

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2012
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Gestión colectiva. Autonomía privada. Gestión individual.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Colombia

ORGANISMO: Dirección Nacional de Derecho de Autor

FECHA: 27-1-2012

JURISDICCIÓN: Administrativa

FUENTE: Texto del documento a través del Portal de la Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia, en <http://www.derechodeautor.gov.co> (directivas y circulares)

OTROS DATOS: Circular N° 18

SUMARIO:

“... toda persona que pretenda comunicar públicamente obras musicales está en la obligación legal de obtener la autorización previa y expresa de sus titulares o representantes y, de ser el caso, pagarles la remuneración que corresponda como contraprestación a la autorización que se les conceda. De igual forma, cuando se pretendan comunicar públicamente interpretaciones o fonogramas, el usuario deberá reconocer a favor de sus titulares una remuneración de tipo económico”.

“La gestión de los derechos de los autores, artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas, en relación con la comunicación pública de sus obras y prestaciones musicales, puede llevarse a cabo mediante dos modalidades reconocidas por la legislación y la jurisprudencia constitucional: i) la gestión colectiva a través de sociedades denominadas «de gestión colectiva» y, ii) la gestión individual”.

[...]

“... los gestores individuales sólo representan sus obras o prestaciones, razón por la cual el usuario, en todo caso debe obtener la autorización y efectuar el pago a las sociedades de gestión colectiva cuando se pretenda utilizar obras o prestaciones representadas por estas sociedades”.

[...]

“i) El gestor individual debe ser titular de derecho de autor o de derechos conexos, o representante legítimo de alguno de estos. En este último caso debe existir contrato de mandato entre el titular de derechos y el gestor individual respectivo.

ii) El gestor individual debe acreditar ante los usuarios y las autoridades locales su calidad de titular de derecho de autor o de derechos conexos o de representante de tales titulares.

iii) *El gestor individual debe especificar en los contratos que celebre con los usuarios, las obras o prestaciones artísticas que está administrando, y los usos específicos que sobre aquellas está autorizando y/o cobrando.*}

iv) *Quien gestione individualmente puede expedir las autorizaciones o comprobantes de pago ... No obstante tales comprobantes únicamente tendrán validez cuando mencionen las obras o prestaciones administradas por el gestor individual.*

v) *La autorización y comprobante de pago emitidos por los gestores individuales se predicen únicamente de las obras o prestaciones de las cuales sean titulares o representantes, es decir, del repertorio específico del gestor individual”.*

COMENTARIO: Por mucho que la Corte Constitucional colombiana admita la posibilidad de la gestión individual del derecho de autor o los derechos conexos, lo cierto es que ello en la práctica, al menos por lo que se refiere al derecho de comunicación al público de obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas o producciones fonográficas, en cualquiera de sus modalidades, resulta prácticamente imposible, al menos en lo que se refiere a aquellas obras, prestaciones o producciones de uso masivo en diferentes momentos y lugares, incluso en diversos países del mundo. En ese sentido la propia Corte Constitucional de Colombia ha dicho que *“las modalidades colectivas de gestión responden no sólo a la consideración sobre la extrema dificultad que pueden enfrentar los titulares para hacer efectivos individualmente sus derechos, sino también a la complejidad que implicaría para los usuarios tramitar las autorizaciones y los pagos directa y separadamente con los titulares de los derechos respectivos, al punto de que podrían verse, incluso, en la imposibilidad de cumplir con la obligación de pagar la remuneración debida a los titulares de los derechos”*¹. Igualmente el Tribunal Supremo español ha expresado que *“los autores pueden hacer valer directamente sus derechos [pero] la experiencia demuestra que los titulares de estos derechos no gestionan directamente los derivados de la comunicación pública de fonogramas por medios mecánicos y de transmisión pública mediante aparatos de televisión en establecimientos abiertos al público, sin duda por la imposibilidad de llevar a cabo un adecuado control de la ejecución de esos actos de comunicación, habida cuenta de los numerosos establecimientos en que los mismos se llevan a cabo”*². Por otra parte, la gestión colectiva también beneficia a los usuarios respetuosos de la ley, porque en vez de negociar con cada uno de los titulares de derechos individualmente, puede cumplir con sus obligaciones pagando a una entidad de gestión colectiva por la explotación de todo un repertorio. Por ello el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina destaca, entre las ventajas de la gestión colectiva, *“la garantía para el usuario de poder obtener licencias de uso por parte de una sociedad de gestión, que representa a todos los artistas”*³. © Ricardo Antequera Parilli, 2012.

