso Iberoamericano sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos, Montevideo, Uruguay, 1997. p. 925

a lo que será el precio de venta del fonograma, o lo que se obtendrá por su distribución digital, sincronizaciones,²⁶ etcétera.²⁷

La forma de pago suele ser trimestral o semestral. Es importante mencionar que el intérprete debe presentar los documentos para el cobro del pago de sus regalías,²⁸ y que de los ingresos son descontados los impuestos respectivos. De haber anticipos, estos también deben descontarse. Como su nombre lo adelanta, los anticipos consisten en el pago de un monto de dinero que el productor le otorga al intérprete previo a la percepción de ganancias producto de la explotación de los fonogramas.²⁹

Cuando el contrato ha llegado a su término, el productor debe continuar pagando al intérprete aquellos montos adeudados y todo lo que se devengue con posterioridad al fin del contrato y que tenga su origen en él.³⁰

- Rendir cuenta de los costos

Junto con pagar las regalías pactadas, el productor tiene la obligación de rendir cuentas al intérprete de la explotación de el o los fonogramas.³¹

- Mencionar el nombre del artista en el fonograma

Esta obligación se encuentra consagrada en el artículo 11 de la Convención de Roma, así como en el artículo 66 de la LPI: “El productor de fonogramas, además del título de la obra grabada y el nombre de su autor, deberá mencionar en la etiqueta del disco fonográfico el nombre del intérprete, la marca que lo identifique y el año de publicación”.

²⁶ La Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal de INDECOPI de Perú ha definido la sincronización como “la incorporación de una obra musical (en forma íntegra o parcial), como parte del fondo sonoro de una producción audiovisual de cualquier clase, por ejemplo, de un filme cinematográfico, una telenovela o un mensaje comercial”

²⁷ ORTIZ, J. *Contratos en el derecho de autor*, (Tesis de Postgrado, Universidad de Buenos Aires, 2003). p. 11.

²⁸ FONTAINE Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 34.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibid*, p. 38.

³¹ BAJARLÍA, *op. cit.*, p. 128.

1.6.2. Obligaciones del intérprete

- Exclusividad

Es usual que se incluya en el contrato una cláusula de exclusividad. En su virtud, el intérprete no puede grabar otras interpretaciones o contratar con otros productores durante la vigencia del contrato,³² y/o debe abstenerse de grabar las interpretaciones objeto de los fonogramas con otros productores o para sí, durante un plazo determinado.³³ Se profundizará en este punto más adelante.

1.6. Derechos y obligaciones extras

Fuera de los elementos esenciales, las partes son libres de pactar una gran variedad de cláusulas, por ejemplo, que las obras a interpretarse sean escogidas de común acuerdo entre el intérprete y el productor. Otras exigencias comunes son: que el intérprete ensaye las canciones que serán objeto de fijación y que asista a las grabaciones en los horarios convenidos.³⁴

1.7. Cláusulas usuales

Al igual que en todos los contratos innominados las partes son libres de pactar las cláusulas que estimen convenientes producto de la negociación, sin embargo, existen ciertas cláusulas representativas de este tipo de contratos que suelen no variar en su esencia.

Objeto

Por lo general las partes sintetizan en una cláusula sus derechos y obligaciones, las cuales dicen relación con la obligación del artista de interpretar ciertas obras para que el productor las registre en los determinados soportes, así como la obligación de este de su publicación y de esta forma se establecen expresamente las facultades del productor y su delimitación temporal y espacial.

Suele también establecerse el número de producciones que serán grabadas o qué obras serán interpretadas.

³² *Ibid*, p. 125.

³³ FONTAINE Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 27.

³⁴ BAJARLÍA, *op. cit.*, p. 124.

Regalías y forma de pago

La remuneración consiste en la retribución al artista por la autorización para fijar sus interpretaciones y su posterior explotación. Esta suele calcularse sobre el precio de venta de los fonogramas y se acuerdan distintos porcentajes de remuneración dependiendo la explotación, puede además estipularse un monto fijo adicional. En este apartado se pactan también los plazos y formas de pago.

Anticipos de pago

Esta cláusula dice relación con la posibilidad de que se le entregue al artista un pago previo a que los fonogramas han sido explotados en forma de anticipo, que luego será descontado de los ingresos que recibirá.

Rendición de cuentas

Esta cláusula no es tan común en la praxis aunque parece del todo procedente que el intérprete pueda acceder a la información de los ingresos producto de la explotación del/los fonogramas, una vez pactada suele establecerse la periodicidad de 3 meses para la rendición del balance, así como un plazo para que el intérprete pueda oportunamente objetarlo.

Cesión de derechos

Este contrato suele ser una cesión de derechos que transfiere de por vida al productor la posibilidad de explotación de los fonogramas, sin embargo, puede no pactarse una cesión sino una licencia que delimite esas facultades. En la industria de la música antiguamente y en los Major Labels la práctica de la cesión de derechos es la usual.

Exclusividad

Esta cláusula se encuentra en prácticamente todos los contratos de producción fonograma, sin embargo, no se presume por ley, debe estar expresamente pactada. Esta exclusividad consiste en que el intérprete debe abstenerse de grabar su interpretación objeto del contrato, para sí o terceros y puede además significar abstenerse de grabar cualquier interpretación con otros productores. Se desarrollará más adelante esta cláusula de exclusividad.

Plazo

Como en todo contrato, el tiempo de duración de este es fundamental para saber el alcance de las prestaciones correspondientes, sin embargo, es importante mencionar que cuando se habla del término del contrato, a lo que se le pone fin es a la obligación del intérprete de grabar nuevas obras y la del productor de producir nuevas matrices fonográficas, pero puede subsistir la obligación relacionada con la cláusula de exclusividad, por ejemplo.

Territorio

Esta cláusula también suele estar incorporada en todo tipo de contratos, en el caso de su ausencia se entiende que ésta abarca sólo el territorio del lugar de celebración del contrato, ya que debe interpretarse la voluntad del artista en un sentido restringido de acuerdo a los principios que inspiran la Propiedad Intelectual en orden a proteger a los autores y titulares de derechos conexos.

Costos de producción

El productor es quien tiene la responsabilidad económica de la grabación, se realiza a costa y riesgo de este, pero puede pactarse que superado cierto monto o porcentaje pueda soportar dicha carga el intérprete también.

Condiciones de la grabación

Generalmente existe ambigüedad en esta cláusula o puede no existir, pero se refiere a aquello que deben procurar las partes para el éxito del objeto del contrato. Para el intérprete puede tener que ver con asistir a ensayos o a determinados horarios al estudio de grabación y para el productor contar con los equipos de la calidad convenida.

Propiedad sobre las fijaciones

La propiedad de los fonogramas pertenece al productor de fonogramas, ya que es quien tiene la responsabilidad económica de las fijaciones y este puede disponer libremente de ellas, como lo establece el artículo 68 de la Ley de Propiedad Intelectual, por tanto, no sería una cláusula necesaria, más bien redundante pero suele incluirse en el contrato

Inscripción de derechos

Una posibilidad consiste en pactar cuál de las partes tendrá la obligación de inscribir las obras ya sea en cuanto a su Propiedad Intelectual como en los registros de las sociedades de gestión colectiva.

Exoneración de Responsabilidad

Como en la mayoría de los contratos hoy en día, se establecen cláusulas de exoneración de responsabilidad, en este caso dicen relación con reglas de Propiedad Intelectual como el respeto a la autoría y/o derechos conexos y que la infracción de una parte no perjudique a la otra frente a terceros, y en el caso de así suceder, que la culpable indemnice a la perjudicada, así como se haga cargo de los gastos en los que pueda incurrirse a través de un juicio, por ejemplo.

Domicilio y competencia

Esta cláusula está incorporada al menos tácitamente en todos los contratos, resulta importante sobre todo establecer la competencia ya que hoy en día la mayoría de los sellos discográficos asignan la competencia a jueces árbitros más que a la justicia ordinaria, lo que para contrapartes con escasos recursos puede resultar perjudicial.

CAPÍTULO II: DISPOSICIÓN DEL FONOGRAMA UNA VEZ CONCLUIDO EL CONTRATO

Como señalamos en el capítulo anterior, el artículo 5 de la LPI define al productor del fonograma como la “persona natural o jurídica que toma la iniciativa y tiene la responsabilidad económica de la primera fijación de los sonidos de una ejecución o interpretación u otros sonidos o las representaciones de sonidos”.

