



FACULTAD DE DERECHO

LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA MÚSICA: EL CONTRATO FONOGRAFICO

Autor: Manuel Fernández de la Fuente

Quinto, E-3 A

Derecho Civil

Tutor: Rosa de Couto Gálvez

Madrid
Abril 2017

RESUMEN Y PALABRAS CLAVE:

Resumen: Los ingresos de los artistas en el mundo de la música proceden de tres figuras contractuales: el contrato de edición, el fonográfico y el de *management*. Este trabajo versa sobre el segundo de ellos.

En el contrato fonográfico las partes que intervienen son: el artista intérprete y el productor de fonogramas que viene a ser la compañía discográfica. Ambas partes tienen una serie de derechos, sobre sus actuaciones los primeros y sobre los fonogramas los segundos, que son susceptibles de ser cedidos. En el contrato fonográfico son los artistas los que ceden sus derechos a los productores de fonogramas a cambio de una remuneración en forma de *royalties*. Los contratos fonográficos suelen contener una serie de cláusulas que pueden resultar problemáticas, especialmente aquella que versan sobre la exclusividad en la cesión de derechos, el compromiso de grabación por parte del artista o sobre los supuestos de incumplimiento y resolución. Las primeras por incurrir en competencia desleal, las según por poder resultar abusivas para el artista y las terceras por no ser contrarias a la legislación laboral.

Palabras clave: contrato fonográfico, derecho de fijación, derecho de reproducción, derecho de comunicación pública, derecho de distribución, artistas intérprete o ejecutante, productor de fonogramas, exclusividad, cesión de derechos, regalía.

Abstract: Musical artists obtain their income from three different kind of contractual figures which are publishing contracts, recording contracts and management contracts. This project is about the second kind of the mentioned contracts.

The parties of the recording contracts are the artist and the record company. Both parties' own rights, the first one owns the rights over their performances, the second one owns the rights over their recordings, these rights can be transferred. In the recording contract, the artist is the assignor and the record company is the transferee, in change for the rights, the record company pays royalties to the artist. Recording contracts usually contain some controversial clauses. These controversial clauses usually are related to the exclusivity in the transfer of the rights, to the obligation of recording or to the breach and termination of the contract. Exclusivity clauses tend to present problems with the unfair competition law, the recording obligation belonging to the

artist clause tends to be abusive and the breach and termination of contract usually goes against the labour law.

Key words: recording contract, recording right, reproduction right, right of communication to the public, distribution right, artist, record company, exclusivity, transfer of the rights, royalty.

TABLA DE CONTENIDO.

Resumen y palabras clave:	1
1. INTRODUCCIÓN:	4
2. Los ingresos de los artistas	4
2.1. La figura del joint-venture:	6
3. EL CONTRATO FONOGRAFICO	7
3.1. Introducción al Contrato Fonográfico: concepto.	7
3.2. El Contrato Fonográfico en la Ley de Propiedad Intelectual.	8
3.3. Artículo 105 LPI - Concepto de artistas intérpretes o ejecutantes:	8
3.4. Artículo 114 LPI – Conceptos de fonograma y productor de fonogramas	10
3.5. Los derechos de los productores de fonogramas	11
3.5.1. Derecho de Reproducción de fonogramas	11
3.5.2. Derecho de Comunicación Pública de fonogramas.	13
3.5.3. Derecho de distribución de fonogramas.....	16
3.6. Elementos del contrato: Consentimiento, objeto y causa.	17
3.6.1. Consentimiento en el contrato fonográfico.....	17
3.6.2. Objeto del contrato fonográfico	18
3.6.3. Causa del contrato fonográfico.....	20
3.7. ESTRUCTURA Y ANÁLISIS DEL CONTRATO	20
3.7.1. INTERVIENEN: PARTES	21
3.7.2. ANTECEDENTES: REQUISITOS PREVIOS DE LAS PARTES.....	21
3.7.3. CLÁUSULAS CONTRACTUALES.....	23
3.7.3.1. PRIMERA – Cesión de Derechos del artista a la discográfica.....	23
3.7.3.2. SEGUNDA – Compromiso de grabación	26
3.7.3.3. TERCERA – Duración.....	27
3.7.3.4. CUARTA – Tanteo y retracto	28
3.7.3.5. QUINTA – Contraprestaciones económicas	28
3.7.3.6. SEXTA- Liquidaciones	31
3.7.3.7. SÉPTIMA – Anticipos	32
3.7.3.8. OCTAVA – Grabaciones	32
3.7.3.9. NOVENA – Exclusividad diferida.....	33
3.7.3.10. DÉCIMA – Derechos que subsisten una vez finalizado el contrato.....	33
3.7.3.11. ÚNDECIMA - Incumplimiento y resolución	34
3.7.3.12. DUODÉCIMA – Conservación y validez	35
3.7.3.13. DÉCIMO TERCERA – Legislación aplicable y jurisdicción competente	35
4. CONCLUSIONES	35
5. Bibliografía	40

1. INTRODUCCIÓN:

El objetivo de este trabajo es la realización de un análisis general de la propiedad intelectual en el mundo de la música desde el punto de vista contractual. En primer lugar se expondrán las fuentes de ingresos de los artistas, para a continuación, profundizar en el contrato fonográfico. Como propiedad intelectual entendemos todas aquellas creaciones de la mente: invenciones, obras literarias y artísticas, así como símbolos, nombres e imágenes utilizados en el comercio¹. Por su parte el contrato fonográfico es aquel firmado entre una discográfica y uno o varios artistas.

Antes de comenzar con un profundo estudio de este contrato, analizaremos la estructura de las fuentes de ingresos de los artistas desde una perspectiva contractual, con objeto de poder ubicar más adecuadamente el contrato fonográfico dentro de la propiedad intelectual en la música, así como delimitar con mayor precisión su objeto.

2. LOS INGRESOS DE LOS ARTISTAS

Principalmente los artistas musicales obtienen sus ingresos de tres fuentes que son: contratos de editorial (si son autores), contratos de *management* y contratos fonográficos.

En el primero de los casos (contrato de editorial) el autor cede al editor el derecho a reproducir su obra y distribuirla a cambio de una compensación económica. El editor además se compromete a la realización efectiva de estas operaciones por su cuenta y riesgo.

Respecto al contrato de *management*, su objeto depende de la parte de la carrera artística a la que se ciña la actividad del *manager*, puede ser la totalidad de la carrera, como suele ocurrir en artistas noveles que no tienen contratos ni fonográficos, ni editoriales, ni han hecho conciertos o giras, o limitarse a una parte de la carrera artística, una gira, uno o

¹ Definición de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)

varios conciertos. La retribución del *manager* está relacionada con los ingresos procedentes de las diferentes actuaciones del artista que sean objeto del contrato.

Por su parte el contrato fonográfico tiene un objeto más amplio o múltiples objetos² que son:

- La prestación de los servicios del artista interpretando fonogramas de la forma previamente pactada de tal modo que puedan ser grabados por la compañía discográfica.
- Cesión de los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y puesta a disposición del público de las actuaciones e interpretaciones realizadas por el artista durante la vigencia del contrato.
- Autorización del uso de la imagen del artista para promocionar los fonogramas y comercializar productos.
- Cesión del uso de la marca identificativa del artista que deberá ser registrada sino lo estuviera.
- Acuerdo sobre el uso de las páginas web del artista si existieran como medio de promoción de los fonogramas.

La discográfica a cambio de estos privilegios se compromete a pagar al artista unas cantidades conocidas como *royalties*.

A pesar de que están delimitadas estas tres figuras contractuales, contrato de edición, contrato de *management* y contrato fonográfico, son comunes las extralimitaciones de los objetos de los diferentes contratos de manera que en muchas ocasiones se producen solapamientos. Esto no es en principio un problema gracias a la libertad de pacto que recoge el artículo 1255 del Código Civil (en adelante, CC):

Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.

Sin embargo, el problema podría surgir en el caso de que algún artista contrate sobre un mismo objeto, el del contrato fonográfico, con dos partes diferentes, pues una de las características determinantes del contrato fonográfico es la exclusividad. La problemática puede surgir en dos situaciones, (i) cuando el artista contrata con dos compañías

² Aquí se enuncian algunos elementos del objeto del contrato fonográfico, si bien será analizado en mayor detalle en un apartado posterior.

discográficas diferentes al mismo tiempo, y (ii) cuando el artista firma dos contratos diferentes con dos empresas diferentes, siendo uno fonográfico, siempre que exista una extralimitación en el objeto del contrato de edición o de *management* de tal modo que haya un solapamiento con el contrato fonográfico. Cualquiera de las dos situaciones descritas nos situaría tanto ante un incumplimiento contractual nada más prestar consentimiento el artista. Podemos afirmar que, en este ámbito de la propiedad intelectual en el mundo de la música, la libertad de pactos recogida por el artículo 1.255 CC, puede generar cierta inseguridad jurídica, dado que el punto de partida ya recoge una limitación, la exclusividad. Es cuestionable, si esta exclusividad forma parte del orden público al que hace referencia el artículo 1.255 CC. Podemos entender este concepto como lo hace FERNANDEZ NOVOA³, el “orden público es el conjunto de principios: jurídicos, políticos, morales y económicos que son obligatorios para la conservación del orden social de un pueblo en una época determinada”. Ante esta definición podríamos incluir la exclusividad como un principio económico que nos encamina a ese orden social, pues de otro modo nos situaríamos ante un enriquecimiento injustificado por parte del artista dado que estaría vendiendo unos mismos derechos íntegramente a dos partes diferentes.

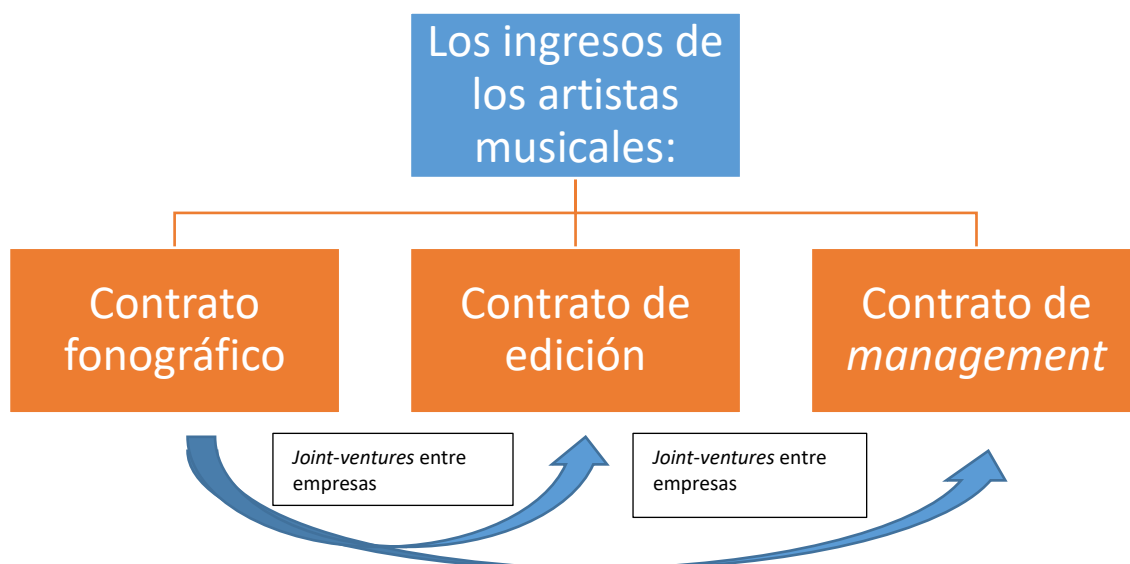
2.1. La figura del *joint-venture*:

Hay empresas que son editoriales, otras discográficas y otras se encargan de los contratos de *management*. Por otro lado, también podemos encontrar empresas que aglutinan las funciones, son editoras, discográficas y managers al mismo tiempo y bajo un único contrato. Este tipo de empresas que combina los tres contratos requieren de un elevado capital puesto que lo común es otorgar un anticipo remuneratorio a los artistas que se irá amortizando con el tiempo. Para evitar este inconveniente, las empresas que no disponen del capital necesario para otorgar estos anticipos acuden a la figura del *joint-venture*, es decir, perfeccionan los tres contratos con un artista y además firmando un contrato de *joint-venture* con una editora o con una discográfica que otorga los anticipos al artista. De este modo se comparten al 50% los resultados procedentes de cada uno de los contratos, de manera que el artista puede recibir el anticipo que deseaba, la compañía continúa aglutinando los tres contratos, pero realiza un contrato de *outsourcing* de uno o dos de ellos, siendo lo más común el de editorial o el fonográfico. Bajo este complejo

³ “El orden Público”, Fernández Novoa”

esquema se comparten los resultados al 50% pero con la peculiaridad de que la cantidad anticipada se irá amortizando a favor de quien la otorgará.

