

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2008  
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

## **Gestión colectiva. Fiscalización estatal. Constitución. Autorización.**

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** Colombia

**ORGANISMO:** Dirección Nacional de Derecho de Autor.

**FECHA:** 22-7-2005

**JURISDICCIÓN:** Administrativa

**FUENTE:** Texto del documento en copia del original, cortesía de la Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia

**OTROS DATOS:** Concepto emitido ante la Corte Constitucional, en los Expedientes D- 6649 y D-6650

### **SUMARIO:**

*“Resultaría desafortunado desconocer que la gestión colectiva del derecho de autor y los derechos conexos en Colombia, se entiende legalmente subordinada a la constitución de una sociedad de gestión, quien debe obtener por parte de la Dirección Nacional de Derecho de Autor la respectiva personería jurídica y la autorización de funcionamiento, lo que genera que su actividad sea inspeccionada y vigilada por esta entidad”.*

[...]

*“...nuestro legislador reguló la creación y actividad de estas formas de asociación, y atendiendo a sus características muy particulares consideró indispensable se ejerciera sobre estas una permanente actividad de inspección y vigilancia, la cual se vería burlada siempre que se permitiera ejercer idénticas atribuciones a personas jurídicas diferentes a las inspeccionadas y vigiladas por el Estado”.*

[...]

*“Sin embargo, en Sentencia C-509/04 del 25 de mayo de 2004, esta Corte Constitucional determinó que además de los autores individualmente considerados y las sociedades de gestión colectiva, era factible que formas de asociación distintas a la gestión colectiva expedieran el comprobante de pago referido en el artículo 2, literal c) de la Ley 232 de 1995, manifestación que implica directamente que cualquier tipo de asociación al margen de la vigilancia e inspección estatal podrá gestionar derechos patrimoniales de autor”.*

*“Dicha interpretación, que aun cuando es acatada por esa Dirección no podría ser compartida, llevaría a la obsolescencia el sistema de la gestión colectiva, creando el caos entre los usuarios quienes tendrían que acudir a cada uno de los titulares, o a las múltiples asociaciones que serían creadas al margen de cualquier tipo de control estatal”.*

*“Por esta razón, en opinión de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, el legislativo colombiano ha sido claro en señalar como únicos caminos para adelantar el ejercicio de los derechos patrimoniales de autor, la gestión individual o la gestión colectiva, figura esta última que ha sido reglamentada de manera expresa y sobre la cual se le han otorgado a esta Oficina amplias facultades de inspección y vigilancia. Entendiendo de esta manera que quien pretenda adelantar una gestión diferente a la individual, se encuentra en plena libertad de acreditar ante esta Dirección los requisitos exigidos a fin de obtener personería jurídica y autorización de funcionamiento como sociedad de gestión colectiva”.*

**COMENTARIO:** Salvo en los casos en que, por disposición legal, la gestión colectiva es obligatoria, nada impide que el titular de un derecho de autor o de un derecho conexo resuelva emprender la administración individual de su derecho, aunque en algunas modalidades de explotación esa gestión personal y directa sea muy dificultosa, por no decir que imposible. Pero sería una burla a la ley que si el ordenamiento vigente en un país somete a la gestión colectiva al régimen especial de autorización previa de funcionamiento por parte de la autoridad nacional competente y a su fiscalización estatal, se admita la posibilidad de que organizaciones paralelas, sin el cumplimiento de esos requisitos, realicen actividades inherentes a la gestión colectiva, porque las normas legales citadas perderían entonces cualquier sentido. Piénsese, por ejemplo, que mientras una entidad de gestión puede ser suspendida, o incluso cancelado su permiso para funcionar, si incurre en hechos graves en perjuicio de los titulares administrados, una organización distinta, incurriendo en los mismos vicios, podría continuar actuando de manera impune. Tal es la razón por la cual en algunos textos nacionales si tipifica como delito (y en otros al menos como una infracción sancionable en el ámbito administrativa), el desarrollo de actividades propias de la gestión colectiva sin haber obtenido previamente la autorización para funcionar como tales. © **Ricardo Antequera Parilli, 2008.**

## TEXTO COMPLETO:

**CARLOS ALBERTO ROJAS CARVAJAL**, en mi calidad de representante de la Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional de Derecho de Autor, tal como lo consagra la Resolución 160 del 9 de agosto de 2004<sup>1</sup>, me permito intervenir en defensa de la constitucionalidad de la norma demandada en la presente acción, tal como pasa a exponerse.

### I. LA NORMA DEMANDADA

La disposición objeto del presente debate es el artículo 27 de la Ley 44 de 1993, cuyo tenor reza lo siguiente:

#### Ley 44 de 1993

Artículo 27: “Con el objeto de garantizar el debido recaudo de las remuneraciones provenientes de la

*ejecución pública de las obras musicales y de la comunicación al público de los fonogramas, las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos, podrán constituir una entidad recaudadora en la que tendrán asiento todas las sociedades con idéntico objeto que sean reconocidas por la Dirección Nacional de Derechos de Autor. El Gobierno Nacional determinará la forma y condiciones de su constitución, organización, administración y funcionamiento y ejercerá sobre ella inspección y vigilancia”.*

### II. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

Tanto en el proceso D-6649 como en el expediente C-6650, los demandantes exponen, de forma similar sus argumentos en contra de

<sup>1</sup> Ver anexo 1.

la disposición en comento; los cuales pueden resumirse de la siguiente manera:

- En primer lugar consideran que la citada disposición viola el derecho a la igualdad “de las formas asociativas a las que se acojan los autores y que sean distintas a las sociedades de gestión colectiva de tales derechos”.

Consideran que la transgresión se manifiesta en que la norma acusada “para efectos de formar un ente recaudador de derechos de autor y derechos conexos, privilegia a las sociedades de gestión colectiva existentes o que sean posteriormente reconocidas por la Dirección Nacional de Derecho de Autor, lo que excluye a las formas asociativas distintas para tener asiente en la aludida entidad recaudadora”.