Mediante la suscripción de un contrato de producción fonográfica el intérprete autoriza al productor a reproducir, fijar y distribuir su interpretación en fonogramas, a cambio de una remuneración. Con todo, el productor necesitará autorización expresa del intérprete para la fijación del fonograma (artículo 66, LPI).

Por otro lado, de acuerdo al artículo 68 de la misma ley, es el productor quien goza del derecho de prohibir la reproducción, el arrendamiento, el préstamo o demás utilidades de sus fonogramas. El problema es que, de acuerdo al artículo 67 bis de la LPI, el productor comparte este derecho con el intérprete o ejecutante, es decir, ambos deben estar de acuerdo para la explotación del fonograma.

En este punto es necesario preguntarse por la necesidad (o no) de una nueva licencia del intérprete al productor una vez concluido el contrato, con el objetivo de que este último pueda seguir disponiendo del fonograma.

2.1. Vigencia del contrato

El contrato de producción fonográfica puede pactarse de distintos modos: por cantidad de años o por cantidad de ejemplares a producir, o una mezcla de ambos criterios. Suele también pactarse la prórroga automática del contrato si ninguna parte se opone a ello.³⁵

En general, “cuando se habla del término del contrato, a lo que se le pone fin es a la obligación del intérprete de grabar nuevas obras y el productor de producir nuevas matrices fonográficas”³⁶, es decir, se pone término a la etapa de fijación.

³⁵ *Ibid*, p. 129.

³⁶ FONTAINE Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 60.

Sin embargo, existen obligaciones jurídicas para las partes que exceden el vencimiento del contrato, como el pacto de exclusividad para el intérprete si lo hubiera (depende la cantidad de años de su duración).³⁷ En el caso de la cesión de derechos, cuando la transferencia es de por vida no existe un término de la relación jurídica, en la medida que el precio de la cesión se determine por un porcentaje de lo percibido por la explotación del fonograma, por lo que el productor debe seguir pagando las regalías al intérprete.

2.2. Explotaciones

La dimensión patrimonial del derecho de autor y de los derechos conexos se ejerce a través de las explotaciones: “Los derechos patrimoniales son las facultades exclusivas que le permiten al autor controlar los distintos actos de explotación económica de la obra, sea que el autor explote directamente la obra o que, como es lo usual, autorice a terceros a realizarla, y participe en esa explotación obteniendo un beneficio económico”.³⁸

Las formas de explotación no se encuentran taxativamente enumeradas en la ley, solo se señalan a modo enunciativo. La tendencia internacional reconoce al titular del derecho la facultad de explotar su obra —o prestación conexa— por cualquier medio o procedimiento, conocido o por conocerse.³⁹ Esta facultad de autorizar o prohibir el uso de una obra o prestación conexa tiene distintas denominaciones. En la doctrina se conoce como derecho de disfrute económico, derecho de utilización o derecho patrimonial. Este último concepto es el adoptado por la legislación chilena.⁴⁰

Este derecho patrimonial es exclusivo, ya que puede ser ejercido solo por su titular; es oponible a todos; y su contenido es ilimitado, pues puede ejercerse por cualquier forma o procedimiento de explotación. Dadas estas características, las excepciones al ejercicio de este derecho deben interpretarse de manera restrictiva. La limitación no debe afectar la normal explotación ni causar un perjuicio injustificado a los titulares de aquellos derechos (conexos en este caso). Así lo establece el artículo 9,2 de la Convenio de Berna y el artículo 13 del Acuerdo sobre los Aspectos

³⁷ *Ibid*, p. 60.

³⁸ VEGA JARAMILLO, A. *Manual de derecho de autor*, (Bogotá: Alcaldía Mayor de Bogotá, 2003). p. 35. Para efectos de este trabajo resultan relevantes las prestaciones conexas, el concepto de obra se encuentra empleado como análogo de estas solo en los casos de citas textuales.

³⁹ ANTEQUERA PARILLI, Tomo I, 2001, *op. cit.*, p. 155.

⁴⁰ *Ibidem*.

de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio. Además, el derecho es cedible por acto entre vivos, en cuyo caso el titular puede limitar temporal y espacialmente el ámbito de la cesión del derecho.

Las explotaciones se rigen por el principio *in dubio pro auctor*; se reconoce una protección preferente al titular del derecho de autor o derecho conexo,⁴¹ y los contratos sobre derechos de explotación son del tipo *intuitu personae*. Además, las formas de explotación del derecho patrimonial son independientes entre sí, por lo que si se autoriza una determinada modalidad de explotación, no implica la autorización para otra forma de uso.

La autorización de uso de una obra o prestación conexas implica una presunción de onerosidad, es decir, que el titular de la obra o prestación conexas tiene derecho a obtener una remuneración.⁴²

De esta forma, y en virtud de la independencia de los modos de explotación y el principio de interpretación restrictiva de los contratos, en caso de querer pactarse la exclusividad en el uso autorizado esta debe quedar expresamente consignada.

Por último, cabe mencionar que los contratos de explotación suelen contar por escrito, aunque no es un requisito. Se entiende como una formalidad convencional que es recomendable para efectos de la prueba en caso de controversias.

Dentro de las modalidades de explotaciones, las más comunes las constituyen el derecho de reproducción, distribución, comunicación pública y reproducción.

2.3. Licencias

Por regla general, cada vez que se quiera utilizar una obra o contribución conexas, de cualquier forma, deberá pedirse permiso al titular de dicho derecho,⁴³ so pena de incurrir en una infracción, excepto en los casos que explícita y taxativamente se encuentran contemplados en la ley.

El consentimiento del titular del derecho se llama autorización o licencia y debe recaer sobre el uso específico que será autorizado, el plazo y si este será remunerado o no de acuerdo al artículo 20 de la LPI.

⁴¹ VEGA JARAMILLO, *op. cit.*, p. 37.

⁴² VEGA JARAMILLO, *op. cit.*, p. 36.

⁴³ Ministerio de la Cultura, las Artes y el Patrimonio, Gobierno de Chile. *Guía de derechos de autor, la protección a la creación*, 2020. p.16.

En el caso del contrato de producción fonográfica, el intérprete autoriza al productor a fijar su interpretación, a reproducirla, distribuirla y comunicarla públicamente. Esta autorización puede estar delimitada espacial y temporalmente. Una licencia no implica un cambio en la titularidad del derecho, solo otorga a un tercero un permiso para la utilización de la obra o prestación conexas,⁴⁴ en este caso el fonograma.

En efecto, la licencia constituye un “permiso otorgado por el titular del derecho a un tercero, para utilizar una obra, prestación artística o contribución conexas de alguno de los modos y por alguno de los medios que la ley establece”.⁴⁵ Se denomina licenciante al titular de la propiedad intelectual que otorga una licencia y licenciado a quien se autoriza la explotación.⁴⁶

Esta autorización debe ser previa a la explotación y expresa, aunque no exige ninguna solemnidad.⁴⁷ Puede otorgarse una licencia ya sea por un fonograma o un conjunto de ellos, constituyentes o no de un álbum.⁴⁸

Los contratos de licencia comienzan con una declaración jurada que explicita que se cuenta con los derechos y autorizaciones necesarias para concederse.

El intérprete autoriza al productor a fijar los sonidos y su posterior explotación. La titularidad que le corresponde a cada parte recae sobre objetos diferentes, para el intérprete será sobre su interpretación y para el productor sobre el fonograma. En efecto, el titular del fonograma es el productor de acuerdo a lo señalado por el artículo 68 de la LPI, por lo tanto, como dueño de este podrá explotarlo.

Las partes adquieren derechos sobre las explotaciones en virtud de la ley y del contrato. En términos legales, les es aplicable el artículo 67 de la Ley de Propiedad Intelectual; y, en términos contractuales, pueden establecer condiciones como, por ejemplo, que el intérprete sea parte de las ganancias que se generen por la explotación del fonograma.

⁴⁴ *Ibid*, p. 70.

⁴⁵ *Ibid*, p. 73.

⁴⁶ ANTEQUERA PARILLI, Tomo I, 2001, *op. cit.*, p. 261.

⁴⁷ ARIAS, C., Monroy, C., Rojas, X. y Sáenz, J. *El derecho de autor: Derechos conexos en la industria de la música*, 1era edición, (Bogotá: Dirección Nacional de Derecho de Autor, Año). p. 37.

⁴⁸ Con álbum nos referimos a una publicación que contenga más de un fonograma, independiente de su formato o duración.