TEXTO COMPLETO:

CIRCULAR No. 18

Para: Alcaldes Municipales y Distritales, propietarios y responsables de establecimientos abiertos al público, organismos de radiodifusión,

empresarios de conciertos y de eventos donde se comunique públicamente obras y prestaciones artísticas, Cámaras de Comercio.

De: Dirección Nacional de Derecho Autor, Unidad Administrativa Especial adscrita al Ministerio del Interior.

Asunto: Orientaciones para el cumplimiento de las normas sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, en lo pertinente a

¹ Sentencia C-833 del 10-10-2007.

² Sentencia de la Sala 1ª de lo Civil del 18-10-2001.

³ Proceso 22-IP-98 (25-11-1998).

la comunicación pública de obras y prestaciones musicales.

Fecha: 27 de enero de 2012

1. DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR

El artículo 61 de la Constitución Política dispone que “el Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley”.

En desarrollo de este mandato constitucional, el legislador nacional ha emitido el siguiente marco normativo de protección al derecho de autor y los derechos conexos: Ley 23 de 1982, Ley 44 de 1993, Ley 232 de 1995 y el Decreto 3942 de 2010, normatividad que se complementa con la Decisión Andina 351 de 1993.

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce a los autores de obras literarias o artísticas (incluidas las musicales) una serie de derechos patrimoniales que los facultan para controlar las diversas formas de utilización de sus creaciones, así como para aprovecharlas económicamente⁴. Estos derechos, reconocidos en los artículos 13 de la Decisión Andina 351 de 1993 y 3 y 12 de la Ley 23 de 1982, conceden a los autores las prerrogativas exclusivas para realizar, autorizar o prohibir, entre otros actos⁵, la comunicación pública de su obra.

Paralelamente a los derechos reconocidos a los autores de obras musicales, nuestra

⁴ Ley 23 de 1982, Artículo 3°. Los derechos de autor comprenden para sus titulares las facultades exclusivas:

a. De disponer de su obra a título gratuito u oneroso bajo las condiciones lícitas que su libre criterio les dicte.

b. De aprovecharla, con fines de lucro o sin él, por medio de la imprenta, grabado, copias, molde, fonograma, fotografía, película cinematográfica, videograma, y por la ejecución, recitación, representación, traducción, adaptación, exhibición, transmisión, o cualquier otro medio de reproducción, multiplicación, o difusión conocido o por conocer. (...).”

⁵ La reproducción, distribución pública, importación y la traducción, adaptación o cualquier otra forma de transformación de la obra.

legislación también concede derechos de propiedad intelectual a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas. Estos derechos, denominados “conexos”, facultan a sus titulares para obtener una remuneración de los diferentes usuarios que comuniquen públicamente sus interpretaciones o sus fonogramas.

*** Derecho de autorizar o prohibir la comunicación pública**

Por comunicación pública de una obra se entiende “...todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas...”

(...)

*a) Las representaciones escénicas, recitales, disertaciones y **ejecuciones públicas de las obras** dramáticas, dramático-musicales, literarias y **musicales**, mediante cualquier medio o procedimiento...”⁶ (Negrilla fuera de texto)*

En concordancia con lo anterior, el artículo 159 de la Ley 23 de 1982 establece que son actos de comunicación pública “...aquellos que se realizan en teatros, cines, tiendas, salas de concierto o baile, bares, estadios, circos, restaurantes, hoteles, establecimientos comerciales, bancarios e industriales, en fin, dondequiera que se comuniquen obras musicales, y se transmitan por radio y/o televisión, sea con participación de artistas, sea por procesos mecánicos, electrónicos, sonoros o audiovisuales, surgiendo de esta manera la obligación de retribuir económicamente a los titulares de tales obras”.

Así las cosas, toda persona que pretenda comunicar públicamente obras musicales está en la obligación legal de obtener la autorización previa y expresa de sus titulares o representantes y, de ser el caso, pagarles la remuneración que corresponda como contraprestación a la autorización que se les conceda. De igual forma, cuando se pretendan

⁶ Artículo 15 de la Decisión Andina 351 de 1993.

comunicar públicamente interpretaciones o fonogramas, el usuario deberá reconocer a favor de sus titulares una remuneración de tipo económico.