- Para fundamentar la anterior tesis, considera que la Corte Constitucional a través de las sentencias C-509 de 2004, C-424 y C-1236 2005 trazó una línea jurisprudencial según la cual los autores y demás titulares están en igualdad de condiciones para gestionar sus derechos “a través de formas asociativas distintas a las de gestión colectiva”

En síntesis, consideran que las “formas asociativas distintas a las sociedades de gestión colectiva, estarían en condiciones igualitarias de constituir una entidad recaudadora de estos derechos” de allí que la norma demandada sería inconstitucional al excluir a estas “otras formas asociativas” de la posibilidad de constituir y hacer parte de una sociedad recaudadora.

### 3. FUNDAMENTOS DE LA DEFENSA

El ataque del actor a la norma impugnada, parte de considerar que la misma “excluye de su mandato a los Titulares Derivados de derechos Patrimoniales de Derechos (sic) de Autor de la posibilidad de beneficiarse del expedito mecanismo de cobranza de esos derechos patrimoniales, establecida en la norma demandada”; premisa equivocada; pues a través de una lectura articulada de la disposición antes citada, se observa que la misma se aplica no sólo a los autores, sino

también a los titulares derivados de derecho de autor.

Lo anterior por cuanto el término “derecho de autor” comprende no sólo las prerrogativas reconocidas a los creadores originarios, también abarca aquéllas personas que sin ser autores son titulares derivados en virtud de haberse radicado en cabeza suya derechos patrimoniales por un acto entre vivos, por causa de muerte o por ministerio de la Ley. En efecto, el derecho de autor en estricto sentido<sup>2</sup>, identifica dos clases de titulares. Por un lado se encuentran los autores o titulares originarios,<sup>3</sup> es decir las personas naturales<sup>4</sup> que realizan la labor intelectual de creación artística o literaria. A ellos el ordenamiento jurídico les reconoce desde el mismo momento de creación de la obra una serie de prerrogativa de carácter moral y patrimonial.

Por otro lado se encuentran los titulares derivados, definidos como “las personas físicas o jurídicas que han recibido la titularidad de algunos de los derechos de autor”<sup>5</sup>. En otros términos, son terceros diferentes al creador, que han adquirido total o parcialmente los derechos patrimoniales que le corresponden a este último.

Así, el artículo 1º de la Decisión Andina 351 de 1993 al determinar el alcance del Régimen Comunitario de Derecho de Autor y Derechos Conexos, indica que el mismo tiene “...por finalidad reconocer una adecuada y efectiva protección a los autores y demás titulares de derechos, sobre las obras del ingenio, en el campo literario, artístico o científico, cualquiera que sea el género o forma de expresión y sin importar el mérito literario o artístico ni su

<sup>2</sup> Sin perjuicio de lo dispuesto a favor de los titulares de derechos conexos.

<sup>3</sup> La Decisión Andina 351 de 1993 en su artículo 2º define al autor como: “Persona Física que realiza la creación intelectual”.

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

<sup>5</sup> LIPSZYC, Delia, Derecho de Autor y Derechos Conexos. Buenos Aires, Obra Editada por la UNESCO, el Cerlalc y Víctor P. Zavalia, 1993, p. 122.

destino”. (Subrayado fuera de texto), dejando en claro que la protección reconocida por el derecho de autor involucra tanto a los autores como a los titulares derivados.

Pero aun más claro es el artículo 4º de nuestra Ley 23 de 1982, cuando establece que: “Son titulares de los derechos reconocidos por la Ley:

a. El autor de su obra;

(...)

e. Los causahabientes, a título singular o universal, de los titulares anteriormente citados;

**f. La persona natural o jurídica que, en virtud de contrato obtenga por su cuenta y riesgo, la producción de una obra científica, literaria o artística realizada por uno o varios autores en las condiciones previstas en el artículo 20 de esta Ley”.**

De tal manera que la voz “pago por derecho de autor” incorporada en la norma objeto del presente proceso, no se limita, como al parecer lo entiende el impugnante, a los derechos del creador sobre su obra, también cobija a los titulares derivados; pues ambos, valga la pena repetirlo, están en la capacidad de ejercer derechos patrimoniales de autor, bien sea en calidad de titular originario o derivado.

En síntesis cuando el contenido del literal c) del artículo 2 de la Ley 232 de 1995, establece: “Para aquellos establecimientos donde se ejecuten públicamente obras musicales **causantes de pago por derechos de autor**, se les exigirá comprobantes de pago expedidos por la autoridad legalmente reconocida, de acuerdo con lo dispuesto con la Ley 23 de 1982 y demás normas complementarias”, habrá de entenderse que legitima de manera general tanto a los autores, como a los titulares derivados para ejercer de manera colectiva<sup>6</sup> o individual el derecho de autorizar la

<sup>6</sup> Ley 44 de 1993, artículo 10.-“ Los titulares de derechos de autor y derechos conexos podrán formar sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos, sin ánimo de lucro con personería jurídica, para la defensa de sus intereses conforme a las disposiciones establecidas en la Ley 23 de 1982 y en la presente Ley.”

comunicación pública de sus obras<sup>7</sup>; pues tanto unos como otros son titulares de “derechos de autor” término que abarca de manera omnicomprendiva al creador o al titular derivado.

Visto así que el alcance e interpretación dado por el actor a la norma citada en precedencia es incorrecto, se tiene que la misma no desconoce el derecho a la igualdad, así como tampoco los principios y normas constitucionales y comunitarias enunciados en la demanda.

