**Recientes reformas normativas del Derecho de Autor en Colombia**
-Recent policy reforms of Copyright in Colombia-

Por: Ernesto Rengifo García*

***Palabras clave:*** *Reformas normativas, Derecho de Autor, Colombia.*
***Keywords:*** *Regulatory reforms, Copyright, Colombia.*

***Sumario:*** *i. Derechos de Autor; ii. Derechos Conexos; iii. Gestión Colectiva de Derechos; iv. Reformas pendientes.*
***Summary:*** *i. Copyright; ii. Related Rights; iii. Collective rights management; iv. Pending reforms.*

***Resumen:*** *El derecho de autor en Colombia ha sido objeto de una avalancha de reformas que resultaron avasalladoras para muchos de los estudiosos de la materia. Estas reformas surgieron del reconocimiento, por parte del gobierno colombiano, de la necesidad de actualizar, optimizar y racionalizar nuestro régimen sobre la materia, en busca de una protección efectiva de los derechos de propiedad intelectual involucrados. Hay quienes sostienen que su fundamento es meramente político y sólo pretenden implementar y satisfacer los compromisos adquiridos por Colombia con ocasión de la celebración del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de América, lo que a su vez produjo que las reformas fueran el reflejo de un análisis superfluo y no riguroso de las implicaciones legales que éstas representan tanto para los titulares de derechos como para los usuarios de las obras y creaciones artísticas protegidas. Las leyes y decretos que serán analizados no sólo afectaron el régimen de los derechos de autor, sino que también reformaron el régimen de derechos conexos y aquel aplicable a la gestión colectiva. Este escrito pretende identificar los cambios más representativos en la materia.*

***Abstract:*** *The Copyright in Colombia has been object of several reforms that were overwhelming to many of the experts in this matter. These reforms arose from the recognition by the Colombian government, of the need to modernize, optimize and rationalize our Copyright regime, looking for an effective protection of the intellectual property rights. Some people argue that the basis of the reforms is purely political and only intend to implement and satisfy the commitments acquired by Colombia in the Free Trade Agreement subscribed with The United States of America, which in turn produced that the reforms were the reflection of a superfluous and not rigorous analysis of the legal implications that these reforms represent to right holders and users of the works and artistic creations protected. The laws and decrees that will be analyzed in this document not only affected the Copyright regime, but it also reformed the regime of related rights and*

* Director del Departamento de Propiedad Intelectual en la Universidad Externado de Colombia y Profesor de Derecho de Contratos en la misma Universidad. Presidente del Colegio de Abogados Comercialistas de Colombia. Abogado asesor y litigante. Contacto: ernesto@garridorengifo.com.

*the regime applicable to the collective management. This paper aims to identify the most representative changes in the mentioned regimes.*

## i. Derechos de Autor:

1. Plan Nacional de Desarrollo, 2010 – 2014, Ley 1450 de 2011. Esta ley reconoce el valor de la propiedad intelectual y de la innovación como elementos fundamentales para el crecimiento sostenible y la competitividad nacional.

En materia de derechos de autor se consignan dos importantes modificaciones relacionadas con la titularidad derivada de los derechos de autor. De una parte, se modifica el régimen sobre la obra por encargo, cobijando bajo la presunción de cesión de derechos patrimoniales a las obras creadas en virtud de un contrato de trabajo y por otra, se modifican las condiciones para la validez de un acto de transferencia de derechos mediante acto entre vivos.

*Obra creada por encargo:* El nuevo artículo 20 de la ley 23 de 1982 dispone que la titularidad originaria sobre los derechos morales y patrimoniales sobre las obras creadas en virtud de un contrato de prestación de servicios o contrato de trabajo recaerá sobre el autor, persona física que realiza la creación intelectual. Sin embargo, presume, salvo pacto en contrario, la cesión de los derechos patrimoniales a favor del contratante o empleador. La cesión de derechos sólo operará en la medida necesaria para el ejercicio de las actividades habituales del empleador o contratante para la época de la creación de la obra y deberá constar por escrito. Bastante similar al régimen dispuesto para la obra hecha por encargo (*work made for hire*) desde la perspectiva de la Ley de Copyright de los Estados Unidos.

Esta norma supera la discusión sobre el alcance de la presunción de cesión que tanto ha sido discutida en nuestro país, pero no despeja inquietudes como, por ejemplo, aquella relacionada con el posible conflicto entre el ejercicio de los derechos morales en cabeza del autor con los derechos patrimoniales radicados en cabeza del empleador o contratante. Bajo

la norma anterior, el autor de la obra sólo mantenía los derechos morales de paternidad e integridad sobre su obra, pero no conservaba los derechos de modificación, de retracto y el de mantener su obra inédita. El ejercicio de estos derechos por parte del autor, eventualmente, podrá afectar el ejercicio de los derechos patrimoniales del empleador o del contratante, generando así la disyuntiva sobre cuál derecho deberá prevalecer. Además, permanece la inquietud de si en el contrato debe señalarse, de manera expresa, el encargo de la obra al autor para que opere la cesión, o si sólo bastará indicar el vínculo laboral o relación contractual.

Con esta nueva disposición no será necesario probar que la obra fue creada siguiendo un plan elaborado por el contratante o empleador, ni por su cuenta y riesgo, sino que será suficiente la existencia de un contrato de prestación de servicios o un contrato laboral, por escrito, para presumir la cesión de derechos.

