



Revista de Derecho Privado  
E-ISSN: 1909-7794  
mv.pena235@uniandes.edu.co  
Universidad de Los Andes  
Colombia

Ríos Pinzón, Yecid Andrés  
Problemas de la predisposición del contrato de edición en Colombia: las cláusulas abusivas  
Revista de Derecho Privado, núm. 52, julio-diciembre, 2014, pp. 1-27  
Universidad de Los Andes  
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033223007>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica  
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



## **PROBLEMAS DE LA PREDISPOSICIÓN DEL CONTRATO DE EDICIÓN EN COLOMBIA: LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS**

**YECID ANDRÉS RÍOS PINZÓN**

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.52.2014.04>

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Revista de Derecho Privado N.º 52

Julio - Diciembre de 2014. ISSN 1909-7794

## Problemas de la predisposición del contrato de edición en Colombia: las cláusulas abusivas

### Resumen

¿Cuál es el papel del contrato de edición en el ejercicio del derecho de autor por parte de los creadores en Colombia? Sobre la base de la anterior pregunta, en este trabajo se analiza la regulación del contrato de edición en Colombia y se contrasta con la práctica contractual. Se concluye que, en la práctica, el contrato de edición es un contrato estandarizado, en el que existe un riesgo de que los editores impongan cláusulas abusivas a los autores. Posteriormente se identifican los principales mecanismos judiciales existentes para evitar, atemperar o sancionar el uso de cláusulas abusivas en los contratos de edición y se sugieren algunas posibles modificaciones legislativas.

**Palabras clave:** contrato de edición, derecho de autor, cláusulas abusivas.

## The problems of publishing contract provision in Colombia: Abusive clauses

### Abstract

What is the role of the publishing contract in the exercise of the Copyright by authors in Colombia? From the previous question, in this study the regulation of the publishing contract in Colombia is analyzed and contrasted with the contractual practice. We concluded that in most of the cases the publishing contract is a standardized contract and there is a risk that publishers impose abusive clauses. Subsequently the main judicial mechanisms to avoid, to temper or to punish the use of abusive clauses in publishing contracts are identified and also some possible legislative changes are suggested.

**Keywords:** publishing contract, Copyright, abusive clauses.

## Problemas da predisposição do contrato de edição na Colômbia: as cláusulas abusivas

### Resumo

Qual é o papel do contrato de edição no exercício do direito de autor por parte dos criadores na Colômbia? Sobre a base da anterior pergunta, neste trabalho se analisa a regulação do contrato de edição na Colômbia e se contrasta com a prática contratual. Se conclui que, na prática, o contrato de edição é um contrato estandardizado, no qual existe um risco de que os editores imponham cláusulas abusivas aos autores. Posteriormente se identificam os principais mecanismos judiciais existentes para evitar, atemperar ou sancionar o uso de cláusulas abusivas nos contratos de edição e se sugerem algumas possíveis modificações legislativas.

**Palavras-chave:** contrato de edição, direito de autor, cláusulas abusivas.

# Problemas de la predisposición del contrato de edición en Colombia: las cláusulas abusivas\*

Yecid Andrés Ríos Pinzón\*\*

## SUMARIO

Introducción – I. LA REGULACIÓN DEL CONTRATO DE EDICIÓN EN COLOMBIA – A. *Funciones del contrato de edición* – B. *Concepto y objeto* – C. *Naturaleza comercial del contrato de edición* – D. *Características del contrato de edición* – E. *Principales obligaciones de las partes* – F. *La edición literaria y la edición musical* – II. PRÁCTICA CONTRACTUAL: DE LA PREDISPOSICIÓN DEL CONTRATO AL RIESGO DE INCURRIR EN ABUSO DEL DERECHO – A. *Puntos de partida: la posición de dominio contractual del editor y la predisposición de los contratos de edición* – B. *El abuso del derecho: las cláusulas abusivas* – 1. *Cláusula de transferencia del derecho y cláusula de exclusividad a favor del editor* – 2. *Cesión o licenciamiento de manera indeterminada de todos los derechos y formas de explotación de la obra* – 3. *Plazos amplios en el contrato de edición y autorizaciones de explotación a nivel mundial* – III. POSIBLES REMEDIOS AL USO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL CONTRATO DE EDICIÓN – A. *Remedios judiciales* – 1. *Acción de nulidad por objeto ilícito* – 2. *Acción indemnizatoria por abuso del derecho* – 3. *Principios y reglas de interpretación de los contratos* – 4. *La acción de tutela* – B. *Remedios legislativos* – 1. *Prohibición de disponer de forma total e indeterminada del derecho patrimonial de autor* – 2. *Limitaciones a la cláusula de exclusividad* – 3. *Plazos máximos de vigencia de los contratos* – 4. *Ineficacia de las cláusulas contrarias al orden público* – 5. *Acción de revisión* – IV. CONCLUSIONES – Referencias.

---

\* Cómo citar este artículo: Ríos Pinzón, Y. A. (Diciembre, 2014). Problemas de la predisposición del contrato de edición en Colombia: las cláusulas abusivas. *Revista de Derecho Privado*, 52. Universidad de los Andes (Colombia).

\*\* Abogado y especialista en Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Colombia, especialista en Derecho Comercial y magíster en Derecho Privado de la Universidad de los Andes. Subdirector de Derecho de Autor del Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe (Cerlalc) y secretario general del Centro Colombiano de Derecho de Autor (Cecolda). Correo: yecidrios@yahoo.com

## Introducción

Uno de los objetivos fundamentales del derecho de autor es estimular la creatividad. Por ello, entre sus propósitos está el garantizar un adecuado retorno económico a los autores o, como lo anota Villalba (2007): “El derecho de autor es un sistema jurídico que tiene por finalidad otorgar a los creadores los más amplios derechos de explotación de su obra, de modo tal, que estimulen a los demás autores a generar nuevas producciones” (pág. 252). De esta manera, que el autor pueda vivir de su obra, se erige como uno de los pilares teleológicos del derecho de autor. Para lograr ese fin, los tratados internacionales así como el ordenamiento comunitario y nacional, a la par que reconocen unos derechos de orden moral también consagran en favor de los autores unos derechos patrimoniales, que podríamos resumirlos como la facultad del autor para, de forma exclusiva, controlar el uso de su obra, lo cual le permite “convenir las condiciones en que se llevará a cabo la utilización y el beneficio económico” (Lipszyc, 1993, pág. 50). Estos derechos corresponden a una forma *sui generis* de propiedad privada y, en esa medida, comparten con ella la misma filosofía y principios, así como los clásicos atributos del *usus*, *fructus* y *abusus*.<sup>1</sup>

Pero el derecho de autor no se queda simplemente en reconocer unos derechos sustancia-

les en favor de los autores y una amplia libertad de disposición de estos. Esta área del derecho, en especial en aquellos sistemas herederos de la tradición jurídica continental europea como es el caso de la legislación colombiana, parte de una premisa: el autor no se encuentra en las mismas condiciones de igualdad material frente a otros explotadores de las obras, y por eso ha establecido un régimen tuitivo en favor del autor, que se expresa en principios como el *in dubio pro auctore*, la independencia de las formas de explotación de las obras y el reconocimiento de unos derechos inalienables de orden moral (Cornish, 1996) y, en el caso de los contratos relacionados con esta clase de derechos, principios como la interpretación restrictiva, la necesidad de elevar a escrito los contratos que impliquen transferencia del derecho patrimonial, así como una serie de disposiciones supletorias que llenan los vacíos dejados por las partes al momento de contratar.

No obstante todo este andamiaje de reglas en favor de los intereses de los autores, de vez en vez, en especial a través de los medios de comunicación, suelen escucharse casos de autores que, a pesar de ser creadores de obras antológicas reconocidas a nivel nacional o mundial, no gozan de las mejores condiciones económicas. Por ejemplo, en el año 2009, a través de la sentencia T-367, la Corte Constitucional colombiana conoció uno de los casos de mayor resonancia mediática en materia de derecho de autor. Se trataba, ni más ni menos, que de la reclamación por parte de Rafael Calixto Escalona Martínez, quien solicitaba, vía acción de tutela, la protección de sus derechos fundamentales

<sup>1</sup> Esta asimilación del derecho de autor, como una forma especial de propiedad privada, también puede encontrarse en sentencias de la Corte Constitucional como la C-334 de 1993 y en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 10 de febrero de 1960.

y la rescisión de un contrato de edición-cesión suscrito con una casa editorial.<sup>2</sup>

Si bien para la fecha del fallo el maestro Escalona ya había muerto, lo cierto es que la Corte hizo hincapié en el papel que juegan los contratos en materia de derecho de autor y el impacto que dichos acuerdos pueden tener en el mínimo vital de los autores. Específicamente, la Corte hizo un llamado de atención “en la celebración de los contratos de cesión de derechos patrimoniales de autor en cuanto deben partir y propender en su desarrollo y ejecución por garantizar las condiciones materiales mínimas de subsistencia para los autores en orden a la seguridad social que les asiste y dadas las particulares condiciones de indefensión en que puedan encontrarse”. A renglón seguido, manifestó su preocupación “en torno a la legislación existente sobre los derechos patrimoniales de autor” pues, según dijo: “Encuentra concretamente que se trata de un ordenamiento jurídico de vieja data que no se acompasa con las necesidades actuales de la población artística y mucho menos con la protección del mínimo vital”. Y finalmente, en la parte resolutive de la providencia, exhortó al Gobierno Nacional “para que gestionen la actualización de la legislación sobre derechos de autor en orden a garantizar la seguridad social de los artistas en Colombia,

en consonancia con los parámetros constitucionales e internacionales de derechos humanos”.

A pesar de la exhortación de la Corte, la problemática planteada en la citada sentencia (más allá del caso concreto del maestro Escalona — que no es objeto de este trabajo—), no ha sido abordada ni por el Gobierno Nacional,<sup>3</sup> ni por la academia, y en esa medida aquí pretendemos hacer un aporte al estado del arte en este punto particular.

