

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2011
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Derecho de reproducción. Fonogramas. Almacenamiento electrónico.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Colombia

ORGANISMO: Dirección Nacional del Derecho de Autor

FECHA: 26-3-2010

JURISDICCIÓN: Administrativa

FUENTE: Boletín electrónico de la Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia. Edición No. 33. Bogotá, junio de 2010

OTROS DATOS: Concepto 2-2010-9813. Radicación 1-2010-8673

SUMARIO:

“... en el régimen de los derechos conexos se reconoce a los productores fonográficos el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas, lo cual implica que a fin de reproducir en fonograma en un soporte análogo o electrónico (computador, rockola etc.) el usuario debe obtener la autorización previa y expresa del productor o fonográfico o de la sociedad de gestión colectiva que lo represente, y de ser el caso, pagar la suma que se convenga por dicha utilización”.

COMENTARIO: El almacenamiento electrónico de un fonograma supone su digitalización e implica su fijación en la memoria efímera o permanente de un ordenador (*“in put”*) o de cualquier otra unidad que pueda alojar y *“comprender”* la información. Esa fijación constituye una modalidad de reproducción y, por tanto, forma parte de los derechos exclusivos del productor. No en balde la *Declaración Concertada* a los artículos 7, 11 y 16 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas aclara que *“el derecho de reproducción, según queda establecido en los Artículos 7 y 11, y las excepciones permitidas en virtud de los mismos y del Artículo 16, se aplican plenamente al entorno digital, en particular a la utilización de interpretaciones o ejecuciones y fonogramas en formato digital. Queda entendido que el almacenamiento de una interpretación o ejecución protegida o de un fonograma en forma digital en un medio electrónico constituye una reproducción en el sentido de esos Artículos”*. Ahora bien, aunque como lo señala el concepto en comentarios, es el productor quien al autorizar esa forma de explotación resuelve si la misma está condicionada o no al pago de una contraprestación económica, no puede olvidarse que las cesiones de derechos patrimoniales y las licencias de uso de uso se presumen onerosas, salvo pacto expreso en contrario. © Ricardo Antequera Parilli, 2011.

TEXTO COMPLETO:

En atención a la comunicación remitida por el doctor Edgar Fernando Salcedo Silva, Secretario de Gobierno de la Alcaldía de Bucaramanga, la cual fue radicada en esta Dirección el día 04 de marzo de 2010, con el número 1-2010-8673, comedidamente me permito dar respuesta a sus interrogantes en el siguiente orden.

“ a) ¿Tiene Sayco y Asinpro (sic) la legalidad para cobrar el almacenamiento de esta música en nuestros computadores?”

“b) ¿Bajo qué reglamento jurídico se basan para hacer dicho cobro y si es legal?”

“c) A nuestro parecer es una doble contribución que se debe pagar a Sayco y Asinpro (sic) por lo tanto pedimos la protección como consumidores”

“f) ¿Por qué estas (ACSDAIC y SINAYTRAC) dicen que no es legal el cobro por almacenamiento de la música en nuestros computadores?”.

En relación con estos cuatro interrogantes es pertinente señalar que un cobro en este sentido es viable en el marco de nuestro ordenamiento jurídico, bajo el entendido que entre los derechos patrimoniales reconocidos a los autores de obras musicales se encuentra la facultad exclusiva de autorizar o prohibir la reproducción¹ de su creación por cualquier medio o procedimiento, incluyendo medios análogos o electrónicos. En esa medida cualquier persona que pretenda reproducir una obra, por ejemplo incorporándola en un

1 De acuerdo con el Glosario OMPI de Derecho de Autor y Derechos Conexos, la reproducción de una obra se define como: “... la realización de uno o más ejemplares (copias) de una obra o de una parte sustancial de ella en cualquier forma material, con inclusión de la grabación sonora y visual. El tipo más común de reproducción es la impresión de una edición de la obra. El derecho de reproducción es uno de los componentes más importantes del derecho de autor. Reproducción significa también el resultado tangible del acto de reproducir.” BOYTHA, Gyorgy. Glosario OMPI de Derecho de Autor y Derechos Conexos, Published by the World Intellectual Property Organization, Gineva, 1980, p. 228.

dispositivo electrónico, como una rockola, un disco duro o un computador, esta en la obligación legal de obtener la autorización previa y expresa del autor de la obra, o la sociedad de gestión colectiva que lo represente². Dicha autorización puede estar condicionada, si así lo considera el autor o titular, al pago de una remuneración económica por parte del usuario.