Ilustración 1: Fuentes de ingresos de los artistas y de las empresas con las que contratan.



Fuente: Elaboración propia.

3. EL CONTRATO FONOGRAFICO

3.1. Introducción al Contrato Fonográfico: concepto.

A continuación procedemos al análisis de todo lo referente al contrato fonográfico, comenzamos con una breve definición del concepto para situarnos en contexto. Así, el contrato fonográfico es aquel en el que uno o varios artistas autorizan a la compañía discográfica a fijar la comunicación pública de sus fonogramas y le ceden los derechos de reproducción y distribución. Siguiendo la estructura que recoge el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (en adelante, LPI), se procede al análisis de cada uno de los términos que puedan resultar de interés, dentro de la citada definición.

3.2. El Contrato Fonográfico en la Ley de Propiedad Intelectual.

El contrato fonográfico se encuentra regulado principalmente en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. Los artículos 114 y siguientes del citado texto, son los artículos referidos a la producción de fonogramas, si bien, esta escueta regulación de tan solo 5 artículos se ve complementada por todas las disposiciones de la parte general de la propia LPI.

Como punto de partida, el contrato fonográfico se perfecciona entre uno varios artistas y generalmente una compañía discográfica que no tiene por qué dedicarse exclusivamente a esta actividad. Profundizando un poco en las partes acudimos a la LPI, en el artículo 105 LPI encontramos el concepto de artista tal cual se expone a continuación:

3.3. Artículo 105 LPI - Concepto de artistas intérpretes o ejecutantes:

Se entiende por artista intérprete o ejecutante a la persona que represente, cante, lea, recite, interprete o ejecute en cualquier forma una obra. El director de escena y el director de orquesta tendrán los derechos reconocidos a los artistas en este Título.

Del citado artículo podemos extraer algunas conclusiones:

En primer lugar, la no exigencia de originalidad, pues el artista, en su condición de tal, no crea obras, sino que se limita a *cantarlas, leerlas, recitarlas, interpretarlas o ejecutarlas*. En esta tesitura la LPI, está protegiendo a la persona que haya efectuado una interpretación o ejecución artística, no es necesario por tanto el sometimiento a un juicio de originalidad. De la dicción literal del artículo, tal como se acaba de exponer, no es necesaria la originalidad, no obstante, doctrina y jurisprudencia se pronuncian en el sentido contrario, exigiendo la originalidad⁴ de las obras. La originalidad exigida puede

⁴ *Manual de propiedad Intelectual* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), 3ªed. Tirant lo Blanch, Valencia, 26, p. 54, donde considera preferible <<por su mayor claridad y exactitud la tesis objetiva de la originalidad, considerando como tal, la creación que aporta y constituye una novedad objetiva frente a cualquier otra creación preexistente; es original la creación novedosa, y esa novedad objetiva es la que determina su reconocimiento como obra y la protección por la propiedad intelectual que se atribuye sobre ella a su creador. También se inclina nítidamente por la concepción objetiva de la originalidad la STS (Sala 1ª) de 24-06-2004 (RJ 2004, 4318), en cuyo Fundamento de Derecho 2º se establece como requisito para que una obra sea original tiene que ser<< algo nuevo, que no existía anteriormente; es decir, la creación que aporta y constituye una novedad objetiva frente a cualquier otra preexistente: es original la creación novedosa, y esa novedad objetiva es la que determina su reconocimiento como obra y la propiedad intelectual que se atribuye sobre ella a su creador>>.

ser de dos tipos, subjetiva si solo se requiere que la interpretación de la una misma obra la realicen sujetos diferentes u objetiva, si lo que se exige es que las obras objeto de interpretación o ejecución sean sustancialmente diferentes. Mientras que la jurisprudencia se inclina por la concepción objetiva de la originalidad, en la doctrina existe un conflicto entre ambas concepciones, objetiva y subjetiva, mientras que autores como BERCOVITZ o SÁNCHEZ ARISTI, se inclinan por la concepción objetiva, RIVERO HERNÁNDEZ defiende la subjetiva⁵.

Tras esta interpretación, hacemos mención a las llamadas *cover-versions*⁶, que serán perseguibles, pues solo cuentan con originalidad subjetiva.

Además, en el artículo 105 LPI observamos que la figura del artista se construye sobre el concepto de obra, por tanto, es necesario establecer los límites de este término. Para determinar si nos encontramos ante una obra, o no, hay que atender caso por caso.

Una vez definido el concepto de artista, asamos a observar, los derechos que adquieren por su condición de tal.

En los artículos siguientes al 105 LPI encontramos los derechos exclusivos a autorizar de los artistas y estos son:

- La fijación o grabación de sus actuaciones.
- La reproducción de las fijaciones de sus actuaciones.
- La comunicación pública de sus actuaciones.
- La distribución de las grabaciones de sus actuaciones.

Como vemos se trata de una serie de derechos muy genéricos como consecuencia de que tienen que abarcar a artistas con actuaciones muy variadas, tal como se deduce del propio artículo 105 LPI: “*la persona que represente, cante, lea, recite, interprete o ejecute en cualquier forma una obra*”. Estos derechos vienen regulados en los artículos 106-109 LPI y se analizarán más adelante en el apartado de estructura del contrato fonográfico,

⁵ F. RIVERO HERNÁNDEZ, <<Interpretación y obra derivada>> en *Interpretación y autoría* (Coord. Rogel Vide), Reus/AISGE, Madrid, 2004, p.119: <<[L]a originalidad, por tanto, del interprete [...] ha de entenderse casi exclusivamente en sentido subjetivo, y consistiría [...] en aquella individualidad en la forma de presentación de los elementos esenciales que caracterizan a la obra representada o ejecutada [...], es decir, será casi siempre el sello de su personalidad que un artista concreto sea transmitir a su interpretación>>.

⁶ Son interpretaciones imitativas de las obras de otros artistas, muy comunes en el mundo de la música.

puesto que son objeto de cesión del artista al productor de fonogramas. En este apartado procede la definición del concepto de fonograma y de productor de fonograma según lo dispuesto en el artículo 114 LPI. Al igual que a los artistas intérpretes o ejecutantes, a los productores de fonogramas les corresponden una serie de derechos que vienen regulados en los artículos 115-117 LPI y que se analizarán seguidamente. Artista y productor de fonogramas son conceptos diferentes, la definición de artista ha quedado aquí expuesta, y como se puede deducir de la misma, solo son susceptibles de ser artistas las personas físicas. El concepto de productor de fonogramas se expone a continuación y como veremos son susceptibles de ser productores de fonogramas, tanto las personas físicas, como las jurídicas. Para mayor claridad, las partes en el contrato fonográfico son: los artistas, que son los cantantes y los productores de fonogramas a los que denominaremos compañía discográfica o discográfica.

3.4. Artículo 114 LPI – Conceptos de fonograma y productor de fonogramas.

Situándonos en el Título Segundo del Libro II de la LPI, derechos de los productores de fonogramas, observamos en primer lugar lo que se entiende por fonograma y productor de fonogramas, y a continuación los derechos que a este le corresponden, la legitimación activa en caso de que estos sean vulnerados y la duración de los mismos. A continuación, nos detenemos en cada uno de estos apartados. Respecto de los derechos de los artistas que como veremos son los que son objetos de cesión en el contrato fonograma, los veremos en el apartado de estructura del contrato fonográfico. Sin más comenzamos con el análisis del concepto de productor de fonogramas y sus derechos correspondientes. Así el artículo 114 LPI dice:

1. Se entiende por fonograma toda fijación exclusivamente sonora de la ejecución de una obra o de otros sonidos.

2. Es productor de un fonograma la persona natural o jurídica bajo cuya iniciativa y responsabilidad se realiza por primera vez la mencionada fijación. Si dicha operación se efectúa en el seno de una empresa, el titular de ésta será considerado productor del fonograma.

Del primer apartado del artículo, nos surge la duda de si (i) los fonogramas son obras y los autores son equiparables a los productores de fonogramas o (ii) los fonogramas no son obras, sino productos relacionados con la explotación de las obras y por tanto existe una distinción entre autores y productores de fonogramas. Evidentemente en esta segunda opción existe en el productor de fonogramas un derecho conexo al del autor.

Parece que en el orden internacional predomina el segundo criterio, pues la protección de los productores de fonogramas se regula en convenios multilaterales diferentes a los de los autores. A modo ejemplificativo, los productores de fonogramas no están incluidos en el Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas, ni en la Convención Universal sobre el derecho de autor. No obstante, sí que están incluidos en la Convención de Roma, sobre la protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los productores de Fonogramas y los Organismos de Radio-difusión, así como en el Convenio de Ginebra para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción no Autorizada de sus Fonogramas.

Esta distinción entre autores y productores de fonogramas tiene por consecuencia la diferencia entre los contratos de edición y los de producción fonográfica como se expuso *supra*.

Matizada la distinción entre autor y productor de fonogramas, analizamos ahora el concepto de fonograma. Como indica el artículo 114 LPI un fonograma es *toda fijación exclusivamente sonora de la ejecución de una obra o de otros sonidos*. En las versiones anteriores de la LPI se añadía a este concepto la coletilla: “*cualquiera que sea el procedimiento técnico empleado y el soporte o medio de fijación, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro*”. La actual LPI simplifica la definición con respecto a las anteriores, puesto que la anterior venía a decir lo mismo (toda fijación exclusivamente sonora) pero de manera más compleja.

3.5. Los derechos de los productores de fonogramas

Los derechos de los productores de fonogramas son más limitados que los de los artistas intérpretes o ejecutantes, y quedan materializados en los artículos 115-117 LPI del siguiente modo:

3.5.1. Derecho de Reproducción de fonogramas

El derecho de reproducción de fonogramas correspondiente a los productores de fonogramas viene regulado en el artículo 115 LPI, que se remite al 18 LPI.