## II. ANALISIS DEL ARTICULO 25 DE LA LEY 44 DE 1993

### 1. TEXTO DE LA NORMA

**LEY 44 DE 1993**

**(febrero 5)**

**por la cual se modifica y adiciona la ley 23 de 1982 y se modifica la ley 29 de 1944**

**El Congreso de Colombia,**

Artículo 25.- Solamente podrán tenerse como sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos, y ejercer las atribuciones que la ley señale, las constituidas y reconocidas conforme a las disposiciones de la misma. (El aparte demandado ha sido subrayado)

### 2. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

**Primer cargo:** Violación al artículo 13 de la Constitución Política (Derecho a la igualdad).

<sup>7</sup> Ley 23 de 1982, artículo 73. “En todos los casos en que los autores o las asociaciones de autores, celebren contratos con los usuarios o con las organizaciones que los representen, respecto al derecho de autor, por concepto de ejecución, representación, exhibición y en general, por uso o explotación de las obras protegidas por la presente Ley, serán las tarifas concertadas en los respectivos contratos, las que tendrán aplicación, siempre que no sean contrarias a los principios consagrados por la misma.”



Tal como lo manifiesta el actor “el que solamente las sociedades de gestión colectiva sean las únicas personas jurídicas que puedan ejercer las atribuciones que les concede el artículo 13 de la Ley 44 de 1993, conforme ordena la norma impugnada, viola inicialmente el Derecho Constitucional de Igualdad que tienen las personas jurídicas que sean titulares Derivados de Derechos Patrimoniales de Autor para ejercer dichas atribuciones.”

**Segundo cargo:** Violación al artículo 58 de la Constitución Nacional

Señala el demandante: “La frase legal acusada también constituye una transgresión clara del artículo 58 de la Carta Magna, en consideración a que la existencia de la misma dentro del contexto legal a que se refiere, esta desconociendo las facultades de disposición sobre la Propiedad Intelectual sobre el derecho patrimonial de autor que en determinado momento puede ostentar una persona jurídica que de manera derivada los haya adquirido”

**Tercer cargo:** Violación del artículo 333 de la Constitución Nacional

Al tenor de lo descrito por el accionante, “... esta norma acusada viola el artículo 333 de la Constitución Nacional en consideración a que le impide a la persona jurídica, titular derivada de derechos patrimoniales de autor ejercer libremente la actividad económica de explotación económica de las obras adquiridas o la de crear una empresa dedicada a la administración de derechos patrimoniales de autor”

### 3. FUNDAMENTOS DE LA DEFENSA

#### 3.1. Orígenes de la gestión colectiva

La gestión colectiva es considerada como una herramienta de defensa para el autor, su origen se remonta a un antecedente judicial iniciado por los compositores franceses Víctor Parizot y Paul Henrion, y el escritor Ernest Bourget, quienes en 1847 presentaron una demanda contra “Ambassadeurs”, un “café concert” de la Avenida de los Campos Eliseos de París. Consideraban que existía una contradicción flagrante en que ellos tuvieran que pagar por los asientos y la comida en el “Ambassadeurs”, mientras que nadie manifestaba intención

alguna de pagarles por sus obras, que interpretaba la orquesta. Los autores ganaron el pleito y el propietario del lugar fue obligado a pagar una importante suma de dinero como remuneración.

A partir de esta experiencia los autores concluyeron que sólo a través de la gestión colectiva se puede lograr una posición que equilibre su relación contractual con los usuarios, y desde aquel entonces se interpreta como una forma de superar la debilidad individual de estos titulares, frente a la multiplicidad de usuarios, el acudir a las sociedades de gestión colectiva.

Esa misma debilidad ha sido considerada por la Corte Constitucional quien a través de Sentencia C-265 de 1994, refiriéndose al número mínimo de afiliados señaló: “La Corte no comparte en manera alguna esas objeciones. De un lado, por cuanto considera que la exigencia de un número mínimo de socios no constituye un trato discriminatorio sino un medio utilizado que parece adecuado para conseguir los fines anteriormente mencionados. Además, en ninguna parte la Constitución consagra que todas las sociedades de contenido patrimonial deban tener un mismo número mínimo de asociados. Finalmente, por cuanto la exigencia de un número mínimo de cien socios para constituir tales entidades no se traduce en una afectación desproporcionada de la libertad económica, ya que ella solamente busca garantizar un recaudo más eficaz de los derechos de autor. Por eso, a nivel internacional, en general estas sociedades tienden a reagrupar un gran número de personas”<sup>8</sup>.

#### 3.2. La gestión colectiva y la gestión individual

Por gestión colectiva se entiende el sistema de administración de derecho de autor y de derechos conexos por el cual sus titulares delegan en organizaciones creadas al efecto la negociación de las condiciones en que sus obras o sus prestaciones artísticas serán

<sup>8</sup> Sentencia C- 265/94, M.P. Alejandro Martínez Caballero, 2 de junio de 1994

utilizadas por los usuarios, es decir se encargan de otorgar las respectivas autorizaciones, recaudar las remuneraciones devengadas y la distribución entre sus asociados.

En un mundo inmerso en el mercado de obras y productos culturales, gran parte del consumo de este tipo de bienes proviene de la ejecución pública de obras y prestaciones musicales en discotecas, canales de radio y televisión, restaurantes, bares, cafeterías, hoteles, salas de cine, y en la inmensa mayoría de establecimientos comerciales abiertos al público.

Para el autor, el intérprete y el productor fonográfico es imposible saber donde, cuando y como se están utilizando sus obras y/o prestaciones musicales.

De la misma manera para los usuarios sería simplemente imposible, entrar en contacto directo con la totalidad de autores, intérpretes y productores fonográficos, nacionales y extranjeros, a fin de obtener las autorizaciones pertinentes para utilizar este tipo de bienes.