Así las cosas, este artículo de reflexión se divide en tres grandes partes: en la primera haremos un bosquejo del modelo de regulación del contrato de edición en el ordenamiento colombiano, sin perjuicio de que acudamos al derecho comparado; en un segundo capítulo intentaremos identificar cuáles podrían ser las principales cláusulas y prácticas contractuales en materia de edición que podrían generar algún problema en el ejercicio del derecho de autor; y, finalmente, en una tercera parte, nos proponemos identificar los principales remedios judiciales o legislativos, que podrían implementarse a fin de evitar, paliar o resolver tales problemas.

2 En decir del maestro Escalona (según consta en los antecedentes de la sentencia): “la gestión desarrollada por la firma accionada carecía de diligencia, en la medida que no se había adelantado una labor tendiente a obtener la mayor promoción, difusión, explotación comercial y divulgación de dichas obras musicales, lo que se hace manifiesto en los escasos resultados económicos obtenidos.” Además, señaló que la firma accionada “no era puntual en la entrega de los informes o reportes de regalías percibidas por la explotación de sus obras”. Todo ello, en su opinión, vulneraba su mínimo vital.

3 No obstante, se aclara que el 27 de agosto de 2014, durante el periodo de edición de este documento, fue presentado en la Cámara de Representantes de Colombia, el Proyecto de Ley 83 de 2014 (Cámara), “Por medio de la cual se modifica la Ley 23 de 1982, con respecto al contrato de edición musical y a la cesión de derechos patrimoniales de autor y se dictan otras disposiciones. [Derechos patrimoniales de autor]”. El proyecto, actualmente en discusión, pretende regular de manera específica el contrato de edición musical y, según su exposición de motivos, (publicada en la *Gaceta del Congreso* n.º 453/14) tiene como uno de sus antecedentes la sentencia T-367/09.

## I. LA REGULACIÓN DEL CONTRATO DE EDICIÓN EN COLOMBIA

### A. Funciones del contrato de edición

La principal función de la edición es facilitar al autor la divulgación de su obra. La realización de un muy buen escrito o de una excelente composición musical, no garantiza que dicha creación vaya a ser lo suficientemente difundida entre el público. La práctica aconseja que el autor acuda a un editor, quien, además de conocer los canales de distribución y comercialización de las obras, asume el riesgo empresarial que dicha actividad supone. Precisamente, la labor del editor es encargarse de la responsabilidad de colocar la obra en los canales de distribución: librerías, bibliotecas, plataformas en línea o, para el caso de la música, productores fonográficos, agencias de publicidad, organismos de radiodifusión, sitios como *iTunes*, *Deezer*, *Pandora*, *Spotify*, etc.

Pero la labor del editor no se limita a una mera intermediación en el mercado, también es relevante su aporte al enriquecer y hacer más atractiva la obra creada por el autor. Un buen texto es resultado del trabajo del autor, pero, en muchas ocasiones, que ese documento se convierta en un gran libro es producto del esfuerzo del editor. La labor editorial<sup>4</sup> en muchas ocasiones es lo que permite que esa “creación intelectual se

transforme en un bien negociable” (Goldstein, 2005, págs. 215-216).

Una segunda función del contrato de edición es permitir la explotación económica de la obra, en favor tanto del editor como del autor (Serrano Fernández, 2001, pág. 19). Este es un propósito común para ambas partes del contrato.

### B. Concepto y objeto

En los términos en que la ley colombiana tipifica al contrato de edición, podemos definirlo como el acuerdo por el cual el autor o el titular de derechos entrega al editor una obra literaria o musical, y autoriza a este para que, por su cuenta y riesgo, la reproduzca, la propague o distribuya a cambio de una remuneración en favor del autor o del titular del derecho.

En lo que respecta al objeto material del contrato de edición, él corresponde, como lo anota Goldstein (2005, pág. 214), a la obra literaria (o la obra musical para el caso de la edición musical); y el objeto jurídico son los derechos patrimoniales necesarios para la publicación y difusión de la obra. Ahora bien, ¿cuáles son esos derechos? Varios doctrinantes señalan que ellos se limitan a los derechos de reproducción y distribución.<sup>5</sup> Aun cuando legislaciones como la argentina o la española al tipificar el contrato de edición limitan expresamente la edición a es-

4 Que entre otras puede comprender la revisión del texto, su corrección de estilo, el diseño de tapas, solapas, ilustraciones, diseño gráfico, tipografía, prólogos, notas, epígrafes, índices, apéndices, resúmenes o, para el caso de la edición digital, los formatos, los hipervínculos, la interactividad del texto, enriquecerlo con metadatos, etc.

5 Así lo afirman, entre otros, Lacruz Mantecón (2000, pág. 165) y Serrano Fernández (2001, pág. 31). Incluso Boretto (2012) es categórica en afirmar que: “En conclusión, el objeto típico del contrato de edición es la edición, entendida como el ejercicio legítimo del derecho de reproducción, con el fin de distribución y venta de ejemplares de una obra” (pág. 189).

tas dos facultades, en la práctica mediante este contrato suele autorizarse otros derechos como la traducción, e incluso, en el caso de la edición digital, también la reproducción y la puesta a disposición de la obra o, en otras palabras, “prestaciones de servicio en línea y servicios de la sociedad de la información” (Goldstein, 2005, pág. 365).

### ***C. Naturaleza comercial del contrato de edición***

Sobre la naturaleza del contrato de edición, la doctrina, tal como lo reseña Goldstein (2005, pág. 210), se divide en varias tesis. Algunos como Salvat, Planiol o Ripert lo consideran un contrato románico, asimilable, por analogía, a contratos como el de locación de obra, prestación de servicios, compraventa. Otros como Borretto (2010, pág. 115), no dudan en defender su naturaleza comercial.

En Colombia, hasta la expedición de la Ley 23 de 1982, el contrato de edición estuvo regido por los artículos 1354 a 1376 del Código de Comercio. Sin embargo, la citada Ley reguló de forma amplia y específica este contrato, pero nada dijo en torno a su naturaleza jurídica. No hubo en la Ley 23 de 1982 una derogatoria expresa de las normas del Código de Comercio referentes al contrato de edición, pero sí una derogatoria tácita, pues, de un lado el inciso final del artículo 105 dispuso que “Este contrato se regula por las reglas consignadas en los artículos siguientes”, y, por otro lado, el artículo 259 de la misma Ley señaló que a su entrada en vigencia se derogaban, la antigua ley de derecho de

autor (Ley 46 de 1986) “y demás disposiciones que le sean contrarias”.

Sustentados en esta derogatoria tácita es que autores como Bonivento (2009, pág. 389) afirman que la naturaleza mercantil del contrato de edición se mantuvo, pues ni es contraria a la Ley 23 de 1982, ni quedó comprendida en su regulación. Coincidimos con esta afirmación, pero con un pequeño matiz: la mera existencia de un contrato de edición no conlleva su naturaleza mercantil, pues para ello se requiere, además, que el editor sea una empresa dedicada a la actividad editorial.

En otras palabras, tal como lo señala el maestro Bonivento, la naturaleza mercantil del contrato de edición no fue derogada por la Ley 23 de 1982, y en ese orden de ideas continúa vigente el inciso final del artículo 1354 del Código de Comercio según el cual: “Este contrato es mercantil cuando el editor es una empresa dedicada a la actividad descrita”. Sin embargo, puede notarse que el citado estatuto comercial no acogió un criterio objetivo de mercantilidad, sino que optó por un modelo subjetivo en función del concepto de empresa, en la medida que solo será comercial aquel contrato de edición donde el editor sea una empresa. Lo anterior, a su vez, se reafirma en el artículo 20, numeral 15 del Código de Comercio, cuando señala que son mercantiles, entre otras, “Las empresas editoriales”.



## D. Características del contrato de edición

- **No es un negocio jurídico traslativo del derecho patrimonial de autor.** Lo primero que caracteriza al contrato de edición en Colombia es que se trata de una autorización o licencia de uso. A *contrario sensu*: no es, *per se*, un negocio jurídico traslativo de la titularidad del derecho de autor. Así, el artículo 119 de la Ley 23 de 1982 dispone expresamente que “Por el sólo contrato de edición, no se transfiere en ningún momento el derecho de autor”.<sup>6</sup>

¿Pero qué sucede, si bajo el régimen colombiano, se pacta en un contrato de edición una transferencia de derechos? A nuestro juicio, al no ser un acto prohibido por la ley vigente, en modo alguno afectaría la validez del contrato, pero ya no estaríamos frente a un típico contrato de edición, sino ante una transferencia de derechos y, por lo tanto, además de las normas que regulan la edición, deberá observarse el artículo 183 de la Ley 23 de 1982, que regula la transferencia por acto entre vivos del derecho de autor.

6 Este carácter no traslativo también lo encontramos en el derecho comparado; v. gr. en la Argentina el artículo 38 de la Ley 11723 de 1933 señala que “El titular conserva su derecho de propiedad intelectual, salvo que lo renunciare por el contrato de edición”. En Alemania, inmersa en la teoría monista del derecho de autor, su legislación dispone que todos los derechos reconocidos en favor del autor (incluso los patrimoniales) son intransferibles, no obstante estos derechos pueden ser objeto de autorización o concesión (Ley Alemana de Derecho de Autor de 1965, sección 29), de suerte que en el régimen alemán, como cualquier otro contrato relativo al derecho de autor, el de edición siempre será una mera autorización de uso, mas no un acto de transferencia o enajenación del derecho. Por su parte, en el *Copyright*, como lo reseña Boretto (2010, pág. 184), es común que el contrato de edición se estructure bajo la forma de una *license* y no de un *assignment*.

- **No es exclusivo.** El contrato de edición no genera, *per se*, un deber de exclusividad del autor a favor del editor.<sup>7</sup> Es decir, la simple celebración del contrato de edición no obliga al autor a no realizar este mismo tipo de contratos con otros editores.

- **Consensual.** No existe en el ordenamiento colombiano disposición alguna que supedite la existencia o la validez del contrato de edición a la realización de formalidad alguna. Otra cosa es que el contrato se registre ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor (DNDA) para efectos de su oponibilidad, (escenario que supondría elevar el contrato a escrito) o que dentro del contrato de edición se pacte una transferencia de derechos patrimoniales de autor o un pacto de exclusividad, caso en que se requerirá celebrar el contrato por escrito, según lo señala el artículo 183 de la Ley 23 de 1982.