*Transferencia de derechos por acto entre vivos:* La novedad del artículo 183 de la ley 23 de 1982 reformado es que, por un lado, suple de manera expresa el límite temporal y territorial de la cesión de derechos cuando las partes no lo acordaron. En cuanto al tiempo, establece que la transferencia quedará limitada a cinco años y en cuanto al territorio, se entenderá que se trata del país en el que se realice la transferencia.

Por otra parte, elimina de las formalidades del contrato de cesión la necesidad de elevar a escritura pública el acto o de realizarlo mediante documento privado con reconocimiento ante notario público, dejando como único requisito de validez su estipulación por escrito. El registro ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor se mantiene para efectos de publicidad y oponibilidad ante terceros.

Finalmente, la norma llena un vacío importante en nuestra legislación, que por años se suplió echando mano del artículo 129 de la Ley 23 de 1982 que consideraba nula la estipulación con la cual el autor comprometía de modo general o indeterminado la producción futura en un contrato de edición. El nuevo artículo 183 determina que tal regla

opera también para aquellas estipulaciones donde se transfiera de modo general o indeterminado la producción futura, o se obligue al autor a restringir su producción intelectual o a no producir. La diferencia con el artículo 129 de la ley 23 de 1982 es que, bajo esta modificación, la estipulación no se verá afectada de nulidad, sino que será considerada inexistente, lo que en estricto sentido supone la ineficacia de pleno derecho de la cláusula y, por consiguiente, la no la producción de efectos jurídicos.

Se resalta también que el artículo 31 de la ley 1450 regula los derechos de propiedad intelectual de proyectos de investigación financiados con recursos del presupuesto nacional, en los siguiente términos: *"En el caso de proyectos de ciencia, tecnología e innovación adelantados con recursos del presupuesto nacional, el Estado, salvo motivos de seguridad y defensa nacional, cederá a las Partes del Proyecto los derechos de propiedad intelectual que le puedan corresponder, según se establezca en el contrato. Las Partes del Proyecto definirán entre ellas la titularidad de los derechos de propiedad intelectual derivados de los resultados de la ejecución de los recursos del presupuesto nacional".* Esta disposición, por supuesto, tiene el propósito de estimular y promover la creación intelectual y la innovación, elemento esencial del plan de desarrollo del gobierno en Colombia.

2. Decreto 19 de 2012, mediante el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.

La promulgación de esta ley y de manera específica el aparte relacionado con los derechos de autor y su gestión tiene como propósito racionalizar los trámites, procedimientos y regulaciones innecesarios, contenidos en las normas y de esta manera facilitar la actividad de las personas naturales y jurídicas ante las autoridades que cumplen funciones administrativas como, por ejemplo, la Dirección Nacional de Derecho de Autor.

En lo que respecta a la normatividad sobre derechos de autor, el artículo 46 de este Decreto suprimió el trámite de licencia de traducción de las obras extranjeras ante la Dirección

Nacional de Derecho de Autor consagrada en los artículos 45 a 57 de la Ley 23 de 1982. Al respecto vale anotar que si bien es cierto que no se conoce el primer caso en el que haya operado la licencia de traducción de obras extranjeras en Colombia, no se estima acertado, en principio, suprimir del ordenamiento jurídico una herramienta legal que, eventualmente, podría ser utilizada para traducir una obra de manera legítima sin autorización del autor o titular de la obra; más aun si se tiene en cuenta que ésta tenía como fin exclusivo el uso escolar, universitario o de investigación sobre la obra objeto de licencia.

Las implicaciones legales de suprimir normas que no generan en la práctica ningún efecto son, por supuesto, imperceptibles, sin embargo, no debe dejarse de lado que el Decreto referido eliminó una limitación al derecho de traducción del autor que, aunque no se utilizara, constituía una vía legal para traducir una obra extranjera sin autorización de su titular. Lo cuestionable entonces es haber suprimido una limitación al derecho de autor, con el único propósito de hacer más ágil y eficiente la administración pública. ¿Será éste un fundamento válido o suficiente para eliminar esta limitación?

**ii. Derechos Conexos:**

3. Ley 1403 del 19 de julio de 2010 por medio de la cual se estableció el derecho a una remuneración equitativa por comunicación pública, a favor de los artistas intérpretes y ejecutantes de obras y grabaciones audiovisuales[1].

El artículo 168 de la ley 23 de 1982 establece a favor de los artistas intérpretes y ejecutantes el derecho de autorizar o prohibir la fijación, reproducción, comunicación pública, transmisión, o cualquier otra forma de utilización de sus interpretaciones o ejecuciones.

[1] Véase el texto completo en la página web de la Dirección Nacional de Derecho de autor. Consultado el 28 de enero de 2013, en: http://www.derechodeautor.gov.co/documents/10181/182597/ley140319072010.pdf/98eed1e3-ddbe-47dd-b070-ad60d0c58967

La entrada en vigencia de la ley 1403 de 2010, llamada Ley Fanny Mikey, introdujo al ordenamiento jurídico colombiano un derecho de remuneración equitativa para los artistas intérpretes y ejecutantes, por la comunicación pública de obras y grabaciones audiovisuales, incluida la puesta a disposición y el alquiler comercial al público. De este nuevo derecho, se resaltan las siguientes características:

a. Conforme con el parágrafo 1º del artículo 168 bajo estudio, los artistas intérpretes y ejecutantes conservarán, en todo caso, el derecho a percibir una remuneración equitativa por la comunicación pública de las obras y grabaciones audiovisuales en las que intervengan en un papel principal, secundario o de reparto[2].