¿Estarán acaso los usuarios en la capacidad de negociar de manera particular con cada autor el precio de la comunicación pública del repertorio de este último?. ¿Cómo podrían discernir cuánto cuesta comunicar la obra musical que se encuentra en el top de las más solicitadas, y reconocer al mismo tiempo un precio menor para aquellas obras que se escuchan con menor intensidad?.

Como puede observarse este tipo de inconvenientes hacen de la gestión colectiva un mecanismo expedito al momento de ejercer de maneja eficaz algunas de las prerrogativas de tipo patrimonial como puede ser la comunicación pública de obras y prestaciones musicales. No obstante lo anterior, es claro que nuestra legislación faculta al autor para gestionar individualmente sus prerrogativas.

Entre los derechos concedidos por la legislación colombiana en favor de los autores y/o titulares de obras literarias y artísticas se

cuenta el de autorizar previa y expresamente la comunicación pública de sus creaciones.

Así mismo, quien comunique públicamente una interpretación o fonograma deberá reconocer a favor de sus titulares una remuneración conforme lo establecen las normas de orden público.

Dichas atribuciones en los términos de los artículos 73<sup>9</sup> de la Ley 23 de 1982 y 66<sup>10</sup> de la Ley 44 de 1993, pueden ser ejercidas por sus titulares de manera individual o colectiva.

Así lo ha entendido la Corte Constitucional

cuando en relación con el tema ha señalado:

“En el ordenamiento colombiano, como en muchos otros casos, el legislador permite que el recaudo del derecho de autor y sus derechos conexos se haga de varias formas. Se admite entonces la gestión individual y la gestión colectiva.”<sup>11</sup>

No obstante lo anterior, es necesario advertir que en ningún momento se reconoce a la gestión individual el estatus propio de la gestión colectiva.

Resultaría desafortunado desconocer que la gestión colectiva del derecho de autor y los derechos conexos en Colombia, se entiende legalmente subordinada a la constitución de una sociedad de gestión, quien debe obtener por parte de la Dirección Nacional de Derecho

<sup>9</sup> Artículo 73. “En todos los casos en que los autores o las asociaciones de autores, celebren contratos con los usuarios o con las organizaciones que los representen, respecto al derecho de autor, por concepto de ejecución, representación, exhibición y en general, por uso o explotación de las obras protegidas por la presente Ley, serán las tarifas concertadas en los respectivos contratos, las que tendrán aplicación, siempre que no sean contrarias a los principios consagrados por la misma.”

<sup>10</sup> Artículo 66. “Las autoridades administrativas de todo orden se abstendrán de expedir o renovar la patente o licencia de funcionamiento para aquellos establecimientos donde se ejecuten públicamente obras musicales hasta cuando el solicitante de la referida patente o licencia presente el comprobante respectivo de haber cancelado a los autores, representantes o causahabientes, los correspondientes derechos de autor.”

<sup>11</sup> Sentencia C-509/04, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, 25 de mayo de 2004, Corte Constitucional

de Autor la respectiva personería jurídica y la autorización de funcionamiento, lo que genera que su actividad sea inspeccionada y vigilada por esta entidad.

En este mismo orden de ideas y al tenor del artículo 25 de la Ley 44 de 1993<sup>12</sup>, la legislación colombiana excluye toda posibilidad para que otras formas distintas a la gestión colectiva puedan ejercer las atribuciones enumeradas en el artículo 13 de aquel cuerpo normativo.

Bajo este entendido, y estando vigentes los artículos 45 de la Decisión Andina 351 de 1993, 13 y 25 de la Ley 44 de 1993, se hace evidente que las sociedades de gestión colectiva ejercen funciones que no cualquier otro colectivo puede realizar por el hecho de serlo a menos que se ajuste a las disposiciones legales.

De tal manera, nuestro legislador reguló la creación y actividad de estas formas de asociación, y atendiendo a sus características muy particulares consideró indispensable se ejerciera sobre estas una permanente actividad de inspección y vigilancia, la cual se vería burlada siempre que se permitiera ejercer idénticas atribuciones a personas jurídicas diferentes a las inspeccionadas y vigiladas por el Estado.

Así las cosas, quien pretenda autorizar colectivamente la comunicación pública de un repertorio de obras musicales, deberá indefectiblemente, ser reconocido como sociedad de gestión colectiva en los términos descritos por la Decisión Andina 351 de 1993, la Ley 44 de 1993 y el Decreto 162 de 1996, no siendo posible, en consecuencia, que dicha potestad sea ejercida por cualquier otro tipo de persona jurídica.

Se concluye entonces, que el legislador confirió a favor de las sociedades de gestión colectiva prerrogativas específicas, al mismo tiempo que subordinó su ejercicio al cumplimiento de

exigencias particulares, situación que no se predica de la gestión individual<sup>13</sup>.

Sin embargo, en Sentencia C-509/04 del 25 de mayo de 2004, esta Corte Constitucional determinó que además de los autores individualmente considerados y las sociedades de gestión colectiva, era factible que formas de asociación distintas a la gestión colectiva expidieran el comprobante de pago referido en el artículo 2, literal c) de la Ley 232 de 1995, manifestación que implica directamente que cualquier tipo de asociación al margen de la vigilancia e inspección estatal podrá gestionar derechos patrimoniales de autor.

Dicha interpretación, que aun cuando es acatada por esa Dirección no podría ser compartida, llevaría a la obsolescencia el sistema de la gestión colectiva, creando el caos entre los usuarios quienes tendrían que acudir a cada uno de los titulares, o a las múltiples asociaciones que serían creadas al margen de cualquier tipo de control estatal.

Por esta razón, en opinión de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, el legislativo colombiano ha sido claro en señalar como únicos caminos para adelantar el ejercicio de los derechos patrimoniales de autor, la gestión individual o la gestión colectiva, figura esta última que ha sido reglamentada de manera expresa y sobre la cual se le han otorgado a esta Oficina amplias facultades de inspección y vigilancia. Entendiendo de esta manera que quien pretenda adelantar una gestión diferente a la individual, se encuentra en plena libertad de acreditar ante esta Dirección los requisitos exigidos a fin de obtener personería jurídica y autorización de funcionamiento como sociedad de gestión colectiva.

