Lecciones y Ensayos, nro. 87, 2009
Bajarlía, Daniel, *Análisis de los contratos discográficos más usuales...*, ps. 111-140

ANÁLISIS DE LOS CONTRATOS DISCOGRÁFICOS MÁS USUALES: EL DE PRODUCCIÓN FONOGRAFICA Y EL DE LICENCIA

DANIEL BAJARLÍA*

Resumen: En este trabajo se analizarán los dos contratos más utilizados en la industria discográfica, el de producción fonográfica y el de licencia. El primero es un híbrido entre la locación de obra y el contrato de edición, mientras que el segundo es una cesión de derechos imperfecta, al igual que las licencias industriales. Ambos tienen características particulares debido a que su objeto es una obra de propiedad intelectual. El análisis teórico y jurídico de estos contratos será combinado con anécdotas reales de la industria musical, que muestran la aplicación práctica de sus cláusulas y de los posibles conflictos de derechos que pueden surgir entre las partes.

Abstract: This article will analyze the two contracts most used in the record industry—the phonograph production contract and the license contract. Phonograph production contracts are an hybrid type between a manufacture contract and an edition contract, while license contracts are an imperfect assignment of rights, as industrial licenses. Both have special features given the fact that their subject matter is an intellectual property work. The theoretical and legal analysis of these contracts will be combined with real anecdotes of the music industry showing the practical application of its provisions and the possible conflict of rights that may arise between parties.

Palabras clave: Contrato de producción fonográfica– Contrato de licencia de fonogramas– Características - Explotación digital.

* Estudiante de Abogacía (UBA) y Periodista (TEA). Agradezco a la cátedra de Contratos de la Dra. Garrido, que me incentivó a escribir este ensayo. Dedico este trabajo a mi abuelo Samuel, a mi familia y a Tamara Hochman.

Keywords: Phonograph production contract – phonograms license contract – Digital exploitation.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las industrias culturales más fuertes de los últimos setenta años es la discográfica. Históricamente, los sellos basaron su negocio en la comercialización de fonogramas –es decir, música grabada- cuyo soporte fue cambiando a través del tiempo, de los discos de pasta hasta el MP3, para el disfrute individual de las personas.

Para llevar a cabo este negocio, es necesario adquirir las grabaciones realizadas por los artistas o intérpretes, ya sea de forma absoluta o relativa. Para eso se utilizan comúnmente dos contratos, el de producción fonográfica –también llamado de grabaciones sonoras- y el de licencia.

En este trabajo se analizarán ambos contratos, que no son más que variantes e híbridos de otros contratos tipo. De hecho, la producción fonográfica es prácticamente una locación de obra y la licencia, una cesión de derechos, pero su objeto, al tratarse de una obra intelectual de múltiple explotación, les otorga ciertas particularidades que hacen necesaria su distinción.

II. CONCEPTO

No hay una definición estandarizada del contrato de producción fonográfica dado su parecido con la locación de obra y el contrato de edición. El primero está definido en el Código Civil, de cuyo art. 1493 se desprende que habrá locación de obra cuando dos partes se obliguen recíprocamente, una a ejecutar una obra y la otra a pagar por ella un precio determinado en dinero. El concepto del segundo está en el art. 37 de la ley de Propiedad Intelectual (Ley 11.723) que establece que “Habrá contrato de edición cuando el titular del derecho de propiedad sobre una obra intelectual se obliga a entregarla a un editor y éste a reproducirla, difundirla y venderla”.

Como se verá más adelante al analizar su naturaleza jurídica, el contrato de producción fonográfica se asemeja mucho al de locación de obra, donde el artista o intérprete representaría al locador que debe realizarla y el productor, que suele ser una compañía discográfica, al dueño.

Con respecto a su parecido con el contrato de edición, a pesar de que la Ley 11.723 expresa que se aplica a cualquier forma de reproducción o

publicación, el contrato de producción fonográfica no se enmarca exactamente en esta definición porque, si bien es obligación del productor reproducir, difundir y vender los fonogramas, éstos, de acuerdo con la mayoría de la doctrina nacional e internacional, no son obras, pues ni el productor ni en muchos casos los intérpretes son los autores de ellas¹. Es pertinente a los fines de este trabajo aclarar que una obra musical consiste en la partitura de la música y en el manuscrito de su lírica, mientras que el fonograma es “la fijación técnica de una interpretación donde [puede intervenir] un autor que es el creador y el artista ejecutante [...] que interpreta la obra. Hay reproducción y no transformación”². El productor tiene análogos derechos y obligaciones a todo editor, en cuanto se encarga de la explotación, pero, a diferencia de éste, él es el propietario de las grabaciones. Esto significa que pueden existir diferentes fonogramas de la misma obra. De ahí la existencia de los llamados *covers* o “versiones”, que son canciones reinterpretadas y regrabadas por otros artistas, ya que la autoría se mantiene intacta a pesar de los arreglos y alteraciones que puedan hacerle a la composición original.

La ley de Nicaragua sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos define este contrato, al que llama de “producción audiovisual” debido a que también incluye a los videogramas, en su art. 75: “Se entiende por contrato de producción audiovisual aquel en virtud del cual los autores de una obra de ese género se obligan frente al productor a aportar a la creación de la obra sus respectivas contribuciones intelectuales mediante la cesión de los derechos de explotación que se estipulen”.

No estamos completamente de acuerdo con esta definición; En primer lugar, porque la grabación del fonograma no es realizada por los autores sino por los intérpretes, aunque ambas calidades recaigan sobre los mismos sujetos. En segundo lugar, la obligación de dar aportes a la obra original no es la única, ya que en la mayoría de los casos se intenta reproducirla tal cual fue concebida, especialmente si los autores son a la vez los intérpretes de las composiciones. Además, la contribución del intérprete a una obra no lo hace autor de ella, por lo que no deben ser confundidos. Asimismo, la redacción de la última parte es poco feliz porque confunde el contrato de producción fonográfica con el de licencia al decir “...mediante la cesión

¹ LIPSZYC, Delia y Villalba, Carlos, *El Derecho de Autor en la Argentina*, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 237.

² SATANOWSKY, Isidro, *Derecho Intelectual*, Buenos Aires, TEA, 1954, T. I, p. 347.

de los derechos de explotación que se estipulen”. El productor en aquel contrato es dueño del fonograma porque su fijación se hace a su costa, mientras que en la licencia sí le son cedidos sus derechos, ya sea de forma absoluta o relativa. Esto no significa que el intérprete no ceda al productor determinados derechos para hacer una explotación más efectiva de sus interpretaciones grabadas, como se verá durante el desarrollo de este trabajo.

En síntesis, el contrato de producción fonográfica es aquel en el cual el artista o intérprete se obliga a interpretar obras musicales para su fijación técnica y entregarlas al productor –que puede ser una persona física o jurídica– a cambio de una retribución en dinero, ya sea una suma determinada o, como sucede en la mayoría de los casos, un porcentaje de las ventas de los fonogramas creados. Su explotación es a cuenta y riesgo del productor.

El contrato de licencia de fonogramas, por su parte, consiste en “ceder a alguien la facultad de explotar de determinada manera uno o más fonogramas que se administran o de los que se es titular”³. De la definición se desprende la principal diferencia con la cesión de derechos: aquí sólo se entrega el derecho a explotar un fonograma en un territorio y de una forma determinados, mas no los derechos del objeto mismo, por lo que su uso es mucho más restringido. Si la transferencia de derechos es completa entonces habrá un contrato de cesión y no de licencia.

Las partes en la licencia son el licenciante y el licenciado. El primero es el propietario de los fonogramas, generalmente el productor o el sello, aunque también pueden ser los intérpretes que quieren explotar su creación –por lo que necesitan de una compañía discográfica para su difusión, distribución y venta–, pero que no están dispuestos a ceder la propiedad de sus fonogramas. El licenciado es quien está autorizado a explotar los fonogramas durante un período determinado en un territorio y soporte expresamente individualizados.