Artículo 115 Reproducción

Corresponde al productor de fonogramas el derecho exclusivo de autorizar su reproducción, según la definición establecida en el artículo 18.

Este derecho podrá transferirse, cederse o ser objeto de concesión de licencias contractuales.

Artículo 18 - Reproducción

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

La reproducción a la que se refiere el artículo 115 LPI, parte de la existencia de un fonograma, de una fijación o grabación sonora, por tanto, se refiere a la obtención de copias en cualquier tipo de formato. Este artículo abarca todo tipo de copias, directas⁷ e indirectas, y también las parciales⁸. Este derecho de reproducción abarca toda copia independientemente del medio y de la forma que empleados, tal como se puede deducir del citado artículo 18 LPI.

La delimitación negativa del concepto de copia, parte de que no se considera copia la primera fijación de un mismo sonido, ni siquiera las mismas interpretaciones, incluso realizadas por los mismos artistas.

Aunque el concepto de derecho de reproducción correspondiente al artista intérprete será analizado posteriormente, es preciso afirmar que existe y que consiste en autorizar la reproducción (fijación) de sus actuaciones. Por ello, el derecho de reproducción de los productores de fonogramas aglutina un contenido diferente al de los artistas. A los productores de fonogramas les corresponde la capacidad de autorizar la grabación de fonogramas (copias), mientras que a los artistas les corresponde el poder de autorizar la grabación de sus actuaciones. En esta tesitura, se considera una violación del derecho de reproducción propio del artista, el hecho de grabar en directo la interpretación de un fonograma por parte de un artista sin la debida autorización. Ese derecho de reproducción, puede pertenecer en titularidad al propio artista o al productor de fonogramas, sobre la base de un contrato en exclusiva con el artista⁹. La situación descrita, no reflejaría en ningún caso una violación del derecho de reproducción del productor del fonograma puesto que no nos estamos situando ante una copia, de modo que no corresponde al productor de fonogramas la autorización de la grabación. En España, para evitar que estas

⁷Se refiere a las fijadas a partir de la primera grabación sonora, por su arte las indirectas son aquellas obtenidas a partir de una copia directa, de otra indirecta o de una comunicación pública.

⁸Las copias pueden ser de parte del fonograma en cuyo caso serán parciales, eso sí, siempre que cumplan el requisito que exige el Convenio de Ginebra en su artículo 1ºc) de ser una parte *sustancial* del fonograma o en términos económicos, *económicamente relevante*.

⁹ Normalmente un contrato de cesión.

violaciones tengan lugar, actúan en los conciertos en directo la Sociedad General de Autores y Editores para proteger a los autores (en adelante, SGAE¹⁰) y la Asociación de Artistas Intérpretes o ejecutantes sociedad de gestión de España (en adelante, AIE) para proteger a los artistas, llevando un recuento de los fonogramas que se hayan reproducido los primeros y controlando que las grabaciones realizadas con fines comerciales cuenten con la correspondiente autorización, respectivamente.

Respecto a la transmisibilidad que recoge el artículo 115.2 LPI, es fruto de la transposición de la Directiva 92/100/CEE, que a juicio de BERCOVITZ es totalmente innecesaria de acuerdo con la estructura del Código Civil y de la Ley 22/1987 donde no figuran limitaciones de ningún tipo para la transmisión de derechos reales y derechos de crédito.

3.5.2. Derecho de Comunicación Pública de fonogramas.

El derecho de comunicación pública, como derecho correspondiente a los productores de fonogramas, viene regulado en artículo 116 LPI que se cita y analiza a continuación:

Artículo 116 - Comunicación pública

1. Corresponde al productor de fonogramas el derecho exclusivo de autorizar la comunicación pública de sus fonogramas y de las reproducciones de éstos en la forma establecida en el artículo 20.2.i).

Cuando la comunicación al público se realice vía satélite o por cable y en los términos previstos, respectivamente, en los apartados 3 y 4 del artículo 20, será de aplicación lo dispuesto en tales preceptos.

2. Los usuarios de un fonograma publicado con fines comerciales, o de una reproducción de dicho fonograma que se utilice para cualquier forma de comunicación pública, tienen obligación de pagar una remuneración equitativa y única a los productores de fonogramas y a los artistas intérpretes o ejecutantes, entre los cuales se efectuará el reparto de aquélla. A falta de acuerdo entre ellos sobre dicho reparto, éste se realizará por partes iguales. Se excluye de dicha obligación de pago la puesta a disposición del público en la forma establecida en el artículo 20.2.i), sin perjuicio de lo establecido en el apartado 3 del artículo 108.

3. El derecho a la remuneración equitativa y única a que se refiere el apartado anterior se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual. La efectividad de este derecho a través de las respectivas entidades de gestión comprenderá la negociación con los usuarios, la determinación, recaudación y distribución de la remuneración correspondiente, así como cualquier otra actuación necesaria para asegurar la efectividad de aquél.

¹⁰ SGAE además de proteger a los autores y artistas, realizan un recuento de los fonogramas reproducidos a efectos de poder remunerar a autores y editores por las canciones reproducidas.

Artículo 20.2 i)– Comunicación pública

2) Especialmente, son actos de comunicación pública:

- i) La puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.

Artículo 108.3 – Derecho a la remuneración por la cesión del derecho de comunicación pública.

El artista intérprete o ejecutante que haya transferido o cedido a un productor de fonogramas o de grabaciones audiovisuales su derecho de puesta a disposición del público a que se refiere el apartado 1.b), respecto de un fonograma o de un original o una copia de una grabación audiovisual, conservará el derecho irrenunciable a obtener una remuneración equitativa de quien realice tal puesta a disposición.

Del artículo 116 LPI, que alude a los citados artículos 20.2 i) y al 108.3 LPI podemos deducir lo siguiente:

En primer lugar, que deriva de la Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión y del Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución de fonogramas, concretamente de sus artículos 12 y 15.1 respectivamente. El primero de estos artículos se expresa así:

Quando un fonograma publicado con fines comerciales o una reproducción de ese fonograma se utilicen directamente para la radiodifusión o para cualquier otra forma de comunicación al público, el utilizador abonará una remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes o ejecutantes, o a los productores de fonogramas, o a unos y otros. La legislación nacional podrá, a falta de acuerdo entre ellos, determinar las condiciones en que se efectuará la distribución de esa remuneración.

De este artículo deducimos, primero, que existe un derecho de retribución a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes y/o de los productores de fonogramas. Segundo, que la mencionada remuneración podrá ser distribuida según lo que determine la legislación nacional, en España, dependiendo de un acuerdo¹¹ entre las partes y a falta de este por partes iguales (art.116.2 LPI). El Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución de fonogramas, se expresa en la misma línea que el citado artículo 12 de la Convención de Viena, dejando abierta la distribución de la remuneración y la forma de recaudarla. De acuerdo con el artículo 116.3 LPI, el derecho de remuneración se hará efectivo a través de las *entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual*, normalmente suelen ser AIE y AISGE (Artistas intérpretes, sociedad de gestión). Hay que subrayar además

¹¹ Aquí es donde entra en juego el contrato fonográfico.

que esto es de aplicación para los fonogramas publicados con fines comerciales con excepción de los supuestos del artículo 20 LPI apartados 3 y 4, que son: radiodifusión por satélite y distribución por cable en el territorio de la Unión Europea.

El artículo 116.1 LPI hace referencia al derecho a autorizar la comunicación pública de los fonogramas que pertenece al productor de los fonogramas, según lo especificado en el artículo 20.2 i). Hay dos excepciones que se desprenden del segundo párrafo del artículo 116.1 LPI, son la radiodifusión por satélite y la emisión por cable de emisiones primarias dentro del territorio de la Unión Europea. Ambos supuestos gozan de derecho de exclusiva para los productores de los fonogramas, lo que es contradictorio con lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 116, tal como ha quedado expuesto en los párrafos anteriores.

Así, en resumen en el artículo 116 LPI encontramos en primer lugar el derecho de autorización para la puesta a disposición de los fonogramas y sus reproducciones que corresponde en exclusiva a los productores de fonogramas y en segundo lugar una obligación de remuneración por parte de los usuarios tanto a los productores de fonogramas, como a los artistas intérpretes o ejecutantes, excepto para el caso de puesta a disposición que recoge el artículo 20.2.i) donde no es necesaria la remuneración al productor de fonogramas. Además, esta remuneración tiene que ser equitativa¹².

¹² La remuneración equitativa, tiene que basarse en las tarifas fijadas por AIE por imperativo legal derivado de la obligación impuesta en el apartado 1º de la Disposición Transitoria 2ª de la Ley 21/2014, pero no exclusivamente en ellas, sino que además se deberá atender tanto a supuestos objetivos, como a supuestos subjetivos. Muy ilustrativa es la Sentencia núm. 109/2016 de 1 marzo. [RJ 2016\724] en la que se condena a Parque temático Warner Bros, por limitarse a atender a la tarifa fijada por AIE, no haciendo uso de otros criterios. La sentencia se expresa así respecto de la comunicación pública de obras audiovisuales:

«la jurisprudencia de esta Sala ha admitido ya implícitamente, en relación con los derechos de autor dimanantes de la comunicación pública de obras audiovisuales, que la remuneración equitativa no puede fijarse de manera incondicionada, cualesquiera que sean las circunstancias en que ha tenido lugar la negociación, de acuerdo con las tarifas generales fijadas unilateralmente por las sociedades de gestión, aun cuando las mismas no hayan sido objetadas por parte de la Administración. Antes bien, se han ponderado criterios para garantizar la aproximación de la remuneración equitativa a principios de efectividad de uso que garanticen el criterio de equidad».

En relación con la remuneración equitativa a favor de los productores de obras audiovisuales por la comunicación pública de estas en hoteles por medio de la televisión, hemos entendido que «el precio de la comunicación pública procedente que ya se ha considerado como tal, ha de venir determinado por dos criterios: el pacto de la gestora, en este caso con el hotel demandado, o, fuera de este caso, como en realidad ocurre, con asociaciones de hoteles; y a falta de este pacto el precio vendrá fijado, en principio, por las tarifas que la gestora comunica simplemente al Ministerio de Cultura [es decir, a los órganos de las comunidades autónomas, según ha declarado el Tribunal Constitucional]. Pero ello no quiere decir que las tarifas, sin más, hayan de prevalecer frente a una oposición de los obligados al pago, toda vez que la Ley exige que las mismas se atengan a criterios equitativos» (sentencia 1394/2007 SIC, de 15 de enero de 2008 (RJ 2008, 206)).

3.5.3. Derecho de distribución de fonogramas

El supuesto de distribución consiste en del fonograma original o de copias en un soporte tangible y mediante venta alquiler, préstamo o cualquier otra forma. Este derecho corresponde a los productores de fonogramas y viene regulado en el artículo 117 LPI que se cita a continuación. Los artistas intérpretes o ejecutantes también tienen un derecho de distribución, pero este consiste en el poder para autorizar la distribución de las grabaciones de sus actuaciones, es por tanto un derecho que precede al de los productores de fonogramas.