<sup>13</sup> Una vez lograron acreditar los requisitos exigidos por la ley para el efecto, las únicas sociedades de gestión colectiva legitimadas para gestionar y recaudar por concepto de la comunicación pública de la música son:

1. Sociedad de Autores y Compositores de Colombia, SAYCO, con autorización de funcionamiento conferida mediante Resolución No. 070 del 5 de junio de 1997 por esta misma entidad.

2. Asociación Colombiana de Intérpretes y Productores Fonográficos, ACINPRO, con autorización de funcionamiento conferida mediante Resolución No. 125 del 5 de agosto de 1997 por esta misma entidad.

<sup>12</sup> Artículo 25.- Solamente podrán tenerse como sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos, y ejercer las atribuciones que la ley señale, las constituidas y reconocidas conforme a las disposiciones de la misma.



### **3.3. Diferencias entre la gestión colectiva y la gestión individual**

Tal como se ha expuesto en párrafos precedentes es posible gestionar de manera colectiva o individual el derecho de comunicación pública de obras y prestaciones musicales.

No obstante lo anterior, debemos señalar que la gestión colectiva se entiende precedida de una ventaja para el usuario, en cuanto este puede obtener en una sola negociación y por medio de un sólo contrato de licencia la correspondiente autorización para hacer uso de un repertorio compuesto por la inmensa mayoría de obras y prestaciones nacionales y extranjeras que en la actualidad son utilizadas de manera permanente.

Esto es posible gracias a los contratos de mandato suscritos por la sociedad de gestión colectiva con sus socios, y en virtud de los contratos de representación recíproca que esta suscribe con sus análogas extranjeras, lo cual la faculta para autorizar el repertorio de cada país.

Así, quienes personalmente o valiéndose de otro pretenden gestionar las prerrogativas patrimoniales del autor, del artista intérprete o ejecutante o del productor fonográfico, están obligados a acreditar dicha facultad respecto de todas y cada una de las obras, interpretaciones y fonogramas cuyo uso pretenden autorizar, en contraste con la gestión colectiva la cual por virtud del artículo 49 de la Decisión Andina 351 de 1993 se entiende cubierta por una presunción de legitimidad para ejercer los derechos confiados a su administración.

No sería afortunado interpretar que, al tenor de la Sentencia C-509/04 de 2004, la gestión individual goza de las mismas atribuciones que la gestión colectiva

Respecto del contenido de la sentencia 509 de 2004, los magistrados Rodrigo Escobar Gil, Humberto Sierra Porto y Clara Inés Vargas Hernández, en el salvamento de voto de la Sentencia 424 de 2005, señalaron:

*“En esa sentencia no se hizo un examen exhaustivo de la legislación sobre derechos de autor – de hecho la norma que ahora fue objeto de estudio ni siquiera se menciona -, sino que, de manera general y con carácter puramente descriptivo, se señaló que el ordenamiento jurídico colombiano permite, tanto la gestión colectiva como la gestión individual. Pero esta descripción, que se tomó como presupuesto para el fallo, no contiene un juicio de valor en torno a la posibilidad de imponer distintos modelos de gestión. De hecho, la sentencia de manera expresa señala que la Constitución no impone la gestión individual, y que el legislador podría optar por privilegiar únicamente la gestión individual o la gestión colectiva. Y que sobre estas materias existe un amplio margen de configuración legislativa. Es claro que la corte hizo una reserva sobre el alcance de su pronunciamiento: si bien constata una realidad: que el ordenamiento permite las dos modalidades de gestión, deja claro que la valoración de las mismas no es el objeto del fallo, y que el legislador podría optar por un modelo distinto, aspecto, que salvo ese mero enunciado, la Corte no examina.*

*El enunciado de la Corte no quiere decir que, necesariamente, para todas y cada una de las modalidades de derechos de autor y conexos imaginables, la ley contempla un sistema de gestión tanto colectiva como individual. La Corte simplemente afirmó que en Colombia el ordenamiento jurídico permite tanto la gestión individual como la colectiva. Ese enunciado sigue siendo cierto si en algunos casos hay gestión individual y colectiva, pero en otros,*



*señalados de manera precisa por el legislador, la gestión colectiva es obligatoria.”*

*Vale decir que al tenor de la Sentencia C-509/04, no es posible inferir que se puedan constituir sociedades u organizaciones cuyo propósito sea el de gestionar individualmente las prerrogativas concedidas a los titulares de derecho de autor y conexos, pero fuera del alcance del control estatal.*

*Cosa distinta es que, como forma de asociación diferente a la colectiva, se valide la gestión individual conforme a los artículos 73 de la Ley 23 de 1982 y 66 de la Ley 44 de 1993, los cuales se ajustan al contenido del artículo 61 de la Constitución Política.*

*Así las cosas, tenemos que la Decisión Andina 351 de 1993, la Ley 44 de 1993 y el Decreto 162 de 1996, normas que regulan la naturaleza y alcance de las sociedades de gestión colectiva, han sido consagradas como parámetros razonables, bajo la premisa según “es el legislador quien debe reglamentar estos temas, siempre y cuando no deje desprotegidos a los autores y establezca procedimientos razonables para el reconocimiento de los derechos de autor y sus derechos conexos.*