III. NATURALEZA JURÍDICA

Si bien se asimila el contrato de producción fonográfica al de edición porque la Ley 11.723 aclara que éste “se aplica cualquiera sea la forma o

³ MÁSPERO, Pablo, *Aspectos Legales de la Industria Discográfica*, dossier de capacitación organizado por CAPIF y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2005, p. 4.

sistema de reproducción o publicación”, porque las obligaciones de las partes son casi las mismas y porque incluye a los fonogramas entre los objetos que protege⁴, en realidad se rige básicamente por las disposiciones de la locación de obra. Su obligación principal es de resultado, es decir, la fijación de una interpretación y la entrega de los correspondientes fonogramas, que son obras inmateriales de acuerdo al concepto de “obra” del Derecho Civil, que Roque Garrido y Jorge Zago definen como “todo resultado a producir por la actividad o por el trabajo”⁵. No obstante, los intérpretes tienen derechos de carácter moral y patrimonial que el productor debe respetar. Entre los primeros se encuentran el no divulgar una interpretación si el intérprete se opone porque podría ocasionarle un perjuicio y el derecho del artista a ser asociado con su actuación, por ejemplo, poniendo su nombre en la tapa del álbum. Los últimos, por su parte, consisten en recibir una retribución por la fijación de sus interpretaciones y por la utilización de fonogramas en la radiodifusión y la comunicación al público (son las llamadas “utilizaciones secundarias”), tal como lo establece el primer párrafo del artículo 56 de la Ley de Propiedad Intelectual⁶.

El parecido de este contrato con el de edición radica en que las obligaciones y derechos de las partes son prácticamente los mismos, además de que su objeto está tutelado por la Ley 11.723. Sin embargo, no podría considerárselo como tal principalmente porque una de sus partes no es el autor o el titular de los derechos de la obra, sino el intérprete, que se limita

⁴ “Art. 1º. — A los efectos de la presente Ley, las obras científicas, literarias y artísticas comprenden los escritos de toda naturaleza y extensión, entre ellos los programas de computación fuente y objeto; las compilaciones de datos o de otros materiales; las obras dramáticas, composiciones musicales, dramático-musicales; las cinematográficas, coreográficas y pantomímicas; las obras de dibujo, pintura, escultura, arquitectura; modelos y obras de arte o ciencia aplicadas al comercio o a la industria; los impresos, planos y mapas; los plásticos, fotografías, grabados y *fonogramas*, en fin, toda producción científica, literaria, artística o didáctica sea cual fuere el procedimiento de reproducción”.

⁵ GARRIDO, Roque y ZAGO, Jorge, *Contratos civiles y comerciales*, Universidad, Buenos Aires, 2006, tomo II, p. 349. Es necesario aclarar que para el Derecho de Autor la interpretación no constituye una obra.

⁶ “Art. 56: El intérprete de una obra literaria o musical, tiene el derecho de exigir una retribución por su interpretación difundida o retransmitida mediante la radiotelefonía, la televisión, o bien grabada o impresa sobre disco, película, cinta, hilo o cualquier otra sustancia o cuerpo apto para la reproducción sonora o visual. No llegándose a un acuerdo, el monto de la retribución quedará establecido en juicio sumario por la autoridad judicial competente”.

a ejecutarla, a pesar de que la calidad de autor y ejecutante pueden recaer sobre el mismo sujeto. Si bien su trabajo requiere del conocimiento de la obra y la técnica, su aporte no es tutelado por el régimen del derecho de autor. En efecto, los derechos de los intérpretes se encuadran dentro de los denominados derechos conexos, al igual que los de los productores y organismos de radiodifusión, que protegen a aquellos sujetos que intervienen en la ejecución e interpretación de la obra, es decir, a quienes están “en conexión” con ella⁷.

De hecho, el contrato existente entre los autores y los productores de fonogramas es el que han suscripto la Sociedad Argentina De Autores y Compositores (SADAIC) y la Cámara Argentina de Productores de Fonogramas y Videogramas (CAPIF), las entidades que los nuclean. Se trata del contrato tipo BIEM-IFPI⁸ en el que los autores autorizan, a través de la entidad de gestión colectiva que los representa, a que cualquier productor pueda grabar sus obras sin carácter de exclusividad. Su razón de ser es que “se considera que en materia de reproducción mecánica, a los creadores les resulta más conveniente que sus obras sean explotadas por todos los productores a través de diversas interpretaciones o ejecuciones, siempre que sometan estas actividades al control de la Sociedad [de autores] y cumplan con sus obligaciones [de pagar una remuneración, mantener incólume la obra, entre otras]. Por ello, todos los productores tienen el mismo derecho a acceder a la totalidad de las obras del repertorio, y si un autor decide que su obra no sea grabada, la prohibición tendrá efectos respecto de todos los productores, con una excepción: que la prohibición se dirija a un productor en particular como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones”⁹. En resumen, el productor en la Argentina no requiere la autorización del autor en forma directa para fijar sus obras sino que es suficiente con que éste lo haya permitido a través de SADAIC, que se encarga, entre otras funciones, de gestionar sus composiciones.

⁷ “Los derechos conexos son institutos que regulan bienes inmateriales (la interpretación, la grabación, la radiodifusión) con contenido económico que pueden ser apropiados por terceros, de lo cual deriva la necesidad de su tutela”. (LIPSYC Delia y VILLALBA, Carlos, *El Derecho de Autor en la Argentina*, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 212).

⁸ El BIEM es la entidad que agrupa a los autores y compositores de todo el mundo, mientras que la IFPI es su análogo pero con respecto a los sellos discográficos, es decir, los productores de fonogramas.

⁹ LIPSYC, Delia, *Derecho de Autor y Derechos Conexos*, Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 2001, pp. 329 y 330.

Tampoco es un contrato de edición porque mientras los autores no ceden al editor la propiedad de su obra, los intérpretes deben entregar al productor los fonogramas porque éstos le pertenecen, sin perjuicio de los derechos que aquellos tienen por su interpretación.

Al igual que la edición, existe un punto en común con el contrato de sociedad porque ambos comparten las ganancias, pero se diferencia de éste porque las pérdidas sólo son asumidas por el productor, quien explota los fonogramas por su cuenta y riesgo y afronta la inversión en publicidad, difusión y distribución, así como la de la fijación de las interpretaciones. Los únicos gastos efectuados por el intérprete son los de los ensayos previos a la grabación y las remuneraciones de los músicos cesionistas que requiera para interpretar las obras, que incluso podrían llegar a ser costeadas por el productor. Además, el intérprete no obtiene ingresos sólo de la venta de los fonogramas sino también de la radiodifusión y la ejecución pública.

El contrato de licencia, por su parte, está regido por las disposiciones del contrato de cesión. Efectivamente, la licencia es una cesión de derechos, los de explotación de ciertos fonogramas que pertenecen al repertorio del licenciante, pero con la salvedad de que no se lleva a cabo una transferencia plena de su dominio, sino que a cambio de una retribución, se permite su difusión, distribución y venta en un territorio, tiempo y soporte determinados. En otras palabras, la licencia es un “permiso” para explotar fonogramas por parte de su titular.

IV. CARACTERES

El contrato de producción fonográfica al estar enmarcado dentro de la locación de obra tiene los siguientes caracteres:

- Es bilateral: porque del contrato nacen obligaciones para ambas partes.
- Es oneroso: la prestación de una de las partes es consecuencia de la realizada por la otra. En este caso, el intérprete recibe una retribución y/o un porcentaje de las ventas por su trabajo.
- Es consensual: pues se perfecciona con el mero consentimiento de las partes. Vale la pena destacar que el artista no sólo está obligado a interpretar las obras para su fijación, sino que también debe realizar ciertas acciones en pos de su promoción.
- Es conmutativo: las partes conocen al celebrar el contrato cuáles son sus derechos y obligaciones y los beneficios que obtendrán.