En este sentido, la licencia puede otorgarse pura y simplemente o estar sujeta a condiciones, como una limitación temporal (si nada dice se entiende esta permanente). Si bien el artículo 20 de la LPI establece que debe fijarse un plazo para las autorizaciones de uso, en el caso del fonograma, el plazo no es un elemento de la esencia del contrato, sino de la naturaleza, por lo que se podría prescindir de él.

Lo relevante, por lo tanto, no es la fecha de término del contrato de producción fonográfica, ya que una vez concluido, existen relaciones jurídicas que persisten, por ejemplo, si el productor sigue explotando el fonograma tendrá que seguir remunerando al intérprete. Así lo reconoció el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, en sentencia de 7 de mayo de 2009, al resolver el caso Omar Gelles Suárez vs. Emi Music S.A. señalando que se considera violatoria la cláusula octava del contrato por establecer que la remuneración que recibirá el intérprete procederá solo durante la vigencia del contrato, cuando producto de la cesión de derechos la explotación excedería aquel plazo.

2.4. Conclusiones preliminares

En principio, entonces, el plazo por el cual el productor se encuentra autorizado para la explotación del fonograma es indefinido desde que se suscribe el contrato, salvo que se hayan pactado condiciones que lo limiten temporalmente. Solo en este segundo escenario, se necesitará una nueva licencia de autorización para continuar la explotación del fonograma una vez terminado el contrato de producción. Sin embargo, y aún a falta de autorización al productor, el intérprete no podrá explotar el fonograma ya que no es dueño de este.

El mero término del contrato no acarrea el fin de la licencia que permite al productor seguir explotando el fonograma. Del mismo modo, las condiciones que fueron pactadas —por ejemplo, regalías del intérprete— se mantendrían aún después del término del contrato.

Por lo tanto, salvo que se fijaren plazos extintivos, una vez extinguida la convención, no se requiere una nueva licencia de explotación debido a que el titular del fonograma es el productor fonográfico.

CAPÍTULO III: CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDAD

En los contratos de producción fonográfica, las partes voluntariamente pueden incluir una cláusula de exclusividad. Esto implica que el intérprete debe abstenerse de grabar su interpretación objeto del contrato, para sí o terceros, reservando exclusivamente al productor la reproducción de dichas interpretaciones. Se trata de impedir que el intérprete grave cualquier actuación con otros productores o que vuelva a fijar las mismas interpretaciones objeto del fonograma para sí o un tercero.⁴⁹ De acuerdo a lo que designen las partes, esta exclusividad puede implicar también la de distribuir, publicar, comunicar y vender, por un determinado período de tiempo y espacio.

Esta cláusula es distintiva de este tipo de contratos, pues al productor le interesa eliminar la competencia en el negocio;⁵⁰ sin embargo, esta no se presume y debe pactarse expresamente.⁵¹

Es problemático el tiempo de duración de esta exclusividad ya que beneficia solo al productor. Generalmente dura diez años luego de finalizado el contrato, pero esto puede variar, incluso puede ser perpetua. Mientras menor sea el tiempo, menos perjudica al artista. Inevitablemente, la definición del tiempo tendrá que ver con el estado de necesidad en el que se encuentre el intérprete y, por consiguiente, con el poder que tiene el productor al momento de la negociación.

En relación con el territorio, las partes pueden pactar una exclusividad limitada o ilimitada. Si nada se dice, se entiende circunscrita al territorio del lugar de celebración del contrato debido a que se interpreta la voluntad del artista en un sentido restringido, en relación a las normas de Propiedad Intelectual establecidas para proteger a los titulares de los derechos conexos.⁵²

La cláusula de exclusividad envuelve una obligación de no hacer por parte del intérprete consistente en la abstención de grabar o contratar con otros productores en un determinado plazo. Las obligaciones de no hacer son aquellas en las que el deudor se obliga a no realizar una determinada conducta y requieren, por tanto, de una abstención. Estas obligaciones implican una limitación a la libertad de actuar de una persona, pues se priva al deudor de su legítimo

⁴⁹ BAJARLÍA, *op. cit.*, p. 129.

⁵⁰ FONTAINE Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 27.

⁵¹ *Ibidem.*

⁵² *Ibid*, p. 28.

derecho para hacer ciertas cosas que, de no mediar la obligación negativa, podría llevar a cabo.⁵³ Por lo tanto, deberá resolverse si las cláusulas de exclusividad, en tanto obligaciones de no hacer, resultan aplicables en nuestro derecho.

3.1. Legitimidad

El contrato de producción fonográfica es un acto jurídico regido por el principio de la autonomía de la voluntad consagrada en los artículos 12, 1.545 y 1.560 de nuestro Código Civil. Entendemos la autonomía de la voluntad como un poder de autorregulación otorgado por el ordenamiento jurídico, es “la facultad o poder que la ley reconoce a los particulares para regular sus intereses, actuando según su propio juicio y responsabilizándose por las consecuencias de su comportamiento, sean éstas ventajosas u onerosas”.⁵⁴

Con todo, este principio tiene limitaciones. El ordenamiento interviene, y lo limita, para evitar situaciones objetivas que no garanticen un libre intercambio o por la necesidad de obtener ciertos fines públicos.

Cuando los actos libres de las partes excedan las limitaciones establecidas por el ordenamiento jurídico para que estos sean eficaces, los llamaremos actos ilegítimos. Son actos ilegítimos: la transgresión de la autonomía de la voluntad de otro, la vulneración al orden público y el incumplimiento de los requisitos establecidos por la ley para otorgarle valor jurídico al acto (voluntad, objeto y causa lícita, formalidades).⁵⁵

A continuación, se analiza la legitimidad de la cláusula de exclusividad —como obligación de no hacer— que operaría como *causa* para el productor fonográfico, es decir, como una de las razones para contratar.

De acuerdo a las limitaciones que nos impone la ley, corresponde determinar si nos encontramos frente a una causa lícita. Según el artículo 1467 del Código Civil, la causa será ilícita, “cuando es prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público”.

⁵³ ABELIUK MANASEVICH, René. *Las obligaciones*, 6ta edición actualizada, (Santiago: Thomson Reuters, 2014). p. 286.

⁵⁴ VIAL DEL RÍO, Víctor. *Teoría general del acto jurídico*, 5. edición, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003). p. 58.

⁵⁵ *Ibid*, p. 60.

La cláusula de exclusividad no se encuentra prohibida por la ley, pero ¿es contraria al orden público y las buenas costumbres? Para aquello, es necesario adentrarnos en el concepto de la buena fe.

3.2. Buena fe

La buena fe es un principio que inspira nuestro ordenamiento y está consagrado en el artículo 1546 del Código Civil: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”.

Podemos definirla como un estándar jurídico de conducta que “remite a un conjunto de directivas que no han sido expresadas en el acuerdo contractual relativas a la lealtad, honestidad y consideración recíproca que las partes contratantes pueden razonablemente esperar de su comportamiento mutuo, en atención a la especial relación que se ha formado entre ellas en virtud del contrato”.⁵⁶ Este estándar supone un deber de conducta durante todo el *iter* contractual, es decir, “desde el inicio de los tratos preliminares y hasta momentos incluso posteriores a la terminación del contrato”.⁵⁷

Como adelantamos, en el análisis sobre la licitud de la causa debemos revisar si la conducta es prohibida por ley, contraria a las buenas costumbres o al orden público. En principio, no existe una norma que prohíba de manera expresa quebrantar la buena fe.

Es importante señalar que, el artículo 1546 tiene el carácter de norma imperativa, debido a que ordena hacer algo, ejecutar los actos de buena fe.⁵⁸ Esta imperatividad le otorga el carácter de una *norma de orden público*, esto significa que es indisponible e irrenunciable, no puede ser alterada por la voluntad de las partes.⁵⁹ Las normas de orden público son por lo tanto: “todas

⁵⁶ SCHOPF, Adrián. “La buena fe contractual como norma jurídica”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 31, (2018). p. 114.

⁵⁷ Corte Suprema, 29 de diciembre de 2011, Rol N° 1872/2010.

⁵⁸ BOETSCH, Cristián. *La buena fe contractual*, (Santiago: Ediciones UC, 2015). p. 139.