*Esta exigencia de razonabilidad no es un capricho, pues aunque el legislador goza de una amplia competencia para establecer las modalidades del amparo de este tipo de derechos, no puede esquivar la responsabilidad que la Constitución le ha confiado en la búsqueda de instrumentos aptos para obtener que en la práctica los autores no sean víctimas de imposiciones arbitrarias o abusivas por parte de quienes ejecutan, representan, exhiben, usan o explotan sus obras, para desconocer lo que constitucionalmente se les debe por tales conceptos. Admitir trabas excesivas sería hacer nugatoria la protección, eliminar cualquier garantía e ir en contravía de la Carta y la especial protección que ésta otorga a la propiedad intelectual.”<sup>14</sup>*

### **3.4. Privilegiar la gestión colectiva hace más efectiva la protección del derecho de autor y los derechos conexos consagrada en el artículo 61 de la Constitución Política.**

*Al tenor de los párrafos precedentes, resulta más que paradójico que hoy en día cuando los usuarios se han multiplicado y la posibilidad de utilización de las obras es infinitamente mayor gracias a Internet, (tecnología que conlleva a la imposibilidad de control de las creaciones por parte del autor), estemos elucubrando en contra de la gestión colectiva y “favoreciendo” o revaluando otras formas de gestión diferentes.*

*Por ello la tendencia de las legislaciones europeas se encamina hacia una gestión colectiva obligatoria, figura que en buena parte retomó el legislador colombiano en 1993, cuando a través del artículo 69 de la Ley 44 promulgada eses mismo año consagro “ Cuando un fonograma publicado con fines comerciales, o una reproducción de este fonograma, se utilicen directamente para radiodifusión o para cualquier otra forma de comunicación al público, el utilizador abonará una remuneración equitativa y única, destinada a la vez a los artistas, intérpretes o ejecutantes y al productor del fonograma, suma que será pagada por el utilizador a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas, a través de las sociedades de gestión colectiva constituidas conforme a la ley, y distribuida por partes iguales.”*

*No obstante, mediante Sentencia C-424/2005 del 26 de abril de 2005, la Corte Constitucional resolvió declarar la exequibilidad del artículo en mención, condicionada “a que se entienda que si los titulares de los derechos derivados de la interpretación, ejecución o producción de fonogramas que se ejecutan públicamente optan por no vincularse a una sociedad de gestión, el pago se hará mediante el mecanismo que se acuerde libremente, pero dentro del marco de las normas legales vigentes”*

<sup>14</sup> Sentencia C-509/04, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, 25 de mayo de 2004, Corte Constitucional.

En consideración de esta Oficina la administración colectiva descrita en el artículo 69 de la Ley 44 de 1993, como obligatoria era perfectamente razonable; ya que no hay posibilidad de ejercer un derecho de remuneración individualmente, habida cuenta que no es posible para el intérprete o productor fonográfico conocer cuando se genera la remuneración, puesto que jurídicamente el usuario no necesita de una autorización para utilizar la prestación.

A este respecto, en el contexto de la comunidad europea, diferentes Directivas han implementado la gestión obligatoria como recurso único al momento de ejercer ciertas prerrogativas patrimoniales, así:

a) En relación con los derechos patrimoniales de autor:

- El derecho exclusivo de retransmisión por cable de obras comprendidas en emisiones y transmisiones “iniciales” por cable procedentes de países del Espacio Económico Europeo<sup>15</sup>.
- El derecho de remuneración equitativa por préstamo público<sup>16</sup>.
- El derecho de remuneración equitativa por el alquiler de obras incorporadas a un fonograma o a una grabación audiovisual,

<sup>15</sup> Al respecto el la Directiva 93/83 del Consejo de las Comunidades Europeas señala:

(...) Considerando que a fin de evitar que las pretensiones de terceros titulares de derechos sobre elementos constitutivos de los programas impidan el buen funcionamiento de las relaciones contractuales en la medida requerida por las particularidades de la distribución por cable, conviene establecer, con la obligación de recurrir a las sociedades de gestión colectiva, un ejercicio exclusivamente colectivo del derecho de autorización; que ello no afecta al derecho de autorización en sí, sino a su forma de ejercicio, que se sujeta a cierta regulación lo que implica que sigue siendo posible la cesión de los derechos de distribución por cable;...”

Artículo 9: Los Estados miembros garantizaran que el derecho que asiste a los titulares de derechos de autor o de derechos afines de prohibir o autorizar la distribución por cable de una emisión sólo pueda ejercerse a través de una entidad colectiva.

<sup>16</sup> Al respecto el la Directiva 92 /100 del Consejo de las Comunidades Europeas señala:

Artículo 4, numeral 4: Los estados miembros podrán establecer la obligatoriedad total o parcial de la gestión a través de entidades de gestión colectiva del derecho de obtener una remuneración equitativa así como la determinación de las personas de quienes se pueda exigir o recaudar tal remuneración.

cuando el autor haya cedido su derecho exclusivo de alquiler al respectivo productor<sup>17</sup>.

- El derecho de participación en las sucesivas ventas que se realicen del soporte original de la obra.<sup>18</sup>

• La gestión obligatoria del derecho de remuneración equitativa por copia privada para uso personal de obras publicadas existe en todos los países de la Unión europea.

• Para el caso particular de España se consagra el derecho de remuneración equitativa por la comunicación pública de obras audiovisuales en los términos del artículo 90, numeral 4 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

b). En relación con los derechos de artistas intérpretes o ejecutantes:

- El derecho de remuneración equitativa por el alquiler de interpretaciones o ejecuciones incorporadas a un fonograma o a una grabación audiovisual, cuando el artista haya cedido su derecho exclusivo de alquiler al respectivo productor<sup>19</sup>.

• Para el caso particular de España se consagra un derecho de remuneración equitativa por la comunicación pública de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en un fonograma y por el propio fonograma en los términos del artículo 108, numeral 4 del Texto Refundido de la ley de propiedad Intelectual.