- Es atípico: este contrato no está expresamente regulado en el ordenamiento jurídico nacional. Sin embargo, posee una tipicidad social, ya que existe un modelo que ha sido adoptado por la mayoría de los productores de la industria discográfica nacional y mundial. Como ya se ha dicho, pertenece al género de las locaciones de obra y se rige en la mayoría de los casos por sus disposiciones. Las particularidades que tiene están dadas por su relación con el contrato de edición por tratarse de derechos conexos o vecinos del de los autores regulados por la Ley de Propiedad Intelectual.
- Es innominado: este contrato a veces ni siquiera es llamado así por las partes que lo celebran, sino que lo denominan directamente “locación de obra” a pesar de sus diferencias.
- Es formal: pero *ad probationem*. Las obligaciones de las partes son numerosas, por lo que se hace necesario que estén claramente individualizadas. Sin embargo, en la práctica hay algunas cláusulas o adendas que se perfeccionan oralmente. Por ejemplo, a veces se requiere de la participación del artista en una determinada acción de marketing que no había sido prevista en el contrato, pero que se puede acordar con un simple llamado telefónico.
- Es comercial: podría considerarse un contrato comercial al igual que el de edición en virtud del art. 7° del Código de Comercio que establece que “si un acto es comercial para una sola de las partes, todos los contrayentes quedan por razón de él, sujetos a la ley mercantil”. Como el productor comercializa los fonogramas la mayor parte de la doctrina considera que se trata de un contrato comercial.
- Es *intuitu personae* en lo que respecta a los intérpretes principales. De ahí que sus derechos sean intransferibles si no están autorizados expresamente por el productor.

El contrato de licencia, al tratarse de una especie de cesión, posee los siguientes caracteres:

- Es bilateral: el contrato genera obligaciones para las dos partes.
- Es oneroso: en virtud de que el licenciado obtiene los derechos para explotar las obras del licenciante a cambio de una retribución que suele ser un porcentaje de las ventas.
- Es consensual: se perfecciona con el mero consentimiento de las partes a pesar de que la obligación principal es de dar, o sea, de entregar los fonogramas objeto del contrato.

- Es conmutativo: las partes conocen *ab initio* sus obligaciones, ventajas y desventajas.
- Es típico y nominado: si bien en la Argentina no está regulado específicamente, su utilización está contemplada en algunas leyes, como en la de Marcas (Ley 22.362), pues este contrato se utiliza en otras industrias, como la del software, pero también es usado por las empresas para transmitir modelos industriales y el *know-how* de determinados procesos. Algunos países, como España y Brasil, lo han regulado en las leyes de patentes y propiedad industrial¹⁰.
- Es formal: se requiere la forma escrita *ad probationem*.
- Es comercial: porque tanto el licenciante como el licenciado se dedican a la explotación de los fonogramas y realizan actos de comercio. De hecho, se considera a la licencia, en todas sus aplicaciones, un contrato de empresa. Cuando el intérprete es el licenciante, la licencia también se enmarca en el Derecho Mercantil por aplicación del art. 7° del Código de Comercio.

V. CAPACIDAD

No hay un régimen de capacidad específico para ninguno de los dos contratos analizados, por lo que se exige la capacidad genérica, es decir, los sujetos no deben estar dentro de los supuestos del art. 1160 del Código Civil¹¹. Es muy común que en la producción fonográfica alguno de los intérpretes sea incapaz, por lo que en ese caso el contrato deberá ser firmado por sus padres o tutores.

¹⁰ En España se encuentra en la Ley de Patentes 11 y en Brasil en la Ley 9.279, Ley de la Propiedad Industrial.

¹¹ Art. 1160: “No pueden contratar los incapaces por incapacidad absoluta, ni los incapaces por incapacidad relativa en los casos en que les es expresamente prohibido, ni los que están excluidos de poderlo hacer con personas determinadas, o respecto de cosas especiales, ni aquellos a quienes les fuese prohibido en las disposiciones relativas a cada uno de los contratos, ni los religiosos profesos de uno y otro sexo, sino cuando comprasen bienes muebles a dinero de contado, o contratasen por sus conventos; ni los comerciantes fallidos sobre bienes que correspondan a la masa del concurso, si no estipularen concordatos con sus acreedores”.

VI. ELEMENTOS ESENCIALES Y PARTICULARES

1. Consentimiento y causa-fin

Tanto en el contrato de producción fonográfica como en el de licencia, el libre consentimiento de las partes es un requisito esencial. En el caso particular del primero, en coincidencia con la locación de obra, éste se concreta con “la finalidad de *realizar, conforme a las reglas del arte, una obra determinada*”¹². Esto significa que “*la causa-fin específica es sujetar la realización de la obra a las reglas del arte, cuyo conocimiento previo no puede ignorarse por las partes*”¹³.

En el contrato de licencia, en cambio, la causa-fin específica es otorgar al licenciado la autorización para explotar los fonogramas del licenciante en un tiempo, territorio y soporte determinados.

2. Objeto

El objeto en ambos contratos es el mismo: la explotación de fonogramas. El fonograma es, según la Convención de Roma¹⁴, “toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una ejecución o de otros sonidos”, es decir, se trata de un bien inmaterial: el sonido. Este concepto abarca tanto a las interpretaciones de canciones como a los efectos de sonido y voces grabados, sin importar el soporte en el que se fijen, pues éste ha cambiado a través del tiempo.

Es necesario aclarar que el negocio del productor se basa en la venta de fonogramas para uso personal, es decir, para que su adquirente los escuche dentro de su círculo íntimo, por lo que queda excluida su ejecución pública y la radiodifusión¹⁵, cuyas regalías son percibidas por los autores,

¹² GARRIDO, Roque y Zago, Jorge, *Contratos civiles y comerciales*, Universidad, Buenos Aires, 2006, tomo II, p. 357. En bastardilla en el original.

¹³ *Op. Cit.* En bastardilla en el original.

¹⁴ Convención internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión adoptada en 1961. La definición se encuentra en el art. 3.b.

¹⁵ La ley de Derecho de Autor de Panamá establece en el segundo párrafo de su art. 80 que “*La autorización concedida al productor fonográfico [del autor para fijar la interpretación de la obra] no comprende el derecho de ejecución pública de la obra contenida en el fonograma. El productor deberá hacer esa reserva en la etiqueta adherida al disco, dispositivo o mecanismo en que se reproduzca el fonograma*”.

intérpretes y productores por otra vía. De hecho, los órganos de radiodifusión y los locales que ponen música incidental o para bailar son quienes deben pagar a las entidades de gestión colectiva una suma determinada por la reproducción pública de los fonogramas. Esto ya había sido establecido por la jurisprudencia antes de la sanción de la Ley 11.723 en el caso “Corsini y otros” –una causa promovida en 1930 por Ignacio Corsini, Carlos Gardel y Jorge Razzano para solicitar la suspensión de la transmisión de grabaciones interpretadas por ellos- en el que la Cámara hizo lugar a la demanda al admitir que “la compra de un disco no autoriza su difusión por medio de aparatos radiotelefónicos”¹⁶.

El Decreto 41.233/34, reglamentario de la Ley de Propiedad Intelectual, distingue perfectamente entre comunicación pública y privada y establece el derecho de los autores, intérpretes y productores a recibir una retribución por la primera:

“Art.33: A los efectos del art. 36 de la Ley 11.723 [referida a los derechos de los autores sobre la ejecución pública de una obra], se entiende por representación o ejecución pública aquella que se efectúe -cualquiera que fueren los fines de la misma- en todo lugar que no sea un domicilio exclusivamente familiar y, aun dentro de éste, cuando la representación o ejecución sea proyectada o propalada al exterior”¹⁷. Se considerará ejecución pública de una obra musical la que se efectúe por los ejecutantes o cantantes, así como también la que se realice por medios mecánicos: discos, films sonoros, trasmisiones radiotelefónicas y su retransmisión o difusión por altavoces”.

“Art. 35: Los discos fonográficos y otros soportes de fonogramas no podrán ser comunicados al público, ni transmitidos o retransmitidos por radio y/o televisión, sin autorización expresa de sus autores o sus derechohabientes.