- **Bilateral.** El contrato de edición genera obligaciones para las dos partes del contrato.

- **Conmutativo.** Las prestaciones en el contrato de edición se reputan determinadas y equivalentes; es por ello que la doctrina en general suele clasificarlo como un contrato conmutativo. Ahora bien, es cierto que el contrato de edición está sometido a una cierta incertidumbre pues los beneficios que pueda obtener el editor, así como las regalías en favor del autor (cuando estas se hayan pactado en proporción a los rendimientos que el editor obtenga con la obra), es-

7 En esto el ordenamiento colombiano difiere de otros como el brasileiro, donde se señala que el contrato de edición tiene carácter de exclusivo (artículo 53 de la Ley 9610 de 1998).

tán supeditadas al éxito o al fracaso de la obra en el mercado; al fin y al cabo suele decirse que “el autor sigue la suerte de su obra”. Sin embargo, esta incertidumbre no es más que un riesgo propio no solo del contrato de edición sino de otros muchos negocios jurídicos, lo cual no los convierte en contratos aleatorios, es decir, en aquellos en los cuales el alea está en la base fundamental del negocio jurídico (Lacruz Mantecón, 2000, pág. 138). Puede ser que frente al público en general la obra corra con la suerte o no de ser exitosa, pero ello no dependerá exclusivamente de un factor aleatorio; la calidad de la obra, la adecuada promoción y divulgación que el editor realice de esta, la reputación del autor o del editor, todos estos son factores que inciden en la suerte que logre, aspectos que tanto el autor como el editor habrán de tener en cuenta al momento de contratar. Así las cosas, podríamos decir, siguiendo a Messineo (1986, pág. 425), que el contrato de edición es de aquellos contratos conmutativos con un elemento aleatorio, pero que en todo caso no dejan de ser conmutativos.

- **Por naturaleza oneroso.** En Colombia, el artículo 106 de la Ley 23 de 1982 señala que: “En todo contrato de edición deberá pactarse el estipendio o regalía que corresponda al autor o titular de la obra. A falta de estipulación, se presumirá que corresponde al autor o titular un 20% del precio de venta al público de los ejemplares editados”. Cuando la norma en cuestión utiliza la expresión “en todo contrato de edición”, pareciera ser categórica en señalar la onerosidad como un elemento esencial de este, al punto que en caso de silencio la misma ley entra a lle-

nar el vacío dejado por las partes, determinando incluso el porcentaje al cual corresponderá la remuneración. Sin embargo, la Ley 23 de 1982 nada dice frente al supuesto en que se pacte expresamente la gratuidad de edición o una remuneración simbólica; por el contrario, el artículo 3 de la citada Ley faculta a los autores a disponer de sus obras “a título gratuito u oneroso bajo las condiciones lícitas que su libre criterio les dicte”, por lo que, interpretando sistemáticamente las anteriores disposiciones, hemos de concluir que la onerosidad no es un elemento de la esencia del contrato de edición pero sí de su naturaleza. En otros términos, siguiendo el artículo 1501 del Código Civil, la onerosidad no es esencial al contrato de edición, pero se entiende pertenecerle, sin necesidad de cláusula especial.

- **De tracto sucesivo.** Las obligaciones del editor, en especial las de distribuir y propagar la obra, son prestaciones que no se ejecutan en un solo momento.

### ***E. Principales obligaciones de las partes***

En el marco de la Ley 23 de 1982 las principales obligaciones del autor en el contrato de edición son: entregar la obra oportunamente en las condiciones pactadas y que permitan su edición (art. 113); informar al editor la existencia de contratos de edición anteriores o si la obra ya ha sido publicada (art. 112); y en general prestar toda la colaboración necesaria al editor para la publicación y divulgación de la obra. Por su parte, el editor se obliga, principalmente,<sup>8</sup> a:

8 Le ley establece otro tipo de obligaciones, que podríamos calificar como secundarias, tales como la de consignar en la obra el nombre del

publicar o “propagar” la obra (arts. 105, 108 y 109), “dar amplia publicidad a la obra en la forma más adecuada para asegurar su rápida difusión” (art. 124[1])<sup>9</sup>, pagar las regalías al autor (art. 106 y 110) y rendir cuentas al autor sobre su gestión (art. 124[3]).

### ***F. La edición literaria y la edición musical***

Tradicionalmente, el contrato de edición literaria ha sido objeto tanto en Colombia como en el derecho comparado, de un mayor grado de regulación legislativa que la edición musical. Así, mientras la Ley 23 de 1982 dedica 22 artículos a la edición literaria, a la edición musical solo consagró el artículo 138 donde, a modo general, dispuso la posibilidad de aplicar por analogía y “en lo que sea pertinente” las normas de la edición literaria a la edición musical. Este diferente tratamiento se explica en unas raíces históricas mucho más profundas en el campo de la edición literaria, y como lo explica Lipszyc (1993, págs. 304-305), en el hecho de que este contrato se ha guiado, en buena medida, por las costumbres contractuales de los editores musi-

cales, y regulado por acuerdos marco o contratos tipo de edición en los cuales la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC) y el Bureau International des Sociétés Gérant les Droits d'Enregistrement et de Reproduction Mécanique (BIEM) han jugado un importante papel.

A pesar de que, como hemos hecho referencia, el contrato de edición literaria y el de edición musical comparten la misma naturaleza, características y obligaciones, entre ellos existen marcadas diferencias, las cuales se explican por las distintas formas y medios en que se explotan unas y otras obras. Así, mientras que en el contrato de edición literaria el editor se encarga fundamentalmente de publicar ejemplares de la obra, el editor musical propiamente no publica ejemplares<sup>10</sup> sino que su función es, ante todo, promover la obra para que terceros (como productores fonográficos, productores audiovisuales, intérpretes, proveedores de contenidos en Internet, etc.) las utilicen. En ese orden de ideas, la labor de difusión de la obra por parte del editor se concreta en múltiples actividades, que van desde la promoción de catálogos entre productores fonográficos; la visita regular a estudios de radio y televisión a fin de impulsar su divulgación; contactar a los intérpretes para recomendar la ejecución de esta; participar en ferias, festivales de música, etc. (Uchtenhagen, 1990, pág. 25). Este rol del editor musical explica por qué, mientras el contrato de edición

---

autor (art. 125) o la de entregar un determinado número de ejemplares gratuitos de la obra al autor, etc. Sin embargo, creemos que el núcleo esencial de las obligaciones del editor se circunscribe a las cuatro que mencionamos en este párrafo.

9 Hemos de señalar que esta corresponde a una obligación de medio del editor, que es de suma importancia pues en buena medida de ella depende el éxito o el fracaso de la obra en términos comerciales. Esta obligación no se agota en un solo momento, por el contrario, requiere un trabajo continuo por parte del editor. Evidentemente, se trata de una obligación de diligencia que no está sometida a criterios universales y cuantitativos que determinen su cumplimiento o no, sino que habrá de evaluarse caso por caso y, fundamentalmente, comparando la conducta del editor con la de otros editores colocados en las mismas circunstancias.

---

10 Salvo que se trate de la edición gráfica de partituras, lo cual hoy se reserva, en buena medida, a las obras de “música culta”.

literaria se centra fundamentalmente en la explotación de los derechos de reproducción y distribución,<sup>11</sup> el de edición musical gira en torno a la comunicación pública de la obra.

Finalmente, cabe resaltar que el legislador colombiano estableció unas causales específicas de resolución del contrato de edición musical (mal llamadas por el artículo 138 de la Ley 23 de 1982 de “recisión”<sup>12</sup>), no contempladas para el contrato de edición literaria. Estas causales se pueden alegar siempre que el “editor adquiera temporal o permanentemente en todos o en algunos los derechos económicos del autor” en los siguientes casos:

- Si el autor (sic) no pusiere a la venta un número de ejemplares escritos suficiente para la difusión de la obra, a más tardar a los tres meses de firmado el contrato.

- Si a pesar de la petición del autor, el editor no pusiere a la venta nuevos ejemplares de la obra, cuya tirada inicial se hubiese agotado.

- Si la obra musical no hubiere producido derechos en tres años y el editor no demuestre que realizó actos positivos para la difusión de esta.<sup>13</sup>

## II. PRÁCTICA CONTRACTUAL: DE LA PREDISPOSICIÓN DEL CONTRATO AL RIESGO DE INCURRIR EN ABUSO DEL DERECHO

Con el objetivo de apreciar la práctica contractual en materia de edición tanto musical como literaria, se acudió al Registro Nacional de Derecho de Autor de la DNDA, y a partir de los contratos inscritos en dicho despacho<sup>14</sup> se observaron los siguientes aspectos:

11 Para el caso de la edición física, pues en la edición digital o electrónica el papel protagonista lo ocupa la comunicación al público en su especie: puesta a disposición.

12 Pérez Vives (2012, pág. 466) señala que la rescisión es “la sanción del acto relativamente nulo, o sea, de aquel afectado por un vicio que atañe exclusivamente el interés privado de las partes”. Por su parte, Tamayo Lombana (1997, pág. 227) explica que “La llamada rescisión es una especie de nulidad relativa, con efectos generalmente iguales a los de ésta”, y agrega que la rescisión está asociada a figuras como la lesión enorme, donde el legislador castiga una situación inequitativa contractualmente que considera contraria al orden público.

Sea cual sea la posición que se tome, lo cierto es que la rescisión implica una transgresión a una norma del ordenamiento jurídico. Por ello es que consideramos equivocado cuando el artículo 138 faculta al autor para rescindir el contrato de edición, pues los supuestos de esa “recisión” no suponen una violación a una norma legal, ni a lo que podríamos asimilar como una “lesión enorme” dentro del contrato de edición. Más bien, tales supuestos se pueden calificar como una forma de “incumplimiento” de las obligaciones del editor y, en tal caso, la figura jurídica llamada a aplicarse es la “resolución del contrato” (artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio). En este mismo sentido puede consultarse a Bonivento (2009, pág. 401).

13 Los dos primeros casos serían de excepcional ocurrencia en la edición musical, salvo que se tratara de la llamada “música culta” (obras sinfónicas, óperas, zarzuelas, jazz, etc.), donde la edición gráfica de las partituras resulta fundamental a fin de la explotación económica de la obra. La tercera condición permite resolver aquellos contratos donde el editor ha descuidado la promoción adecuada de la obra.