2. GESTIÓN DEL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS

La gestión de los derechos de los autores, artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas, en relación con la comunicación pública de sus obras y prestaciones musicales, puede llevarse a cabo mediante dos modalidades reconocidas por la legislación y la jurisprudencia constitucional: i) la gestión colectiva a través de sociedades denominadas “de gestión colectiva” y, ii) la gestión individual.

a) La gestión colectiva del derecho de autor y los derechos conexos

De conformidad con nuestro ordenamiento jurídico, la gestión colectiva del derecho de autor se realiza exclusivamente a través de las sociedades de gestión colectiva. La Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional de Derecho de Autor⁷, tiene dentro de sus funciones conceder la personería jurídica y autorización funcionamiento, así como ejercer facultades de inspección, vigilancia y control sobre tales sociedades de gestión colectiva, a fin de garantizar que su actividad se adecue a las disposiciones legales⁸ y estatutarias sobre la materia⁹.

⁷ www.derechodeautor.gov.co

⁸ Decisión Andina 351 de 1993, Capítulo XI; Ley 44 de 1993, Capítulo III; Ley 1493 de 2011 y Decreto 3942 de 2010.

⁹ En este sentido el artículo 1 del Decreto 3942 de 2010 dispone:

“Gestión de derechos patrimoniales de autor y conexos. Los titulares de derecho de autor o de derechos conexos podrán gestionar individual o colectivamente sus derechos patrimoniales, conforme a los artículos 4 de la Ley 23 de 1982 y 10 de la Ley 44 de 1993.

Se entiende por gestión colectiva del derecho de autor o de los derechos conexos, la desarrollada en representación de una pluralidad de sus titulares, para ejercer frente a terceros los derechos exclusivos o de remuneración que a sus afilados correspondan con ocasión del uso de sus repertorios.

En la actualidad, las únicas sociedades con personería jurídica y autorización de funcionamiento otorgadas por la Dirección Nacional de Derecho de Autor, y por consiguiente legitimadas para gestionar y recaudar colectivamente por concepto de comunicación pública de la música son:

- ✦ *La Sociedad de Autores y Compositores de Colombia, SAYCO, con personería jurídica y autorización de funcionamiento conferidas a través de las Resoluciones 001 del 17 de noviembre de 1982 y 070 del 5 de junio de 1997. Los socios de SAYCO son autores y compositores de obras musicales.*
- ✦ *La Asociación Colombiana de Intérpretes y Productores Fonográficos, ACINPRO, con personería jurídica y autorización de funcionamiento conferida mediante las Resoluciones 002 del 24 de diciembre de 1982 y 125 del 5 de agosto de 1997. Los socios de ACINPRO son artistas intérpretes o ejecutantes (cantantes y músicos) y productores de fonogramas.*

Las sociedades de gestión colectiva SAYCO y ACINPRO, en ejercicio de las facultades concedidas por el artículo 27 de la Ley 44 de 1993, constituyeron la entidad recaudadora Organización Sayco-Acinpro (OSA), con personería jurídica y autorización de funcionamiento de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, a través de la Resolución 291 del 18 de octubre de 2011.

La Organización Sayco-Acinpro (OSA) se encarga, en todo el territorio nacional, del

A los efectos de una gestión colectiva será necesario formar sociedades sin ánimo de lucro, con personería jurídica y autorizadas por la Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional de Derecho de Autor, y sometidas a su inspección y vigilancia, de conformidad con el artículo 43 de la Decisión Andina 351 de 1993. Para tal efecto, deberán acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 45 de la Decisión Andina 351 de 1993, en el Capítulo III de la Ley 44 de 1993 y las demás condiciones señaladas en este Decreto. Dichas sociedades podrán ejercer los derechos confiados a su gestión y tendrán las atribuciones y obligaciones descritas en la ley...”

recaudo de las remuneraciones correspondientes a los miembros de las sociedades de gestión colectiva SAYCO y ACINPRO, por concepto de la comunicación pública de la música en establecimientos abiertos al público¹⁰.