Artículo 117 – Distribución de los productores de fonogramas

1. Corresponde al productor de fonogramas el derecho exclusivo de autorizar la distribución, según la definición establecida en el artículo 19.1 de esta Ley, de los fonogramas y la de sus copias. Este derecho podrá transferirse, cederse o ser objeto de la concesión de licencias contractuales.

2. Cuando la distribución se efectúe mediante venta u otro título de transmisión de la propiedad, en el ámbito de la Unión Europea, por el propio titular del derecho o con su consentimiento, este derecho se agotará con la primera, si bien sólo para las ventas y transmisiones de propiedad sucesivas que se realicen en dicho ámbito territorial.

3. Se considera comprendida en el derecho de distribución la facultad de autorizar la importación y exportación de copias del fonograma con fines de comercialización.

4. A los efectos de este Título, se entiende por alquiler de fonogramas la puesta a disposición de los mismos para su uso por tiempo limitado y con un beneficio económico o comercial directo o indirecto.

Quedan excluidas del concepto de alquiler la puesta a disposición con fines de exposición, de comunicación pública a partir de fonogramas o de fragmentos de éstos, y la que se realice para consulta «in situ».

5. A los efectos de este Título se entiende por préstamo de fonogramas la puesta a disposición para su uso, por tiempo limitado, sin beneficio económico o comercial, directo ni indirecto, siempre que dicho préstamo se lleve a cabo a través de establecimientos accesibles al público.

Se entenderá que no existe beneficio económico o comercial, directo ni indirecto, cuando el préstamo efectuado por un establecimiento accesible al público dé lugar al pago de una cantidad que no exceda de lo necesario para cubrir sus gastos de funcionamiento.

Quedan excluidas del concepto de préstamo las operaciones mencionadas en el párrafo segundo del anterior apartado 4 y las que se efectúen entre establecimientos accesibles al público.

Artículo 19.1 - Distribución

1. Se entiende por distribución la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma.

Como se deduce del artículo el derecho se agota en la primera venta dentro de la Unión Europea.

El derecho exclusivo de distribución está recogido en el artículo 2º de la Convención de Ginebra de 1971, de protección de los productores de fonogramas; en el tratado OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas y en el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio.

Además de los derechos recogidos en los artículos 115-117 LPI, existen dos preceptos más a los que se hará referencia infra, el 118 y el 119 LPI. El primero versa sobre la legitimación activa para el caso de infracción de los derechos de reproducción, comunicación pública y distribución, que corresponderá tanto al productor de fonogramas como al cesionario de los derechos, si lo hubiere. El segundo, sobre la duración de los derechos de los productores de fonogramas, que podrá ascender a 50 años después de que se haya realizado la grabación o a 70 para el caso de publicación o comunicación lícita al público, durante el plazo de 50 años.

3.6. Elementos del contrato: Consentimiento, objeto y causa.

Ahora que ya conocemos el concepto de artista y los derechos que corresponden a los productores de fonogramas, vamos a analizar los contratos que surgen entre estas partes, los contratos fonográficos o también conocidos como contratos discográficos.

Como todos los contratos, el contrato fonográfico tiene que cumplir con las exigencias del artículo 1.261 del Código Civil que dice así:

No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

- 1.º Consentimiento de los contratantes.
- 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato.
- 3.º Causa de la obligación que se establezca.

Por tanto, a continuación analizamos una por una las exigencias de consentimiento, objeto y causa del contrato fonográfico.

3.6.1. Consentimiento en el contrato fonográfico

El primero de los requisitos que exige el citado artículo, el consentimiento, viene regulado en los artículos 1262 a 1270 del Código Civil, se trata de un requisito *a priori*, de sencillo

cumplimiento. Podemos definir el consentimiento de acuerdo con el artículo 1262 CC como:

Concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato, por tanto, cuando concurra la aceptación de ambas partes artista o artistas y compañía discográfica, podremos hablar de consentimiento. Se entiende que en la mayoría de los supuestos por la envergadura de este tipo de contratos oferta y aceptación se desarrollan de forma presencial y por escrito, en caso contrario habría que atenerse a lo dispuesto en los párrafos segundo y tercero del artículo 1262 CC.

Para que este consentimiento sea válido, es preciso que se cumpla con las exigencias de:

- **Capacidad** ex artículo 1263 CC:

No pueden prestar consentimiento:

1.º Los menores no emancipados, salvo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales.

2.º Los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial.

- **Inexistencia de vicios del consentimiento:** error, violencia, intimidación o dolo, ex artículo 1265 CC.

3.6.2. Objeto del contrato fonográfico

Respecto al objeto del contrato consiste en:

- Una prestación de servicios del artista consistente en la interpretación de obras musicales con unas características determinadas y previamente pactadas para ser grabadas por la discográfica.
- La cesión¹³ de los derechos¹⁴ de fijación, reproducción, distribución y comunicación pública, en cualquier medio o formato, por la duración pactada y en el territorio pactado.

¹³ De acuerdo con los artículos 48 y siguientes LPI los derechos de los artistas pueden ser cedidos a terceros, la cesión deberá formalizarse por escrito y podrá ser en exclusiva o no. La esencia del contrato fonográfico consiste en la autorización del artista al productor para que fije su interpretación, además de la cesión de sus derechos de reproducción y distribución de las grabaciones.

¹⁴ Estos derechos serán analizados *infra* en el apartado de estructura y análisis del contrato.

- La autorización de uso de la imagen del artista o artistas para que la discográfica pueda promocionar los fonogramas y eventualmente para comercializar productos de *merchandising*.
- Cesión de uso de la marca identificativa del artista, si estuviera debidamente registrada en la Oficina Española de Patentes y Marcas.
- Regulación del uso de la página o páginas web que se registren a nombre del artista como único sitio/s oficial(es) de Internet. Normalmente se cede en exclusiva el derecho de explotación del dominio de la página web durante la vigencia del contrato.
- Contraprestaciones económicas, el artista recibirá de la discográfica por la venta de soportes físicos los *royalties* que se determinen contractualmente, suelen estar determinados como un porcentaje de las cantidades obtenidas por ventas y dicho porcentaje varía en función de las unidades vendidas.
- Contraprestaciones económicas, el artista también recibirá *royalties* por la explotación de Soportes Electrónicos¹⁵, funcionan del mismo modo que los *royalties* en soportes físicos. Además, el artista también recibirá una contraprestación económica en forma de *royalties*, como porcentaje de los ingresos netos¹⁶ por las reproducciones en *streaming*.
- La duración del contrato discográfico puede ir determinada por el tiempo o por el número de álbumes desde el momento de la firma del mismo. Para la discográfica es interesante alargar la duración del contrato para así amortizar la inversión inicial, asegurándose ingresos a largo plazo del artista. Lo más común, es la variación de la duración del contrato en función de un objetivo de unidades liquidadas y una vez cumplido este requisito, a voluntad de la discográfica, es decir, el artista está concediendo a la discográfica un derecho de extender su compromiso de grabación en función de que se alcance o no el número de unidades liquidadas. La duración descrita se corresponde con el contrato tradicional, cuya extensión solía ser de hasta un compromiso de 5 álbumes.
En términos económicos, el requisito de unidades liquidadas, garantiza la existencia de beneficios en el primer contrato y es un indicio positivo para que el segundo álbum sea rentable. A fecha de hoy, dado que la venta de álbumes en

¹⁵ Esto son: descargas o *downloading*.

¹⁶ Una vez deducida la deuda.

soportes físicos no es el ingreso más importante de las discográficas, la renovación, en función de las unidades vendidas, no es un requisito muy fiable que justifique la realización de un segundo álbum. Una variable más fiable, a la que supeditar la realización de un nuevo álbum, podría ser el número de reproducciones en *streaming*.

3.6.3. Causa del contrato fonográfico

En lo referente a la causa del contrato nos remitimos al artículo 1274 del Código Civil que dice así (la negrita es propia):

En los contratos onerosos se entiende por **causa**, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los **remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera**, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor.

Como nos encontramos ante un contrato sinalagmático, es decir, que genera obligaciones recíprocas para ambas partes, entonces la causa de la obligación de un contratante tiene por objeto la obligación del otro, y recíprocamente.

Así, la causa para la compañía discográfica es el compromiso del artista de grabación de fonogramas, es decir, la obtención de unos fonogramas según lo pactado y la cesión de los derechos del artista de fijación, reproducción, comunicación pública y distribución, así como de la marca del artista y el uso de la página web tal como ha quedado expuesto en el apartado de objeto del contrato.

Por su parte la causa para el artista son las contraprestaciones económicas que recibirá en forma de *royalties*, a cambio de los derechos cedidos respecto de las grabaciones elaboradas, derechos de imagen, marca y demás prestaciones cedidas a la compañía discográfica.

3.7. ESTRUCTURA Y ANÁLISIS DEL CONTRATO

En este capítulo se analiza la estructura tipo de un contrato fonográfico, haciendo especial hincapié en los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes que se ceden al productor de fonogramas (la compañía discográfica).

El contrato comienza con una descripción de las partes:

3.7.1. INTERVIENEN: PARTES

En primer lugar, como en todo contrato sinalagmático se exponen las partes con sus datos identificativos: nombre, edad, domicilio y DNI o CIF. Es un contrato bilateral, es decir, un contrato en el que encontramos dos partes que son: artista o artistas y compañía discográfica. Como las discográficas suelen ser personas jurídicas es necesaria una representación que suele llevar a cabo el administrador o el órgano de administración de las mismas. Por su parte, los artistas, dado que suelen ser personas legas en Derecho requieren la representación de abogados que defiendan sus intereses, por tanto, podemos afirmar que la representación es común es este tipo de contratos.

3.7.2. ANTECEDENTES: REQUISITOS PREVIOS DE LAS PARTES

En aras de poder obtener una rentabilidad, la discográfica exige al o a los artistas exclusividad, esto significa que estos no podrán tener otro contrato fonográfico durante la vigencia del presente, ni siquiera formando parte de un grupo o conjunto. Pueden surgir conflictos como consecuencia de artistas que canten fonogramas individualmente, pero también en grupo, pues si el fonograma grupal requiere la exclusividad con una determinada discográfica, a la hora de negociar un contrato fonográfico individualmente no podrá elegir entre varias compañías discográficas, sino que solo podrá optar por aquella con la que ya tenga un contrato. Este es un supuesto poco común, pero va en contra de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, en concreto del artículo 4.1, que dice así:

Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe¹⁷.

En este supuesto la compañía discográfica está perjudicando al resto de compañías discográficas por su situación de competidores. La carga probatoria residiría en la o las compañías demandantes, que tendrían que probar que ese comportamiento es desleal. Las acciones que se pueden emplear para denunciar la competencia desleal vienen recogidas

¹⁷ Sobre este precepto la Sentencia núm. 248/2014 de 10 octubre. [JUR 2015\283635] que cita al Tribunal Supremo dice:

Este precepto "no formula un principio general objeto de desarrollo y concreción en los artículos siguientes de la misma Ley" (Sentencias 1169/2006, de 24 de noviembre, y 19/2011, de 11 de febrero), sino que "tipifica un acto de competencia desleal en sentido propio, dotado de sustantividad frente a los actos de competencia desleal que la ley ha estimado tipificar en concreto" (Sentencias 1169/2006, de 24 de noviembre , 311/2007, de 23 de marzo , y 1032/2007, de 8 de octubre)

por el artículo 32¹⁸ de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. El hecho se impedir que dos artistas se asocien para componer un fonograma por las cláusulas de exclusividad con sus respectivas compañías discográficas, es un comportamiento que a mi juicio puede considerar contrario a la buena fe, entendida según la jurisprudencia como cajón de sastre.