Sin perjuicio de los derechos que acuerdan las leyes a los autores de

¹⁶ Hay un número considerable de jurisprudencia que trata esta cuestión que fue debidamente recopilada por Delia Lipszyc y Carlos Villalba en *El Derecho de Autor en la Argentina* (La Ley, Buenos Aires, 2001). Podemos citar, entre otros, “Divertimento S.R.L. (Olaf Disco-teque) c. SADAIC”, “SADAIC c. El Trébol S.A.” y “Rasmussen, Justino y otro”.

¹⁷ De ahí que en todo disco aparezca el pie legal con la inscripción “Reservados todos los derechos del productor, de los autores y de los intérpretes de las obras reproducidas en este ejemplar. Prohibida la reproducción, grabación, alquiler, préstamo, canje, ejecución pública, radiodifusión y cualquier otro uso no autorizado de estos fonogramas”.

la letra y a los compositores de la música y a los intérpretes principales y/o secundarios, los productores de fonogramas o sus derechohabientes tienen el derecho de percibir una remuneración de cualquier persona que en forma ocasional o permanente, obtenga un beneficio directo o indirecto con la utilización pública de una reproducción del fonograma; tales como: organismos de radiodifusión, televisión, o similares; bares; cinematógrafos; teatros; clubes sociales; centros recreativos; restaurantes; cabarets, y en general quien los comunique al público por cualquier medio directo o indirecto. No será necesario abonar compensación alguna por utilizaciones ocasionales de carácter didáctico, o conmemoraciones patrióticas, en establecimientos educacionales oficiales o autorizados por el Estado”.

Los contratos de producción fonográfica también fueron evolucionando y en la actualidad, a causa la crisis que sufre la industria por la piratería y la distribución gratuita e ilegal de fonogramas a través de Internet (más precisamente de las redes P2P), contemplan otros negocios y por consiguiente otras obligaciones para las partes. Son los llamados “Contratos 360°”, los cuales establecen que, además de las ganancias provenientes de la explotación de los fonogramas, los productores o sellos discográficos obtendrán un porcentaje de los ingresos provenientes de las entradas de los shows y de la venta de merchandising a cambio de la difusión de los artistas en todos los medios posibles. Las versiones más modernas de estos contratos, realizados principalmente por los sellos multinacionales, se centran en la producción de recitales y el management y tienen la edición del disco como un elemento secundario, lo que en algunos casos desnaturaliza completamente al contrato.

Por otra parte, puede ser objeto del contrato de licencia el catálogo completo del productor licenciante, un álbum o *master* -que es la grabación original o matriz- o un *track* o pista, es decir, un fonograma determinado. Este último se aplica para la producción de compilados. También puede extenderse a otros bienes, como el arte de los álbumes, las fotografías de los artistas y los videogramas, que se utilizan con fines promocionales y comerciales.

3. La retribución

En los dos contratos es esencial que el productor pague una retribución por los fonogramas, tanto al intérprete como al productor licenciante. En la

práctica se suele pagar un adelanto de regalías al celebrarse el contrato y luego trimestralmente éstas son liquidadas por el productor de acuerdo a la cantidad de fonogramas vendidos. La regalía es el porcentaje de las ganancias generadas por las ventas que le corresponde al artista o al licenciante. Hablamos de fonogramas y no de discos vendidos porque muchas veces los fonogramas son incluidos en compilados junto a otros de diferentes intérpretes o licenciantes, por lo que se hace necesario liquidar cada grabación de forma individual.

4. Plazo, territorio y soporte

En el contrato de licencia, al no pertenecer los fonogramas al productor licenciado, es necesario delimitar los derechos que éste tiene para explotar las grabaciones licenciadas con respecto al tiempo (generalmente se establece un plazo de tres años prorrogable), al territorio (puede permitirse su explotación en todo el mundo, algo que ocurre cuando el licenciante es un intérprete, pero cuando se trata de un productor se suele acordar uno o más países determinados) y al soporte. En cuanto al último, si bien es posible la explotación en cualquiera de los existentes, en la mayoría de los casos se restringe la edición de los fonogramas en formatos físicos (discos compactos y cassettes), aunque es cada vez más común la autorización para la explotación en la telefonía móvil de los llamados *tru-tones*, que son fragmentos de una grabación que adquiere un individuo para que suene en su celular al recibir una llamada. Los productores, empero, son más renuentes a permitir la explotación a través de Internet porque las tiendas digitales más importantes, como iTunes de Apple, venden a todo el mundo, por lo que se hace innecesario depender de otro productor para comercializar los fonogramas en otros países.

En el contrato de producción fonográfica también se pacta un plazo determinado que suele estar sujeto a la cantidad de álbumes y/o fonogramas que el artista debe grabar. Por ejemplo, se puede establecer que en tres años el intérprete debe entregar anualmente un disco de estudio más uno en vivo.

VII. OBLIGACIONES DE LAS PARTES

Como ya se había anticipado, los derechos y obligaciones de las partes en el contrato de producción fonográfica son prácticamente los mismos que los de la edición.

Obligaciones del intérprete:

- Entregar los fonogramas debidamente terminados al productor en el plazo convenido y con los estándares de calidad, requerimientos técnicos e indicaciones que le dé el productor –por lo que deberá repetir su interpretación las veces que sea necesario- y con carácter de exclusividad para éste por ser el propietario de los fonogramas. Esto significa que no podrá fijar las mismas interpretaciones para otro productor, ya sea a perpetuidad o por un plazo determinado, que suele ser de diez años, ni tampoco en otros países, salvo pacto en contrario. La única salida que encuentran los productores para poseer de alguna manera las interpretaciones de otro es a través de la fijación de éstas en directo, es decir, a través de la edición de discos en vivo, pues a pesar de que contienen las mismas interpretaciones -aunque siempre difieren sutilmente de las originales-, éstas constituyen fonogramas independientes de los fijados por el productor original. Así es cómo el sello Capitol pudo editar algunas grabaciones de Pink Floyd que pertenecen a EMI a través de los álbumes en vivo *Delicate Sound of Thunder* y *P.U.L.S.E.*
- Entregar toda la información requerida de los fonogramas. Los intérpretes deben informar al productor acerca de quiénes son los autores y compositores de sus interpretaciones, así como los nombres de los intérpretes secundarios (también llamados cesionistas) e invitados y técnicos que participaron de la fijación, indicando qué función desempeñó cada uno. El artista principal es quien aparece en la carátula del disco y es “usualmente retribuido con una regalía, aun cuando pudiera existir retribución a suma fija”¹⁸, mientras que el secundario en general cobra una remuneración determinada por su trabajo.
- Ensayar las interpretaciones antes de su fijación mecánica por su exclusiva cuenta con el objetivo de obtener una grabación perfecta de acuerdo con los estándares exigidos por el productor.
- Reconocer al productor como único y exclusivo propietario de los fonogramas.

¹⁸ MÁSPERO, Pablo, *Aspectos Legales de la Industria Discográfica*, dossier de capacitación organizado por CAPIF y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2005, p. 8.

- Prestar su colaboración en las acciones promocionales que realice el productor. El intérprete debe comparecer al estudio de grabación en el día y horario acordados con el productor, pero también deberá hacerlo a las sesiones fotográficas y de filmación que fueran necesarias para la correcta producción y promoción de los fonogramas. Esto incluye su predisposición para dar notas a los medios de comunicación, firmar autógrafos y hacer presentaciones en vivo. De hecho, es usual que en el contrato se establezca la obligación del artista a dar una determinada cantidad de recitales por año sin cargo para el productor con fines promocionales.
- Podría estipularse que el artista no pueda firmar un contrato con otro productor mientras el que ha suscripto esté vigente.