Al tratarse de un derecho de carácter patrimonial podría concluirse que comparte las características que se predican de este tipo de derechos, como es la transmisión de los derechos y su renunciabilidad. Este tema despunta relevante, en tanto que en el proyecto de ley original, ventilado en las discusiones iniciales en el Congreso, se señalaba que el derecho era de carácter patrimonial irrenunciable, es decir que los artistas intérpretes y ejecutantes no podrían, en virtud de su autonomía contractual, negociar o renunciar a este derecho patrimonial. La norma no siguió tal curso y fue sancionada sin que se hiciera mención al carácter irrenunciable, pero incluyendo en el texto la expresión "en todo caso". ¿Cuál fue la intención del legislador al incluir dicha expresión en la norma? ¿Será que la expresión "en todo caso" implicará que el derecho es irrenunciable como se pretendió en un principio?

Sin perjuicio de la validez de dicho cuestionamiento, para analizar el alcance de este derecho será pertinente tener en la cuenta lo dispuesto por el Convenio de Roma sobre el particular, específicamente el numeral 3 del artículo 7 del Convenio, que se refiere a la autonomía contractual del artista intérprete y ejecutante frente a los organismos de radiodifusión. La norma señala lo siguiente: *"Artículo 7. (...) 2. 1. Corresponderá a la legislación nacional del Estado Contratante donde se solicite la protección, regular la*

[2] Art. 168. Parágrafo 3. Para los fines de esta Ley ha de entenderse por artista interprete a quien interprete un papel principal, segundario o de reparto, previsto en el correspondiente libreto de la obra audiovisual.

*protección contra la retransmisión, la fijación para la difusión y la reproducción de esa fijación para la difusión, cuando el artista intérprete o ejecutante haya autorizado la difusión. 2. Las modalidades de la utilización por los organismos radiodifusores de las fijaciones hechas para las emisiones radiodifundidas, se determinarán con arreglo a la legislación nacional del Estado Contratante en que se solicite la protección. 3. Sin embargo, las legislaciones nacionales a que se hace referencia en los apartados 1 y 2 de esta párrafo no podrán privar a los artistas intérpretes o ejecutantes de su facultad de regular, mediante contrato, sus relaciones con los organismos de radiodifusión".*

En ese orden de ideas, se descartaría la idea de que el derecho de remuneración señalado en la reforma fuese irrenunciable, por lo menos en lo que respecta a los organismos de radiodifusión. La cuestión quedaría vigente frente a los demás usuarios.

b. Gestión colectiva de derechos conexos: La norma establece que el derecho de remuneración reconocido a los artistas intérpretes y ejecutantes se hará efectivo a través de las sociedades de gestión colectiva. Se descarta entonces, de pleno derecho, que el titular pueda gestionar de forma individual su derecho de remuneración. En otras palabras estableció una gestión colectiva obligatoria para este tipo de derechos y titulares.

La gestión colectiva en Colombia ha sufrido varios cambios legislativos en los últimos años, los cuales, como podrá observarse en el aparte correspondiente, legitiman hoy en día la gestión colectiva obligatoria en lo que respecta al derecho de remuneración de los artistas intérpretes y ejecutantes.

Sobre el particular, despunta relevante señalar que en Colombia la gestión colectiva obligatoria ha sido debatida jurisprudencialmente, obteniéndose como resultado dos manifestaciones contrarias entre sí. Por un lado, la Corte Constitucional sostiene que, en virtud del derecho a la igualdad y a la libre asociación, los titulares de derechos se encuentran facultados para gestionar sus derechos patrimoniales no sólo por conducto de las sociedades de gestión colectiva, sino mediante formas de asociación distintas e, incluso,

de forma individual (Sentencias C-509/04 y C-424/05). Esta es la postura que ha prevalecido a instancias del alto Tribunal. Sin embargo, en el salvamento de voto de la sentencia C-424 de 2005, se sostuvo que el precedente jurisprudencial contenido en la Sentencia C-509/04 no era aplicable al caso en cuestión, en tanto que en él no se realizó un juicio de constitucionalidad en torno de la gestión obligatoria de derechos de autor o conexos, sino que recayó sobre una norma que determinaba la actividad de los establecimientos de comercio que usaran obras protegidas por el derecho de autor. En palabras de tres de los nueve Magistrados disidentes, el precedente de la sentencia C-509 no implica 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 colectivo como individual. La Corte simplemente afirmó que en Colombia el ordenamiento 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".* Para este grupo de magistrados el sistema de gestión colectiva obligatorio no resulta contrario al ordenamiento constitucional colombiano, sino que lo reivindica, en tanto que, en la mayoría de casos, constituye el único mecanismo que garantiza la efectividad de tales derechos.