En la realidad lo que suele ocurrir cuando dos artistas tienen contratos fonográficos diferentes con empresas discográficas diferentes, es que las empresas discográficas lleguen a un acuerdo para que sea posible que el grupo que formen los dos artistas pueda perfeccionar un contrato con alguna de las dos compañías, de modo que la otra salga económicamente compensada.

Normalmente los artistas como consecuencia de la exigencia de exclusividad requieren profesionalidad a la compañía discográfica mediante una cláusula. La exigencia de profesionalidad implica que la discográfica sea una empresa dedicada entre otras actividades a la producción de fonogramas, grabaciones audiovisuales y obras (o realizaciones) multimedia.

Otra exigencia inicial común en los contratos fonográficos es la voluntad de los artistas de ceder en exclusiva los derechos de fijación de sus interpretaciones o ejecuciones, así como la reproducción, comunicación pública y distribución de las grabaciones fonográficas, audiovisuales y/u obras multimedia derivadas de tales fijaciones.

¹⁸ 1. Contra los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita, podrán ejercitarse las siguientes acciones:

1.ª Acción declarativa de deslealtad.

2.ª Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura. Asimismo, podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica.

3.ª Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal.

4.ª Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas.

5.ª Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente.

6.ª Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.

2. En las sentencias estimatorias de las acciones previstas en el apartado anterior, números 1.ª a 4.ª, el tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora.

Como se observa a pesar del *nomen iuris* del contrato, no se limita a los fonogramas, sino que se amplía a otros activos con valor económico, por tanto, la denominación que recibe el contrato es irrelevante.

3.7.3. CLÁUSULAS CONTRACTUALES

3.7.3.1. PRIMERA – Cesión de Derechos del artista a la discográfica

La primera cláusula que encontramos en los contratos fonográficos suele ser la cesión de derechos de artista a la compañía discográfica. Los derechos que se ceden tal como se indicaba *supra* son: fijación o grabación de sus actuaciones, reproducción de las fijaciones, comunicación pública de sus actuaciones y distribución de las grabaciones de sus actuaciones. La cesión suele realizarse para todo el universo por la duración del contrato. Una cláusula tipo sería:

En virtud del presente Contrato, ARTISTA cede a DISCOGRÁFICA en exclusiva, de manera irrevocable, y para todo el universo, los derechos de propiedad intelectual y de explotación sobre las actuaciones, ejecuciones y/o interpretaciones de ARTISTA efectuadas durante la vigencia de este Contrato, incluyendo expresamente en dicha cesión

los derechos de fijación¹⁹, reproducción²⁰, comunicación pública²¹ y distribución²² de las mismas.

¹⁹ Los derechos de los artistas que son susceptibles de ser cedidos vienen recogidos en el Título Primero del Libro II de la LPI, entre ellos encontramos cuatro derechos: fijación de sus actuaciones, reproducción de las fijaciones de sus actuaciones, comunicación pública de sus actuaciones y de la fijación de sus actuaciones y distribución de la fijación de sus actuaciones. Estos derechos son similares a los antes expuestos correspondientes a los productores de fonogramas, pero es necesario exponerlos brevemente en las siguientes notas al pie de página.

El derecho de fijación de sus actuaciones viene regulado en el artículo 106 de la LPI, corresponde en exclusiva al artista intérprete o ejecutante, entendiéndose por tal lo definido en el artículo 105 LPI antes descrito. La autorización deberá realizarse por escrito según las exigencias del artículo 106.2 LPI.

²⁰ El derecho a autorizar la reproducción de las fijaciones de sus actuaciones, viene regulado en el artículo 107 LPI, pero se redirige al artículo 18 LPI al que ya hemos hecho referencia *supra*, al referirnos a los derechos de los productores de fonogramas. El apartado 3 del artículo 107 LPI, nos indica que es derecho de reproducción es susceptible de ser cedido, transferido u objeto de concesión de licencias contractuales.

²¹ El artículo 108 LPI recoge el derecho exclusivo de los artistas intérpretes o ejecutantes de autorizar la comunicación pública de sus actuaciones (excepto cuando se trate de una actuación transmitida por radio-difusión o cuando se realice a partir de una fijación previamente autorizada) y de las fijaciones de sus actuaciones según lo que dispone el artículo 20.2 i), artículo también expuesto *supra* en el apartado derechos de los productores de fonogramas. Este artículo también recoge la remisión a los apartados 3 y 4 del artículo 20 cuando la comunicación se realice vía satélite o por cable.

El apartado 2 del artículo 108 LPI recoge una presunción de transmisión del derecho de puesta a disposición a favor del productor de fonogramas, para el supuesto de que exista un contrato fonográfico. Eso sí, ante la cesión del derecho de puesta a disposición del público, el derecho a la remuneración equitativa por la autorización a la fijación de sus actuaciones, mediante la puesta a disposición al público queda a salvo (art. 108.3LPI).

El artículo 108.4 LPI versa sobre la obligación que tienen los usuarios de los fonogramas publicados con fines comerciales, de remunerar tanto a los artistas intérpretes o ejecutantes, como a los productores de fonogramas. El reparto de esta remuneración, se realizará como ya se explicó *supra* del mismo modo que indicaba el artículo 116.2 LPI, es decir, si existiere por acuerdo y en su defecto a partes iguales.

Respecto de las grabaciones audiovisuales empleadas para los actos de comunicación previstos en el artículo 20.2.f) y g) LPI (ver) también tienen la obligación de remunerar al artista intérprete y al productor de dichas grabaciones, de la misma manera que se describía en el apartado anterior de este artículo 108 LPI (art. 108.5 LPI). Las entidades de gestión de derechos de la propiedad intelectual harán efectivo los derechos de remuneración recogidos en el artículo 108 LPI. Estas entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual son para artistas intérpretes o ejecutantes entre otras: AIE (Artistas intérpretes o ejecutantes, sociedad de gestión de España, AISGE (Artistas intérpretes, sociedad de gestión).

²² El derecho exclusivo de autorizar la distribución de las fijaciones de los artistas intérpretes o ejecutantes viene regulado en el artículo 109 LPI. Es un derecho que también se puede transferir, ceder o ser objeto de concesión de licencias contractuales (art. 109.1 LPI). De nuevo es un artículo equiparable al recogido por el artículo 117 LPI, pero esta vez respecto de los artistas intérpretes y no de los productores de fonogramas. El artículo 109 LPI hable del agotamiento del derecho con la primera venta, define el concepto de alquiler y lo delimita negativamente de manera más extensa que para los productores de fonogramas, para ello añade dos párrafos a lo que es equivalente al segundo párrafo del artículo 117.4 LPI, que dicen así:

1º Cuando el artista intérprete o ejecutante celebre individual o colectivamente con un productor de grabaciones audiovisuales contratos relativos a la producción de las mismas, se presumirá que, salvo pacto en contrario en el contrato y a salvo del derecho irrenunciable a la remuneración equitativa a que se refiere el apartado siguiente, ha transferido sus derechos de alquiler.

2º El artista intérprete o ejecutante que haya transferido o cedido a un productor de fonogramas o de grabaciones audiovisuales su derecho de alquiler respecto de un fonograma, o un original, o una copia de una grabación audiovisual, conservará el derecho irrenunciable a obtener una remuneración equitativa por el alquiler de los mismos. Tales remuneraciones serán exigibles de quienes lleven a efecto las operaciones de alquiler al público de los fonogramas o grabaciones audiovisuales en su condición de derechohabientes de los titulares de los correspondientes derechos de autorizar dicho alquiler y se harán efectivas a partir del 1 de enero de 1997.

Como se observa la compañía discográfica trata de protegerse de todo tipo de riesgos, por ello como territorio emplea el universo, utiliza la expresión de manera irrevocable y el término exclusiva. Dado el esfuerzo económico que suelen hacer las compañías discográficas para conceder anticipos a los artistas, es lógico que busquen esa protección para así asegurar un potencial beneficio. Respecto de los derechos cedidos, los contratos se limitan a enumerarlos quedando su contenido definido por la LPI. Como consecuencia de esta amplia cesión, otra cláusula común es la siguiente:

La DISCOGRÁFICA será libre de incorporar las actuaciones, ejecuciones y/o interpretaciones de ARTISTA en cualquiera Fonogramas, Grabaciones Audiovisuales y/o Realizaciones Multimedia y explotarlas en todo el mundo, sin más límites que los legalmente impuestos y los contemplados en el presente Contrato.

Además de la cesión de estos derechos, es común la cesión del derecho exclusivo a usar el nombre e imagen del artista en la extensión necesaria para llevar a buen fin el objeto del presente contrato. La razón por la que las cesiones son tan amplias y no se limitan a los derechos del artista estrictamente referentes a los fonogramas, es la necesidad de llevar a buen fin el contrato, cuanto mayores sean las cesiones mayor libertad tiene la compañía discográfica para moverse en el mercado, siendo posible así posible aumentar el beneficio, lo cual es positivo tanto para la propia discográfica como para el artista. En esta tesitura se puede afirmar que la gran amplitud del objeto del contrato está justificada por razones de interés económico.

Es de interés este segundo párrafo al hablarnos de la conservación del derecho a una remuneración por parte del artista, a pesar de la cesión o transferencia de su derecho de alquiler respecto de un fonograma.

El artículo 109 LPI, a diferencia del 117 LPI no entiende comprendida en el derecho de distribución, la autorización de importación o exportación de copias del fonograma con fines comerciales. Por el contrario, recoge la figura del préstamo que define como: *puesta a disposición de las mismas (fijaciones de las actuaciones) para su uso por tiempo limitado sin beneficio económico o comercial directo o indirecto, siempre que dicho préstamo se lleve a cabo a través de establecimientos accesibles al público. Se entiende que no hay beneficio económico o comercial directo ni indirecto cuando el préstamo efectuado por un establecimiento accesible al público dé lugar al pago de una cantidad que no exceda de lo necesario para cubrir sus gastos de funcionamiento.*

3.7.3.2. SEGUNDA – Compromiso de grabación

Una vez cedidos los derechos, son necesarios unos fonogramas que produzcan el nacimiento de esos derechos. Sin fonogramas, no hay obra, ni por tanto artista intérprete o ejecutante, ni consecuentemente derechos de ese artista. Así, a pesar de que lo común es que en el contrato aparezca como primera cláusula la cesión de los derechos, sería más lógico que el compromiso de grabación de fonogramas precediera a la cesión de esos derechos. Dejando de lado esta cuestión, la cláusula de compromiso de grabación de los fonogramas, es de vital importancia, pues tiene que ver con la duración del contrato y evidentemente con los requisitos que el álbum deberá cumplir, estos requisitos los impone la discográfica, en función de lo que considere que el mercado demande. Un ejemplo de cláusula podría ser:

DISCOGRÁFICA encomienda al ARTISTA, quién acepta, la grabación de, en su calidad de intérprete vocal-musical, de UN (1) álbum de Larga Duración²³, en adelante **ÁLBUM COMPROMETIDO**.