⁵⁹ MAC HALE, Tomás P. “Orden, orden público, y orden público económico”, en: *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile*, vol. 8, N° 8, (1968).

aquellas disposiciones establecidas en forma imperativa por el legislador en resguardo del interés superior de la colectividad o de la moral”.⁶⁰

Según explica Boetsch, la contravención de esta norma es sancionada por el artículo 1682 del Código Civil: “Los particulares encuentran en la buena fe (ya sea que se entienda formando parte de las buenas costumbres o del orden público) un límite a su autonomía privada y, por ende, si el contrato va en contra de alguna de estas normas, adolecerá de objeto ilícito (1461) o causa ilícita (1467) según el caso, lo que acarreará su nulidad absoluta (1682)”.⁶¹

De esta manera, si un determinado acuerdo de las partes quebranta el principio de buena fe, estaríamos en presencia de una cláusula ilegítima.

Para afirmar la legitimidad —o ilegitimidad— de la cláusula de exclusividad, es necesario, entonces, determinar si esta quebranta o no el principio de la buena fe.

Para ello, basaremos el análisis en los *Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*. En virtud de ellos, una parte del contrato puede demandar, adaptar o anular —el contrato o una de sus cláusulas— cuando estas signifiquen una ventaja excesiva para una de las partes en la medida que quebrantan la buena fe.⁶²

3.3. Cláusulas abusivas

Aludiendo a la terminología empleada en el campo del Derecho de Consumo, algunos autores denominan estas cláusulas —que quebrantan la buena fe— como cláusulas abusivas. Las cláusulas abusivas se encuentran reguladas en la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores. En el artículo 16, letra g, la ley señala: “No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que: [...] g) En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato”.

⁶⁰ BUSSO, citado por Aseff, Lucía. *La noción de orden público: Entre la tópicica jurídica y el análisis crítico del discurso*. Presentación en XVII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social, Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, 2003. p. 3.

⁶¹ BOETSCH, *op. cit.*, p. 140.

⁶² EYZAGUIRRE BAEZA, Cristóbal y RODRÍGUEZ DIEZ, Javier. “Expansión y límites de la buena fe objetiva - a propósito del proyecto de principios latinoamericanos de derecho de los contratos”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 21, (2013).

A juicio de Barahona, este concepto excede al campo del Derecho de Consumo, ya que este tipo de cláusulas estaría presente en cualquier escenario en que exista “una desproporción de fuerza-influencia entre los contratantes, lo que permite a uno imponer condiciones de contratación al otro, que por razones variadas, pero por lo general asociadas a una inferioridad económica, no está en condiciones de rechazar”.⁶³

Independiente de la nomenclatura, lo cierto es que existe una situación jurídica que se encuentra contemplada en los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. El instrumento presenta los elementos para determinar el carácter excesivo de la ventaja y los efectos de la excesiva desproporción; en el artículo 37. 2 se señala: “Para calificar esa ventaja se deben tomar en cuenta todas las circunstancias, especialmente la dependencia de la parte que sufre el perjuicio, las extraordinarias dificultades económicas que la aquejan, la apremiante urgencia de sus necesidades, su ignorancia o falta de experiencia. Igualmente, deberá considerarse la relación de confianza existente entre las partes y la naturaleza y finalidad del contrato”.

Como explica Guerrero, “las expectativas que sean razonablemente esperables de la conducta de la contraparte dependerán de variables como la libertad y poder de negociación que ambas partes tuvieron al momento de configurar el contenido del contrato, la facultad de las partes de consentir en el otorgamiento del contrato, la duración del contrato, la periodicidad de las prestaciones debidas en virtud del contrato y la naturaleza de las obligaciones que de él emanen, tales como obligaciones con un eminente contenido ético o aquellas que versen sobre prestaciones efectuadas por profesionales”.⁶⁴

Por lo tanto, resulta importante analizar la situación específica en la que nos encontramos, pues para determinar la legitimada de una cláusula de exclusividad, será necesario atender a las circunstancias particulares. En los contratos de producción fonográfica los criterios a considerar son: el tiempo de duración de la exclusividad, el ámbito de la exclusividad, la información con la que contó el intérprete y el poder de negociación que tenía cada parte al momento de la celebración del contrato, específicamente, las posibilidades existentes en el mercado para que el intérprete pudiese fijar sus actuaciones, por sí o a través de otros, es decir, todos aquellos

⁶³ BARAONA GONZÁLEZ, Jorge. “La nulidad de las cláusulas abusivas en la Ley N° 19.496: Naturaleza y régimen”, en: *Cuadernos de Análisis Jurídico, Colección Derecho Privado*, N° 8, 2014. pp. 232-233.

⁶⁴ GUERRERO, Matías. *La función correctiva de la buena fe: El caso de la letra g) del artículo 16 de la ley 19.496*, (Tesis para optar por el grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, 2019). p. 17.

indicadores que permitan establecer el grado de asimetría existentes entre las partes al momento de la contratación y la posición en que la convención dejó a los contratantes.

Según Guerrero no existirían impedimentos para que, ante una manifiesta contravención al principio de buena fe, los tribunales puedan revisar el contenido del contrato, aplicándose por analogía las reglas del Derecho del Consumo en concordancia con lo que establecen los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos respecto al rol del juez en la corrección de contenido.⁶⁵

Esto significa que los tribunales podrían modificar el contenido del contrato en caso de que este contenga una cláusula de exclusividad que no se ajusta a las legítimas expectativas que de acuerdo con “el estándar del contratante leal y honesto, las partes debieron haber tenido al momento de perfeccionar el contrato”.⁶⁶

Los tribunales, sin embargo, han fallado en otra dirección. Con el argumento de que no existe una norma genérica que permita al juez corregir el contrato recurriendo a la buena fe —pues la única norma existente en ese sentido está en la Ley de Protección del Consumidor— y amprándose en el principio de la fuerza obligatoria de los contratos, los tribunales se han negado a la posibilidad de corrección del contrato.⁶⁷

3.4. Acuerdos de exclusividad

En el área del Derecho Económico, la idea de velar por el interés público —como la de buena fe en el Derecho de Consumo— permite limitar lo pactado por las partes. En este caso el bien jurídico protegido es la libre competencia. Aunque el contenido de este concepto no está exento de debate —si consiste en la eficiencia en la competencia, el bienestar de los consumidores o la libertad para acceder y salir del mercado⁶⁸— lo que está claro es que el bien jurídico protegido es de interés público y, en consecuencia, como ha sido estudiado, no se puede disponer de este.

⁶⁵ GUERRERO, *op. cit.*, p. 11.

⁶⁶ *Ibid*, p. 11.

⁶⁷ EYZAGUIRRE BAEZA y RODRÍGUEZ DIEZ, *op. cit.*, p. 192.

⁶⁸ GONZÁLEZ DIEZ, Javier. *En búsqueda del bien jurídico protegido en la legislación chilena de defensa de la libre competencia*, (Tesis para optar por el grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, 2020). p. 65.

Se verá afectada la libre competencia cuando una parte detente una posición dominante de mercado y haga abuso de esta.⁶⁹ Así, la posición dominante o poder de mercado podemos entenderla como “la capacidad de una empresa para actuar independientemente de sus competidores, clientes y proveedores. Esto le permite influir en el mercado de manera significativa, ya sea mediante el control de los precios, la limitación de la oferta o la exclusión de competidores”⁷⁰. La jurisprudencia, ha establecido que el poder de mercado dice relación con todo aquello que sea suficiente para determinar los precios, cantidades, calidad y condiciones de venta o compra de ciertos bienes o servicios.⁷¹

Las típicas manifestaciones de poder de mercado son: precios monopólicos, precios predatorios, discriminaciones arbitrarias monopólicas, imposición de contratos atados, asignación de zonas y cuotas de mercado, negativa de contratar, etcétera. Los acuerdos de exclusividad también pueden ser una manifestación de un abuso de posición dominante, en ese caso, los entendemos como “todo acto o contrato que vincula a un vendedor con un comprador en que, a través de amenazas, obligaciones o incentivos, se induce a este último a adquirir del vendedor todo o gran parte de los productos objeto del contrato o se le restringe la posibilidad de comprar y/o comercializar productos que compitan con los del vendedor”.⁷²

Existen diversos tipos de acuerdos de exclusividad, en el caso en análisis, el intérprete (comprador) se vería obligado a pactar solo con un determinado productor fonográfico (vendedor), por un período de tiempo. Este acuerdo sería uno de carácter pactado, total y expreso.⁷³

A la luz de la libre competencia los acuerdos de exclusividad resultan problemáticos, pues afectan el libre funcionamiento del mercado al impedir que otros vendedores (o los nuevos entrantes) puedan comercializar sus productos a un comprador determinado;⁷⁴ tienen el potencial de ser anticompetitivos y de limitar la rivalidad que de otro modo se produciría entre

⁶⁹ LEMA, Cristóbal. *Acuerdos de exclusividad y libre competencia análisis de la competitividad de una conducta*, (Tesis para optar por el grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, 2018). p. 23.