Derechos del intérprete:

- A transformar y realizar arreglos a su interpretación, antes de que el *master* de la grabación sea enviado a fabricación y siempre que no la desnaturalice.
- A intervenir en el diseño del arte de tapa del disco. Puesto que las interpretaciones y su fijación son producto de su creación intelectual (a pesar de que no constituyen obras para el Derecho de Autor), el intérprete tiene derecho a decidir cómo será el diseño con el que quiere presentarlas públicamente, ya que éste también afecta su imagen y honor debido a que él será asociado a ese producto.
- A recibir una retribución por su interpretación. Ésta incluye su labor en la fijación y una regalía por las ventas, al margen de lo que puede percibir por la ejecución pública a través de las entidades de gestión colectiva.
- A controlar tanto el número de unidades vendidas como las ganancias obtenidas.
- A que su nombre figure en el disco, pero también en otros lugares habituales, como las gacetillas de prensa, pósters, etc.
- A oponerse a la difusión de sus interpretaciones si considera que le puede producir un perjuicio a sus intereses artísticos. También llamado “derecho al respeto de la interpretación”¹⁹, éste constitu-

¹⁹ LIPSZYC Delia y VILLALBA, Carlos, *El Derecho de Autor en la Argentina*, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 222.

ye un derecho moral del intérprete inherente a su persona que no suele plasmarse en el contrato de producción, pero que debe ser tenido en cuenta por el productor.

- A recibir una determinada cantidad de discos con sus interpretaciones. En muchos casos el artista recibe gratuitamente una cierta cantidad de ejemplares, pero a veces se les descuentan de sus regalías. Esto depende de la popularidad que tenga el artista, en cuanto ésta altera su posición a la hora de sentarse a negociar con el productor. Lo mismo sucede con el porcentaje de regalías que obtiene de las ventas.

Obligaciones del productor fonográfico:

- Editar los fonogramas en los formatos convenidos ajustándose a lo estipulado con el artista con respecto a, por ejemplo, el arte del disco, el orden de los temas, etc. Si bien el productor al ser el propietario de los fonogramas tiene derecho a explotarlos de acuerdo a su conveniencia, debe respetar los derechos morales del intérprete.
- Abonar al intérprete la retribución convenida.
- Debe responder en caso de rescisión unilateral por los gastos que efectuó el intérprete y, si ésta fue intempestiva, por lo que habría ganado si su interpretación se hubiese editado.

Derechos del productor fonográfico:

- A recibir los fonogramas en el plazo estipulado realizados según los estándares de calidad que considere. El productor puede oponerse a editar un disco cuya grabación no sea buena o incluso que subjetivamente no le resulte satisfactorio, pues podría encontrarlo, como ha sucedido innumerables veces en la historia de la música popular, “poco comercial” y en consecuencia difícil de insertar en el mercado masivo. A modo de anécdota, esto le ocurrió a una banda de country rock alternativo estadounidense llamada Wilco. Su álbum más exitoso fue al principio rechazado por Reprise, una subsidiaria de Warner Music, con quien había celebrado un contrato de producción fonográfica. El sello lo rescindió, por lo que el grupo logró quedarse con los derechos de los fonogramas y editarlo con otra discográfica (Nonesuch, otra

subsidiaria de Warner). Para sorpresa de todos, el disco vendió más de 600 mil copias²⁰ y ha sido considerado uno de los mejores de esta década.

- A explotar (difundir, distribuir y vender) los fonogramas de acuerdo a su conveniencia y a las fluctuaciones del mercado de forma unilateral. Esto significa que él puede establecer el precio de venta de los fonogramas, el soporte en el que serán comercializados, incluirlos en otros compilados, licenciarlos a otros productores y editarlos durante el período y la cantidad que desee –por lo que podrá decidir en qué momento los quitará de su catálogo o volverá a reeditarlos- en los países que considere, salvo pacto expreso en contrario, sin requerir del consentimiento del intérprete. También tiene derecho a fraccionar los fonogramas para convertirlos a los formatos exigidos para su explotación en la telefonía celular, mas no a alterarlos. En este nuevo canal de comercialización también es posible vender fotografías del artista (son los llamados “wall-papers” que se utilizan de fondo de pantalla en los teléfonos) y saludos o frases dichas por él (reciben el nombre de “voicetones” o “spechttones”), para los que se necesita su plena colaboración y predisposición. El artista, desde ya, también recibe una regalía por las ventas de este material que excede a las mismas interpretaciones.
- A autorizar o prohibir en un territorio determinado, que puede ser todo el mundo, la reproducción y ejecución de los fonogramas.
- A utilizar la imagen, el nombre o seudónimo y datos biográficos de los artistas principales y secundarios que hayan participado de la grabación de los fonogramas para su difusión y promoción, procurando no causar ningún perjuicio a su persona y su honor.
- A editar una determinada cantidad de discos para ser repartidos gratuitamente a los medios de comunicación para su difusión. Los artistas no pueden exigir ningún tipo de retribución por estos ejemplares.

²⁰ David Fricke, director de la revista estadounidense *Rolling Stone* calificó este hecho como una muestra de “lo arruinada que está la industria musical en los albores del siglo XXI”. FRICKE, David, Crítica al álbum *Yankee Hotel Foxtrot* de Wilco, revista *Rolling Stone*, 2002, <http://www.rollingstone.com/artists/wilco/albums/album/322307/review/5946403/yankee_hotel_foxtrot>.

En el contrato de licencia, el licenciado tiene como principal obligación pagar las retribuciones acordadas y rendir cuentas al licenciante, quien tiene derecho a conocer las cifras de las ventas. El licenciante, por su parte, tiene la obligación de entregar los fonogramas licenciados —a veces incluso con su arte original— con una calidad de sonido apta para su reproducción y difusión así como toda la información referida a ellos (nombre de los temas, autores, intérpretes, etc.) y de garantizar ser el titular de todos sus derechos, por lo que deberá responder por la garantía de evicción.

También corren por cuenta del licenciado, que puede fijar los precios de venta de los fonogramas licenciados, las acciones de marketing necesarias para su promoción.

Por último, el licenciado debe poner en el pie legal del álbum que éste es publicado y distribuido en el territorio bajo licencia del licenciante.

En ambos contratos, de no cumplir con las obligaciones estipuladas, las partes deberán responder por los daños y perjuicios que le hayan generado a la otra y podrán resolverlos. De aquí se desprende que rige el pacto comisorio tácito, que podrá ser expreso en los casos en los que se establezca explícitamente la facultad de resolver.

VIII. CLÁUSULAS USUALES

1. En el contrato de grabación sonora

Además de establecerse los derechos y obligaciones de las partes mencionadas en el apartado anterior, este contrato, que ha sido modelado por la industria discográfica tomando como base la locación de obra y la edición, posee otras cláusulas que suelen estar presentes en la mayoría de los casos y que hacen a la relación entre los productores y los intérpretes.

1.1. Contrato de edición con una editorial determinada

Si bien los intérpretes, cuando son los autores y compositores de las interpretaciones, tienen derecho a suscribir un contrato con la editorial que deseen, a veces acuerdan con el productor hacerlo con una determinada. Esto suele hacerse por dos razones: porque el productor trabaja regularmente con esa editorial y/o porque percibe algún tipo de beneficio económico.

Las editoriales musicales se encargan básicamente de la administración y el control de los diferentes usos que se hacen de las obras musicales. Para realizar estas gestiones se requiere que los autores les cedan sus derechos sobre las obras. Como explican Lipszyc y Villalba, “en nuestro país, SADAIC representa a las editoriales musicales respecto de su participación en los derechos económicos de los autores, la autorización del uso de obras, la fijación de aranceles y condiciones de recaudación, el contralor, la repartición, la liquidación y el pago, con el objeto de favorecer y acrecentar la difusión y el producido de los derechos económicos de las obras musicales”²¹.

1.2 Plazo convenido

Existen tres formas de establecer un plazo en este contrato: 1) por cantidad de años, 2) por cantidad de discos a lanzar o 3) combinando las dos primeras, es decir, por cantidad de discos en cantidad de años; por ejemplo, un artista puede comprometerse por tres años a grabar un disco anual.

Es posible pactar que la prórroga sea automática si al finalizar el período de vigencia ninguna de las partes se opone a su continuidad.

También se puede establecer el mínimo de fonogramas que el álbum debe contener.