De igual forma, en el régimen de los derechos conexos se reconoce a los productores fonográficos el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas³, lo cual implica que a fin de reproducir en fonograma en un soporte análogo o electrónico (computador, rockola etc.) el usuario debe obtener la autorización previa y expresa del productor o fonográfico o de la sociedad de gestión colectiva que lo represente, y de ser el caso, pagar la suma que se convenga por dicha utilización.

Como fundamento normativo de lo expuesto anteriormente, debemos mencionar el artículo 13 de la Decisión Andina 351 de 1993, el cual dispone:

“El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:

- a) *La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento...”⁴*

2 Las únicas sociedades de gestión colectiva con personería jurídica y autorización de funcionamiento otorgadas por el Gobierno Nacional para gestionar derechos en el ámbito de la música son: La Sociedad de Autores y Compositores de Colombia (SAYCO) y la Asociación Colombiana de Intérpretes y Productores fonográficos (ACINPRO). Estas sociedades constituyeron la Organización SAYCO-ACINPRO, la cual se encarga de realizar el recaudo de los derechos que cada una representa en establecimientos públicos.

3 “Fonograma: toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una representación o ejecución de otros sonidos”. Decisión Andina 351 de 1993, artículo 3.

4 En concordancia con la norma andina la Ley 23 de 1982 establece en su Artículo 12: “El autor de una obra protegida tendrá el derecho exclusivo de realizar o de autorizar una cualquiera de los actos siguientes:

Resulta pertinente traer a colación la declaración concertada del Tratado OMPI de 1996, en relación con el derecho de reproducción donde se dijo: “El derecho de reproducción, tal como se establece en el artículo 9 del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas de 1886, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital. **Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del artículo 9 del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas de 1886**”. (Negrilla fuera de texto).

En el ámbito de los derechos patrimoniales de los productores de fonogramas encontramos que el literal a) del artículo 37 de la Decisión Andina 351 de 1993, establece: “Los productores de fonogramas tienen del derecho de:

a) Autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas;”⁵

El Tratado de la OMPI de 1996 sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, establece en sus declaraciones concertadas de los artículos 7 y 11 y 16:

“El derecho de reproducción, según queda establecido en los artículos 7 y 11, y las excepciones permitidas en virtud de los mismos y del Artículo 16, **se aplican plenamente al entorno digital, en particular a la utilización, de interpretaciones o ejecuciones de fonogramas en formato digital**. Queda entendido que el

a) Reproducir la obra...”

⁵ En el mismo sentido el artículo 172 de la Ley 23 de 1982, señala: “El productor de un fonograma tiene el derecho de autorizar o de prohibir la reproducción directa o indirecta del mismo.

Entiéndase por el ejemplar ilícito el que, imitando o no las características externas del ejemplar legítimo, tiene incorporado el fonograma del productor, o parte de él, sin su autorización.”

almacenamiento de una interpretación o ejecución protegida de un fonograma en forma digital en el medio electrónico constituye una reproducción en el sentido de esos Artículos.” (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, debe tenerse en cuenta que todo acto de comunicación pública de una obra, como por ejemplo el realizado en establecimientos de comercio a través de una rockola o un computador, requiere la previa y expresa autorización de su autor, titular de derechos o de la sociedad de gestión colectiva que los represente.

En consideración a lo anterior, no debe perderse de vista que uno de los principios fundamentales del derecho de autor es la independencia de las utilidades, es decir: la autorización para utilizar una creación en una modalidad de explotación determinada no faculta al usuario para utilizarla en otra modalidad distinta a la pactada (artículo 77 Ley 23 de 1982)⁶. Por ejemplo: si un autor otorga una licencia autorizando al licenciataria únicamente la comunicación pública de su obra, esta persona no podrá reproducir la obra, o realizar cualquier acto diferente a la simple comunicación pública que le fue autorizada.

Igualmente a través de las rockolas o computadores, los establecimientos de comercio comunican públicamente interpretaciones, así como los fonogramas donde estas han sido fijadas, con lo cual deberán reconocer una remuneración al artista y al productor fonográfico por el uso dado a su interpretación y fonograma respectivamente.

En este orden de ideas, debemos resaltar que el uso de una rockola o un computador en un establecimiento de comercio implica la explotación simultánea de tres bienes protegidos por la propiedad intelectual:

⁶ “Las distintas formas de utilización de la obra son independientes entre ellas; la autorización del autor para una forma de utilización no se extiende a las demás.”