Al tenor de lo anteriormente descrito la gestión colectiva incluida la obligatoria se consagra como una herramienta necesaria. Hoy más que nunca cuando el contenido de los tratados de la OMPI ( Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor y Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas), conocidos como los tratados Internet, de los cuales Colombia es miembro desde los años

<sup>17</sup> Ibidem

<sup>18</sup> Al respecto el la Directiva 2001/84 del Consejo de las Comunidades Europeas señala:

Artículo 6: El derecho contemplado en el artículo 1 se deberá al autor de la obra y con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 8, a los derechohabientes del autor tras su muerte. Los Estados miembros podrán prever la gestión colectiva opcional u obligatoria del derecho contemplado en el artículo 1.

<sup>19</sup> Artículo 4, numeral 4 de la Directiva 92 /100 del Consejo de las Comunidades Europeas

2000 y 1999, desarrolla el derecho de autor y los derechos conexos al punto que sobre un mismo bien (la obra) consagran un ejercicio exclusivo en beneficio de diferentes titulares (el autor, el interprete y el productor fonográfico). Privilegiar una gestión diferente a la colectiva alrededor de las múltiples actividades económicas desarrolladas por los usuarios, en donde estos últimos deba negociar por separado con el autor de la letra, el autor de la composición musical, el interprete, y el productor fonográfico hace de suyo inviable y nugatorio los derechos que reconoce la ley en favor de estos titulares, al mismo tiempo que genera incertidumbre entre los usuarios respecto del repertorio que podrían llegar a utilizar de forma legal y el precio que deberán pagar por dicho uso.

Al respecto creemos que el legislador cuenta con la potestad para diseñar e implementar los mecanismos adecuados, en aras de hacer viable y articular el derecho de los autores, interpretes y productores fonográficos, con el interés de los usuarios de obras, interpretaciones y fonogramas<sup>20</sup>.

No podemos desconocer que siendo el derecho de autor una forma sui generis de propiedad, tal como lo ha descrito la Corte Suprema de Justicia a través Sentencia proferida el 10 de febrero de 1960, y la propia Corte Constitucional en Sentencia C – 334/93, sería desafortunado desfigurar la lógica jurídica en el sentido de impedir que el autor pueda de manera individual gestionar unos derechos, tanto más si se tiene en cuenta que para algunas categorías de obras como lo son las plásticas o las dramático musicales, su uso por parte del público se restringe de manera considerable.

<sup>20</sup> Sentencia C-509/04 del 25 de mayo de 2004: “Cabe reiterar que la manera de proteger estos derechos, el diseño de los mecanismos adecuados y su implementación son potestad del legislador, quien debe tener como directrices todos los postulados constitucionales y los instrumentos internacionales de los cuales el Estado Colombiano es parte. Toda esta normatividad pretende garantizar procedimientos justos y equitativos, que no sean innecesariamente complicados o gravosos, ni comporten plazos injustificables o retrasos innecesarios. En conclusión, se trata de garantizar los derechos a través de un procedimiento razonable, pues sólo así se cumpliría la exigencia constitucional establecida en el artículo 61”

No obstante lo anterior, señalar que además de la gestión individual y la colectiva, cualquier otro tipo de asociación puede administrar derechos patrimoniales de autor es desconocer que el legislador a dictado una serie de parámetros especiales a través de los cuales se ha regulado la situación de quienes pretendan gestionar sus derechos en forma diferente a la individual.

### **3.5. Privilegiar la gestión colectiva asegura el orden social y jurídico**

Ahora bien, los tratados suscritos por Colombia tanto en el marco de la OMPI como en la OMC imponen al país, como a los demás signatarios, velar por el cumplimiento del trato nacional que en materia de comunicación pública de obras no es más que la garantía de que a los autores extranjeros se les de el mismo trato que a los nacionales. A esos efectos muchos países y particularmente los Andinos han desarrollado mecanismos de inspección y vigilancia sobre la gestión colectiva, de donde resulta que señalar, como lo ha hecho la Corte Constitucional, a las “asociaciones diferentes a las sociedades de gestión colectiva” como personas facultadas para ejercer los derechos patrimoniales de los autores, puede conllevar a trastornar el orden social por cuanto este tipo de entidades se escapan a la inspección y vigilancia, facultades con las cuales el gobierno colombiano a creído pertinente controlar, a quienes pretendan implementar una gestión colectiva.

A manera de ejemplo valga la pena señalar las siguientes situaciones que bien pueden llegar a perturbar el orden social:

- Mediante comunicación del día 2 de marzo del presente año el señor José Leonardo Alvarez, solicitó al Ministerio de Comunicaciones reconociera, conforme al contenido de la Sentencia C-509/04, “como requisito para la revalidación de Licencias de Funcionamiento para las emisoras y operadores de televisión por cable, parabólicas y programadores de televisión, nuestras certificaciones de pago por DERECHOS DE AUTOR como requisito indispensable de que trata la Ley 232 en su literal C.”<sup>21</sup>

<sup>21</sup> Ver anexo 2



De tal manera, conforme el contenido de la Sentencia C- 509/04 del 25 de mayo de 2004, podría una asociación diferente a una sociedad de gestión colectiva, exigir, acorde con la Resolución 1728 del 17 de mayo de 1990<sup>22</sup>, expedida por el Ministerio de Comunicaciones, que una empresa de radio o televisión no obtuviera la renovación de su licencia por cuanto no cuenta con el paz y salvo expedido por aquella asociación. En estos términos cabe preguntarse ¿Deberá entonces adjuntar el organismo de radiodifusión tanto paz y salvos como autores interpretes y productores fonográficos que gestionen de manera individual su derecho, sociedades de gestión colectiva y asociaciones diferentes a las sociedades de gestión colectiva existen?

- A través de diferentes comunicaciones que han sido remitidas a esta Dirección, alcaldes municipales, autoridades de policía, y ciudadanos en general han indagado de manera permanente por la obligación, que en cabeza de las autoridades de policía, genera el alcance de la Sentencia C-509/04 del 25 de mayo de 2004, en relación con el artículo 2, literal c) de la Ley 232 de 1995<sup>23</sup>.