1.3. Exclusividad

Los intérpretes deben asegurar que no están comprometidos con otro productor ni podrán firmar con otro mientras esté vigente el contrato. Tampoco podrán volver a fijar las mismas interpretaciones para un tercero. Esta cláusula suele establecerse por diez años desde que finalizó el contrato, pero en los contratos más modernos, y especialmente cuando los intérpretes son artistas considerados “nuevos” o no gozan de una amplia trascendencia, esta obligación se estipula a perpetuidad.

Además, los intérpretes deben reconocer al productor como único propietario de los fonogramas originales por un período que en general es ilimitado.

²¹ LIPSYC Delia y VILLALBA, Carlos, *El Derecho de Autor en la Argentina*, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 159.

1.4. Explotación digital a través de redes fijas y móviles

Históricamente los contratos de producción fonográfica contemplaban la fijación de fonogramas en soportes físicos, como el disco o la cinta. En la actualidad, gracias a la evolución de la tecnología digital, es posible explotarlos a través de Internet y la telefonía móvil, lo que implica que las interpretaciones podrían llegar a sufrir mínimas alteraciones.

La transferencia de datos a través de la World Wide Web permitió la distribución de los fonogramas como un conjunto de datos electrónicos y dejar de lado su fijación en un soporte físico. Sin embargo, los formatos digitales más populares, como el MP3 o el WMA, son de una calidad inferior a la de las grabaciones tradicionales, por lo que los fonogramas sufren los efectos de la compresión sonora, a tal punto que hoy en día se utilizan técnicas de fijación que tienen en cuenta esta pérdida de calidad²². Esto, de alguna manera, podría considerarse una alteración a las grabaciones originales y podría afectar el derecho al respeto de la interpretación del artista. De todas maneras, es poco probable que éste se oponga si se tiene en cuenta que podría obtener considerables ganancias con esta nueva forma de comercialización, ya que desde principios de siglo en todo el mundo la venta de discos compactos se redujo considerablemente mientras la digital aumenta a pasos agigantados.

Sin embargo, existen algunos artistas que se niegan a que sus álbumes estén disponibles en tiendas digitales como iTunes, eMusic o Amazon MP3. Se trata de intérpretes de larga trayectoria y gran éxito, como la banda australiana AC/DC, el rockero Kid Rock y el rapero Jay-Z.

Un caso especial es el del cantante de folk-rock Neil Young, quien a pesar de haber permitido que sus canciones se vendan online, será el primero en editarlas también en el nuevo formato Blue-Ray, que tiene la mayor calidad de sonido existente hasta el momento. Además, muchas

²² En los Estados Unidos se generó una intensa polémica por el volumen en el que fue grabado el último álbum de Metallica *Death Magnetic*. Según los expertos, se utilizó un efecto de estudio llamado “compresión dinámica” que hace que la música suene más fuerte y, en consecuencia, se escuche más claramente al ser transformada al formato MP3. El problema es que éste atenta contra la alta fidelidad del disco compacto, pues el volumen es más alto que el normal y distorsiona el sonido de los instrumentos, además de reducir notoriamente los matices y texturas sonoras. (Hiatt, Brian, “La guerra del volumen”, revista *Rolling Stone*, número 128, Buenos Aires, Noviembre de 2008).

bandas han vuelto a editar sus discos en vinilo, el soporte con el que se consumió música hasta la aparición del disco compacto a mediados de la década del 80²³.

En la telefonía móvil, los fonogramas se comercializan en una calidad muy baja y, en la mayoría de los casos, fragmentados, pues se utilizan para que suenen cada vez que quien los adquirió recibe una llamada en su celular. La fragmentación implica una alteración de la grabación original, por lo que se procura hacer la menor cantidad de modificaciones posible. En general, éstas se limitan a la selección de un segmento de treinta segundos al que se le aplica el efecto “Fade In/Out” o “Fundido de Entrada y Salida” al principio y al final para que su comienzo y desenlace no sean bruscos ni desprolijos.

Como el productor es el propietario de los fonogramas se presume que tiene los derechos para la explotación digital. Sin embargo, a veces se estipula en el contrato de forma expresa para que quede establecido que el intérprete dio su consentimiento para que se hagan estas pequeñas alteraciones.

1.5. Derechos de ejecución pública y radiodifusión

Tal como se explicó en el punto 6.2, los intérpretes y productores también reciben una retribución por la ejecución pública de los fonogramas. Por consiguiente, en el contrato ambos suelen estipular qué porcentaje recibirá cada uno por la difusión de los fonogramas que ponga en circulación

²³ De los diez vinilos más vendidos de 2008, cuatro pertenecen a bandas que se formaron en la época del disco compacto (Radiohead, Portishead, Neutral Milk Hotel y Fleet Foxes) y sólo dos fueron álbumes considerados “clásicos”:

01. Radiohead – In Rainbows (25,800 unidades)
02. The Beatles – Abbey Road (16,500 unidades)
03. Guns n’ Roses – Chinese Democracy (13,600 unidades)
04. B-52’s – Funplex (12,800 unidades)
05. Portishead – Third (12.300 unidades)
06. Neutral Milk Hotel – In The Aeroplane (10,200 unidades)
07. Pink Floyd – Dark Side Of The Moon (10,200 unidades)
08. Fleet Foxes – Fleet Foxes (9,600 unidades)
09. Metallica – Death Magnetic (9,400 unidades)
10. Radiohead – O.K. Computer (9,300 unidades)

Listado obtenido de <<http://www.bytesandrock.com/2009/01/14/los-10-vinilos-mas-vendidos-durante-el-2008/>>.

el productor (los llamados “cortes de difusión”), que generalmente es de un cincuenta por ciento.

1.6. Regalías

Se debe establecer expresamente qué porcentaje de las ganancias obtenidas por la comercialización de los fonogramas recibe el intérprete y se debe detallar cómo se calcularán y cada cuánto tiempo. También debe decirse si se pagará un adelanto y, en caso afirmativo, cuál será su monto. Convencionalmente las regalías se liquidan cada tres meses. En caso de que los fonogramas del intérprete sean incluidos en compilados, el porcentaje de regalías podría ser diferente al de la liquidación de las ventas del álbum.

Los sellos independientes suelen incorporar a su catálogo fonogramas por los que suelen pagar al intérprete una suma fija en vez de una regalía. Se trata de álbumes en los que la figura del intérprete es secundaria, como en los de karaoke, música incidental y efectos de sonido, entre otros.

La falta de pago de regalías suele ser uno de los incumplimientos contractuales más comunes de los productores fonográficos. Para citar dos casos recientes, Pink Floyd demandó a EMI por esta causal²⁴ —es la segunda banda después de The Beatles que más vendió en la historia del sello— y Morrissey, ex cantante de The Smiths, denunció en su sitio web que tanto esta discográfica como Rhino (subsidiaria de la multinacional Warner) le deben más de diecisiete años de regalías e instó a sus fans a que no compren las nuevas reediciones de sus discos solistas ni los que sacó con su antiguo grupo²⁵.

1.7. El caso particular de los grupos

Cuando el contrato es celebrado con un artista solista las obligaciones, derechos y responsabilidades allí establecidas son más fáciles de

²⁴ “Pink Floyd, a juicio con EMI”, revista *Rolling Stone*, <http://www.rollingstone.com.ar/nota.asp?nota_id=112059, 21/04/2009>.

²⁵ “Morrissey tells fans to boycott new box set reissues”, revista *NME*, <<http://www.nme.com/news/morrissey/46616>>, 11/08/2009. Vale destacar que Morrissey declaró en su comunicado que la reedición de sus álbumes se hizo sin su consentimiento. Sin embargo, si el productor discográfico es quien detenta los derechos de sus grabaciones él no puede impedir su comercialización a menos que demuestre que eso le produce un grave daño moral.

ejercer por las partes, ya que se entiende que los intérpretes secundarios que participaron de la fijación de los fonogramas han recibido una retribución fija por su labor y son ajenos al contrato, lo que significa que son terceros en la relación contractual contraída entre el artista y el productor.