14 De un universo de 5055 contratos de edición registrados en la DNDA desde 1993 hasta el 31 de diciembre de 2013, se seleccionaron 40 para ser analizados, de ellos 24 correspondieron a contratos de edición musical y 16 a edición literaria. En la selección de los contratos se procuró incluir las principales casas editoriales que operan en Colombia, a fin de hacer lo más representativa posible la muestra. En el caso de la edición literaria, la selección procuró incluir tanto editoriales comerciales como universitarias. Los contratos relativos a la edición musical incluyen contratos de las principales editoras presentes en el país. Cada contrato se desglosó y con sus partes se elaboró una matriz que permitió comparar, por temas, las diferentes cláusulas. En aras de garantizar el derecho a la intimidad se omiten los nombres de los contratantes.

### ***A. Puntos de partida: la posición de dominio contractual del editor y la predisposición de los contratos de edición***

Un análisis de la práctica contractual en materia de edición ha de partir por reconocer que en ella participan dos partes que, en la generalidad de los casos y salvo algunas excepciones, no poseen el mismo poder de negociación. De un lado se encuentra el autor o sus causahabientes (algunas veces representados por apoderados como sucede en el caso de los agentes literarios) y de otro un profesional o empresario llamado editor, usualmente persona jurídica, quien por regla general cuenta con un entramado administrativo, una experiencia en el mercado y un músculo financiero que le otorga un margen de negociación mayor que el del autor.<sup>15</sup> Esta situación genera lo que Rodríguez Yong (2013, pág. 37) denomina una “posición dominante en el contrato”,<sup>16</sup> que en sí misma no podemos calificarla como un problema, sino como la realidad económica de una industria editorial, que tanto en el campo del libro como en el de la música responde a la lógica del libre mercado.

Esta posición prevalente del editor frente al autor puede dar lugar a la predisposición del contrato de edición, bien a través de contratos de adhesión o de condiciones generales de contratación.<sup>17</sup> En el caso concreto de los contratos de edición analizados para este estudio, encontramos que ellos responden, en su mayoría, a un clausulado homogéneo. Ello es más patente en los contratos de edición musical, en los que identificamos que a pesar de provenir de diferentes empresas editoriales, en aproximadamente un 90% de los contenidos existe identidad de los clausulados, difiriendo solo en pequeños aspectos, en especial en lo relativo al monto y al porcentaje de las regalías. En el caso de la edición literaria la homogeneidad fue menor, aunque en buena parte los contratos coincidían en sus aspectos fundamentales.<sup>18</sup>

El uso de cláusulas predisuestas se justifica, como lo anota Farina (2005, pág. 84), en la necesidad del empresario de realizar contrataciones en masa, de proveer celeridad en las contrataciones, de facilitar la racionalización de

15 Refiriéndose a la edición literaria, Schavelzon anota que las implacables reglas del mercado han modificado la labor del editor y los más importantes sellos editoriales “pertenecen hoy a grandes consorcios empresariales cuyos accionistas —en la mayoría de los casos anónimos o “grupos de inversión” repartidos por las bolsas de valores de los países más dispersos del mundo— invierten en búsqueda de rentabilidad, de ganancia para su dinero” (2005, pág. 81).

16 Entendida esta como “aquella condición jurídico económica que, dadas las especiales características del caso, sitúa a uno de los contratantes en condiciones de superioridad en la relación jurídica, tanto en su celebración como en su ejecución” (Rodríguez Yong, 2013, pág. 37). Vale aclarar que este concepto no puede confundirse con el de posición de dominio en el mercado.

17 El contrato de adhesión y las condiciones generales de contratación son conceptos cercanos pero con sutiles y relevantes diferencias. Ambos se traducen en la predisposición unilateral de las cláusulas del contrato por la parte dominante, de modo que la otra parte no tiene capacidad de introducir modificaciones, sino de aceptarlas o dejarlas. Pero el contrato de adhesión puede darse en una relación contractual particular, aislada y concreta, mientras que las condiciones generales de contratación tienen un carácter general aplicables a una serie indeterminada de contratos futuros. Como lo señala Farina (2005, pág. 98): “La característica de las condiciones generales es su carácter general. Pero contrato de adhesión puede darse en otras circunstancias (contrato normativo, tipo, etc.)”.

18 Como se expondrá más adelante, esa homogeneidad se traduce en cláusulas de cesión o en su defecto de exclusividad, plazos extensos y con escasos o mínimos límites territoriales de explotación, cláusulas de prórroga automática y limitaciones a las obligaciones de promoción de la obra por parte del editor (esto último más común en la edición musical que en la literaria).



la empresa, de ahorrar costos, de prever los resultados económicos de la organización y de dar un trato igualitario a sus contratantes, razones plenamente aplicables y aceptables en el campo de la industria editorial. Sin embargo, esta predisposición contractual también puede dar lugar a una situación que llamaremos “problemática”, en la medida que pueden llegar a desconocerse las dos funciones básicas del contrato de edición, esto es: la divulgación de la obra y el beneficio económico tanto para el editor como para el autor de la explotación de esta.<sup>19</sup> Tal situación problemática es, básicamente, el riesgo de que el editor incurra en abuso del derecho.

### ***B. El abuso del derecho: las cláusulas abusivas***

En materia contractual puede darse el caso que la parte con poder prevalente abuse de su poder, bien al momento de constituirse el vínculo o bien en su ejecución.<sup>20</sup> Específicamente, el uso de condiciones predispuestas que en principio poseen una razonabilidad y justificación económica, pueden ser aprovechadas por el empre-

sario predisponente con fines que una parte de la doctrina no duda en calificar de espurios, en el sentido que son utilizadas para fortalecer su posición de dominio en el contrato, limitar sus obligaciones, exagerar sus derechos o restringir los de la contraparte, “[c]ontrariando a la equidad y la buena fe y a las legítimas expectativas de los adherentes, que se ven privados de derechos que habría que suponer implícitos en el tipo contractual, o abrumados con cargas insospechadas, por exorbitantes al contrato formado, etc.” (Ballesteros Garrido, 1999, pág. 36).

En ese orden de ideas, una forma en la que se expresa el abuso del derecho en materia contractual es la imposición por parte del predisponente de cláusulas abusivas. La dificultad conceptual para aplicar la teoría de las cláusulas abusivas al contrato de edición radica en el hecho que, en Colombia, no existe una reglamentación general de este tipo de cláusulas, más allá del principio general del abuso del derecho dispuesto en el artículo 830 del Código de Comercio, de las reglamentaciones especiales en materia de consumo (Ley 1480 de 2011) y de servicios públicos (Ley 142 de 1994), así como algunos pronunciamientos jurisprudenciales tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia que, por ejemplo, han reconocido la existencia de cláusulas abusivas en contratos relacionados con el sector financiero o asegurador (Rengifo García, 2004).

La figura de las cláusulas abusivas no es exclusiva de las relaciones empresario-consumidor (Farina, 2005, pág. 92); puede extenderse a los contratos empresariales y, cómo no, a los con-

19 Supra literal A) del capítulo 1.

20 Así, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que: “En la formación del contrato y, específicamente, en la determinación de las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conductas abusivas, ejemplo prototípico de las cuales lo suministra el ejercicio del llamado poder de negociación por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación” (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 2 de febrero de 2001. Exp. 5670. M. P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo).

tratos entre los empresarios y los proveedores de las materias primas, tal como sería la relación entre el empresario editor y el autor de la obra. Ahora bien, aceptando que en el contrato de edición puede darse un abuso por parte del predisponente a través de la imposición de cláusulas abusivas, dos preguntas surgen necesarias: ¿qué se entiende por cláusulas abusivas en el contrato de edición? y ¿cuáles cláusulas podrían calificarse como abusivas tratándose de la edición de obras?

Para dar respuesta al primer interrogante, tomaremos como base la definición que de cláusula abusiva en el derecho colombiano recientemente ha construido Rodríguez Yong (2013), al definirla como aquella que “siendo redactada e impuesta por una de las partes del contrato genera un desequilibrio significativo e injustificado en la relación contractual, como consecuencia del reconocimiento de prerrogativas irrazonables o injustificadas en favor del predisponente o cargas u obligaciones de la misma naturaleza en contra del adherente” (pág. 52). En concordancia, tenemos que para calificar una cláusula como abusiva han de cumplirse dos condiciones fundamentales: la primera, referente a la forma como se construyó la cláusula, es decir, que se trate de una cláusula predispuesta; la segunda, relativa al efecto de la cláusula, en el sentido que ella genere un desequilibrio de magnitud e injustificado.

Pero incluso partiendo de la anterior definición, no resulta sencillo responder el segundo interrogante planteado, pues, a falta de una “lista negra” de cláusulas abusivas señaladas por el

legislador en materia de contratos y mucho menos en cuanto a contratos de edición (como sí acontece en el derecho del consumo), el análisis de la lesividad o no de una cláusula habrá de realizarse caso por caso, atendiendo el contexto contractual y el ejercicio que de dicha estipulación hubiere hecho la parte predisponente.<sup>21</sup> Aun así, y teniendo en cuenta que este trabajo no pretende analizar casos particulares, sino de forma abstracta plantear la problemática del contrato de edición, vamos a tomar como criterio indicativo (mas no suficiente) para identificar las cláusulas que en materia de edición pueden llegar a ser consideradas como abusivas, aquellas que son contrarias a las reglas dispositivas señaladas en la Ley 23 de 1982.<sup>22</sup> En ese sentido las principales cláusulas que, en la práctica, se apartan del derecho dispositivo en materia de edición son las siguientes:

21 En este sentido, resulta relevante el pronunciamiento arbitral hecho en el caso *CELCENTER VS. COMCEL* del 15 de agosto de 2006, donde se señaló: “Desde este punto de vista encuentra el Tribunal que es diferente la óptica en que deben apreciarse las denominadas cláusulas vejatorias o abusivas en el ámbito de las relaciones de consumo que entre empresarios profesionales, por cuanto en estas últimas no basta que se encuentre estipulada en el respectivo contrato, sino la manera como la parte favorecida con la respectiva prerrogativa hace uso de ella” (Cámara de Comercio de Bogotá, citado por Suescún de Roa, 2009, pág. 6).