Como se exponía en el objeto del contrato, su duración puede venir determinada, bien por el tiempo o bien por el número de álbumes. Normalmente las discográficas optan por la segunda opción, un número de álbumes, cuya grabación o no se hará depender del número de unidades liquidadas del álbum anterior. Si se cumplen los objetivos respecto de unidades liquidadas en el álbum comprometido, se procederá a la grabación del siguiente. La cláusula que ilustra esta situación podría ser:

Para el caso de que transcurridos quince (15) meses desde la edición del **ALBÚM COMPROMETIDO**, el total de unidades liquidadas por DISCOGRÁFICA en todo el mundo superase las 10.000 unidades, ARTISTA concede a DISCOGRÁFICA el derecho de extender su compromiso de grabación a un (1) Álbum de Larga Duración adicional, en adelante denominado **PRIMER ÁLBUM ADICIONAL**, al cuál será de aplicación todas y cada una de las estipulaciones del presente contrato.

Lo habitual son cláusulas como la expuesta, en las que el ARTISTA concede el derecho de extender su compromiso de grabación de un nuevo álbum a la DISCOGRÁFICA. En esta cláusula la capacidad negociadora del artista se ve limitada, pues la posibilidad de realizar un nuevo álbum está sujeta a dos condiciones: (i) que se liquiden las unidades pactadas y (ii) que la discográfica tenga interés en extender el compromiso de grabación.

²³ En la última cláusula del contrato, definiciones e interpretaciones, se determinará lo que se entiende por álbum de larga duración, por ejemplo, grabación de un mínimo de 12 fonogramas, que tendrán una duración mínima de 2'30". Además se determinará, si el álbum *per se*, se entiende como una sola grabación o si cada fonograma individualmente constituye una grabación, pues esto es importante a efecto de la cesión de derechos tratada en la primera cláusula.

Dado que existe libertad de pacto recogida por el artículo 1.255 del Código Civil, en el caso de que no se cumpla con el primer requisito el artista podrá negociar un nuevo contrato con la misma discográfica o con otra. Para el caso de que se cumpla el primer requisito, pero no el segundo, el artista podrá negociar un nuevo contrato también. El problema nace cuando se cumplen ambos requisitos, pero el artista no desea elaborar un nuevo álbum, en este caso nos situaríamos ante un incumplimiento contractual que daría lugar a la correspondiente indemnización por daños y perjuicios a favor de la compañía discográfica. Un caso que podría materializar esta situación, es el cambio significativo de las contraprestaciones económicas que recibe los artistas en forma de royalties, de modo que fuera a obtener unos ingresos bastante inferiores a los que obtendría si firmara en esta fecha un nuevo contrato. Para solventar esta posible situación desfavorable para el artista y beneficiosa para la compañía discográfica sería conveniente la inclusión de una cláusula *rebus sic stantibus*, un ejemplo de esto sería:

Si en el momento en el que DISCOGRÁFICA ejecuta su derecho de extender el compromiso de grabación, las contraprestaciones económicas que recibirá el artista han quedado desactualizadas con respecto a las condiciones de mercado, ARTISTA podrá optar por negociar un nuevo contrato. Se entiende por condiciones desactualizadas respecto a las condiciones de mercado, que los royalties que fuera a percibir, resultaran en media dos (2) puntos porcentuales inferiores a los que la discográfica estuviera empleando en media en los contratos fonográficos firmados en el año en cuestión.

No es habitual el uso de este tipo de cláusulas en los contratos fonográficos, si bien resultarían de gran utilidad para evitar situaciones como la descrita.

La cláusula referente al compromiso de grabación suele extenderse a cinco álbumes, el álbum comprometido, más cuatro adicionales sujetos a los dos requisitos expuestos *supra* y suele completarse del siguiente modo respecto a la ampliación del compromiso de grabación:

El ejercicio del derecho a extender el compromiso de grabación puede entenderse tácitamente ejercido excepto si DISCOGRÁFICA comunicase a ARTISTA su decisión de no ejercitar los derechos allí concedidos en el plazo de sesenta (60) días desde que hubiera vencido el periodo de quince (15) meses correspondientes a cada uno de los álbumes.

3.7.3.3. TERCERA – Duración

La duración del contrato como se expuso *supra*, puede estar vinculada a un número de álbumes en función de que se extienda o no el compromiso de grabación, o a un periodo de tiempo. Lo que sí es claro es que entrará en vigor, con la firma y para el caso de

vinculación a un número de álbumes, finalizará un periodo de tiempo después de su lanzamiento comercial generalmente en el país de origen del artista²⁴. Un ejemplo de cláusula referente a la duración podría ser:

El presente Contrato entra en vigor el día de la firma del mismo y se prolongará hasta transcurridos doce (12) meses desde el lanzamiento comercial en España del ÁLBUM COMPROMETIDO y/o del último de los ÁLBUMES ADICIONALES, en caso de ejercerse las opciones que se contemplan en la cláusula segunda de este Contrato.

3.7.3.4. CUARTA – Tanteo y retracto

Es común en los contratos fonográficos, otorgar a la compañía discográfica un derecho de tanteo, esto es que una vez terminado el contrato con una compañía determinada y durante un plazo determinado, esta compañía gozará de preferencia para celebrar un nuevo contrato con el artista, siempre que al menos iguale los términos y condiciones ofertados por otra compañía discográfica. También es común la inclusión de un derecho de retracto cuyo contenido es idéntico al del tanteo, pero se da en el supuesto de que el artista ya haya firmado un nuevo contrato con otra discográfica. Ambos derechos llevan asociada la obligación del artista de notificar a la discográfica durante el periodo que se pacte de su intención de celebrar un nuevo contrato fonográfico con otra compañía discográfica.

Es un derecho plenamente admisible bajo la libertad de pactos que recoge el Código Civil y dado que está limitado en el tiempo y jugando con los plazos el artista podrá desvincularse de la compañía discográfica con la que ha trabajado, no podemos afirmar que sea abusivo.

3.7.3.5. QUINTA – Contraprestaciones económicas

Es prácticamente el único derecho que percibe el artista a cambio de la extensa cesión de derechos que realiza, por ello debe compensarla. A estas contraprestaciones económicas que recibirá el artista, se las denomina *royalties* y se entregarán por diversos conceptos como iremos viendo a continuación. Los *royalties* normalmente oscilan entre el 7% y el 15%, en función de la situación y el poder de negociación del artista y se determinan como un porcentaje de las ventas de soportes físicos totales cobrados. Normalmente se establece una escala en función del número de unidades vendidas. A día de hoy, los

²⁴ Si bien hay que recordar la libertad de pactos que habilita el artículo 1.255 del Código Civil.

ingresos procedentes de soportes físicos vendidos son muy escasos, ya que la forma de crear y distribuir la música ha cambiado drásticamente en los últimos años, especialmente desde que en la presente década la música en *streaming* o difusión en continuo en castellano, comenzará a adquirir popularidad.

Respecto de los soportes físicos, una cláusula tipo podría ser:

ARTISTA recibirá de DISCOGRÁFICA por la venta de soportes físicos de sus álbumes en la Unión Europea los royalties especificados en la siguiente tabla:

Número de unidades vendidas y cobradas	Royalty
Entre 1 y 20.000 unidades	9%
Entre 20.001 y 50.000 unidades	10%
Más de 50.000 unidades	11%

Esta escala será aplicable álbum a álbum de manera independiente. Sólo se computarán a estos efectos las ventas realizadas dentro de la Unión Europea.

También hay que tener en cuenta, que las grabaciones incluidas en álbumes, también son susceptibles de explotación económica fuera del álbum por ejemplo en recopilaciones, el artista también tendrá derecho a cobrar por esto por ello sería necesario ampliar la cláusula del siguiente modo:

Cuando las grabaciones incluidas en un álbum de ARTISTA se exploten fuera del mismo, el royalty inicial aplicable a dichas grabaciones explotadas fuera del contexto original será el 9% respecto de la parte correspondiente según el número de fonogramas al fonograma del artista, independientemente de que el recopilatorio donde se encuentre la grabación del artista se encuentre a un escalado de *royalties* diferente.

Además, habrá que determinar el precio de venta de la unidad a efectos del cálculo de los royalties como porcentaje de ventas, pues los soportes físicos pasan por una cadena de distribución. Como el derecho de distribución que corresponde al artista es el que se cede, se agota con la primera venta, la lógica nos dice que el precio a tener en cuenta debería ser el de venta al detallista. Respecto de la carga impositiva, procederá esencialmente de Impuesto sobre el Valor Añadido, lo deberá soportar la discográfica, por ello lo lógico sería deducirlo para calcular los *royalties*. Otro gasto que deberá soportar la compañía discográfica en el supuesto de los soportes físicos es la deducción de estuche, se trata de un porcentaje variable que la discográfica tiene derecho a aplicar sobre el precio de venta de los soportes físicos a los detallistas a efectos del cálculo de los royalties establecidos a favor del artista. Así, completaremos la cláusula con la siguiente afirmación:

Los *royalties* se calcularán teniendo en cuenta el total de las unidades vendidas y cobradas al precio de venta a detallista deducidos los impuestos que resulten de aplicación con la legislación vigente y practicada la deducción por Estuche del 10%.

Además, el royalty, suele quedar reducido a la mitad, para las ventas fuera del territorio pactado y también para las ventas con campaña televisiva, puesto que en ambos casos la discográfica incurre en mayores gastos. Como vemos, son casi todo privilegios para las compañías discográficas que de este modo tratan de garantizar un beneficio, estableciendo cláusulas que les permitan recuperar todos los gastos en que incurren. Podría hablarse de una cláusula abusiva en este sentido, no obstante, dado las cantidades significativas de dinero que mueven estos contratos, y la libertad de pactos que recoge el artículo 1.255 CC no existe jurisprudencia al respecto, pues los artistas no consideran que exista un desequilibrio entre los servicios que prestan y lo que reciben.

Además de por las ventas de soportes físicos, en base a la cesión de los derechos de propiedad intelectual, y concretamente del derecho de comunicación pública que incluye la puesta a disposición del público, el artista tiene derecho a la percepción de *royalties* por la explotación²⁵ de Soportes Electrónicos en el territorio que se pacte. Estos *royalties* suelen ser superiores a los acordados por venta de soportes físicos, puesto que los gastos en los que ha de incurrir el productor son bastante inferiores. Una cláusula tipo podría ser:

ARTISTA recibirá de DISCOGRÁFICA por la explotación de Soportes Electrónicos en la Unión Europea un royalty del quince (15%) por ciento de forma análoga al cálculo de royalties en Soporte Físico, pero sujeto a las condiciones particulares que se indican a continuación.

En el caso de realizarse la venta mediante Soportes Electrónicos (es decir, la descarga o *downloading* por el usuario de grabaciones sin limitaciones en cuanto a la duración y extensión de sus derechos), el referido royalty a ARTISTA se calculará sobre el 100% de las transacciones realizadas y efectivamente cobradas por DISCOGRÁFICA, tomando como base el ingreso neto efectivamente recibido por DISCOGRÁFICA por transacción realizada, deducidos los impuestos y retenciones que resulten de aplicación de conformidad con la legislación vigente y practicada la deducción de Digitalización²⁶.