Ahora bien, cuando el artista es un conjunto o una banda se pueden dar diferentes situaciones según quiénes hayan firmado el contrato. Si fue suscrito sólo por el líder, los demás integrantes, al no estar vinculados a éste, podrían llevar adelante sin restricciones proyectos paralelos. Además, no generarían ningún inconveniente en caso de que abandonaran el grupo y fueran reemplazados por otros músicos.

En cambio, si el contrato fue celebrado por todos los integrantes, éstos quedan obligados tanto de forma personal como conjunta y solidaria. Así, se evita que suscriban contratos con otros productores para la realización de proyectos paralelos sin el consentimiento expreso del productor. Los miembros que abandonen o sean apartados de la banda están obligados a ceder al resto o al productor su derecho a oponerse a la utilización del nombre o seudónimo artístico del grupo, a menos que el sujeto que se desvincule sea su propietario²⁶. También deben ceder todos los derechos derivados del registro del seudónimo en SADAIC, en el Registro de la Propiedad Intelectual o en el Registro de Patentes y Marcas. De esta manera, se asegura la continuidad del conjunto a pesar de que cambien sus integrantes. Esta cláusula ha sido muy útil para evitar que el miembro saliente intente adjudicarse el nombre del conjunto, como le sucedió a Pink Floyd cuando Roger Waters dejó la banda. El bajista inició acciones judiciales contra el resto de los integrantes para recuperarlo, pero obtuvo una sentencia en su contra.

El productor fonográfico, por su parte, puede optar por rescindir el contrato en caso de que el grupo se disuelva.

Por último, la prohibición de volver a grabar las mismas interpretaciones para otro productor continúa vigente para cada uno de los antiguos miembros y podría ser una causal de responsabilidad postcontractual.

²⁶ Por eso es necesario que el propietario del nombre del grupo, quien acredita esta calidad por medio de su inscripción en el registro de marcas, firme el contrato. (Máspero, Pablo, *Aspectos Legales de la Industria Discográfica*, dossier de capacitación organizado por CAPIF y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2005, p. 9).

1.8. Designación de un mandatario

El artista puede designar expresamente a un mandatario, que suele ser su manager, para que se encargue de determinadas cuestiones, como el cobro de las regalías.

1.9 Domicilio y ley aplicable

Las partes deben constituir un domicilio para la ejecución del contrato y podrían determinar qué legislación se les aplicará. Esta cláusula cobra vital importancia cuando un artista celebra el contrato con un productor de un país extranjero.

1.10. Pacto comisorio

Las partes podrían establecer expresamente las causales de resolución del contrato que celebraron.

2. En el contrato de licencia

Del análisis realizado de este contrato se desprende que éste posee menos obligaciones entre las partes, que ya fueron explicadas en el punto anterior. Sin embargo, también existen algunas particulares que es pertinente mencionar.

2.1. Declaración de titularidad

El licenciante debe declarar que es el propietario de los fonogramas objeto de la licencia y en consecuencia responde por la garantía de evicción, liberando al licenciado de toda responsabilidad en caso de que aparezca un tercero que se atribuya la titularidad de los derechos licenciados. También debe responder ante cualquier reclamo que efectúe el intérprete o autor de los fonogramas por, verbigracia, la utilización indebida o la omisión de su nombre.

Esta cláusula es muy importante porque existen sellos pequeños que poseen un catálogo de grabaciones de artistas célebres, cuyos principales fonogramas pertenecen a los sellos multinacionales –también llamados *majors*–, que son de dudosa procedencia (en general se trata de fijaciones de presentaciones en vivo o de tomas de estudio descartadas que no siempre

son de óptima calidad). Esto hace que su edición por parte del licenciado tenga una cuota de riesgo de la que necesita liberarse.

La garantía de evicción se extiende a las fotografías que se utilicen para el arte de los discos, ya que el licenciante podría no estar autorizado a utilizar la imagen de determinados artistas.

Hay casos en los que la licencia no es otorgada por su titular, por lo que el licenciante debe acreditar tener su autorización para hacerlo. Por ejemplo, un productor de los Estados Unidos obtiene los derechos para explotar fonogramas que pertenecen a un productor inglés, quien a su vez lo autoriza a licenciarlos a productores de otros países de América.

2.2. Limitaciones de la licencia

En este contrato, al no hacerse una transferencia plena de derechos entre las partes, el licenciado tiene tres grandes restricciones para explotar los fonogramas licenciados en virtud del territorio, el tiempo y el soporte.

Con respecto al primero, el licenciante suele circunscribir al licenciado la explotación de sus fonogramas en un territorio determinado que debe establecerse expresamente en el contrato. Esto se debe a que el titular también explota los fonogramas directamente en algunas regiones u otorgó licencias a otros productores. Cabe aclarar que dentro del territorio las partes pueden acordar la explotación de forma exclusiva o no exclusiva. En este último caso, el licenciante tiene la posibilidad de licenciar sus contenidos a otros competidores del licenciado.

En cuanto al tiempo, las licencias siempre se conceden por un plazo determinado que suele ser de tres años desde la edición del fonograma. Al finalizar este período comienza el “sell-off”, un lapso de al menos seis meses en el que el licenciado debe vender las unidades que tenga en stock. Al llegar el día de su vencimiento, el remanente debe ser destruido o podrá ser adquirido por el licenciante al precio de venta al comerciante con una bonificación que será estipulada por las partes. Por otra parte, el licenciado debe devolver el master que le entregó el licenciante.

La restricción del soporte suele limitarse a la explotación en formato físico, es decir, en disco compacto o cassette. No obstante, es cada vez más común otorgar derechos para la comercialización a través de las redes móviles y fijas como Internet. La principal cuestión que se plantea con ésta última es que hay algunas tiendas que pueden vender a todo el mundo, por lo que se hace innecesario para el licenciante permitir este tipo de explotación

porque puede efectuarla él de forma directa. Aunque es poco usual, también pueden otorgarse derechos para la utilización de los fonogramas en publicidades y obras cinematográficas.

2.3. Forma de pago

Al igual que en el contrato de producción fonográfica, en las licencias se suele pagar un porcentaje de las ganancias obtenidas de las ventas que recibe el nombre de *revenue sharing*. También podría pagarse una suma fija por los fonogramas teniendo en cuenta una estimación de las unidades que se venderán, pero no es una práctica muy usual. Las liquidaciones de las licencias también se hacen de forma trimestral.

Es necesario aclarar que el licenciante no percibe ninguna retribución por los ejemplares que se editen para promocionar el producto porque se distribuyen gratuitamente a comerciantes y medios de comunicación.

2.4. Pagos a terceros

El licenciante debe pagar la retribución correspondiente a los intérpretes, mientras que el licenciado, a través de las entidades de gestión colectiva, es quien en general abona las regalías a los autores y compositores.

2.5. Cláusulas que coinciden con el contrato de producción fonográfica

En el contrato de licencia las partes también deben constituir un domicilio para su ejecución y establecer la ley aplicable en caso de controversias, así como las causales de resolución si se tratara de un pacto comisorio expreso.

Por otro lado, al igual que en el contrato de producción en el que el productor puede decidir en qué momento dejará de comercializar los fonogramas, aquí también puede hacerlo, pero para eso deberá rescindir unilateralmente el contrato notificando de forma fehaciente al licenciante. Para este caso se establecerá un período de “sell-off” mucho menor al que se da al finalizar el contrato en el plazo convenido.

IX. IMPORTANCIA ECONÓMICA

El contrato de producción fonográfica es un contrato histórico en la industria, cuyo modelo es utilizado por casi todos los productores. Éste,

al otorgar al productor plenos derechos sobre los fonogramas, que se le suman a otros cedidos por los intérpretes, permiten su explotación absoluta en todos los soportes existentes, en cualquier parte del mundo y por tiempo indeterminado. El productor de esta forma tiene la posibilidad de administrarlos y disponer de ellos como mejor considere, por lo que puede colocarlos en compilados, ofrecerlos en diferentes presentaciones a precios distintos (ediciones limitadas, de lujo, simples, etc.), licenciarlos, entre otras acciones.