22 Este método de tomar como referente el derecho dispositivo para la identificación de posibles cláusulas abusivas lo tomamos del tratadista español Luis Díez-Picazo, quien afirma lo siguiente: “Es de utilidad para la definición de las cláusulas abusivas la idea, expuesta con anterioridad, de que el derecho legal dispositivo en materia contractual ofrece el mejor modelo de la más justa composición de los intereses en conflicto entre las partes contratantes de manera que cualquier desviación, especialmente si esta se produce de modo notorio respecto de los principios y reglas de la obligación legal de tipo contractual, requiere una especial causa de justificación a riesgo de determinar, en otro caso, el carácter inequitativo de la ordenación establecida por las condiciones generales (1993, pág. 352).

Claro está, que este es un mero criterio indicativo mas no suficiente de lesividad de la cláusula, pues como se anotó, determinar si una cláusula es o no abusiva dependerá de las particularidades de cada caso, y siempre que se dé el supuesto de la predisposición y el efecto del desequilibrio de magnitud e injustificado en la relación contractual.

## 1. Cláusula de transferencia del derecho y cláusula de exclusividad a favor del editor

Como se expuso en el anterior capítulo (supra literal D del capítulo 1), el punto justo ideal considerado por el legislador es que el contrato de edición no implica *per se* una transferencia del derecho patrimonial (Ley 23 de 1982, artículo 119), sino que ha de considerarse una mera licencia de uso de la obra. Sin embargo, la práctica contractual enseña que en muchos casos, por no decir que mayoritariamente, el contrato de edición es utilizado como medio para enajenar o transferir el derecho patrimonial de autor.<sup>23</sup>

La exclusividad, por su parte, impone al autor una obligación de no hacer, en el sentido que durante la vigencia del contrato no podrá explotar la obra en las modalidades objeto de la edición, ni celebrar otros contratos de edición. Este pacto de exclusividad se da: (i) de manera implícita en los contratos que involucran transferencia de derechos, en especial en aquellos donde el autor transfiere al editor todos sus derechos por el término de protección de la obra y para todo el mundo, pues dejando de ser el autor titular de los derechos no cuenta con la facultad para disponer de estos; o (ii) explícita, en aquellas ediciones donde, sin haber cesión

de derechos, se acuerda expresamente la exclusividad de derechos en favor del editor.<sup>24</sup>

En un mismo punto hemos agrupado dos cláusulas de naturaleza diferente pero que finalmente tienen un efecto similar: el control exclusivo de la obra por parte del editor y, de otra parte, la privación al autor de la facultad de explotar los derechos objeto del contrato de edición mientras dicho negocio jurídico esté vigente. Cabe preguntarse si ese control exclusivo en favor del editor es de tal magnitud y resulta tan injustificado que podríamos etiquetarlo como abusivo. A nuestro juicio, ese control exclusivo por parte del editor, en principio encuentra su justificación en la dinámica misma del negocio editorial, que le exige a este contar con cierta flexibilidad, certeza jurídica y disponibilidad suficiente para otorgar las autorizaciones de uso sobre la obra de forma rápida y eficiente.

Ahora bien, el análisis de la lesividad o no de las cláusulas que otorgan este control exclusivo no puede hacerse de manera aislada, sino que dependerá del contexto contractual y del comportamiento de las partes. En otras palabras, no es lo mismo una cláusula de exclusividad o de transferencia del derecho en un contrato de edición que tiene por objeto jurídico los derechos y las modalidades de explotación estrictamente necesarios para la edición de la obra, que esa misma cláusula pactada en un contrato donde

23 Así por ejemplo: de cuarenta contratos de edición analizados, treinta incluían una cesión o transferencia de derecho de autor en favor del editor, ocho correspondían a licencias de uso y en dos de ellos el clausulado se contradecía, no pudiéndose interpretar claramente si se trataba de una licencia o de una cesión. La tendencia a incluir transferencia de derechos en los contratos es patente en la edición musical, donde la totalidad de los contratos analizados contemplaban esta enajenación. Por su parte, en los contratos de edición literaria, solo un 37.5% incluían la cesión de derechos.

24 Como anotamos en la anterior cita, si de cuarenta contratos analizados, en treinta había cesión de derechos, la exclusividad en favor del editor se entendía implícitamente en estos últimos. Ocho de ellos correspondían a meras licencias de uso, donde se pactó expresamente la exclusividad en favor del editor, y solo en uno de los contratos analizados se guardó silencio sobre el carácter exclusivo o no del contrato.



el autor enajenó o licenció todos los derechos sobre su obra, incluso para aquellas modalidades de uso “por conocer”. Tampoco será igual la situación de un pacto de exclusividad en un contrato con un plazo y ámbito territorial determinado, que en aquellos contratos donde se enajena o se licencia la obra en exclusiva y bajo la usanza “término de protección de la obra” o sin limitación territorial alguna. Igualmente, es diferente la situación de un autor atado a un contrato de edición con transferencia de derecho o cláusula de exclusividad cuando el editor ha cumplido cabalmente su obligación de divulgar la obra a través de actos positivos tendientes a dicho fin, que cuando el editor simplemente toma una actitud pasiva y negligente que conlleva el nulo o mínimo usufructo de la obra, y el autor está imposibilitado para explotarla por su cuenta o a través de otros contratos de edición.<sup>25</sup>

## 2. Cesión o licenciamiento de manera indeterminada de todos los derechos y formas de explotación de la obra

En el campo de la edición literaria, la mayoría de los contratos analizados tienen a la edición y a la publicación como las modalidades de explotación autorizadas o cedidas, según el caso, y mencionan específicamente los derechos de reproducción, distribución y traducción; solo al-

gunos utilizan cláusulas genéricas, tendientes a garantizarle al editor la posibilidad de utilizar la totalidad de las formas de explotación de las obras, incluso de aquellas no conocidas.<sup>26</sup>

En el campo de la edición musical, la tendencia a incluir cláusulas que de una forma general le otorgan al editor la posibilidad de utilizar la obra en cualquiera de sus modalidades, conocidas o por conocer, es más patente que en la edición literaria. Prácticamente en todos los contratos analizados, a pesar de que procedían de diferentes casas editoriales, se incluyeron clausulados tendientes a otorgar este tipo de derechos ilimitados al editor. Así, en varios de los contratos estudiados se utilizó la expresión “por cualquier medio o proceso” como un mecanismo para significar que el editor, por cuenta del contrato, y a exclusión del mismo autor, podría utilizar la obra de forma ilimitada. Otra fórmula contractual de común usanza es describir una lista ejemplificativa de modalidades de explotación que se le otorgan a los editores musicales, lista que va precedida de la expresión “de manera enunciativa, mas no exhaustiva” para dar entender que

25 En este sentido, existe un precedente de la justicia arbitral, que si bien hace referencia a un contrato de intérprete con cláusula de exclusividad, bien puede aplicarse, por analogía, al contrato de edición. Se trata del caso *Sonolux vs. Aura Cristina Geithner*, del 13 de junio de 2001, donde el Tribunal consideró que si bien el pacto de exclusividad (que privaba a la artista de celebrar contratos de similar naturaleza con otras productoras) no era *per se* lesivo, sí adquiría carácter abusivo tomando en cuenta la conducta desplegada por el productor al no haber grabado la totalidad de fonogramas acordados.

26 Así, encontramos contratos donde se autoriza al editor la explotación de la obra literaria “por medio de papel impreso o por cualquier otro medio conocido o por conocer”. En otros, el contrato de edición se otorga en favor del editor sin limitación alguna, garantizándole así cualquier forma de explotación. Por ejemplo, en ciertos contratos encontramos cláusulas del siguiente tenor: “el autor cede en exclusiva los derechos mundiales de edición en todos los idiomas, en forma de libro, en formato formal, o en los formatos o medios que a bien tenga el Editor, incluyendo su publicación en medios digitales y su venta bajo cualquiera de los sellos ... sin limitaciones de cantidad, y en general disponer de la OBRA en la forma en que mejor convenga para su explotación comercial y que permita los avances tecnológicos”. En otros casos, se acude a redacciones donde el alcance del contrato está dado por todas las formas de explotación que los avances tecnológicos permitan, o simplemente se utilizan expresiones genéricas v. gr. “los derechos que a través de este contrato se ceden incluyen todos los derechos patrimoniales protegidos”.

se trata de una lista abierta no sujeta a números clausus.

Es cierto que en el contrato de edición hay un riesgo económico que asume el editor, y ello explica su interés de hacerse a un amplio control de la obra, lo cual incluye los derechos y formas de explotación directamente relacionados con la labor editorial, y también aquellos derechos accesorios a esta (Ventura Ventura, 2000, pág. 293). Pero pactar cláusulas que de una forma indeterminada despojan al autor de todas las modalidades de explotación de la obra, incluso de aquellas por conocer, crea un desequilibrio no tan claramente justificado, que sumado a plazos contractuales amplísimos y sin limitaciones territoriales puede fácilmente caer bajo el concepto de cláusula abusiva.

### 3. Plazos amplios en el contrato de edición y autorizaciones de explotación a nivel mundial

La Ley 23 de 1982 (artículo 107 [e]) ordena que se debe señalar el plazo del contrato de edición “cuando la concesión se hiciere por un periodo de tiempo”. A su vez, la Ley 1450 de 2011, artículo 30, introdujo unas reglas dispositivas según las cuales, a falta de pacto expreso, se entenderá que toda enajenación estará limitada a cinco años y “al país en el que se realice la transferencia”. Pero incluso antes de la entrada en vigencia de esta última ley, ya la Ley 23 de 1982 traía una disposición (el artículo 23) que limitaba, salvo pacto expreso en contrario, la duración de la transferencia entre vivos del derecho de autor a la vida de este más veinticin-

co años; cumplido este plazo, los derechos así cedidos retornan a sus herederos. Todas estas disposiciones, repetimos, de naturaleza dispositiva, son aplicables en aquellos contratos de edición que incluyan cesión de derecho pudiendo las partes establecer plazos o límites territoriales diferentes.