⁷⁰ ORTIZ BLANCO, Luis. *Abuso de posición de dominio: un análisis económico*, (Civitas, 2006). p. 31.

⁷¹ VALDÉS, Domingo. “Recomendación de un competidor en desmedro de otro”, en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 29, N°3, (2002).

⁷² LEMA, *op. cit.*, p. 19.

⁷³ *Ibid*, p. 21.

⁷⁴ *Ibid*, p. 47.

productos. Por lo tanto, estos acuerdos pueden calificarse como conductas exclusorias, es decir, prácticas a través de las que “las empresas intentan excluir a un rival, por formas diferentes a tener costos más bajos”.⁷⁵

Con todo, en el análisis de la exclusión anticompetitiva, el factor de los acuerdos de exclusividad debe ser considerado junto con otros que deben concurrir para que la exclusión anticompetitiva pueda verificarse, como la concentración del mercado, la cobertura sustancial de los acuerdos de exclusividad y la existencia de barreras a la entrada en el mercado o la ausencia de mecanismos alternativos de distribución. Algunos criterios que inciden en la probabilidad y magnitud de este daño anticompetitivo, son: el nivel de la relación comercial, la duración y posibilidad de término de los acuerdos, las consecuencias del término, y el poder de mercado del vendedor exclusivo.⁷⁶ Por último, en el análisis deben considerarse las circunstancias y condiciones del caso concreto y sí el acuerdo fue instigado por una de las partes.⁷⁷

3.5. Conclusiones preliminares

La cláusula de exclusividad en el contrato de producción fonográfica no es ilegítima per se. Lo será solo en la medida que signifique una posición de excesiva desventaja para el intérprete respecto del productor, lo que debe determinarse en concordancia con los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos, atendiendo al carácter de las normas de orden público y el rol del principio de la buena fe. Toda vez que las partes “depositan una confianza en su contraparte, en el sentido de que esta se comportara de manera fiel, cooperando para que la realización del negocio sea la más conveniente para ambos. La buena fe va a significar precisamente no defraudar dicha confianza o abusar de ella”.⁷⁸

La buena fe, como principio que limita la autonomía de las partes, encuentra desarrollo legal y doctrinario en el área del Derecho del Consumo, especialmente, a través de la regulación las cláusulas abusivas. En el Derecho Económico, en cambio, el foco está en el interés público y se limita la autonomía de las partes a través de la idea de acuerdos de exclusividad como prácticas exclusorias que afectan la libre competencia. Para determinar si estamos en frente de una

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ *Ibid*, p. 84.

⁷⁷ *Ibid*, p. 86.

⁷⁸ BOETSCH, *op. cit.*, p. 125.

cláusula abusiva o práctica anticompetitiva será necesario atender al caso concreto y a las circunstancias particulares en medio del cuales la convención fue suscrita y a los estándares establecidos por la doctrina y legislación para su evaluación.

Vale la pena mencionar que el rol de la buena fe no ha estado exento de controversia en la doctrina,⁷⁹ principalmente por su función como medio de corrección y control del contenido contractual a cargo de los tribunales de justicia.

⁷⁹ GUERRERO, *op. cit.*, p. 10.

CAPÍTULO IV: LEGITIMIDAD DE LA CESIÓN DE DERECHOS CONEXOS DE COMUNICACIÓN PÚBLICA DEL FONOGRAMA

Existen diversas formas de explotación y los porcentajes de cesión pueden ser diversos. De acuerdo a lo que establece el artículo 17 de la LPI, pueden cederse todos o algunos de los derechos, total o parcialmente.

Un tipo específico de explotación la constituye la comunicación pública. En el artículo 67 de la LPI, el legislador establece la retribución que obtendrán los titulares de los derechos conexos para los fonogramas; corresponderá un 50% para los artistas e intérpretes o ejecutantes y un 50% para el productor fonográfico. De esta forma, si el intérprete cede al productor sus derechos de comunicación pública del fonograma, está cediendo su participación del 50% prevista en el artículo 67. En tal caso, el productor quedaría con el 100% de los derechos.

Es necesario analizar la legitimidad de esta cesión, debido a que el artículo 86 de la LPI declara la irrenunciabilidad de estos derechos patrimoniales.

4.1. Derechos conexos

Con posterioridad a la regulación del derecho de autor, comenzaron a protegerse los derechos conexos o también llamados derechos a fines o vecinos, que si bien no constituyen una creación, tienen vital importancia en la difusión de la obra hacia el público.⁸⁰ Los derechos conexos son bienes inmateriales consistentes en prestaciones.

En este contexto, es necesario distinguir la obra de la prestación. La obra debe cumplir el presupuesto de la originalidad; la prestación, por su parte, “alude a actividades personales, organizativas o técnico-empresariales que contribuyen a la difusión de las obras y de cuyo resultado surgen bienes intelectuales no creativos pero protegibles”,⁸¹ nos referimos a las interpretaciones, a las producciones fonográficas y las emisiones de radiodifusión. Centraremos la atención en las dos primeras.

⁸⁰ ANTEQUERA PARILLI, Tomo II, 2001, *op. cit.*, p. 95.

⁸¹ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Las obras literarias y artísticas como objeto del derecho de autor y su relación con las prestaciones protegidas por los derechos conexos.* p. 8.

La interpretación de una obra, supone la preexistencia de una creación, existiendo una relación de dependencia entre una y otra.⁸² La actuación no es única y, en oposición a la obra, la originalidad no es requisito para su protección.⁸³

Los artistas intérpretes o ejecutantes llevan las obras al conocimiento público a través de su actuación, mientras que los productores de fonogramas “aseguran la permanencia de dicha interpretación a través de la fijación en un soporte apto para ser reproducido”.⁸⁴

4.2. Comunicación pública

La Ley de Propiedad Intelectual define lo que se entiende por comunicación pública en su artículo 5 letra v): “Todo acto, ejecutado por cualquier medio o procedimiento que sirva para difundir los signos, las palabras, los sonidos, las imágenes, actualmente conocido o que se conozca en el futuro, por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin distribución previa de ejemplares a cada una de ellas, incluyendo la puesta disposición de la obra al público, de forma tal que los miembros del público puedan acceder a ella desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.”

Según la definición legal, todo proceso que se necesite para que el público pueda acceder a la obra constituye comunicación pública, basta que tan solo una persona pueda acceder a esta. No importa si las personas se encuentran reunidas o no el mismo lugar, ni es necesaria la previa distribución de ejemplares a las personas para que estas puedan acceder a la obra.⁸⁵

A continuación, se listan las distintas modalidades de comunicación pública existentes:

- Ejecución pública. Alude a los espectáculos en vivo (artículo 11,1 Convenio de Berna), a la proyección o exhibición de obras audiovisuales y a la emisión de cualquier obra por radiodifusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes, esta incluye tanto la transmisión por radio como la televisiva (artículo 11 bis, 2, i Convenio de Berna).
- La transmisión de cualquier obra al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo (artículo 11, 1, ii Convenio de Berna).

⁸² *Ibid*, p. 8.

⁸³ ANTEQUERA PARILLI, Tomo I, 2001, *op. cit.*, p. 85.

⁸⁴ VEGA JARAMILLO, *op. cit.*, p. 59.

⁸⁵ ANTEQUERA PARILLI, Tomo I, 2001, *op. cit.*, p. 167.

- La retransmisión, por cualquier medio y por entidad emisora distinta a la de origen, de la obra radiodifundida o televisada (artículo 11 bis, 1, ii Convenio de Berna).
- La captación, en lugar accesible al público mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra difundida por radio o televisión.
- La presentación y exposición públicas de obras de arte o sus reproducciones.
- El acceso público a bases de datos de computador por medio de telecomunicación, cuando estas incorporen o constituyan obras protegidas.
- La difusión, por cualquier procedimiento que sea, conocido o por conocerse, de los signos, de las palabras, los sonidos o las imágenes.⁸⁶
- La puesta a disposición, la cual se concibe como una forma de comunicación pública no tradicional (artículo 5, LPI). Esta la constituyen transmisiones interactivas⁸⁷ provenientes de plataformas digitales, tan en boga hoy en día en la comercialización de fonogramas.