Con fundamento en la interpretación de la Corte Constitucional han surgido en el país diferentes asociaciones de titulares de derechos que gestionan de manera colectiva derechos pero que no ostentan una autorización de funcionamiento emitida por la Dirección Nacional de Derechos de Autor, y que tampoco están sometidas a su inspección y vigilancia. En la práctica esto ha redundado en perjuicio del usuario de la obra, quien no tiene certeza del objeto de la gestión, es decir, qué está pagando, a quién se le debe pagar, y si el pago realizado lo exime del pago de otras obligaciones por el uso de las obras. Como podrá observarse en las reformas normativas relacionadas con la gestión colectiva de derechos, la labor del gobierno se ha dirigido a reforzar este sistema, regulando con mayor precisión el alcance, los derechos y obligaciones de quienes gestionan derechos de forma colectiva y sobre todo, su forma de recaudo, de ahí la institucionalización del sistema de la ventanilla única que será referido más adelante. La discusión está, por supuesto, sobre el tapete.

c. Limitación al derecho de remuneración: El segundo parágrafo de la norma bajo análisis establece las excepciones y limitaciones del derecho de remuneración de los artistas intérpretes y ejecutantes. En primer lugar dispone que no hay lugar al reconocimiento del derecho de remuneración cuando la comunicación pública de la obra se realice con fines estrictamente educativos, dentro de los recintos o instalaciones de los institutos de educación y no se cobre suma alguna por el derecho de entrada. La razón de esta exclusión radica en que la comunicación realizada bajo las condiciones expuestas no se considerará, para los efectos de la ley, como una forma de "comunicación pública" de la obra o prestación artística.

Adicional a ello, se señala que el reconocimiento y pago por la comunicación pública de obras no le será exigible a los establecimientos abiertos al público que utilicen la obra para el entretenimiento de sus trabajadores o cuando su fin no sea el de entretener al público con ánimo de lucro o de ventas, aun siendo tiendas, bares, cantinas, supermercados, droguerías, salas de belleza, gimnasios y otros de distribución de productos y servicios. La forma en la que está dispuesta la norma permite vislumbrar, por un lado, una ausencia de criterios para determinar los elementos subjetivos de la norma, como por ejemplo, cuándo un gimnasio comunica públicamente una obra audiovisual con ánimo de lucro o de ventas o si por el contrario, siempre debe entenderse que lo hace sin ánimo de lucro y para el entretenimiento de sus empleados. Será igual para los demás usuarios señalados en la norma. Conforme con dicha interpretación, se podría concluir, entonces, que la norma tiene como únicos destinatarios al operador de televisión, los cableoperadores y en general los organismos de radiodifusión, quienes son los que se encargan de la transmisión de este tipo de obras.

4. Ley 1519 del 13 de abril de 2012, por medio de la cual se aprueba el Convenio sobre la Distribución de Señales Portadoras de Programas transmitidas por satélite, hecho en Bruselas el 21 de mayo de 1974[3]. Este Convenio surgió por la falta de una reglamentación

[3] Véase el texto completo en la página web de la Dirección Nacional de Derecho de autor. Consultado el 28 de enero de 2013, en: http://www.derechodeautor.gov.co/documents/10181/182597/ley151913042012.pdf/b686c079-6866-4544-96de-b1113219bf6a

de alcance mundial que permitiera impedir la distribución de señales portadoras de programas transmitidas mediante satélite, por parte de distribuidores a quienes esas señales no estaban destinadas; así como por la posibilidad de que esta laguna dificultara la utilización de las comunicaciones mediante satélite. Téngase en la cuenta que el Convenio de Roma de 1960 únicamente protegía la transmisión inalámbrica, y no las transmisiones por satélite.

Aun cuando la aprobación de este Convenio hace parte del abanico de obligaciones derivadas de la suscripción del Tratado de Libre Comercio suscrito con los Estados Unidos (literal a, numeral 2 del artículo 16.1), lo cierto es que pone a Colombia acorde con los estándares internacionales de protección sobre esta materia.

### iii. Gestión Colectiva de derechos:

5. Decreto No. 3942 del 25 de octubre de 2010, mediante el cual se reglamentan las leyes 23 de 1982, 44 de 1993 y el artículo 2, literal c) de la Ley 232 de 1995, en relación con las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor o de derechos conexos y la entidad recaudadora, se deroga el Decreto 162 de 1996 y se dictan otras disposiciones[4]. Entre los aspectos relevantes de la norma, se resaltan los siguientes:

a). Este decreto se encarga de señalar que la gestión de derechos patrimoniales de autor o de derechos conexos puede llevarse a cabo de manera individual o colectiva, pero a su vez señala que por gestión colectiva se entenderá "la desarrollada en representación de una pluralidad de sus titulares, para ejercer frente a terceros los derechos exclusivos o de remuneración que a sus afiliados correspondan con ocasión del uso de sus repertorios" y que para gestionar colectivamente un derecho "será necesario formar sociedades sin ánimo

[4] Véase el texto completo en la página web de la Dirección Nacional de Derecho de autor. Consultado el 28 de enero de 2013, en: http://www.derechodeautor.gov.co/documents/10181/187670/Decreto+3942+de+2010.pdf/89727dfc-d0e2-4885-9b1a-e6172de5df93

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". La gestión individual será aquella que se realice por el propio titular del derecho, quien no se encontrará afiliado a ninguna sociedad de gestión colectiva.

Esta norma deja de lado cualquier inquietud sobre la posibilidad de que una asociación o sociedad que no cumpla con los requisitos dispuestos por la ley para las sociedades de gestión colectiva pueda gestionar derechos de autor o conexos. Quedaría atrás entonces la discusión sobre las características, requisitos y forma de este tipo de sociedades, teniéndose que limitar en su forma, constitución y manejo a las condiciones señaladas en esta ley.

b). Fijación de tarifas: En Colombia no hay lugar a la determinación unilateral de tarifas por parte de la sociedad de gestión colectiva; en efecto, el artículo 73 de la ley 23 de 1982 dispone que *"(e)n todos los casos en que los autores o las asociaciones de autores celebren contratos con los usuarios (...) serán las tarifas concertadas en los respectivos contratos, las que tendrán la aplicación (...)".* Al respecto, el Consejo de Estado ha sostenido: *"(...) es mediante el respectivo contrato con los usuarios, celebrado por los autores o por las asociaciones de autores en nombre y representación de sus afiliados, como se determinan las condiciones, las tarifas, la forma de pago y el plazo de vigencia de las mismas, en razón de la utilización (reproducción, traducción, arreglo, adaptación, representación, ejecución, etc.) de obras protegidas el derecho de autor"*[5].