Ahora bien, del análisis empírico que realizamos, se concluye que no es común que las partes guarden silencio en torno al plazo y al ámbito territorial del contrato, por el contrario, suelen pactarse (especialmente en la edición musical) amplísimos plazos y facultades del editor para explotar la obra a nivel mundial.<sup>27</sup>

27 En los contratos de edición literaria analizados se encontró que, en su mayoría, establecían plazos que van desde los tres hasta los diez años, mientras que de los veinticuatro contratos de edición musical analizados, solo en dos se pactaba un plazo determinado aunque sujeto a prórroga automática, y en los restantes veintidós el plazo fue “por el término de protección de la obra”.

En lo que se refiere a la prórroga, en la gran mayoría de los contratos se pactó de forma automática. En los pocos casos de edición musical en que se acordó un plazo menor al “término de protección de la obra”, al mismo tiempo se estableció una prórroga automática que opera si dentro de los tres años anteriores al fin del contrato se presenta alguna clase de explotación, pero sin especificar el tipo ni el alcance requerido para que esta se produzca. En la edición literaria se encontraron varios casos en los que se pacta una prórroga automática que opera en virtud del silencio de las partes (por lo general si dentro de los tres meses anteriores a la finalización del contrato ninguna de las partes manifiesta su intención de darlo por terminado), prórrogas que suelen extenderse por el mismo término del plazo inicial.

Frente al factor territorial, en los contratos de edición literaria analizados se encontró que, de manera expresa, en siete de ellos la edición se autorizaba para el mundo entero, en seis no se determinaba expresamente el ámbito territorial y en los tres restantes se introdujo una limitación geográfica en función del idioma, es decir, se autorizaba la edición en el idioma español, incluido expresamente el mercado hispano de los Estados Unidos de América.

Por su parte, en los contratos de edición musical analizados, prácticamente en la totalidad de ellos se manifestaba expresamente que no existían límites territoriales a los derechos concedidos al editor mediante el contrato, en otros términos, que los derechos adquiridos mediante el contrato de edición tienen alcance mundial.

Creemos que aisladamente considerada, una cláusula que establezca un amplio plazo del contrato de edición, o una facultad en favor del editor de explotar la obra a nivel global, en sí misma no encuadra dentro del concepto de cláusula abusiva. Pero, como ya lo hemos señalado, si a estos pactos se le agregan otros, como el de la exclusividad, el de cesión de derechos o la indeterminación de las formas de explotación autorizadas, sí puede darse ese desequilibrio injustificado, propio de las cláusulas abusivas. Ello será más patente en aquellos casos en que el contrato de edición implique la cesión de la obra mientras esta se encuentre en el dominio privado, pues esta clase de contratos significan, en pocas palabras, que una vez el autor los suscriba, nunca más ni él ni sus herederos podrán controlar el destino y uso de la obra.

### III. POSIBLES REMEDIOS AL USO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL CONTRATO DE EDICIÓN

Identificadas las principales cláusulas abusivas en que se puede incurrir en el contrato de edición, nos proponemos enunciar algunos de los remedios o mecanismos que podrían utilizarse para prevenir o paliar dichas situaciones. A tales efectos los dividiremos en dos grupos o niveles: unos judiciales y, en defecto de estos, unos remedios legislativos a implementar.

#### A. Remedios judiciales

Cuando hablamos de remedios judiciales hacemos referencia a los mecanismos e instituciones

actualmente vigentes en el derecho colombiano, a los cuales podría acudirse vía jurisdiccional. La falta de un estatuto general de cláusulas abusivas en Colombia obliga a que en materia contractual, y específicamente en contratos relacionados con el derecho de autor, se deba acudir a las normas y mecanismos tradicionales del Código de Comercio y del Código Civil, lo cual no resulta del todo satisfactorio, puesto que mantienen ciertas limitaciones tal como se expondrá a continuación:

#### 1. Acción de nulidad por objeto ilícito

Algunas de las cláusulas que enunciamos en el capítulo anterior podrían ser objeto de revisión judicial al amparo de la acción de nulidad, por contrariar normas de orden público (acción dispuesta en los artículos 1519 y 1740 del Código Civil y 899 del Código de Comercio). De manera particular, las cláusulas mediante las cuales se transfiere o se licencia de manera indeterminada todas las formas de explotación de la obra, incluso aquellas “por conocer”, estarían en contra de lo señalado por el artículo 31 de la Decisión Andina 351 de 1993.<sup>28</sup> Lo anterior, claro está, siempre y cuando se entienda que esta es una regla de orden público cuyo sujeto pasivo son los contratistas, y no una mera regla de interpretación dirigida al juez, lo cual podría deducirse de una primera lectura de la norma en cuestión.

<sup>28</sup> “Toda transferencia de los derechos patrimoniales, así como las autorizaciones o licencias de uso, se entenderán limitadas a las formas de explotación y demás modalidades *pactadas expresamente en el contrato respectivo*” (cursivas fuera de texto).

La acción de nulidad puede ser una opción para el autor que se encuentre atado a un contrato de edición lesivo, pero esta acción tiene sus limitantes, a saber: a) Solo aplica para aquellas cláusulas contrarias a normas de orden público y, como vimos, pueden existir cláusulas en el contrato de edición que no infringen ninguna norma imperativa (aunque sí se apartan del derecho dispositivo) y a pesar de ello son claramente lesivas, las cuales quedarían por fuera de la órbita de la acción de nulidad por objeto ilícito. b) Requiere pronunciamiento judicial previo y surte efectos retroactivos, aspectos estos que a nuestro juicio dificultan su ejercicio, pues frente a pactos contractuales que revelen su arbitrariedad de forma evidente, lo que debería operar es la ineficacia de pleno derecho de que trata el artículo 897 del Código de Comercio.

## 2. Acción indemnizatoria por abuso del derecho

El artículo 830 del Código de Comercio establece el principio general de que quien abusa de sus derechos debe indemnizar los perjuicios que cause. Al amparo de esta disposición, un autor vinculado a un contrato que contenga cláusulas abusivas podría pretender el pago de los perjuicios que con la ejecución de dicho acuerdo se le hubieran causado. Sin embargo, a pesar de que teóricamente esta es una herramienta posible, varias limitantes dificultan su efectividad: a) El hecho, ya varias veces mencionado, de que no exista una reglamentación general de cláusulas abusivas exige, para el caso del autor, un mayor grado de argumentación y disuasión en un even-

tual proceso judicial (tendiente a demostrar la juridicidad de aplicar la teoría de las cláusulas abusivas en campos diferentes al derecho de consumo) y un operador judicial dispuesto a ir más allá de lo que textualmente dicen las normas. b) El artículo 830 del Código de Comercio parece limitar el efecto del abuso del derecho a la indemnización de perjuicios,<sup>29</sup> lo cual no necesariamente coincide con el interés buscado por el autor. Por ejemplo, piénsese en el caso de un contrato de edición con transferencia de todos los derechos a perpetuidad y para el mundo entero, cuando el editor no ha logrado la suficiente promoción y divulgación de la obra. En ese caso, el interés del autor, más que lograr una indemnización de perjuicios, es poder romper el vínculo contractual y retomar el control de su obra para buscar nuevas ventanas de explotación.

## 3. Principios y reglas de interpretación de los contratos

La doctrina en general coincide en señalar el importante papel que en materia de cláusulas abusivas juega la interpretación judicial de los contratos. Pero también se advierte que ello supone un juez no solo dispuesto a desentrañar la voluntad común de las partes,<sup>30</sup> sino un operador judicial atento a restablecer la justicia in-

29 Aun cuando alguna parte de la doctrina (Suescún, 2009 o Rengifo García, 2004, por ejemplo) señala la posibilidad de que, además de la indemnización de perjuicios, el uso de cláusulas abusivas conlleve la nulidad de dichos pactos por contrariar el postulado de la buena fe.

30 Voluntad común que, tratándose de cláusulas predisuestas resulta irrelevante, pues en estas si bien existe voluntad común en la celebración o perfeccionamiento del negocio, no así en la construcción de su contenido, pues este es fruto de una voluntad unilateral: la del predisponente.

terna del contrato. Por ello es que autores como Diez-Picazo (1993, pág. 385) o Farina (2005, pág. 205) reiteran que la interpretación de contratos con cláusulas predispuestas no puede realizarse a partir de los principios y reglas de interpretación clásicas, que parten de una idealización del principio de autonomía de la voluntad y del supuesto de cláusulas libremente negociadas por las partes. De allí que nos apoyemos en la idea expuesta por Diez-Picazo, en el sentido que el principio básico de interpretación de los contratos con cláusulas predispuestas es el de la buena fe, entendida no solo como un mandato para las partes, sino como un punto de partida y de llegada en la hermenéutica del contrato “de manera que el sentido que se le atribuya, sea el más conforme para llegar a un desenvolvimiento leal de las relaciones contractuales y para llegar a las consecuencias contractuales exigidas conforme a la ética” (1993, pág. 372).

Pero, además de partir de la buena fe como principio de interpretación del contrato, el juez al analizar contratos de edición con cláusulas predispuestas ha de hacer uso de principios y reglas dados tanto por el derecho común como por las normas especiales del derecho de autor, a saber: a) El principio *in dubio pro auctore* (Ley 23/82, art. 257), b) El criterio de interpretación contra *proferetem* (art. 1624, inciso 2 del Código Civil), c) El principio de independencia de las diferentes formas de explotación (Ley 23/82, art. 77) también consagrado en el artículo 31 de la Decisión Andina 351 de 1993 y d) El principio de interpretación restrictiva de los negocios jurídicos sobre derecho de autor (Ley 23/82, art. 78).

En todo caso, si bien estas herramientas interpretativas son valiosas y pueden ser útiles a fin de proteger al autor en la relación contractual, lo cierto es que ellas entran a operar en la medida que surjan dudas sobre el contenido y alcance de las cláusulas contractuales, luego no son eficaces frente a aquellas cláusulas claras, pero abusivas.