Dentro de los distintos tipos de explotación, la comunicación pública ha sido la más controversial.⁸⁸ En general, quienes la realizan pretenden eludir la obligación de obtener la debida autorización, sobre todo en lo que respecta a los fonogramas.

El artículo 67 de la LPI antes mencionado, establece que, quien comunique al público los fonogramas deberá otorgar una retribución a los intérpretes y productores, la que debe ser de un 50% para cada uno de ellos. Esto, en concordancia con lo establecido por los instrumentos internacionales. La Convención de Roma, en su artículo 12, establece que cuando un fonograma se utilice para cualquier forma de comunicación pública, el intérprete y ejecutante deberán recibir una remuneración equitativa; a falta de acuerdo entre ellos, la legislación nacional determinará como se efectuará la distribución. En esa línea, el artículo 15 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación y Ejecución o Fonogramas, establece el derecho a una remuneración equitativa para el intérprete y ejecutante y productor. La misma idea se consagra en el artículo 17.7 del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos.

⁸⁶ *Ibid*, p. 168.

⁸⁷ *Ibid*, p. 306.

⁸⁸ *Ibidem*.

4.3. Cesión de derechos

4.3.1. Concepto

La cesión de derechos es una forma de transmisión del derecho patrimonial por acto entre vivos, que puede realizar el autor de una obra o titular de la prestación conexa (o sus derechohabientes o causahabientes).⁸⁹ Suele denominarse como: transmisión del derecho de explotación o de los derechos patrimoniales, explotación de la obra por terceros, transmisión y enajenación de los elementos patrimoniales del derecho de autor o transmisión y los contratos de utilización.⁹⁰

Esta cesión puede definirse como un “contrato en virtud del cual se transfieren todos los derechos patrimoniales de una obra, prestación artística o contribución conexa, a un tercero mediante instrumento público o instrumento privado”.⁹¹ La cesión debe ser inscrita y es de carácter exclusivo y permanente.

4.3.2. Objeto

El objeto de la cesión de derecho es “la facultad de explotar la obra de conformidad con las condiciones de modo, tiempo, lugar y remuneración, contempladas en el contrato”.⁹² Pueden existir tantas variedades de cesión como modalidades de explotación.

4.3.3. Sujeto

Para que se lleve a cabo una cesión de derechos, es necesaria la concurrencia de dos partes: un sujeto titular del derecho (ya sea original o derivado) y otro que se convertirá en titular derivado del derecho que le fue cedido.⁹³ El primero se llama cedente y el segundo cesionario.

4.3.4. Características

La cesión de derechos es un contrato bilateral: el cedente garantiza al cesionario el uso pacífico del derecho que le fue transmitido y el cesionario se obliga a respetar el derecho moral del cedente y a abstenerse de utilizar la obra o prestación conexa en modos en que no ha sido autorizado.⁹⁴ La cesión puede hacerse a título gratuito u oneroso; a falta de estipulación expresa,

⁸⁹ VEGA JARAMILLO, *op. cit.*, p. 52.

⁹⁰ ANTEQUERA PARILLI, Tomo I, 2001, *op. cit.*, p. 213.

⁹¹ Ministerio de la Cultura, las Artes y el Patrimonio, *op. cit.*, p. 73.

⁹² VEGA JARAMILLO, *op. cit.*, p. 53.

⁹³ ANTEQUERA PARILLI, Tomo I, 2001, *op. cit.*, p. 219.

⁹⁴ ANTEQUERA PARILLI, Tomo I, 2001, *op. cit.*, p. 219.

se presume oneroso y puede ser total o parcial, es decir, limitada espacial o temporalmente o a un determinado modo de explotación.

En cuanto a formalidades, el artículo 73 de la LPI exige para que exista la transferencia de los derechos conexos que la cesión se realice mediante instrumento público o privado y se inscriba en el registro del Departamento de Derechos Intelectuales.⁹⁵

Es importante mencionar que los derechos concedidos deben ser expresamente mencionados en el acuerdo, ya que la tendencia jurisprudencial es a interpretar restrictivamente estos contratos.⁹⁶

4.3.5. Efectos

La cesión de derechos transfiere al cesionario el derecho del cedente con las limitaciones espaciales y temporales convenidas y el modo de explotación acordado por las partes. Por otro lado, la cesión obliga al cedente a garantizar al cesionario el goce y ejercicio pacífico de su derecho.

En caso de pactarse expresamente o establecerse en la ley para el caso concreto, surge la obligación del cesionario de remunerar al cedente y el derecho del cesionario de utilizar la obra o prestación conexas según los modos previstos en el acuerdo.⁹⁷

4.4. Irrenunciabilidad

Como se ha mencionado anteriormente la comunicación pública constituye un derecho patrimonial, atributo de los derechos conexos como de los derechos de autor. Una de las características de los derechos patrimoniales es que estos pueden enajenarse, es decir, pueden transferirse total o parcialmente por su titular. Así lo establece la LPI en su artículo 17.

El artículo 86 de la LPI establece que serán irrenunciables los derechos patrimoniales que esta ley otorga a los titulares de los derechos de autor y conexos. La norma destaca los derechos del artículo 67 —la distribución de remuneraciones entre intérpretes y productores— como uno de sus supuestos de aplicación. También se entienden irrenunciables los derechos morales

⁹⁵ CHUBRETOVIC ARNAIZ, Teresita. *Manual de herramientas jurídicas para la gestión cultural*, (Santiago: La Calabaza del Diablo, 2015). p. 151.

⁹⁶ Sentencia de la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal INDECOPI de Perú, 19 de diciembre de 2001, N° 1721/2001.

⁹⁷ ANTEQUERA PARILLI, Tomo I, 2001, *op. cit.*, p. 221.

atribuidos al intérprete, de la misma forma que estos son inalienables, por lo que no pueden cederse.

En nuestro ordenamiento jurídico, la irrenunciabilidad se entiende como una manifestación de la intervención del Estado en tanto garante de ciertos derechos básicos.⁹⁸ Este principio — especialmente desarrollado en el Código del Trabajo— se encuentra consagrado en el artículo 12 de nuestro Código Civil de la siguiente forma: “Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia”. De esta forma, no es posible renunciar a los derechos patrimoniales que la LPI otorga al titular de derechos de autor y conexos, pues tal renuncia se encuentra expresamente prohibida.

Otros casos de derechos explícitamente irrenunciables en la LPI los constituyen: el artículo 50 que, respecto al contrato de edición, señala que la remuneración del editor al titular del derecho no podrá ser menor que un 10% del precio de venta al público de cada ejemplar; el artículo 61, en torno al contrato de representación, establece que la remuneración para el autor o autores, de no haber sido convenida, será “el 10% del total valor de las entradas de cada función, y el día del estreno el 15%”; y, por último, el artículo 62 que establece el porcentaje que se deberá recibir en el caso de que el espectáculo fuese radiodifundido o televisado.

Con todo, es necesario determinar el alcance de la irrenunciabilidad del artículo 67 y resolver si acaso el derecho irrenunciable podría ser cedible.

4.5. Jurisprudencia comparada

La Convención de Roma (artículo 12), el Tratado de la OMPI sobre Interpretación y Ejecución o Fonogramas (artículo 15,) y Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos (el artículo 17.6) señalan que los Estados miembros deberán establecer una remuneración equitativa para productores e intérpretes de fonograma por concepto de comunicación pública y que, en caso de no mediar acuerdo entre ellos respecto a lo equitativo, será el Estado quien establecerá las condiciones de ese reparto.

⁹⁸ LLANOS, Artemio. *La autonomía de la voluntad y sus limitaciones*, (Tesis para optar por el grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, 1994). p. 88.

Será necesario dilucidar, entonces, si el concepto *equitativo* atiende a un criterio de justicia o más bien a una igualdad aritmética. Además, habrá que determinar si se refiere a la relación entre artistas/productores y quienes hacen uso de los fonogramas o la relación entre artista y productor.

El Tribunal Supremo de España, en la sentencia N° 423/1996 de 1 de marzo de 2001, se refiere a que tanto productores como intérpretes deberán recibir una remuneración equitativa por la comunicación pública de los respectivos fonogramas, pero no se pronuncia respecto del alcance de esta.

En fallo de 6 de febrero de 2003, en que se resuelve el asunto C-245/00, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea reconoció que no existen criterios para determinar qué es una remuneración equitativa, pero que esta debe tender a un equilibrio adecuado entre los intereses de artistas, productores y terceros, en referencia al valor de la explotación. En este caso entonces, la idea de lo equitativo atiende a un criterio de justicia conmutativa y la regla será aplicable al vínculo entre artistas/productores y quien explota el fonograma. En la misma sentencia se refiere a que la ley neerlandesa, sin embargo, establece expresamente que la repartición entre productores e intérpretes debe ser igual.