Conforme con el principio de la concertación de tarifas, el Decreto 3942 de 2010 estableció en su artículo 5, la obligación a cargo de la sociedad de gestión colectiva de publicar las tarifas generales de uso por la comunicación pública de obras. El artículo 6 de la norma, por su parte, señala que esa publicación servirá como base de negociación en el evento en que los usuarios o sus organizaciones manifiesten su desacuerdo y soliciten la negociación de la tarifa.

[5] Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, 14 de septiembre de 1990, Rad. 371.

Un aporte importante del Decreto en mención es la determinación de los criterios para fijar las tarifas, insistiéndose en el principio conforme con el cual éstas deben ser proporcionales a los ingresos que obtenga el usuario con la utilización de las obras, interpretaciones, ejecuciones artísticas o fonogramas. De acuerdo con el artículo 7 del Decreto, los criterios serán aplicables cuando exista dificultad para determinar o establecer los ingresos del usuario o cuando su uso tenga un carácter accesorio respecto de la actividad principal del usuario. Los criterios son:

*"a) La categoría del usuario, cuando esta sea determinante en el tipo de uso o ingresos que podría obtenerse por la utilización de las obras, interpretaciones, ejecuciones artísticas o fonogramas administrados por la sociedad de gestión colectiva de derecho de autor o de derechos conexos. b). La capacidad tecnológica, cuando ésta sea determinante en la mayor o menor intensidad del uso de las obras, interpretaciones, ejecuciones artísticas o fonogramas, según sea el caso. c). La capacidad de aforo de un sitio. d). La modalidad e intensidad del uso de las obras, interpretaciones, ejecuciones artísticas o fonogramas, según sea el caso, en la comercialización de un bien o servicio. e) Cualquier otro criterio que se haga necesario en razón de la particularidad del uso y tipo de obra, interpretación, ejecución artística o fonograma que se gestiona, lo cual deberá estar debidamente soportado en los reglamentos a que hace referencia el inciso primero del artículo 4".*

6. Ley 1493 del 26 de diciembre de 2011, por medio de esta ley se toman medidas para formalizar el sector del espectáculo público y de las artes escénicas, y se otorgan a la Dirección Nacional del Derecho de Autor competencias de inspección, vigilancia y control sobre las sociedades de gestión colectiva, entre otras normas complementarias[6].

[6] Véase el texto completo en la página web de la Dirección Nacional de Derecho de autor. Consultado el 28 de enero de 2013, en: http://www.derechodeautor.gov.co/documents/10181/182597/ley149326122011.pdf/f5e0fb27-7947-4a4a-b0f4-e7b66bcde585

En materia de reconocimiento de los derechos de autor, el artículo 22 de la ley en mención consagra en cabeza de los escenarios habilitados para espectáculos públicos la obligación de solicitar a los productores permanentes y ocasionales[7] las constancias de pago de los derechos de autor cuando hubiere lugar a ellos. Esta norma fija una obligación que se deriva de la naturaleza propia de las autorizaciones de uso de una obra, como es que la autorización sea previa y expresa respecto del uso específico que se va a realizar sobre la obra.

Conforme con lo dispuesto por el artículo 23[8] de la ley en mención, el monto de los gastos de funcionamiento de las sociedades de gestión colectiva será hasta del 20% del valor recaudado por ellas en la gestión de los derechos a su cargo, existiendo la posibilidad de solicitar una autorización a la Administración para que los gastos sean del 30% para los dos años siguientes a la autorización de funcionamiento de la sociedad. Este artículo modifica lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley 44 de 1993, conforme con el cual el monto de los gastos no podía exceder el treinta por ciento de la cantidad total de la remuneración recaudada efectivamente por la utilización de los derechos de sus socios y de los miembros de las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y derecho conexos. La modificación trae consigo un reto para las sociedades de gestión colectiva de derechos, que tendrán que ajustar sus gastos y funcionamiento a los nuevos límites legales.

Entre las reformas de mayor impacto de la ley 1493 de 2011 se encuentran aquellas dirigidas a fortalecer el régimen de inspección, vigilancia, control y toma de posesión de las

[7] Conforme con el artículo 3 de la Ley 1493 de 2011 se entenderá por espectáculo público de las artes escénicas los siguientes: "las representaciones en vivo de expresiones artísticas en teatro, danza, música, circo, magia y todas sus posibles prácticas derivadas o creadas a partir de la imaginación, sensibilidad y conocimiento del ser humano que congregan la gente por fuera del ámbito doméstico". La norma también señala que se considerarán productores permanentes "quienes se dedican de forma habitual a la realización de uno o varios espectáculos públicos de las artes escénicas" y productores ocasionales "quienes eventual o esporádicamente realizan espectáculos públicos de las artes escénicas". Véanse literales a), d) y e).

[8] Art. 23. Limite de los gastos de funcionamiento. El monto de los gastos de que trata el artículo 21 de la ley 44 de 1993 será hasta del 20%. Las sociedades de gestión colectiva podrán solicitar a la Dirección Nacional de Derecho de autor que autorice que los gastos administrativos sean hasta de un 30% para los dos años siguientes a su autorización de funcionamiento.

sociedades de gestión colectiva de derecho de autor y derechos conexos por parte del Estado.