- *Obras musicales, sobre las cuales el usuario debe solicitar la autorización previa y expresa del titular o de la sociedad de gestión colectiva que lo represente para comunicar y reproducir la obra, además de pagar la remuneración que se convenga.*
- *Interpretaciones y fonogramas, respecto de los cuales el usuario debe cancelar a sus respectivos titulares o la sociedad de gestión colectiva que los represente, una remuneración derivada de la comunicación pública de estos bienes. Así mismo, si el usuario requiere reproducir fonogramas deberá obtener la autorización de su titular o de la sociedad de gestión de gestión colectiva que lo represente, y pagar la remuneración que corresponda.*

En consideración a lo expuesto, debemos concluir que es absolutamente viable que SAYCO y ACINPRO, en representación de sus socios (autores de obras musicales y productores fonográficos respectivamente) efectúen el cobro de sumas de dinero como contraprestación por la autorización otorgada a los usuarios para reproducir digitalmente obras musicales y fonogramas.

Finalmente es pertinente señalar que no conocemos si “ACSDAIC y SINAYTRAC” se encuentran señalando “que no es legal el cobro por almacenamiento de la música en... computadores”, ni las razones que posiblemente fundamenten tal señalamiento.

“d) ¿Quién controla y protege a tenderos y demás comerciantes que realizamos este pago de derechos de autor por el excesivo costo pagado a Sayco y Asinrpo (sic)?”

Es pertinente resaltar que el ejercicio de los derechos patrimoniales corresponde al ámbito exclusivo de la autonomía de la voluntad; pues la ley y los convenios internacionales han dotado a los titulares de derechos patrimoniales de facultades exclusivas para autorizar o prohibir el uso de sus bienes intangibles. En consecuencia, el titular de las obras y prestaciones derivadas de los derechos conexos, está plenamente facultado

*para decidir sobre la suerte que correrá su patrimonio, **considerado en términos jurídicos como una propiedad privada.***

Ahora bien, en relación con los criterios para de la determinación de la tarifa, es preciso recordar que el artículo 48 de la Decisión Andina 351 de 1993, consagra el principio de la proporcionalidad entre uso y la tarifa. En efecto, la norma citada dispone:

“las tarifas a cobrar por parte de las entidades de gestión colectiva deberán ser proporcionadas a los ingresos que se obtengan con la utilización de las obras interpretaciones artísticas o producciones fonográficas, según sea el caso, salvo que las legislaciones internas de los países miembros expresamente dispongan algo distinto”.

Por su parte, el artículo 73 de la Ley 23 de 1982, señala que, “ 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”.

*En este orden de ideas podemos concluir que las tarifas que los titulares de derecho de autor y derechos conexos cobran a los diferentes usuarios por la utilización de sus obras o prestaciones musicales, corresponden al ejercicio de un derecho eminentemente privado. En consecuencia su determinación está causada exclusivamente por la concertación que autores, intérpretes y productores fonográficos, o quienes los representen, acuerden con los usuarios. **Si no es posible llegar a un acuerdo y la controversia continúa, lo procedente es acudir a los Jueces Civiles de la República para que a través de un proceso judicial diriman tal situación. Lo anterior de***

conformidad con lo establecido en el artículo 243 de la Ley 23 de 1982.

“e) ¿Qué legalidad tienen entidades como ACSDAIC y SINAYTRAC para ofrecer el mismo tipo de recaudo por derechos de autor y a menor costo que SAYCO y Asinpro (sic)?”

Para dar respuesta a estos dos interrogantes debemos señalar que **ACSDAIC y SINAYTRAC no han solicitado personería jurídica ni autorización de funcionamiento a ésta Dirección, a fin de acreditarse como sociedades de gestión colectiva.**

No obstante lo anterior, vale la pena señalar que eventualmente los autores directamente, o a través de terceras personas, pueden ejercer de **manera individual sus derechos**. Sin embargo, dicha administración individual se caracteriza por:

- Si la gestión individual la realiza un tercero diferente al autor o titular de derechos no goza de la legitimación presunta reconocida por el numeral 4º del artículo 13 de la Ley 44 de 1993 a las sociedades de gestión colectiva. Así las cosas, quien pretenda gestionar individualmente el derecho de un autor o titular de derechos diferente a él, deberá acreditar ante el usuario de las obras, el vínculo contractual que lo legitima para realizar tal actividad.
- Dicha gestión debe realizarse respecto de obras y autores o titulares de derecho claramente individualizados y no respecto de repertorios universales y titulares sin individualizar.
- El usuario de las obras (v.gra. empresarios de espectáculos en vivo, comerciantes de lugares abiertos al público donde se comuniquen públicamente obras musicales) sólo estará en la obligación de solicitar la previa y expresa autorización por la comunicación pública de obras musicales gestionadas individualmente, en la medida que efectivamente pretenda comunicar públicamente dichas creaciones.