Del mismo modo, el 7 de noviembre de 2006 la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba falló la causa AADI CAPIF ACR vs. DISCO S.A señalando que la remuneración para intérpretes y productores debía ser equitativa, atendiendo a la relación con quien explota el fonograma. A diferencia del caso anterior, en este fallo sí se señalan criterios para la determinación de lo equitativo, por ejemplo, el mayor o menor beneficio que el usuario obtiene de dicha utilización.

Por su parte, la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal de INDECOPI de Perú, en resolución número 0868-2011 de 25 de abril del 2011 señala, en concordancia con los tratados internacionales a los que el país está suscrito, que los productores e intérpretes recibirán una remuneración que, solo en caso de desacuerdo entre las partes, ha de ser igual entre ellos.

Por último, la Corte Constitucional de Colombia en sentencia de 21 de noviembre del 2012 resolviendo la causa C-966/12, señala que es conforme a derecho que los Estados determinen en que proporción se efectuará el reparto, independiente de que su ley nacional establece que será de un 50% para cada parte.

Esta muestra de fallos internacionales nos permite descartar que, de acuerdo a los tratados internacionales anteriormente mencionados, *remuneración equitativa* signifique una igualdad aritmética para el intérprete y productor. Asimismo, la muestra hace referencia a la relación existente entre interprete y productor por un lado, y al vínculo de estos con el tercero que realiza la explotación.

Independiente de la normativa internacional, la ley chilena explícitamente exige que la remuneración sea de un 50% para cada parte. Por ello es que se torna necesario abordar la problemática en torno a la posibilidad de ceder un derecho irrenunciable.

4.6. Técnica legislativa

De acuerdo a las reglas del Derecho Civil, los derechos patrimoniales son cedibles por naturaleza. El artículo 17 de la LPI establece que estos pueden transferirse total o parcialmente por su titular. Sin embargo, por aplicación del principio de especialidad, la norma que primaría sería la del artículo 86 que, como adelantamos, prohíbe la renuncia de ciertos derechos patrimoniales.

Atendiendo a la técnica legislativa empleada en la LPI, al regular los derechos morales, la ley establece expresamente que no pueden enajenarse. Lo mismo sucede en la Constitución Política de la República cuando se hace alusión a los derechos fundamentales, con el Código del Trabajo y con los derechos personalísimos. Estos casos nos permiten afirmar, entonces, que la inalienabilidad no se presume.

4.7. Historia de la ley

En la versión original de la Ley de Propiedad Intelectual no se establece un porcentaje de repartición entre artistas y productores. Sin embargo, el reglamento de la ley señalaba que los productores recibirían el 50% de lo que recibiera el autor.

Luego, en el año 1992, el artículo 67 es modificado en concordancia con los tratados internacionales, y se estipula que los productores e intérpretes recibirán una retribución “equitativa y única”. Se establece que la distribución de este monto se determinará por acuerdo de las partes, sin embargo, a falta de este, un 50% corresponderá para los intérpretes “aun cuando existan porcentaje distintos en los contratos pactados”.

En la publicación del texto, vigente hasta ahora, en vez de usar la expresión “remuneración equitativa”, se señala que a las partes les corresponderá una “retribución” cuya distribución se efectuará en la proporción de un 50% para los intérpretes y un 50% para el productor fonográfico. Luego se establece una relación pormenorizada de las proporciones que deberán recibir los distintos intérpretes o ejecutantes.

4.8. Cesión de derechos irrenunciables

Podrán ser materia de cesión de derechos, todos aquellos que la ley no prohíba ceder.⁹⁹ Un derecho no podrá cederse cuando su objeto sea ilícito, para esta evaluación hay que atender a la cosa y la operación jurídica. En relación a la primera, los derechos conexos, no caben dentro de los supuestos de objeto ilícito del artículo 1464 del Código Civil.¹⁰⁰ En efecto, se trata de una cosa comerciable, que está dentro del tráfico jurídico, no embargada ni litigiosa.

En atención a la operación jurídica la ley establece dos hipótesis en que se configuraría objeto ilícito: atentado contra el orden público y atentado contra las buenas costumbres. El orden público lo constituyen las normas y principios jurídicos —excepcionales en el derecho privado— que establecen un límite a la autonomía de la voluntad y que, por ende, no están a disposición de las partes.

Sin embargo, los límites del orden público no son precisos. Para determinar si estamos en presencia de una de estas limitaciones debemos atender a sí la ley lo señala expresamente o a si la norma cautela un interés general que trasciende a las partes o protege especialmente a una de ellas.

No existe una norma que prohíba la cesión de la remuneración del intérprete por concepto de comunicación pública. Si bien su derecho es irrenunciable, nada le impide cederlo, por ejemplo, al productor fonográfico.

⁹⁹ OSTERLING, Felipe y Freyre, Mario Castillo. *La cesión de derechos*. Disponible en <https://bit.ly/3UCuTva>, p. 10.

¹⁰⁰ Cosas que no están en el comercio; derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona; cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello; especies cuya propiedad se litiga, sin permiso del juez que conoce en el litigio.

4.9. Puesta a disposición

El organismo encargado de la recaudación de los derechos por concepto de comunicación pública es la Sociedad Chilena de Autores e Intérpretes (SCD). Sin embargo, para el caso de la explotación a través de plataformas de uso interactivo —tipo de comunicación pública que se conoce como *puesta a disposición*— esta entidad de gestión colectiva no realiza dicha labor.

El artículo 67 bis se refiere a la puesta a disposición como forma específica de explotación y le atribuye ese derecho exclusivo de autorización o prohibición al productor. La SCD no está facultada legalmente para realizar la recaudación y gestión de esos derechos conexos.

Gran parte del dinero obtenido por la explotación de fonogramas, hoy en día se debe al mercado digital y la entidad de gestión colectiva solo está recaudando por concepto de derechos de autor. Una modificación legislativa permitiría un cambio importante en esta materia.

4.10. Conclusiones preliminares

En principio, los derechos conexos de comunicación pública atribuibles al intérprete o productor son irrenunciables de acuerdo lo establece el artículo 86 de la LPI, pero nada obsta que la remuneración que por concepto de estos se generan, una vez ingresada al respectivo patrimonio, pueda cederse —por contrato— del intérprete al productor superando los porcentajes establecidos en el artículo 67. Esto es posible pues no existe norma expresa de orden público que prohíba la transacción.

En cumplimiento de los tratados internacionales la remuneración recibida por intérpretes y productores debe ser *equitativa*. Respecto a la interpretación de este concepto, los tribunales internacionales han fallado de forma disímil, y lo han entendido como un criterio de justicia conmutativa y de igualdad aritmética. Incluso, han señalado que esta calificación podría atender tanto al vínculo entre artista y productores, como artistas/productores con el tercero que realiza la explotación.

Es importante distinguir entre la comunicación pública (artículo 67), recaudación que realiza la SCD y la puesta a disposición (artículo 67 bis), recaudación que no realiza la entidad de gestión colectiva y puede disponerse libremente.

CONCLUSIONES

El contrato de producción fonográfica es un contrato innominado celebrado de acuerdo a la costumbre del medio artístico. La informalidad producto de la falta de regulación de las partes, sobre todo en la escena independiente debido a la falta de información y de recursos,¹⁰¹ complejizan la solución de controversias en la materia.

Para resolver los conflictos que surjan en la aplicación de estos contratos resulta necesario atender principalmente a la jerarquización de las fuentes del derecho, es decir, el rango constitucional que adoptan los tratados internacionales, y a la relevancia que adquieren las normas de orden público.

En el área de la Propiedad Intelectual, los tratados internacionales uniforman la legislación de los distintos países y, aunque pueden existir distintas interpretaciones de su contenido, la normativa tiende a ser similar en los distintos instrumentos internacionales. Aquellos que se refieren a los contratos de producción fonográfica son principalmente: la Convención de Roma y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas.

Además de los tratados internacionales y la ley nacional, donde la Ley de Propiedad Intelectual resulta fundamental en el estudio del contrato de producción fonográfica, son importantes también los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. El aporte de la jurisprudencia fue también relevante en el análisis de estos conflictos. En este estudio la revisión de fuentes jurisprudenciales se limitó al ámbito internacional, pues no se encontró jurisprudencia nacional en la que se vieran judicializadas estas controversias.