Sin perjuicio de las funciones de inspección y vigilancia que ya ostentaba la Administración sobre las sociedades de gestión colectiva, la nueva ley faculta ordenar a la Dirección Nacional de Derecho de Autor los correctivos necesarios para subsanar una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo de cualquier sociedad de gestión colectiva de derecho de autor y derecho conexos. Entre las facultades concedidas se otorgan las siguientes: 1. Promover la presentación de planes y programas encaminados a mejorar la situación que hubiere originado el control y vigilar su ejecución; 2. Ordenar la remoción y consecuente cancelación de la inscripción de los miembros del Consejo Directivo o los cargos directivos de la sociedad, por el incumplimiento de sus deberes legales y estatutarios; 3. Conminar bajo apremio de multas a los administradores para que se abstengan de realizar actos contrarios a la ley, los estatutos, las decisión de la Asamblea General, el Consejo Directivo o el comité de vigilancia; 4. Efectuar visitas especiales e impartir las instrucciones necesarias de acuerdo a los hechos que se observen en estas visitas.

Adicional a ello, el artículo 30 le otorga a la Administración la facultad de decretar las siguientes medidas cautelares de carácter inmediato: *"a. El cese inmediato de los actos que constituyen la presunta infracción a las disposiciones legales o estatutarias en materia de derecho de autor, por parte de las sociedades de gestión colectiva, entidades recaudadoras o de sus directivos; b. suspender en el ejercicio de sus funciones a los miembros del Consejo Directivo, del Comité de Vigilancia, al Gerente, al Secretario, al Tesorero y al revisor fiscal de las sociedades de gestión colectiva y de las entidades recaudadoras; c. la suspensión de la personería jurídica y de la autorización de funcionalmente de las sociedades de gestión colectiva y de las entidades recaudadoras; d. cualquiera otra medida que encuentre razonable para garantizar el adecuado ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control (...)".*

Las nuevas facultades de la Administración son reguladas mediante el Decreto 1258 del 14 de junio de 2012[9]. En este decreto se encuentra el procedimiento a seguir con ocasión de las investigaciones que se adelanten, de oficio o a petición de parte, sobre la gestión de la sociedad de gestión. Conforme con lo señalado por el artículo 39 del Decreto, *"una vez comprobadas las infracción a las normas legales, o estatutarias, el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica podrá imponer las sanciones establecidas en el artículo 47 de la Decisión Andina 351 de 1993*([10]), *en concordancia con el artículo 38 de la Ley 44 de 1993*([11]) *y demás normas concordantes. Parágrafo. La suspensión o cancelación de la personería jurídica de que trata el artículo 38 de la Ley 44 de 1993, implica a su vez la suspensión o cancelación de la autorización de funcionamiento, respectivamente".*

Para terminar, resta referirse a una nueva facultad de la Administración sobre las sociedades de gestión, denominada como "toma de posesión". El objetivo de esta figura es *"establecer si la entidad debe ser objeto de liquidación; si es posible colocarla en condiciones de desarrollar adecuadamente su objeto social, o si se pueden realizar otras operaciones que permitan lograr mejores condiciones para la gestión de los derechos confinados a la sociedad".*

[9] Véase el texto completo en la página web de la Dirección Nacional de Derecho de autor. Consultado el 28 de enero de 2013, en: http://www.derechodeautor.gov.co/documents/10181/12996/dec125814062012.pdf

[10] Decisión Andina 351 de 1993. Artículo 47. La autoridad nacional competente podrá imponer a las sociedades de gestión colectiva, las siguientes sanciones: a) Amonestación; b) Multa; c) Suspensión; y, d) Las demás que establezcan las legislaciones internas de los Países Miembros.

[11] Ley 44 de 1993. Artículo 38. La Dirección Nacional del Derecho de Autor una vez comprobada la infracción a las normas legales y estatutarias podrá imponer, mediante resolución motivada cualquiera de las siguientes sanciones: a. Amonestar por escrito a la sociedad; b. Imponer multas hasta cincuenta (50) salarios mínimos mensuales, teniendo en cuenta la capacidad económica de la sociedad; c. Suspender la personería jurídica hasta por un término de seis (6) meses, y d. Cancelar la personería jurídica.

Entre los principios orientadores de esta figura se tiene que ésta sólo podrá adoptarse por las causales previstas en la ley 1493 de 2011, que son:

***"Artículo 31. Toma de posesión.*** *La Dirección Nacional de Derecho de Autor podrá tomar posesión de una sociedad de gestión colectiva* ***para administrarla o liquidarla****, en los siguientes casos:*
*1. Cuando la sociedad de gestión colectiva no quiera o no pueda gestionar los derechos confiados por sus socios o por contratos de representación recíproca.*
*2. Cuando sus administradores persistan en violar en forma grave las normas a las que deben estar sujetos.*
*3. Cuando sus administradores hayan rehusado dar información veraz, completa y oportuna a la Dirección Nacional de Derecho de Autor, o a las personas a quienes estas hayan confiado la responsabilidad de obtenerla".*