En el caso de realizarse cualquier explotación Electrónica distinta de la descarga permanente de grabaciones musicales y/o audiovisuales (es decir, la realizada a través de sistemas de audición "*streaming*" sea bajo modelos de suscripción, música a demanda sin descarga o cualquier otra forma distinta de la descarga), el referido royalty de

²⁵ Nótese que no es solo venta, sino que también aquí se incluye el alquiler de los fonogramas (art. 108 LPI)

²⁶ Se trata de la deducción o deducciones, que, en porcentaje variable, la discográfica tiene derecho a aplicar sobre el precio final pagado por los consumidores finales para Soportes Electrónicos a efectos del cálculo de los royalties establecidos a favor del artista. Las deducciones de Digitalización y las de Estuche son comparables, pero no acumulables, pues cada una va dirigida a un tipo de soporte. Las deducciones de Digitalización suelen situarse entre un 20 y un 25 por ciento.

ARTISTA se calculará sobre los ingresos netos efectivamente recibidos por DISCOGRÁFICA correspondientes a Grabaciones de ARTISTA, deducidos los impuestos y retenciones que resulten de aplicación de conformidad con la legislación vigente, así como practicada la Deducción de Digitalización.

En el caso de los Soportes Electrónicos, se considerará que una venta se ha realizado en la Unión Europea si la misma ha sido realizada por DISCOGRÁFICA o licenciataria con domicilio social en EL TERRITORIO DE LA Unión Europea. Para el caso de ingresos por estos conceptos obtenidos fuera de la Unión Europea, los royalties a percibir por ARTISTAS, se verán reducidos en un 50%.

Dentro de la remuneración de los artistas es común encontrar la siguiente cláusula que comience así:

ARTISTA no percibirá royalty alguno por: (...)

En esta cláusula se suelen incluir supuestos de morosidad, por soportes perdidos o destruidos, por soportes físicos vendidos como liquidación de stock²⁷, sea por descatalogación o por excesos de inventario y, en cualquier caso, por las ventas de Soportes Físicos y Electrónicos a precios por debajo de coste.

3.7.3.6. SEXTA- Liquidaciones

Las liquidaciones se realizarán, una vez el productor de fonogramas conozca los datos relativos a las ventas de Soportes Físicos y Electrónicos y la Explotación Electrónica distinta de la descarga permanente de grabaciones musicales y/o audiovisuales. La contabilización de estas unidades no es sencilla, por lo que no sería adecuado establecer plazos de liquidación demasiado cortos, lo habitual es establecer plazos de liquidación trimestrales o semestrales. Además, el artista deberá tener derecho a comprobar de manera directa y/o indirecta²⁸ la exactitud y veracidad de las liquidaciones. Una cláusula que recoja estas exigencias diría:

DISCOGRÁFICA liquidará al ARTISTA el importe de los royalties devengados en la Unión Europea por la venta de Soportes Físicos y/o Electrónicos por semestres naturales, durante el mes natural siguiente al vencimiento de cada semestre.

Respecto de los royalties devengados fuera de la Unión Europea, DISCOGRÁFICA liquidará su importe en el mismo plazo establecido en el párrafo anterior.

En previsión de eventuales devoluciones de Soportes Físicos y Electrónicos vendidos, DISCOGRÁFICA podrá realizar reservas con el límite de un veinticinco (25%) por ciento

²⁷ Sobre la base de que el productor de fonogramas obtiene un beneficio a partir del derecho de distribución que le ha cedido el artista *ex* artículo 109.2 LPI y que sin esta cesión no obtendría ingreso alguno, parecería más lógico que el artista si percibiera royalties por este concepto. No obstante, en virtud de la libertad de pacto del Código Civil y de que no se incumple la LPI, esta cláusula es viable, aunque a mi juicio mal negociada por el artista.

²⁸ A través de representantes, por ejemplo, contables o auditores.

del total de unidades vendidas y durante un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días, una vez vencido el semestre. Transcurrido dicho plazo DISCOGRÁFICA procederá a abonar a ARTISTA las liquidaciones que se verifiquen pendientes, tanto en el extranjero como en el Unión Europea.

El importe de los royalties devengados, se dividirá a partes iguales entre los artistas firmantes del presente Contrato.

En todos los pagos de royalties y anticipos establecidos en el presente Contrato, los impuestos que de conformidad con la legislación vigente correspondan a ARTISTA, serán por su cuenta y deducidos por tanto por DISCOGRÁFICA de sus liquidaciones y pagos.

Como se puede apreciar, el artista no cobra por los derechos cedidos de forma inmediata, sino que lo hace a trimestre vencido. Esto es un ejemplo de financiación a la discográfica que se podría estar enriqueciendo injustamente, no obstante, no se puede impugnar, dado que lo lógico es que el artista, siendo conocedor de este plazo de liquidaciones, lo hubiera aceptado y tenido en cuenta a la hora de negociar los royalties y los anticipos

3.7.3.7. SÉPTIMA – Anticipos

Las cantidades que la discográfica adelanta al artista, normalmente tendrán la consideración de anticipos.

3.7.3.8. OCTAVA – Grabaciones

El productor de fonogramas es cesionario de los derechos correspondientes a los artistas, no obstante, en el proceso de grabación de los fonogramas intervienen ambas partes, artista y productor de fonograma, por tanto, deberá existir un acuerdo sobre los temas objeto de grabación. El idioma en el que se grabaran los fonogramas también tiene que ser pactado de antemano, pues con seguridad el productor de fonogramas tendrá una idea sobre la lengua del territorio en el que desee explotar sus derechos.

Por otro lado, deberá establecerse un periodo entre la grabación del álbum comprometido y los adicionales o entre un adicional y el siguiente a efectos de permitir al productor de fonogramas una óptima explotación de un determinado álbum, sin que se produzca interferencia entre ambos álbumes.

En la cláusula referente a las grabaciones suele aparecer otro privilegio a favor del artista intérprete o ejecutante, normalmente los recursos de todo tipo necesarios para la grabación del fonograma corren a cuenta de la compañía discográfica. Una cláusula que ilustra esta prerrogativa a favor del artista podría ser:

DISCOGRÁFICA destinará a la total grabación del ÁLBUM COMPROMETIDO (y para cada ÁLBUM ADICIONAL, en caso de ejercitarse por DISCOGRÁFICA las opciones contempladas en la cláusula referente al compromiso de grabación) cuantos recursos humanos, técnicos y/o económicos resulten necesarios para la obtención de una calidad de grabación acorde con la categoría del artística, técnica y musical de ARTISTA.

Para los soportes físicos (carpetillas de CD, DVD y demás formatos tangibles) se utiliza normalmente, el formato estándar empleado por la discográfica, si el artista desea emplear otro formato, tendrá que hacer frente a los costes superiores de la presentación estándar.

Respecto de la propiedad de las grabaciones, lo habitual será que pertenezcan al productor de fonogramas en su condición de tal y de acuerdo con los derechos establecidos en los artículos 115-117 LPI. Respecto de la duración viene regulada en el artículo 119 LPI y normalmente en una cláusula suele pactarse que la duración de la titularidad de estos derechos ascenderá a lo máximo que permitan las leyes, como se ha visto *supra* 50 o 70 años.

3.7.3.9. NOVENA – Exclusividad diferida

La discográfica para proteger los derechos de los que es cesionaria y en los que ha invertido para posibilitar la obtención de un beneficio, suele requerir a los artistas una exclusividad sobre los fonogramas objeto del contrato durante el plazo de entre 8 y 10 años posteriores a la terminación del mismo. El artista se compromete a no volver a grabar los mismo fonogramas objeto del contrato. Una cláusula que ilustra esta situación sería:

ARTISTA se obliga, por un plazo de nueve (9) años a contar desde la finalización o resolución del presente Contrato, a no volver a grabar en todo o en parte, ni de manera adaptada o arreglada, las Grabaciones, ni ninguna de las interpretaciones que se contienen en dichas Grabaciones realizadas por y para DISCOGRÁFICA en virtud del presente Contrato para otra persona física o jurídica distinta.

3.7.3.10. DÉCIMA – Derechos que subsisten una vez finalizado el contrato

Una vez finalizado el contrato, subsisten dos derechos:

1. Por un lado, el derecho del artista a percibir unos determinados *royalties* (los pactados en este contrato), durante todo el plazo de duración de los derechos del productor de fonogramas, y/o audiovisual.
2. Todos los derechos que el artista hubiera concedido a la compañía discográfica y que sean necesarios para la explotación de las grabaciones del artista, una vez expire el contrato. Estos son los derechos recogidos en los artículos 106-109 LPI que se han cedido en la cláusula primera del presente contrato.

3.7.3.11. ÚNDECIMA - Incumplimiento y resolución

Dado que la compañía discográfica, realiza una importante inversión, es común que se guarde la posibilidad de la resolución unilateral en caso de enfermedad, accidente o cualquier otro supuesto de fuerza mayor que impidiera al artista el cumplimiento de obligaciones adquiridas en virtud del presente Contrato. Como se trata de un contrato fonográfico, una cláusula con este contenido es totalmente lícita, cosa distinta sería si el contrato tuviera naturaleza laboral de acuerdo con el artículo 110 LPI, que dice, así:

Si la interpretación o ejecución se realiza en cumplimiento de un contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios, se entenderá, salvo estipulación en contrario, que el empresario o el arrendatario adquieren sobre aquéllas los derechos exclusivos de autorizar la reproducción y la comunicación pública previstos en este título y que se deduzcan de la naturaleza y objeto del contrato.

Lo establecido en el párrafo anterior no será de aplicación a los derechos de remuneración reconocidos en los apartados 3, 4 y 5 del artículo 108.

En este supuesto nos estaríamos situando ante hechos constitutivos de un despido nulo²⁹ o improcedente³⁰.

La resolución del contrato tampoco tendrá efecto sobre los derechos que la LPI reconoce a los productores de fonogramas y en concreto el derecho de propiedad sobre los fonogramas.

La resolución de este tipo de contratos es poco común, si bien el incumplimiento de alguna de las obligaciones asumidas por cualquiera de las partes será causa válida para la resolución del mismo por la parte que no hubiera incumplido, si previo requerimiento por medio fehaciente al incumplidor transcurriese, el plazo que se pacte, desde la notificación, sin que el incumplidor hubiese atendido al mismo. Independientemente de este requerimiento, la parte no incumplidora podrá también reclamar daños y perjuicios. Una cláusula que refleje lo descrito podría ser:

En el caso de que cualesquiera de las partes incumpliere alguna de las obligaciones asumidas por ella en virtud de este Contrato, la contraparte podrá resolver el mismo, si previo requerimiento por medio fehaciente al incumplidor transcurriesen dos (2) meses naturales desde la notificación de dicho requerimiento sin que el incumplidor hubiese atendido el mismo, sin perjuicio todo ello, del resarcimiento de los daños y perjuicios que

²⁹ Artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores.

³⁰ Artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores.

la parte cumplidora hubiera sufrido como consecuencia de la conducta de la incumplidora.