- Si el usuario obtiene la autorización por parte de un autor o de cualquier otra persona que administre individualmente obras o prestaciones protegidas por el derecho de autor, **ello no lo exime de la obligación de solicitar la autorización previa y/o el pago de una remuneración equitativa a SAYCO y/o ACINPRO cuando se pretenda hacer uso del repertorio musical representado por dichas sociedades.**

En otras palabras, cuando un usuario de obras o prestaciones musicales acuerda la utilización de las mismas con su respectivo titular sólo está facultado para hacer uso de las obras representadas por dicho titular y no las que le pertenecen a otras personas.

Por ejemplo: si un usuario obtiene la autorización de parte del autor de las obras A, B y C para comunicarlas públicamente, ello no lo autoriza para utilizar las obras X, Y o Z correspondientes a otros titulares, e incluso administradas por alguna de las sociedades de gestión colectiva.

Lo anterior, a partir de un simple, básico y elemental razonamiento jurídico, según el cual nadie puede disponer de más derechos de los que le pertenecen, en concordancia con lo establecido en los artículos 13, 15 y 37 de la Decisión Andina 351 de 1993, así como los artículos 3, 12, 158, 159, 160, 161 y 173 de la Ley 23 de 1982.

En este punto, vale la pena señalar el pronunciamiento de la Corte Constitucional que al referirse a la gestión individual manifestó:

“Tal como se señaló por la Corte, cuando sean requeridas por los interesados, las autoridades de policía deberán exigir a los establecimientos abiertos al público, no sólo los paz y salvos expedidos por las sociedades de gestión colectiva, sino también aquellos que correspondan a los contratos que se hayan suscrito con el eventual infractor por quienes adelantan la gestión individualmente o a través de otras formas asociativas, o a la ejecución debidamente documentada de sus obras. **No**

cabe pues que, como según señalan algunos de los intervinientes ha venido ocurriendo, al amparo de esta posibilidad de adelantar la gestión individual o a través de otras formas asociativas, se pretenda, con sustento únicamente en la condición de titular de derechos de autor o conexos, o en el registro de una forma asociativa en la que se reúnen varios titulares de tales derechos, recaudar una remuneración distinta a la que corresponda estrictamente a aquella que, eventualmente, se haya convenido con el respectivo establecimiento por la explotación del repertorio del que sea titular quien pretenda ese recaudo⁷. (Subrayado fuera de texto).

En este orden de ideas, no puede pasarse por alto que si bien, las sociedades de gestión colectiva y los titulares, que directamente, o a través de terceras personas ejercen de manera individual sus derechos, se encuentran facultados para expedir certificados de pago por concepto de derecho de autor, estos últimos sólo pueden autorizar obras de autores o titulares de derecho claramente individualizados, acorde con los parámetros señalados en precedencia, y no repertorios universales y titulares sin individualizar, como es propio de las sociedades de gestión colectiva.

A fin de aportar mayor claridad sobre el tema me permito adjuntar a la presente comunicación copia de la Circular N° 13 expedida el día 28 de mayo del año 2008, titulada "Orientaciones para el cumplimiento de normas sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, en lo pertinente a la comunicación pública de obras y prestaciones musicales por parte de establecimientos abiertos al público", la cual se encuentra acorde con la jurisprudencia actual de la Corte Constitucional.

Finalmente, es pertinente señalar que las inquietudes contenidas en los literales g) y h), han sido remitidas a la Alcaldía Municipal de Bucaramanga, como quiera que se encuentran dirigidas a este ente territorial.

Acorde con el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, las respuestas a las consultas formuladas en virtud del derecho de petición, no comprometen la responsabilidad de la entidad que las atiende, ni son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Cualquier otra inquietud o aclaración adicional será atendida con gusto.

Cordialmente,

GERMÁN ALFONSO SÁNCHEZ SAAVEDRA

Jefe de la Oficina Asesora Jurídica

⁷ Sentencia C-833 del 10 de octubre de 2007.