7. Decreto 19 de 2012. En materia de gestión colectiva de derechos, este decreto conocido como la norma anti-trámites, crea un nuevo sistema de recaudo y obtención de licencias de los derechos de autor y derechos conexos, conocido con el nombre de "ventanilla única". El artículo 47 del decreto dispone lo siguiente: "*Para los efectos del literal c del artículo 2 de la ley 232 de 1995, y con la finalidad de reducir los trámites que los propietarios o responsables de establecimientos abiertos al público deben realizar para acreditar los requisitos de funcionamiento, cuando almacenan digitalmente obras musicales, fonogramas y videos musicales, y ejecutan o comunican al público obras musicales, fonogramas, obras audiovisuales y/o interpretaciones artísticas, la obtención unificada de las licencias y el pago integrado de los derechos de autor y conexos se realizará a través de una ventanilla única que deberán constituir las sociedades e gestión, a través de la cual se realizará de manera unificada el recaudo de los derechos de autor y conexos(…)".*

La ventanilla única tendrá por objeto el recaudo por el almacenamiento digital, por la ejecución y comunicación pública de obras y prestaciones artísticas realizadas por un establecimiento de comercio abierto al público, excluyendo de esa manera otra forma de

recaudo diferente. Esta nueva forma de recaudo impone a las sociedades de gestión colectiva la obligación de unificar sus procedimientos y presentarse ante el usuario como una sola entidad que gestiona los derechos explotados por el usuario. El parágrafo 3 del artículo 47 de la ley consagra una presunción legal de pago a favor del usuario, la cual surge con el pago realizado a la ventanilla única; en otras palabras, el pago a la ventanilla única por parte de un usuario hará presumir que éste ha cumplido sus obligaciones respecto de todos los usos realizados sobre obras y prestaciones artísticas en ejecución de su actividad comercial. Esta presunción halla su fundamento en la prohibición contenida en el inciso 5 del artículo 47, conforme con el cual no será procedente el recaudo por parte de las Sociedades de Gestión Colectiva de manera directa en establecimientos comerciales, lo que hace concluir que la única forma de recaudo será la ventanilla única. De hecho la norma establece una prohibición expresa sobre el particular, en los siguientes términos: "*La no constitución de la ventanilla única impedirá a las sociedades de gestión colectiva realizar el recaudo por la administración de los derechos de sus socios en establecimientos de comercio".*

Para terminar este aparte, se resalta la labor e intervención de Gobierno Nacional, en cabeza de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, en esta etapa de reestructuración del sistema. Sin lugar a dudas, los cambios realizados fortalecen el régimen de gestión colectiva de derechos en pro de la debida gestión del patrimonio de los autores, artistas intérpretes y ejecutantes y de la eficacia en el manejo de los derechos que se le han encomendado a este tipo de asociaciones. La intervención de la Administración en la gestión encomendada, robustecida legalmente por el otorgamiento de nuevas facultades de inspección, vigilancia y control, permitirá que las sociedades de gestión derechos se transformen en asociaciones que trabajen en beneficio de sus asociados y que vean a los usuarios como un verdadero cliente o consumidor, quienes merecen un tratamiento con reglas equitativas y proporcionales al provecho efectivamente obtenido. Es sobre el usuario que debe erigirse el nuevo sistema de recaudo; el trato justo del usuario y de los criterios para tasar las tarifas conllevará al reconocimiento cada vez mayor del derecho de autor y los derechos conexos.

El estudio de las modificaciones sobre la gestión colectiva en Colombia y la creación del nuevo sistema de recaudo llevan a concluir que el propósito del legislador ha sido satisfecho y que la actualización del marco normativo de la gestión colectiva, en teoría, conducirá a la gestión transparente y eficaz de los derechos encomendados. Resta esperar que dicho propósito también se logre en la gestión práctica del derecho.

Debe resaltarse también la importancia que ha adquirido la Dirección Nacional de Derechos de Autor no sólo en virtud de las funciones de control que ahora ostenta sobre la gestión colectiva, sino en la resolución de conflictos en la materia, en tanto que, conforme con el Código General del Proceso (ley 1564 de 2012), la entidad Administrativa ostenta ahora funciones jurisdiccionales, lo que aligerará y hará más especializada la resolución de conflictos en materia de derechos de autor y conexos[12].

### iv. Reformas pendientes

Para terminar, es importante hacer un recuento de las normas pendientes de promulgación o de ratificación por parte del Congreso colombiano sobre la materia. En primera medida se encuentra el Tratado de Beijing sobre interpretaciones y ejecuciones audiovisuales, cuyo objetivo es mejorar los derechos de los actores y otros artistas intérpretes y ejecutantes en las producciones audiovisuales.

También se está en mora de realizar un estudio riguroso respecto de la responsabilidad por infracciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos en Internet, en la que se regule la responsabilidad de los proveedores de servicios en la red y demás intervinientes en la prestación de servicios tecnológicos. Esta ley deberá fijar el procedimiento y las condiciones en virtud de las cuales los titulares de derechos podrán solicitar al proveedor del servicio ISP, retirar o bloquear un contenido infractor de sus derechos. En el año 2011, el proyecto de ley que regulaba la responsabilidad de los ISP no fue aprobado por el

[12] Ley 1564 de 2012. Artículo 24. "Ejercicio de funciones jurisdiccionales por autoridades administrativas. Las autoridades administrativas a que se refiere este artículo ejercerán funciones jurisdiccionales conforme a las siguientes reglas: (…) b) La Dirección Nacional de Derechos de Autor en los procesos relacionados con los derechos de autor y conexos. (…)".

Congreso de la República por la cantidad de contradictores que tuvo, la poca socialización de la normativa y por el desconocimiento de sus reales implicaciones legales de parte de sus detractores.