#### 4. La acción de tutela

Finalmente, un mecanismo judicial extraordinario que puede ser utilizado con el fin de proteger al autor respecto de las situaciones “problemáticas” que hemos descrito en el presente trabajo, es la acción de tutela. Sin embargo, este mecanismo, tratándose de temas contractuales, opera de forma excepcional y para el caso de contratos relacionados con el derecho de autor, solo bajo el supuesto de que se encuentre en riesgo el mínimo vital del autor. Así lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia T-367 de 2009 (caso *Rafael Escalona vs. Discos Fuentes*), cuando dijo:

la intervención del juez de tutela se torna imperiosa en aquellos eventos en que las cláusulas contractuales vulneran o amenazan los derechos fundamentales del artista, como lo concerniente al derecho al mínimo vital y la vida en condiciones dignas, ya que a pesar de existir un acuerdo de voluntades éste no puede llegar a comprometer en grado sumo los referidos derechos, máxime si se tiene en cuenta que tales intereses adquieren el grado de fundamental por las especiales circunstancias que puedan rodear la relación contractual y la eventual indefensión en que se pueda encontrar el actor fren-



te a las casas editoras, particularmente si se trata de una persona de la tercera edad como sujeto de especial protección constitucional.

Pero además, existe un precedente, la sentencia T-338 de 1993 correspondiente a la acción de tutela interpuesta por el artista Rodolfo Aicardi en contra de una productora fonográfica, por un contrato laboral donde se establecía una cláusula de exclusividad que, a su juicio, atentaba contra el derecho al trabajo. En dicha oportunidad, la Corte dio prevalencia al principio de autonomía privada de la voluntad y consideró que la acción de tutela no era el mecanismo adecuado para debatir un conflicto particular. Esta sentencia, aunque anterior a la T-367 de 2009 (que de alguna manera abrió el margen a la acción de tutela tratándose de la discusión de temas contractuales de derecho de autor), ejemplifica que la acción de tutela, dado su carácter subsidiario y de orden constitucional, es un mecanismo que operaría de manera excepcionalísima, pues tratándose de acciones donde se discuta la lesividad o no de las cláusulas contractuales en materia de derecho de autor, su jurisdicción natural es la ordinaria, no la constitucional.

## ***B. Remedios legislativos***

En general los países de tradición jurídica continental han regulado el contrato de edición desde una perspectiva proteccionista del autor, asumiendo que en la relación contractual, es el autor quien se encuentra en desventaja de negociación frente al editor-empresario. Colombia no es ajena a esa tendencia proteccionista, y ello se refleja en disposiciones consagradas

en la Ley 23 de 1982, como los ya mencionados principios de independencia de las formas de explotación o de interpretación restrictiva. A su vez, la citada Ley provee una serie de reglas dispositivas que en buena medida tienden a proteger al autor. Sin embargo, a pesar de este régimen tuitivo, en la práctica los contratos de edición tienden a ser predispuestos, y es posible que esa predisposición transmute a las situaciones problemáticas expuestas líneas atrás.

Hemos expuesto algunas soluciones que el ordenamiento jurídico actualmente prevé, pero también hemos resaltado las limitaciones de dichas herramientas. Por ello, consideramos que el legislador también podría jugar un papel determinante en la regulación de las relaciones contractuales con miras a lograr un deseado equilibrio, de modo que los intereses de los autores y sus causahabientes puedan convivir con los intereses económicos de la industria editorial.<sup>31</sup>

Un aspecto general a considerar frente a la arquitectura normativa que gobierna al contrato de edición, es preguntarse si las normas dispositivas son las herramientas más efectivas para evitar la inclusión de cláusulas abusivas, o si por el contrario, es necesario introducir más normas de orden público. Lo anterior dado que, como lo anota Ferri, las normas de naturaleza dispositiva: “no constituyen un límite para la autonomía privada porque los individuos son libres de dictar una regulación distinta o simplemente

31 Seguramente, el tratamiento legislativo del contrato de edición literaria ha de ser diferente al de edición musical, pues como se expuso en el anterior capítulo, parece que la práctica contractual de esta última tiende a tener más problemas que aquella, razón por la cual merecería un grado de atención especial y un régimen de protección más estricto.

de excluir su aplicación o hacer referencia a un ordenamiento diverso del establecido por la ley” (1969, pág. 218).

En esa medida, a continuación expondremos algunas soluciones legislativas sugeridas por normas tipo o implementadas en el derecho comparado, en especial en la legislación española y alemana, países que a pesar de tener un régimen claramente tuitivo, gozan de una pujante industria editorial.<sup>32</sup>

### **1. Prohibición de disponer de forma total e indeterminada del derecho patrimonial de autor**

Como vimos, suele pactarse en los contratos de edición la transferencia total e ilimitada de los derechos patrimoniales del autor en favor del editor. Para evitar esta situación, resulta ejemplificante el artículo 43 [5] del TRLPI de España, según el cual: “La transmisión de los derechos de explotación no alcanza a las modalidades de utilización o medios de difusión inexistentes o desconocidos al tiempo de la cesión”.<sup>33</sup> Una norma como esta, de manera clara y expresa prohíbe la posibilidad de pactar cláusulas como aquellas

en que el autor transfiere o autoriza el uso de todas las formas de explotación de las obras, incluidas aquellas conocidas o por conocer.

También es significativo que desde el año 1985, el Proyecto de Disposiciones Tipo en materia de contratos de edición literaria, aprobado por el Comité de expertos de la Unesco y de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), hubiera recomendado una disposición tipo, en los siguientes términos: “La cesión total al editor del derecho de autor sobre una obra será nula, así como toda cesión de derechos y toda concesión de licencia al editor para la utilización futura de la obra en forma no especificada” (Unesco/OMPI, 1985).

### **2. Limitaciones a la cláusula de exclusividad**

Prohibir la existencia de cláusulas de exclusividad a nuestro juicio podría resultar exagerado, teniendo en cuenta que es una figura que tradicionalmente se ha utilizado en la industria editorial y que, como expusimos, posee una razonabilidad económica y de modelo de negocio. No obstante, sí podría el legislador pensar en algunos mecanismos tendientes a limitar su uso a casos estrictamente justificados y necesarios, o como recientemente lo ha sugerido el Cerlalc, propender por el uso de cláusulas de opción o de preferencia en favor del editor respecto de nuevas formas de uso de la obra, en vez de una exclusividad sobre la totalidad de los derechos patrimoniales de autor (Cerlalc, 2013, pág. 30).

Otras formas de limitar el uso de cláusulas de exclusividad sería exigir, por ley, que en caso de

32 La selección de estos dos ordenamientos no es casual: el modelo alemán es un ordenamiento paradigmático por su concepción monista, que lo sitúa en el espectro como uno de los más garantistas a favor del autor, y en 2011 Alemania fue el tercer mayor exportador de libros a nivel mundial, con un 9.5%. España, por su parte, cuenta con un sistema proteccionista en materia de edición, y para el mismo año representó el 3.6% del total de exportaciones de libros en el mundo, ubicándose como el octavo país exportador de libros a nivel global y el primero en Iberoamérica, donde representa el 54% de unidades exportadas (Cerlalc, 2012, págs. 51-52).

33 Una prohibición similar se encuentra en el artículo 49 [VI] de la Ley 9610 de 1998 de Brasil.

pactar esta cláusula, el contrato necesariamente debe ser oneroso, tal como lo dispone la Ley de Derecho de Autor de 1966, sección 32 [3], alemana. También podría pensarse en exigir un mayor grado de diligencia en la promoción y divulgación de la obra por parte del editor, cuando se pacte cláusula de exclusividad.

### 3. Plazos máximos de vigencia de los contratos

Evitar que el autor quede atado a contratos con plazos exagerados, o incluso perpetuos (como sería el clásico “por el término de protección de la obra”) debería ser un tema de preocupación del legislador colombiano. De allí que extrañemos la existencia de una disposición de orden público que establezca un plazo máximo (no simplemente presunto) del contrato de edición, como sí lo trae la legislación española, cuyo TRLPI señala en el art. 69 numeral 3, en diez años el término máximo del contrato de edición literaria “si la remuneración se hubiera pactado exclusivamente a tanto alzado”, o en cualquier otro caso de quince años (numeral 4).<sup>34</sup>

Una disposición que establezca plazos máximos al contrato de edición debe ir acompañada de otra que prohíba las prórrogas automáticas, permitiendo, eso sí, prorrogas expresamente aceptadas por el autor.

34 Vale aclarar que estos plazos máximos en la legislación española no aplican al contrato de edición musical (art. 71 [3] TRLPI). Sin embargo, como se pudo analizar en el anterior capítulo, la práctica contractual colombiana enseña que es en el contrato de edición musical donde más se suele utilizar plazos exagerados y, por ende, en estos contratos resultaría relevante establecer, vía legal, plazos máximos de contratación.

### 4. Ineficacia de las cláusulas contrarias al orden público

Las normas de orden público a implementar, que hemos enunciado en los anteriores literales, deberían tener como efecto su ineficacia, no la nulidad, por ser esta una figura que opera de pleno derecho, según lo dispone el artículo 897 del Código de Comercio, es decir, sin necesidad de declaración judicial, y por tanto mucho más beneficiosa para los autores, con el fin de equilibrar las disparidades que usualmente se presentan en la relación autor-editor.

### 5. Acción de revisión

Como lo anotamos al inicio de este documento, dos son las funciones básicas del contrato de edición: (i) facilitar la divulgación de la obra y (ii) que tanto el autor como el editor puedan usufructuar dicha obra. Pero ¿qué sucede cuando se pactan regalías que con el paso del tiempo resultan desproporcionadas e injustas para el autor? Aquí, más que ante un abuso del derecho, estaríamos ante una situación de hecho que se da durante la ejecución del contrato (no en su celebración), y que rompe con la equivalencia de las prestaciones de las partes, que se supone existen en un contrato conmutativo.

Ese desequilibrio puede darse en razón de la existencia de contratos con amplios plazos de ejecución, inflexibilidad en la forma como se pactan las regalías, y el desarrollo tecnológico que día a día permite nuevas ventanas y modelos de explotación de las obras, no previstos al momento de contratar. El riesgo de que se dé



dicho desequilibrio se acrecienta aún más en aquellos contratos donde se pacta una suma fija o “regalía a tanto alzado”, que en aquellos donde se conviene una regalía proporcional a los ingresos que el editor obtenga de la obra.