3.7.3.12. DUODÉCIMA – Conservación y validez

Para concluir el contrato, suelen incluirse cláusulas de conservación y validez que se refieren al *modus operandi* sobre cláusulas que pudieran considerarse nulas, inválidas o no exigibles. Normalmente se suele acudir a una interpretación del contrato en su conjunto, dejando sin efecto la nulidad o invalidez de las cláusulas *per se*. En caso de que no fuera posible dejar sin efecto la nulidad o invalidez, los contratos suelen establecer, que serán interpretados y ejecutados en todos los términos como si estas disposiciones nulas, inválidas o no exigibles fueran omitidas siempre y cuando el propósito fundamental de este contrato no se vea frustrado.

3.7.3.13. DÉCIMO TERCERA – Legislación aplicable y jurisdicción competente

Como se ha expuesto, existe mucho contenido común entre los contratos fonográficos y la Ley de Propiedad Intelectual, por ello para concluir el contrato se suele añadir una cláusula referente a la legislación aplicable y a la jurisdicción competente.

La legislación aplicable que se suele pactar es la Ley de Propiedad Intelectual y demás normas complementarias y concordantes que regulan tal materia.

Respecto a la jurisdicción competente lo habitual es que, en esta misma cláusula, se determine que el contrato es de naturaleza civil o mercantil y que la jurisdicción y legislación laborales quedan excluidas. Esta exclusión tiene sentido si analizamos la cláusula undécima referente al incumplimiento y a la resolución. Respecto a la situación geográfica de los Juzgados y Tribunales a los que se someterán las partes en caso de cualquier disputa que pudiera surgir en relación con la interpretación o ejecución del contrato, lo común es acordar unos Tribunales determinados en función de la conveniencia de ambas partes, renunciando al fuero que pudiera resultar competente (domicilio del demandado).

4. CONCLUSIONES

Los artistas musicales obtienen sus ingresos principalmente de tres tipos de contratos, los de edición, siempre que sean autores, los fonográficos, en ocasiones también denominados discográficos y los contratos de *management*. En ocasiones algunas

empresas no especializadas como editoras o compañías discográficas, firman los tres contratos con algún artista, pero como no conocen alguno de los ámbitos (editor o fonográfico) requieren del apoyo de una editora o una compañía discográfica, por ello firman un contrato de *joint-venture* con esta compañía. El propósito de celebrar una *joint-venture* con estas empresas no es únicamente el auxilio en las materias que la compañía desconoce, sino también que la editora o discográfica que son compañías que generalmente disponen de medios económicos, otorgue un anticipo al artista. Estos anticipos se irán amortizando a medida que se comparten los resultados de cada uno de los tres contratos en la figura del *joint-venture*.

Como la extensión de la propiedad de la música es inabarcable, este trabajo se ha centrado exclusivamente en el contrato fonográfico. Un contrato que generalmente se pacta que se rija por el Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril que aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

El contrato fonográfico es aquel firmado entre un artista y un productor de fonogramas que tiene por objeto de modo general la cesión de los derechos del artista al productor de fonogramas, la grabación de unos determinados fonogramas, la explotación de estos y la remuneración al artista en forma de *royalties*.

En la Ley de Propiedad Intelectual encontramos numerosas disposiciones que serán de utilidad a la hora de redactar un contrato fonográfico. Comenzando por las partes, la figura del artista viene descrita en el artículo 105 de la LPI. Tiene que tratarse de una persona física. Por su condición de artista, le corresponden una serie de derechos regulados en los artículos 106-109 LPI y que son:

- Derecho a autorizar fijación de sus actuaciones
- Derecho a autorizar la reproducción de las fijaciones de sus actuaciones y de las fijaciones de sus actuaciones.
- Derecho a autorizar la comunicación pública de sus actuaciones y de las
- Derecho a la distribución de las fijaciones de sus actuaciones.

Estos derechos son susceptibles de cesión de acuerdo con los artículos 48 y siguientes de la LPI. Concretamente el derecho de autorizar la comunicación pública y el de distribución dan derecho a una remuneración irrenunciable que deberá distribuirse entre artista y productor de fonogramas. A estos efectos es muy ilustrativo el artículo 12 de la

Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, citado *supra*.

La remuneración por estos derechos la harán efectiva las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual.

La figura de los productores de fonogramas viene regulada en el artículo 114 LPI, sus derechos se especifican a continuación en los artículos 115-117 LPI y son:

- Derecho a autorizar la reproducción de los fonogramas.
- Derecho a autorizar la comunicación pública de los fonogramas.
- Derecho a autorizar la distribución de los fonogramas.

La definición de fonograma también viene recogida en el artículo 114 LPI y dice así: *toda fijación exclusivamente sonora de la ejecución de una obra o de otros sonidos*.

El productor de fonogramas podría ceder sus derechos, pero en lo que está interesado es en la adquisición de los derechos del artista para poder explotar los fonogramas en su totalidad, por ello la primera cláusula de los contratos fonográficos consiste en la cesión de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes a los productores de fonogramas. Esta cesión esencial para que sea posible la celebración de un contrato fonográfico, si bien se suele ampliar a conceptos como la cesión de uso de la marca identificativa del artista si estuviera debidamente registrada en la Oficina Española de Patentes y Marcas al uso de la imagen del artista o a la gestión de su página *web*, a efectos de llevar a buen fin el contrato. Como consecuencia de estas cesiones y de las exigencias de remuneración obligatoria, equitativa y única de los usuarios a los artistas y productores de fonogramas, los segundos en el contrato fonográfico establecerán una remuneración a los artistas, pues a pesar de ser cesionarios de los derechos se mantiene la obligación de remunerar a los artistas.

La cesión de los derechos de los artistas, de los artistas a los productores de fonogramas puede resultar peligrosa, pues los primeros al no tratarse de un bien tangible podrían cederlos a más de una compañía discográfica enriqueciéndose injustificadamente. Por ello es vital que se incluya una cláusula de exclusividad sobre la cesión de los derechos en los contratos fonográficos. No obstante, es necesaria una elevada precisión para no incurrir en un supuesto de competencia desleal. La actividad de los artistas no suele limitarse a un álbum individual, sino que en ocasiones deciden fusionarse o colaborar con otros artistas en la grabación de fonogramas, las cláusulas de exclusividad suelen prohibir

al artista que grabe con cualquier otra discográfica, durante la vigencia del contrato. Entonces, si dos artistas, comprometidos con compañías discográficas diferentes desearán grabar conjuntamente un fonograma, teniendo ambas cláusulas de exclusividad en sus contratos, ¿cuál sería la solución jurídica?

La respuesta no es sencilla, pero antes de responderla es preciso plantearse que esta cláusula podría ser considerada un acto de competencia desleal por ser contrario a la buena fe *ex* artículo 4.1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Ante este comportamiento desleal se podrán interponer las acciones que recoge el artículo 32 de la citada ley.

La siguiente cláusula que es común encontrar en los contratos fonográficos es un compromiso de grabación de un álbum por parte del artista. Esta cláusula deberá incluir los detalles referentes a las características del álbum, por ejemplo, número y duración de los fonogramas, idioma de los mismos y/o duración mínima del álbum. Además, el compromiso de grabación no se extiende simplemente a un álbum, sino que si se alcanza una cifra de unidades liquidadas en un determinado plazo (suelen ser 18 meses), el artista quedará obligado a la grabación de un nuevo álbum y así sucesivamente hasta cinco álbumes. Alcanzados los objetivos de unidades liquidadas que deriven en la grabación de un nuevo álbum, las condiciones del contrato se suelen mantener según lo negociado, esto puede resultar abusivo si las condiciones del mercado hubieren cambiado significativamente, por ello sería aconsejable que en virtud de la libertad de pacto que recoge el artículo 1.255 del Código Civil el artista tratará de introducir una cláusula *rebus sic stantibus* en el contrato, para que se guarde un equilibrio entre las prestaciones en todo momento.

Los contratos fonográficos suelen incluir cláusulas de tanteo y retracto que en principio no presentan ningún problema de compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea.

Otra cláusula esencial de los contratos fonográficos son las contraprestaciones económicas que reciben los artistas por la cesión de sus derechos para que los explote la compañía discográfica, estas contraprestaciones reciben la denominación de *royalties*. Los *royalties* se obtendrán por dos conceptos: por la venta de soportes físicos a detallistas, y por la explotación de soportes electrónicos, sea vía venta o arrendamiento. Lo habitual es que los *royalties* se liquiden transcurrido un plazo del trimestre o semestre natural vencido y esto podría suponer una financiación del artista al productor de fonogramas, no obstante, teniendo en cuenta la libertad de pacto y los anticipos recibidos por el artista de

la compañía discográfica que también solemos encontrar en este tipo de contratos, el sistema de liquidación no presenta ningún problema.

Otra cláusula habitual, es la de exclusividad diferida, esto es, una vez finalizado el contrato, el artista se obliga a no volver a grabar los fonogramas que hubieran sido ya grabados bajo el contrato, tampoco podrá grabar versiones de esos mismos fonogramas durante un plazo que suele estar en torno a los diez años.

Respecto a la cláusula relativa al incumplimiento y resolución, como no se trata de una relación laboral y así se expresará en la cláusula referente a la legislación aplicable y a la jurisdicción competente, la compañía discográfica se guarda el derecho a resolver el contrato en caso de enfermedad o accidente del artista que le impida cumplir con el compromiso de grabación. Al no tratarse de una relación y de nuevo apoyándonos en la libertad de pacto del 1.255 del Código Civil esto es perfectamente lícito.

Respecto de las cláusulas que pudieran resultar nulas o inválidas, se suele regular en una cláusula el *modus operandi* en este tipo de situaciones. En esta tesitura, normalmente se suele acudir a una interpretación del contrato en su conjunto, dejando sin efecto la nulidad o invalidez de las cláusulas *per se*. En caso de que no fuera posible dejar sin efecto la nulidad o invalidez, los contratos suelen establecer, que serán interpretados y ejecutados en todos los términos como si estas disposiciones nulas, inválidas o no exigibles fueran omitidas siempre y cuando el propósito fundamental de este contrato no se vea frustrado.

Además de las cláusulas expresadas en este trabajo, se podrán añadir otras que deseen las partes, si bien teniendo en cuenta el objeto del contrato estas son estrictamente necesarias.

5. BIBLIOGRAFÍA

Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (2007). *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*.

Marcial Pons.

Cabedo Serna, L. (2011). *El derecho de remuneración del autor*. Madrid : Dykinson.

De Couto Gálvez, R. (2005). *La tutela de la obra plástica en la sociedad tecnológica*.

Trama.

De Pablo Contreras, P., Martínez de Aguirre Aldaz, C., & Pérez Álvarez, M. Á. (2014).

Curso de Derecho Civil. Colex.

Delgado Porras, A. (2000). *El futuro digital: la protección de los derechos en la red*.

Madrid : SGAE-Fundación Autor.

Enrich, E. (2014). *Contrato entre la compañía discográfica y el artistas*. Copyrait.

Navarro Mendizábal, I. A. (2011). *Derecho de obligaciones y contratos*. Madrid:

Thomson Reuters.

Pérez de la Cruz, F. (2008). *Derecho de la propiedad industrial, intelectual y de la*

competencia. Madrid : Marcial Pons.

Rebollo Ena, Á. (2003). *La distribución de música en Internet*. Madrid: Fundación Autor.

<https://www.escriitores.org/recursos-para-escriitores/orientacion-legal/516-contratos-de-edicion>