De conformidad con lo señalado en el párrafo del artículo 1 del Decreto 3942 de 2010, las sociedades de gestión colectiva de derecho de autor o de derechos conexos podrán autorizar a terceros, determinados usos de los repertorios que administran sin necesidad de especificarlos¹¹. No obstante, si el usuario desea conocer el repertorio administrado por la sociedad, puede acudir a sus dependencias para que sea ilustrado sobre el particular.

Debe precisarse que las sociedades de gestión colectiva de derecho de autor o de derechos conexos existentes en nuestro país no representan a la totalidad de autores, artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas, por lo cual, en aquellos casos en que se pretendan utilizar obras y prestaciones musicales que no sean administradas por estas sociedades, la autorización deberá provenir directamente del titular correspondiente, en el marco de la gestión individual, la cual está sujeta a los requisitos y condiciones que se indican a continuación.

En este mismo sentido, los gestores individuales sólo representan sus obras o prestaciones, razón por la cual el usuario, en todo caso debe obtener la autorización y efectuar el pago a las sociedades de gestión colectiva cuando se pretenda utilizar obras o prestaciones representadas por estas sociedades.

¹⁰ Es preciso señalar que la entidad recaudadora “Organización Sayco-Acinpro” se encuentra bajo la inspección, vigilancia y control de la Dirección Nacional de Derecho de Autor.

¹¹ “Decreto 3942 de 2010. Artículo 1.
(...)”

Parágrafo. Las sociedades de gestión colectiva de derecho de autor o de derechos conexos facultadas conforme a este artículo, podrán autorizar a terceros, determinados usos de los repertorios que administran sin necesidad de especificarlos...”.

b) La gestión individual del derecho de autor y los derechos conexos

La Corte Constitucional ha reconocido que la gestión del derecho de autor puede ser ejercida de manera individual.

De conformidad con el artículo 1 del Decreto 3942 de 2010, la gestión individual es aquella realizada por el propio titular de derecho de autor o de derechos conexos, no afiliado a ninguna sociedad de gestión colectiva.

Siguiendo lo dispuesto en el párrafo del artículo 1 del Decreto 3942 de 2010, quien pretenda gestionar individualmente derecho de autor o derechos conexos debe cumplir los siguientes requisitos¹²:

- i) El gestor individual debe ser titular de derecho de autor o de derechos conexos, o representante legítimo de alguno de estos. En este último caso debe existir contrato de mandato entre el titular de derechos y el gestor individual respectivo.
- ii) El gestor individual debe acreditar ante los usuarios y las autoridades locales su calidad de titular de derecho de autor o de derechos conexos o de representante de tales titulares.
- iii) El gestor individual debe especificar en los contratos que celebre con los usuarios, las obras o prestaciones

¹² “...Cuando un titular de derecho de autor o de derechos conexos decida gestionarlos de manera individual, deberá especificar en el contrato respectivo cuál es el repertorio que representa y la forma de utilización del mismo.”

A los fines de lo señalado en los artículos 160 y 162 de la Ley 23 de 1982 y 2, literal c), de la Ley 232 de 1995, las autoridades administrativas sólo exigirán y aceptarán autorizaciones y comprobantes de pago expedidos por personas diferentes a las sociedades de gestión colectiva de derecho de autor o de derechos conexos, cuando se individualice el repertorio de obras, interpretaciones, ejecuciones artísticas o fonogramas que administra dicha persona, y se acredite que la misma es la titular o representante del titular de tales obras o prestaciones.”¹² (Negrilla y subrayado fuera de texto).

artísticas que está administrando, y los usos específicos que sobre aquellas está autorizando y/o cobrando.

- iv) *Quien gestione individualmente puede expedir las autorizaciones o comprobantes de pago a que hacen referencia el artículo 162 de la Ley 23 de 1982 y el literal c) del artículo 2 de la Ley 232 de 1995. No obstante tales comprobantes únicamente tendrán validez cuando mencionen las obras o prestaciones administradas por el gestor individual.*
- v) *La autorización y comprobante de pago emitidos por los gestores individuales se predicán únicamente de las obras o prestaciones de las cuales sean titulares o representantes, es decir, del repertorio específico del gestor individual.*

Sobre este particular la Corte Constitucional ha precisado:

*“Esto es, definida por el orden jurídico la existencia de un derecho de autor, cada titular de derechos de autor o de derechos conexos puede convenir libremente la autorización del uso de su creación o su obra y la correspondiente remuneración. Como se trata del ejercicio de la autonomía privada, es claro que se requiere un acuerdo de voluntades por virtud del cual, por un lado el titular del derecho autoriza a otra persona el uso o explotación del mismo a cambio de una remuneración libremente convenida. **Tal acuerdo de voluntades no puede extenderse a derechos de los cuales no sean titulares los intervinientes**, ni cabe que se impongan condiciones unilaterales, que sólo pueden ser establecidas por la ley.*

En ese escenario, y en desarrollo de la previsión del artículo 38 de la Constitución, conforme al cual se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las

*distintas actividades que las personas realizan en sociedad, los titulares de derechos de autor pueden acudir a distintas modalidades asociativas con el objeto de promover, proteger o gestionar de manera conjunta sus derechos. Es claro que dicha posibilidad se mantiene en el ámbito de la autonomía privada y, por consiguiente, remite a una gestión conjunta de los derechos individuales de cada uno de los participantes, **sin que tales formas asociativas puedan autorizar genéricamente el uso de obras de las que no son titulares**, ni realizar el recaudo de tarifas distintas de aquellas que voluntariamente se hayan convenido con los usuarios por la explotación de los derechos de los que son titulares”¹³ (Negrilla y subrayado fuera de texto).*

Así las cosas, cuando un usuario de obras o prestaciones musicales obtiene la autorización por parte de una persona que gestiona individualmente estos derechos, no queda eximido de la obligación de solicitar la autorización previa y/o realizar el pago de una remuneración a las sociedades de gestión colectiva, cuando se pretenda hacer uso del repertorio musical nacional o internacional representado por dichas sociedades.

Es pertinente recordar que el artículo 54 de la Decisión Andina 351 de 1993 establece que “ninguna autoridad ni persona natural o jurídica, podrá autorizar la utilización de una obra, interpretación, producción fonográfica o emisión de radiodifusión o prestar su apoyo para su utilización, si el usuario no cuenta con la autorización expresa previa del titular del derecho o de su representante. En caso de incumplimiento será solidariamente responsable”.

De igual forma, en ejercicio de las competencias asignadas por las Leyes 23 de 1982 y 232 de 1995, las autoridades administrativas y de policía deberán exigir y validar que los comprobantes expedidos por

¹³ Sentencia C-833 de 2007. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

gestores individuales cumplan con los requisitos dispuestos en el párrafo del artículo primero del Decreto 3942 de 2010.

En este sentido, es importante precisar que los responsables de eventos públicos (conciertos, festivales, reinados, ferias y similares) donde se pretendan comunicar obras musicales en vivo, se encuentran en la obligación de acreditar ante la autoridad competente la obtención de la autorización y el comprobante de pago por concepto de derecho de autor de los titulares o sus legítimos representantes.

Conforme lo dispone la Ley 1493 de 2011, esta autorización debe provenir de los realizadores del espectáculo público (productor permanente u ocasional), sea que el evento se vaya a realizar en un escenario habilitado o no habilitado (Artículos 17, numeral 5) y 22 de la Ley 1493 de 2011).

La Dirección Nacional de Derecho de Autor invita a los responsables de establecimientos de comercio, organismos de radiodifusión, empresarios de conciertos y en general a toda persona que comunique o pretenda comunicar públicamente obras o prestaciones musicales, a solicitar a los gestores individuales que los requieran para efectuar pagos por concepto de derecho de autor o derechos conexos, el repertorio que representan y por el cual están cobrando, ya sea en su calidad de titulares o de mandatarios de los titulares.

Es necesario precisar que si una persona no está comunicando o no pretende comunicar las obras o prestaciones representadas por los gestores individuales no estará en la obligación de obtener la autorización de estos ni efectuarles ningún pago por este concepto, en tanto la obligación legal de obtener la autorización y efectuar el pago surge de la efectiva utilización de las obras o prestaciones musicales.

Finalmente, la Dirección Nacional de Derecho de Autor, ente especializado y rector en el tema, pone a disposición de los alcaldes, autoridades policivas del país, responsables de establecimientos abiertos al público, organismos de radiodifusión, empresarios de conciertos y de eventos donde se comunique públicamente obras y prestaciones musicales, 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. 13 A - 15, piso 17, teléfono 3418177; correo electrónico: info@derechodeautor.gov.co; página web www.derechodeautor.gov.co.

Cordialmente,

FELIPE GARCÍA PINEDA

Director General