Por último los principios que inspiran y rigen la normativa del derecho privado resultan cruciales tanto para la interpretación, integración como corrección de los contratos de producción fonográfica, estos son: la buena fe, la autonomía de la voluntad, *pacta sunt servanda*, la relatividad de los contratos, interpretación restrictiva de los contratos, presunción de onerosidad

¹⁰¹ FONTAINE Y GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 179.

e independencia de las explotaciones.¹⁰² Todos ellos deben ser aplicados atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso.

A pesar de que existe libertad de las partes para pactar cuestiones accesorias en el contrato de producción fonográfica, aportaría a una equitativa posición entre las partes que la legislación regule explícitamente este tipo de convención.

¹⁰² Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, Tribunal de Arbitramento, Omar Gelles Suárez vs. Emi Music S.A. del 7 de mayo del 2009

BIBLIOGRAFÍA

I. Doctrina

Abeliuk Manasevich, René. *Las obligaciones*, 6ta edición actualizada, (Santiago: Thomson Reuters, 2014).

Antequera Parilli, Ricardo. *Manual para la enseñanza virtual del derecho de autor y los derechos conexos, Tomo I y II* (Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones, 2001).

Antequera Parilli, Ricardo. *Las obras literarias y artísticas como objeto del derecho de autor y su relación con las prestaciones protegidas por los derechos conexos*. Disponible en <https://bit.ly/3KfPMrl>.

Arias, C., Monroy, C., Rojas, X. y Sáenz, J. *El derecho de autor: Derechos conexos en la industria de la música*, 1era edición, (Bogotá: Dirección Nacional de Derecho de Autor).

Arias, Vicente. *Los contratos fonográficos*, (España: Campus Las Musas). Disponible en <https://bit.ly/403WqHa>.

Aseff, Lucía. *La noción de orden público: Entre la tópica jurídica y el análisis crítico del discurso*. Presentación en XVII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social, Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, 2003.

Bajarlía, Daniel. “Análisis de los contratos discográficos más usuales: el de producción fonográfica y el de licencia”, en: *Lecciones y ensayos Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires*, N° 87, (2009). Disponible en <https://bit.ly/414tqQu>.

Baraona González, Jorge. “La nulidad de las cláusulas abusivas en la Ley N° 19.496: Naturaleza y régimen”, en: *Cuadernos de Análisis Jurídico, Colección Derecho Privado*, N° 8, 2014. Disponible en <https://bit.ly/3zY8z60>.

- Boetsch Gillet, Cristián. *La buena fe contractual*, (Santiago: Ediciones UC, 2015).
- Chubretovic Arnaiz, Teresita. *Manual de herramientas jurídicas para la gestión cultural*, (Santiago: La Calabaza del Diablo, 2015).
- Eyzaguirre Baeza, Cristóbal y Rodríguez Diez, Javier. “Expansión y límites de la buena fe objetiva - a propósito del proyecto de principios latinoamericanos de derecho de los contratos”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 21, (2013).
- Fernández De La Fuente, Manuel. *La propiedad intelectual en la música: El contrato fonográfico*, (Tesis para optar por el grado en Derecho y Grado en Administración y Dirección de Empresas, Universidad Pontificia Comillas, 2017). Disponible en <https://bit.ly/43bnU0k>.
- Fontaine, Constanza y Solange González. *Contratos de artistas intérpretes y ejecutantes de obras musicales en el ámbito de la propiedad intelectual*, (Tesis para optar por el grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, 2004). Disponible en <https://bit.ly/436OZSp>.
- Galea, Carolina. *Código de Buenas Prácticas profesionales en la música*, (Santiago: Proyecto Trama, 2016).
- Guerrero, Matías. *La función correctiva de la buena fe: El caso de la letra g) del artículo 16 de la ley 19.496*, (Tesis para optar por el grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, 2019). Disponible en <https://bit.ly/43boScZ>.
- González Diez, Javier. *En búsqueda del bien jurídico protegido en la legislación chilena de defensa de la libre competencia*, (Tesis para optar por el grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, 2020). Disponible en <https://bit.ly/3oh6U8I>.
- Jessen, Henry. *Derechos Intelectuales*, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970).
- Larroumet, Christian. *Teoría general del contrato*, (Santa Fe de Bogotá: Temis, 1993).
- León Hurtado, Avelino. *El Objeto en los Actos Jurídicos*, 2da edición, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1983).

- Lipszyc, Delia. *“La protección de las obras literarias y la política cultural del libro”*. IV Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales. Guatemala, 1989.
- Lipszyc, Delia, 1993. *Derecho de autor y derechos conexos*, (Buenos Aires: UNESCO, 1993).
- Llanos, Artemio. *La autonomía de la voluntad y sus limitaciones*, (Tesis para optar por el grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, 1994). Disponible en <https://bit.ly/3KfW8XO>
- Lema Abarca, Cristóbal. *Acuerdos de exclusividad y libre competencia análisis de la competitividad de una conducta*, (Tesis para optar por el grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, 2018). Disponible en <https://bit.ly/3KyW5Xq>.
- Mac Hale, Tomás P. “Orden, orden público, y orden público económico”, en: *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile*, vol. 8, N° 8, (1968).
- Ministerio de la Cultura, las Artes y el Patrimonio, Gobierno de Chile. 2020. *Guía de derechos de autor, la protección a la creación*.
- Schopf, Adrián. “La buena fe contractual como norma jurídica”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 31, (2018). Disponible en <https://bit.ly/3Mw0DjA>.
- Schuster Vergara, Santiago. *“Derechos de reproducción y transformación de las obras”*. Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina. San José, Costa Rica, 2000
- Ortiz Blanco, Luis. *Abuso de posición de dominio: un análisis económico*, (Civitas, 2006). p. 31.
- Ortiz, G. *Los contratos en derecho de autor y derechos conexo: El contrato de Inclusión Fonográfica*. Presentación en el 3er Congreso Iberoamericano sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos, Montevideo, Uruguay, 1997.

Ortiz, J. *Contratos en el derecho de autor*, (Tesis de Postgrado, Universidad de Buenos Aires, 2003).

Osterling, Felipe y Freyre, Mario Castillo. *La cesión de derechos*. Disponible en <https://bit.ly/3UCuTva>. p. 10.

Valdés, Domingo. “Recomendación de un competidor en desmedro de otro”, en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 29, N°3, (2002).

Vega Jaramillo, A. *Manual de derecho de autor*, (Bogotá: Alcaldía Mayor de Bogotá, 2003).

Vial Del Río, Víctor. *Teoría general del acto jurídico*, 5. edición, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003).

Walker Echenique, Elisa. *Manual de propiedad intelectual*. 1era edición, (Santiago: Thomson Reuters, 2014).

Zapata, Fernando. *El Derecho de Autor y los Derechos conexos. Contenido y ejercicio de los derechos*, (Montevideo: Seminario Nacional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Afines y su observancia, para jueces y fiscales, 2001).

II. Normativa

CHILE. Ministerio de Educación Pública. Ley 17.336 sobre Propiedad Intelectual. Octubre, 1970.

CHILE. Ministerio de Justicia. 2000. DFL 1: Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil: De la Ley N°4.808, sobre Registro Civil, de la Ley N°17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la ley N° 16.618, Ley de Menores, de la Ley N° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la ley N°16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones. Mayo, 2000.

CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2005. Decreto 100. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Septiembre, 2005.

Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio 15 de abril de 1994. Marrakech, Marruecos.

Convenio de Berna, 9 de septiembre de 1886, Berna, Suiza.

Convención de Roma, 26 de octubre de 1961, Roma, Italia.

OMPI. Guía de la Convención de Roma y del Convenio de Fonogramas. Ginebra, Suiza. 1982

Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, 20 de diciembre de 1996, Ginebra. Suiza.

Tratado Libre Comercio Estados Unidos- Chile, 6 de junio de 2003.

III. Jurisprudencia

- Tribunal Supremo de España, 1 de marzo de 2001, N° 423/1996.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, 6 de febrero de 2003, C-245/00.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 7 de noviembre de 2006, AADI CAPIF ACR vs. DISCO S.A.
- Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal de INDECOPI de Perú, 25 de abril del 2011, N° 0868-2011.
- Corte Constitucional de Colombia, 21 de noviembre del 2012, C- 966/12.

IV. Otros

Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Aprobado por la Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado en 2018.