Para enfrentar este desequilibrio, legislaciones como la alemana señalan que el autor tiene el derecho contractual de una remuneración por el uso de la obra (sección 32 [1]). Pero el modelo alemán va un poco más allá, al exigir que dicha remuneración debe ser equitativa (sección 32 [2]), pero sobre todo, al otorgar una acción de revisión cuando la regalía resulte claramente desproporcionada respecto de los beneficios obtenidos por la explotación de la obra (sección 32<sup>a</sup> [1]).<sup>35</sup>

Nótese que se trataría de una acción de revisión diferente a la que tradicionalmente el Código de Comercio dispone en el artículo 868, pues en la acción de revisión propuesta no se examinaría la imprevisión e imprevisibilidad que dio lugar al rompimiento de la equivalencia de prestaciones, bastaría simplemente con verificar la evidente desproporción de los ingresos obtenidos por el autor respecto a los del editor, para ordenar la revisión de las regalías pactadas en el contrato.

#### IV. CONCLUSIONES

A lo largo de las anteriores líneas hemos procurado hacer un estudio del contrato de edición

en Colombia, tanto desde el deber ser (es decir, desde lo reglado por el derecho positivo), como desde el ser (la práctica contractual), y a partir de allí hemos identificado que por regla general se trata de un contrato con cláusulas predispuestas en el que se ha evidenciado un riesgo: la posibilidad de que esa predisposición dé lugar a cláusulas abusivas. Riesgo que resulta más patente en la edición musical que en la literaria. En ese mismo orden de ideas, hemos sugerido algunos mecanismos judiciales, pero también algunos puntos que el legislador podría revisar a fin de evitar o paliar tal riesgo.

Propiciar que los contratos, en especial los contratos de edición, sean reales herramientas de difusión y usufructo de la obra tanto para el autor como para el editor, y no un medio de despojo de los derechos del autor, debe ser una preocupación no solo para estos últimos, sino también para las industrias creativas, en especial para la industria editorial. ¿Por qué esa preocupación ha de ser compartida por todos los actores que se benefician del derecho autoral? Porque un derecho de autor donde este no es el protagonista y real beneficiario corre el riesgo de perder validez moral y, por tanto, ser más susceptible frente a las diferentes voces críticas que hoy día se alzan en contra de esta disciplina jurídica.

Esa validez moral a la que nos referimos, la asociamos con lo que Bobbio (1992) identifica como el problema de la justicia en el derecho, es decir, la correspondencia o no de una norma con un sistema de valores que fundamentan un ordenamiento jurídico. Si, como dijimos al inicio de este escrito, el objetivo del derecho de autor

<sup>35</sup> España también consagra esta acción de revisión, pero solo cuando la remuneración se hubiere pactado a tanto alzado (art. 47 TRLPI). En el mismo sentido, se encuentra la disposición tipo n.º 7 [4] del Proyecto de disposiciones tipo anotadas para leyes nacionales sobre contratos de edición de obras literarias en firma de libros, preparado por las Secretarías de la Unesco y la OMPI (1985).

es estimular la creatividad, proveyendo al autor las herramientas necesarias para que pueda controlar y usufructuar su obra, no puede aceptarse que ese mismo autor se vea desamparado frente a algunos intermediarios que, abusando de la libertad contractual, imponen condiciones y cláusulas que terminan siendo una negación del derecho de autor.

Quienes creemos en la importancia del derecho de autor y en la necesidad de su defensa, también hemos de ser conscientes de las dificultades que algunos de nuestros creadores tienen que enfrentar en sus relaciones contractuales, y de la necesidad de implementar mecanismos que faciliten y garanticen un adecuado equilibrio entre el interés del autor de obtener un retorno por la explotación de su obra, y los intereses de las industrias creativas de contar con un marco de acción y unas reglas de juego claras que les permitan generar riqueza en una economía de mercado. El uso de la libertad contractual como medio de despojo de los derechos del autor sobre su obra afecta no solo a este sino al derecho de autor en general. Al fin y al cabo el abuso del derecho es la negación de este, o como lo señala el aforismo *summum ius, summa iniuria*.

## Referencias

- Alemania. *Ley de Derecho de Autor de 1965, modificada por la Ley del 22 de marzo de 2002, por la que se fortalece la posición contractual de los autores y de los artistas intérpretes o ejecutantes*. Obtenido de WIPO: [http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file\\_id=189744#LinkTarget\\_464](http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=189744#LinkTarget_464)
- Argentina. Ley 11723 de 1933. (26 de septiembre). *Régimen General de la Propiedad Intelectual*. Obtenido de Cerlalc: [http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/leyes\\_reglamentos/Argentina/Ley\\_11723.htm](http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/leyes_reglamentos/Argentina/Ley_11723.htm)
- Ballesteros Garrido, J. A. (1999). *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*. Barcelona: J. M. Bosch Editor.
- Bobbio, N. (1992). *Teoría general del derecho*. Bogotá: Temis.
- Bonivento Fernández, J. A. (2009). *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales* (Tomo II). Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Boretto, M. M. (2010). *Contratos de edición*. Buenos Aires: IB de F.
- Brasil. Ley 9610 de 1998. (18 de febrero). *Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências*. Obtenido de Cerlalc: [http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/leyes\\_reglamentos/Brasil/Lei\\_9610.htm](http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/leyes_reglamentos/Brasil/Lei_9610.htm)
- Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe –Cerlalc. (2012). *El espacio iberoamericano del libro 2012*. Bogotá: Cerlalc-Unesco.
- Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe –Cerlalc. (2013). *El derecho de autor y los contratos de los contenidos editoriales en el entorno digital*.

Recuperado el 20 de abril de 2014, de: [www.cerlalc.org](http://www.cerlalc.org): <http://www.cerlalc.org/wp-content/uploads/2014/03/El-derecho-de-autor-y-los-contratos-de-los-contenidos-editoriales-en-el-entorno-digital.pdf>

Cornish, W. (1996). *Intellectual property*. Londres: Sweet & Maxwell.

Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-338 del 24 de agosto de 1993. M. P.: Alejandro Martínez Caballero. Obtenido de Corte Constitucional de Colombia: [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co)

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-334 del 12 de agosto de 1993. M. P.: Alejandro Martínez Caballero. Obtenido de Corte Constitucional de Colombia: [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co)

Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. Sentencia T-367 del 26 de mayo de 2009. M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio. Obtenido de Corte Constitucional de Colombia: [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co)

Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia del 10 de febrero de 1960. M. P.: Humberto Barrera Domínguez. Obtenido de Dirección Nacional de Derecho de Autor: [www.derecho-deautor.gov.co](http://www.derecho-deautor.gov.co)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de febrero de 2001. Exp. 5670. M. P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Obtenido de Corte Suprema de Justicia - Colombia: <http://www.cortesuprema.gov.co/>

Diez-Picazo, L. (1993). *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Civitas.

España. *Real Decreto Legislativo n.º 1 de 1996*. (22 de abril). Por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones vigentes sobre la materia (TRLPI). Obtenido de Cerlalc: [http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/leyes\\_reglamentos/Espana/Ley\\_prop\\_int.htm](http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/leyes_reglamentos/Espana/Ley_prop_int.htm)

Farina, J. M. (2005). *Contratos comerciales modernos*. Buenos Aires: Astrea.

Ferri, L. (1969). *La autonomía privada*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

Goldstein, M. (2005). *Derecho de autor y sociedad de la información*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca.

Lacruz Mantecón, M. L. (2000). *Las obligaciones del editor en el contrato de edición literaria*. Madrid: AISGE & Reus.

Lipszyc, D. (1993). *Derecho de autor y derechos conexos*. Bogotá: Unesco, Cerlalc y Víctor P. de Zavalía S. A.

Messineo, F. (1986). *Doctrina general del contrato*. (Tomo I). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.

Pérez Vives, Á. (2012). *Teoría general de la obligaciones. Volumen III parte segunda. Clasificación, efectos, transmisión y extinción de*

- las obligaciones*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Rengifo García, E. (2004). *Del abuso del derecho al abuso de posición dominante*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rodríguez Yong, C. A. (2013). *Una aproximación a las cláusulas abusivas*. Bogotá: Universidad del Rosario, Legis.
- Schavelzon, G. (2005). Del autor al editor: los caminos del manuscrito. En L. de Sagastizábal y F. Esteves Fros, *El mundo de la edición de libros* (págs. 77-98). Buenos Aires: Paidós.
- Serrano Fernández, M. (2001). *Contratos en torno a la edición*. Madrid: AISGE y Reus.
- Suescún de Roa, F. (Septiembre de 2009). Control judicial de las cláusulas abusivas en Colombia: una nueva causal de nulidad. *Revista de Derecho Privado*, (41), 3-17.
- Tamayo Lombana, A. (1997). *Manual de obligaciones. Teoría del acto jurídico y otras fuentes*. Bogotá: Temis.
- Tribunal de Arbitramento, Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo del 13 de agosto de 2001, caso *Sonolux vs. Aura Cristina Geithner* (árbitros: Diego Muñoz Tamayo, Luis Carlos Rodríguez Herrera y Alirio Gómez Lobo).
- Tribunal de Arbitramento, Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo del 15 de agosto de 2006, caso *CELCENTER VS. COMCEL* (árbitros: Lisandro Peña Nosa, Rodrigo Palau Erazo y Jorge Eduardo Narváez Bonnet).
- Uchtenhagen, U. (1990). El contrato de edición en el ámbito musical. En *V Congreso Internacional sobre la Protección de los Derechos Intelectuales* (págs. 15-33). Buenos Aires.
- Unesco/OMPI. (1985). *Disposiciones tipo anotadas para leyes nacionales sobre contratos de edición de obras literaria en forma de libros*. Recuperado el 20 de abril de 2014, de Unesco: <http://unesdoc.unesco.org/images/0006/000665/066534sb.pdf>
- Ventura Ventura, J. (2000). *La edición de obras musicales*. Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- Villalba, C. (2007). Volviendo a justificar el derecho de autor. Ponencia presentada en el Congreso de ALAI 2007, El derecho de autor en el siglo XXI: el lugar del autor ante los desafíos de la modernización (págs. 251-255). Montevideo: ALAI-IUDA-UM.