Además, gracias a las entidades de gestión colectiva que representan a todos los actores del sector (autores, compositores, productores e intérpretes) se facilitó la interpretación de un sinnúmero de obras para su fijación sonora.

“Las licencias son los instrumentos que permiten a unas compañías explotar los fonogramas desarrollados por otras”²⁷. Así, el licenciante puede llegar más fácilmente a otros mercados, pues aprovecha la estructura del licenciado para comercializar y difundir sus fonogramas. El licenciado, por su parte, tiene la posibilidad de explotar un material que podría ya estar consagrado en el exterior e incluso en su país y al que le sería imposible acceder por su cuenta. De no ser así, de todas maneras resulta más barato elaborar un plan de marketing que fijar las interpretaciones sonoras en un estudio de grabación.

Las *majors* también han aprovechado las licencias para reducir los costos, pues mientras que los productores independientes asumen los costos de la fijación, ellas han podido concentrar sus recursos en la venta, difusión y distribución de los fonogramas.

En la actualidad, la tecnología para grabar un disco es mucho más accesible que antaño, por lo que muchos artistas han podido fijar sus interpretaciones por cuenta propia sin realizar una inversión extremadamente importante. Para ellos, el contrato de licencia es una alternativa interesante para obtener la difusión que necesitan para dar a conocer sus fonogramas sin transferir su titularidad. Desde ya que impondrán menores restricciones que un productor y es más probable que permitan la explotación en cualquier parte del mundo, en todos los soportes existentes por un lapso mucho mayor.

²⁷ MÁSPERO, Pablo, *Aspectos Legales de la Industria Discográfica*, dossier de capacitación organizado por CAPIF y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2005, p. 3.

X. COLOFÓN

El contrato de producción fonográfica fue concebido como un contrato de locación de obra, pero los derechos y obligaciones de las partes lo acercan al de edición. Esto se debe a la conexión existente entre los derechos de los productores e intérpretes y los de los autores.

El de licencia, por su parte, es una cesión de derechos imperfecta, pues su titular no transfiere la propiedad de sus fonogramas sino que autoriza su explotación por un plazo y en un territorio y soporte determinados. Este contrato ha servido para transferir el uso de bienes inmateriales en el comercio, como el software, las marcas y las patentes.

Los dos contratos coinciden en su objeto, que es la explotación –es decir, la venta, producción, difusión y distribución– de fonogramas para su reproducción privada (aunque los productores, al igual que los autores e intérpretes, reciban una retribución por la ejecución pública y la radiodifusión). Sin embargo, también se extiende a los videogramas y a las fotografías que se utilicen para el arte y la difusión.

El contrato de producción fonográfica y el de licencia, aunque con mayores restricciones, están diseñados para que el productor pueda explotar los fonogramas con la mayor libertad posible, pues su objetivo es, al igual que en cualquier actividad comercial, incrementar su rentabilidad. Para eso necesita, además, de la colaboración de los artistas, fundamentales a la hora de llevar a cabo acciones de promoción, máxime si se tiene en cuenta que uno de los puntos fundamentales de los planes de marketing actuales es que el artista esté en constante contacto con sus fanáticos. De ahí que estos contratos modernamente contemplen mayores obligaciones y exigencias para los intérpretes y, por lo tanto, sea de suma importancia respetar sus derechos morales y patrimoniales. Para muchos, como se dice en lenguaje coloquial, éste es el precio de la fama.

BIBLIOGRAFÍA:

El Contexto, Análisis sobre el presente y el futuro de la música, dossier sobre la industria musical elaborado por CAPIF y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2007.

AGUILAR VILLAN, Andryth, MORÁN MARTÍNEZ, Liudmila y MILLIAN KONDAKOV, Antón, “Los contratos de licencia de marca y know-how como herramienta en la prevención de conflictos”, revista *Ignacio Agramonte*

de la Facultad de Derecho de La Habana, La Habana, 2003, <<http://lex.uh.cu/WEB/1/Los%20contratos%20de%20licencia%20de%20marca%20y%20know%20how%20como%20herramienta%20en%20la%20prevencion%20de%20conflictos.htm>>.

AGUIRRE, Mario, “Ejecución pública de fonogramas emitidos por radiodifusión”, *La Ley*, Buenos Aires, 2006.

ANKENY, Jason y JOHNSON, Zac, Biografía de Wilco, *AllMusic.com*, <http://www.allmusic.com>.

ARANGO, Tim, “The record label as venture capital firm”, *Fortune*, 2007, <http://money.cnn.com/2007/04/18/news/companies/pluggedin_arango_music.fortune/?postversion=2007041907>.

EMERY, Miguel, “El fonograma en la ley 11.723; la ley 23.741 y la ratificación del Convenio de Roma”, *La Ley*, Buenos Aires, 1991.

FRICKE, David, Crítica al álbum *Yankee Hotel Foxtrot* de Wilco, revista *Rolling Stone*, 2002, <http://www.rollingstone.com/artists/wilco/albums/album/322307/review/5946403/yankee_hotel_foxtrot>.

GARRIDO, Roque y ZAGO, Jorge, *Contratos civiles y comerciales*, Universidad, Buenos Aires, 2006, tomos I y II.

GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo, *Locación de obra*, La Ley, Buenos Aires, 1999.

HIATT, Brian “La guerra del volumen”, revista *Rolling Stone*, número 128, Buenos Aires, Noviembre de 2008.

LIPSYC, Delia, *Derecho de Autor y Derechos Conexos*, Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 2001.

LIPZYC, Delia y VILLALBA, Carlos, *El Derecho de Autor en la Argentina*, La Ley, Buenos Aires, 2001.

MÁSPERO, Pablo, *Aspectos Legales de la Industria Discográfica*, dossier de capacitación organizado por CAPIF y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2005.

UNTERBERGER, Richie, Biografía de Pink Floyd, *AllMusic.com*, <<http://www.allmusic.com>>.

VILLALBA, Carlos, “El resguardo al derecho exclusivo del autor frente a las utilidades ilícitas. El derecho de alquiler de música grabada. La piratería de compilaciones de datos jurídicos”, *La Ley*, Buenos Aires, 2000.

WEGBRAIT, Pablo, “Empresas fonográficas e intérpretes”, *La Ley*, Buenos Aires, 2007.

La ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos de Nicaragua fue extraída de <<http://www.ftaa-alca.org/intprop/natleg/Nicaragua/L312b.asp#SSC>>.

- La ley de Derecho de Autor de Panamá fue extraída de <http://www.dpi.bioetica.org/pa15.htm#_Toc127368003>.
- Página oficial de CAPIF, <<http://www.capif.org.ar>>.
- Página oficial de AADI, <<http://www.aadi-interpretes.org.ar>>.
- Página oficial de Discográficas de Buenos Aires, <<http://www.discograficas.gov.ar>>.
- “Los 10 vinilos más vendidos durante el 2008”, *Bytes and Rock*, <<http://www.bytesandrock.com/2009/01/14/los-10-vinilos-mas-vendidos-durante-el-2008/>>, 14/01/2009.
- ELMER-DEWITT, Philip, “The Beatles and iTunes: A question of money?”, *Fortune*, <<http://brainstormtech.blogs.fortune.cnn.com/2008/11/25/behind-the-beatles-itunes-impasse/>>, 25/11/2008.
- “El roquero Neil Young publicará toda su discografía en formato Blu-ray”, *Terra*, <<http://www.terra.com.mx/articulo.aspx?articuloId=658267>>, 05/06/2008.
- CHENG, Jacqui, “Album-loving artists blame iTunes for changed music tastes”, *Ars Technica*, <<http://arstechnica.com/old/content/2008/08/album-loving-artists-blame-itunes-for-changed-music-tastes.ars>>, 20/08/2008.
- KREPS, Daniel, “AC/DC’s Angus Young on Snubbing iTunes: ‘We Don’t Make Singles, We Make Albums’”, revista *Rolling Stone*, <<http://www.rollingstone.com/rockdaily/index.php/2008/09/25/acdc-angus-young-on-snubbing-itunes-we-dont-make-singles-we-make-albums/>>, 25/08/2008.