Parecería que todo establecimiento público, en donde se ejecuten obras musicales, deberá acreditar ante el alcalde correspondiente los paz y salvos expedidos por los autores, interpretes, y productores fonográficos que decidan gestionar de manera individual su derecho, así como los expedidos por las asociaciones diferentes a las sociedades de gestión colectiva, además de los reconocidos por las sociedades de gestión colectiva.

¿Esto indicaría entonces que el representante de una asociación diferente a una sociedad de gestión colectiva se entendería facultado para solicitar el cierre de un estableciendo aduciendo que este no cuenta con el paz y salvo expedido por aquél?

No es menudo el problema que tendría que afrontar aquel establecimiento público que pretenda utilizar obras y prestaciones musicales, al momento de requerir una

innumerable cantidad de paz y salvos expedidos por una ilimitada cantidad de autores, interpretes, productores fonográficos, asociaciones diferentes a las sociedades de gestión colectiva, además de los expedidos por las dos sociedades de gestión colectiva inspeccionadas y vigiladas por la Dirección Nacional de Derecho de Autor que al efecto de conceder una personería jurídica y una autorización de funcionamiento exigió el cumplimiento toda una serie de requisitos reglamentados por la Decisión Andina 351 de 1993, la Ley 44 de 1993 y el Decreto 162 de 1995, y que representan la inmensa mayoría de obras nacionales y extranjeras<sup>24</sup>.

Pretendiendo atenuar el impacto de circunstancias como las descritas en párrafos precedentes, el régimen de los derechos patrimoniales de autor y conexos ha sido reglado de manera expresa por nuestro legislador. Así, a lo largo de las disposiciones señaladas ya en precedencia, es claro que sólo son factibles en términos jurídicos dos formas de gestión, la colectiva y la individual. En este mismo sentido es pertinente señalar que con anterioridad a la Sentencia C-524/05 del 26 de abril del año 2005, la comunicación pública de interpretaciones y fonogramas debería gestionarse de manera exclusiva y excluyente a través de sociedades de gestión colectiva, decisión tomada por el legislador colombiano y que era perfectamente razonable habida cuenta que no es posible para el interprete o productor fonográfico conocer cuando se genera en su favor la remuneración, por cuanto en términos jurídicos, el usuario no necesita de una autorización para utilizar este tipo de prestaciones.

### III. CONCLUSIÓN

El anterior marco conceptual de ninguna manera desconoce derechos como la igualdad, la propiedad privada, o la libre iniciativa privada, por el contrario tal como lo ha manifestado la Corte Constitucional en relación con la naturaleza y ejercicio de las sociedades

<sup>22</sup> Ver anexo 3

<sup>23</sup> Ver anexo 4

<sup>24</sup> A lo largo de su existencia SAYCO ha registrado ante al Dirección Nacional de Derecho de Autor cerca de 60 contratos de reciprocidad suscritos con sociedades de gestión Colectiva de otros países. (Ver anexo 5)



de gestión colectiva, “Se trata de una sociedad de contenido primariamente patrimonial, no en el sentido de que ella busque una ganancia para sí misma – como en el caso de las sociedades comerciales clásicas - sino en la medida que su función se centra en la recaudación de las remuneraciones provenientes por el pago de los derechos patrimoniales ligados al derecho de autor y conexos y su reparto entre los beneficiarios pertenecientes a la asociación. La facultad de regulación de este tipo de sociedades se deriva de la constitución económica y no del derecho de asociación en general como enmarcación de la libertad de expresión.”

(...)

En efecto, la Constitución - fundada en una economía de mercado dirigida- prevé formas de regulación estatal que pueden ser intensas para las sociedades de contenido patrimonial, ya que no sólo la propiedad y las empresas tienen una función social que implica obligaciones (C.P. art 58 y 333) sino que, además, por mandato constitucional, el Estado deberá intervenir para “racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano”<sup>25</sup>

Esta regulación especial en favor de las sociedades de gestión colectiva, pretenden hacer más eficiente su labor.

Como ejemplo podemos citar la figura de la legitimación presunta a través de la cual dichas sociedades se entienden legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos

y de los contratos que celebren con entidades extranjeras, para ejercer los derechos confiados a su administración y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales.<sup>26</sup>

En este mismo sentido podemos citar las atribuciones descritas en el artículo 13 de la Ley 44 de 1993, algunas de las cuales no son incompatibles con la gestión individual, en cuanto la ley no ha impedido que el autor pueda ejercer sus derechos de manera particular.

Así las cosas, una vez más se recalca que es factible el ejercicio individual de derechos patrimoniales de autor, no obstante si este ejercicio es el producto de una suma de voluntades se entiende que debe ser inspeccionado y vigilado por el gobierno nacional a través de la DNDA, motivo por el cual esta oficina opina que las personas jurídicas identificadas como “otras formas de asociación distintas a las sociedades de gestión colectiva” carecen de un régimen jurídico que reglamente su accionar, y en consecuencia considera inapropiada su creación por cuanto quien pretenda adelantar una gestión con las características descritas bien puede solicitar se le conceda personería jurídica y autorización de funcionamiento como sociedad de gestión colectiva.

#### IV. PETICION

De acuerdo con las anteriores consideraciones, respetuosamente esta Dirección se permite solicitar a la Honorable Corte Constitucional declare la exequibilidad de los artículos 2, literal c) de la Ley 232 de 1995 y 25 de la Ley 44 de 1993.

<sup>25</sup> Corte Constitucional, Sentencia c-265/94 del 2 de junio de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero

<sup>26</sup> Artículos 49 d e la Decisión Andina 351 de 1993 y 60 de la Ley 44 de 1993.