

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

## Entidades de gestión colectiva. Legitimación. Gestión individual.

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** Colombia

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

**FECHA:** 22-2-2006

**JURISDICCIÓN:** Administrativa

**FUENTE:** Portal del Centro Colombiano del Derecho de Autor (CECOLDA), por <http://www.cecolda.org.co>

**OTROS DATOS:** Circular No. 11

### SUMARIO:

*“... quienes personalmente o valiéndose de otro pretenden gestionar las prerrogativas patrimoniales del autor, del artista interprete 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 [...] se entiende cubierta por una presunción de legitimidad para ejercer los derechos confiados a su administración”.*

### TEXTO COMPLETO:

*La Dirección Nacional de Derecho de Autor, en su propósito de contribuir con la función pública que ejercen los alcaldes municipales y distritales relacionada con el fortalecimiento de una cultura de respeto por el derecho de autor y los derechos conexos, ha preparado la presente circular con orientaciones y elementos conceptuales que permitan a estas autoridades corroborar que los establecimientos públicos que ejecuten públicamente obras musicales cuentan con la autorización previa y expresa expedida por sus titulares, al mismo tiempo que reconocen en favor de artistas intérpretes o ejecutantes y productores fonográficos una remuneración por la comunicación pública de sus interpretaciones y fonogramas, al tenor de los lineamientos de la Decisión Andina 351 de 1993, las Leyes 23 de 1982 y 44 de 1993, y en los términos establecidos por la Ley 232 de 1995.*

*A tal efecto este despacho considera conveniente señalar lo siguiente:*

#### **1. La gestión colectiva y la gestión individual**

*Entre los derechos concedidos por la legislación colombiana en favor de los autores y/o titulares de obras literarias y artísticas, se cuenta entre otros 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 que rigen esta actividad en nuestro país.*

*Dichas atribuciones en los términos de los artículos 73 y 161 de la Ley 23 de 1982, 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.”*

No obstante lo anterior, es necesario advertir que en ningún momento nuestra Corte Constitucional ha pretendido reconocer 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 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, 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.

A este respecto, en Sentencia C-424 de 2005, a través de la cual se examinó la exequibilidad del artículo 69 de la Ley 44 de 1993, la Corte Constitucional manifestó:

*“Esta conclusión impone la necesidad de condicionar el sentido de la disposición demandada para 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 colectiva de gestión, el pago se hará mediante el mecanismo que se acuerde libremente, pero dentro de los marcos de las normas legales pertinentes vigentes.”*

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.

Es claro que quien pretenda autorizar de manera colectiva la comunicación pública de un repertorio de obras musicales, deberá indefectiblemente, ser reconocido como sociedad de gestión colectiva en los términos ya referenciados de la Ley 44 de 1993, 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.

## **2. 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 ésta 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.*

*Respecto de la libertad con que cuenta el legislador, para determinar la manera como deben ser protegidos los derechos de autor y los derechos conexos, la Corte Constitucional ha señalado:*

*“De conformidad con ello, la libertad de configuración del legislador se enmarca en varios aspectos. Así, goza de una amplia libertad de configuración para determinar la manera como deben ser protegidos los derechos de autor y los derechos conexos, siempre y cuando no los desnaturalice a través de procedimientos que impidan el goce de estos derechos. Además, en cuanto a la gestión de los mismos se han consagrado dos grandes posibilidades, la gestión individual y la gestión colectiva. Ambas parten de la idea del obligatorio reconocimiento de los derechos de autor y sus derechos conexos derivada del artículo 61 de la Carta. En este punto, cabe anotar que el recaudo de los derechos que corresponden a los autores por concepto de ejecución, representación, exhibición, uso o explotación de las obras generadas en su*

*creatividad o concepción artística o intelectual, son una forma de propiedad constitucionalmente protegida. Por tanto, este es un asunto en el cual se involucra necesariamente la actividad estatal e implica la consagración de normas de orden público no susceptibles de ser contradichas o anuladas mediante pactos bilaterales. (Negrillas fuera de texto).*

*Siendo así las cosas, la Corte Constitucional en manera alguna está habilitando a cualquier tipo de asociación para que autorice de manera previa y expresa la comunicación pública de obras y prestaciones musicales; dicho de otra manera, no reconoce el supuesto de que un número plural de autores otorgue un mandato individual a una organización para que en nombre de cada uno gestione individualmente su derecho, tal como si fuera una gestión colectiva, pero sin la inspección y vigilancia que debería ejercer el Estado. No sería correcto entender que la Sentencia 509/04 del 25 de mayo de 2004, reconoció una gestión individual con atribuciones propias de la gestión colectiva.*

*Así lo ha manifestado cuando en reciente sentencia señaló:*

*“Ahora bien, como también lo ha considerado la Corte, el objetivo central de estas sociedades es, como su nombre lo indica, administrar una forma específica de los derechos de propiedad, a saber los derechos patrimoniales que corresponden a los derechos de autor y conexos, sin que de manera alguna se esté impidiendo que titulares de derechos de autor o conexos se asocien gremialmente o constituyan otro tipo de asociaciones, pues lo que la ley establece es que quienes quieran constituir específicamente una sociedad de gestión colectiva de derechos de autor, con las prerrogativas que le confiere la ley, deberán también sujetarse a las exigencias que ésta consagra. Así, es adecuada a las finalidades constitucionales la persecución de tales objetivos, ya que ellos buscan una mejor protección de los derechos patrimoniales de los titulares de derechos de autor y conexos, con lo cual se está cumpliendo el objetivo de*

*“racionalizar la economía” y proteger la propiedad intelectual.*

*Por otra parte, 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 esta última sentencia, no puede inferirse 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, disposición que según lo manifestado por la Corte Constitucional implica “que 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.” (Negrillas fuera de texto).*

*De suerte que a la luz de la Sentencia 509 /04 del 25 de mayo de 2004, los paz y salvos a los que se refiere el literal c) de la Ley 232 de 1995, podrán ser expedidos por el autor de manera individual o por las sociedades de gestión colectiva, según se trate. Es decir, que el “pago se hará mediante el mecanismo que se acuerde libremente, pero dentro de los marcos de las normas legales pertinentes vigentes”. Así las cosas, tal como lo señaló la Sentencia C-1118/05 del 1 de noviembre de 2005, con el objetivo de “racionalizar la*

*economía y proteger la propiedad intelectual”, quienes pretendan disfrutar de las prerrogativas que la ley confiere en favor de la gestión colectiva, “deberán también sujetarse a las exigencias que esta consagra.”*

*Finalmente, la Dirección Nacional de Derecho de Autor, ente especializado y rector en el tema, pone a disposición de los alcaldes y autoridades policivas del país, todo su conocimiento e infraestructura técnica y humana para atender cada una de sus*

*inquietudes. Esta entidad se encuentra ubicada en la calle 28 No. 13A - 15, piso 17, teléfono 341 8177; correo electrónico: [derautor@derautor.com.co](mailto:derautor@derautor.com.co) Esta dirección de correo electrónico está protegida contra los robots de spam, necesita tener Javascript activado para poder verla; página web: [www.derautor.gov.co](http://www.derautor.gov.co).*

*FERNANDO ZAPATA LÓPEZ*

*Director General*