La suscripción del Tratado de Libre Comercio (TLC) con los Estados Unidos trajo consigo la necesidad de modificar y ajustar nuestra legislación sobre derechos de autor y derechos conexos a las obligaciones allí consagradas. En el mes de abril del año 2012 fue tramitada ante el Congreso de la República la ley 1520 con la intención de implementar esos compromisos; sin embargo, esta ley fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional por meros vicios de forma en la medida en que no se aprobó en la comisión que le correspondía (Sentencia C-011 de 2013). Con seguridad el contenido de esta ley será nuevamente puesto a discusión del Congreso.

Los aspectos desarrollados por la norma fueron, principalmente, los siguientes:

Respecto de la titularidad sobre la obra, el artículo 3 de la ley 1520 establecía una presunción legal de titularidad, conforme con la cual, salvo prueba en contrario, en los procedimientos civiles, administrativos y penales relativos al derecho de autor y los derechos conexos se presumirá, que la persona natural o jurídica cuyo nombre es indicado de manera usual en la obra es el titular de los derechos sobre la obra, la interpretación o ejecución o fonograma. Esta norma permitía entrever la relevancia que la persona jurídica adquiría con la implementación del TLC suscrito por Colombia, la cual por supuesto, se acerca más al sistema de *Copyright* que al sistema tradicional del derecho de autor que fundamenta nuestro régimen de protección. Como prerrogativa adicional para las personas jurídicas, titulares de derechos, se encontraba también la ampliación del término de protección, pasando de 50 años -siendo éste el término mínimo contemplado por el artículo 18 de la Decisión Andina 351 de 1993-, a 70 años de duración contados a partir del final del año calendario de la primera publicación autorizada de la obra.

La ley 1520 ampliaba o complementaba los derechos patrimoniales del autor y de sus derechohabientes respecto de la obra, refiriéndose expresamente a sus prerrogativas en el

entorno digital. Así pues, la norma consagraba el derecho a autorizar o prohibir: i. la reproducción de la obra bajo cualquier manera o forma, permanente o temporal, mediante cualquier procedimiento incluyendo el almacenamiento temporal en forma electrónica; 2. La comunicación al público de la obra por cualquier medio o procedimiento, ya sean alámbricos o inalámbricos, incluyendo la puesta a disposición al público; iii. La distribución pública del original y copias de sus obras, mediante la venta o a través de cualquier forma de transferencia de propiedad; iv. La importación de copias hechas sin autorización, incluyendo la transmisión por medios electrónicos; v. el alquiler comercial al público; y vi. La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.

Se establecía en la ley un abanico de prerrogativas, adicionales a las contempladas en el artículo 166 de la ley 23 de 1982, para los artistas intérpretes o ejecutantes, o sus representantes, así: i. La distribución pública del original y copias de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonograma, mediante la venta o a través de cualquier forma de transferencia de propiedad; ii. El alquiler comercial al público del original y de los ejemplares de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, incluso después de la distribución por el artista intérprete o ejecutante o con su autorización; y iii. La puesta a disposición al público de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas. En cuanto a los derechos de los productores se consagraba no sólo el derecho de autorizar o prohibir la reproducción del fonograma como lo establece el artículo 172 de la ley 23 de 1982, sino también la autorización para el almacenamiento temporal en forma electrónica, la distribución pública mediante la venta o transferencia de propiedad, el alquiler comercial al público y la puesta a disposición de sus fonogramas.

Entre las modificaciones relevantes también se encontraba la incorporación de nuevas limitaciones y excepciones al derecho de autor, las cuales operaban de manera específica sobre dos actos de infracción: 1. La elusión de medidas tecnológicas efectivas impuestas para controlar el acceso o los usos no autorizados y, 2. La fabricación, importación, distribución y oferta al público dispositivos, productos o componentes que tengan como propósito eludir o facilitar la elusión de una medida tecnológica efectiva de protección. Las

excepciones establecidas consagraban la facultad de un tercero de realizar, sin autorización del titular de la obra y sin que se configure una infracción a los derechos de autor, aquellas actividades consagradas en la ley, como por ejemplo, actividades no infractoras de ingeniería de inversa respecto de la copia de un programa de computación obtenida legalmente, que sean realizadas de buena fe y con el único propósito de lograr la interoperabilidad entre programas de computación creados independientemente. La norma también establecía como excepción las actividades de buena fe no infractoras realizadas por un investigador con el propósito de identificar y analizar fallas y vulnerabilidades de la tecnologías para codificar y decodificar información, y aquellas realizadas con el fin de probar, investigar o corregir la seguridad de dicha computadora, sistema de cómputo o red de computo.

Se modificaban las conductas típicas relacionadas con el derecho de autor, establecidas en la legislación penal colombiana. Estas modificaciones se referían principalmente a la incorporación del elemento subjetivo en el delito de violación a los mecanismos de protección del derecho de autor, como lo es la elusión de medidas tecnológicas efectivas. El elemento subjetivo incorporado significa que la conducta será típica si el sujeto activo realizó la conducta con el propósito de lograr una ventaja comercial o ganancia económica privada.

Entre los compromisos adquiridos con ocasión del TLC con los Estados Unidos, se encuentra aquel que obliga a Colombia a ajustar su legislación nacional al texto del Tratado en un plazo de 12 meses a partir de su entrada en vigor, plazo que se cumplirá el próximo 15 de mayo de 2013. A la fecha de terminación de este escrito, no se ha radicado ante el Congreso el proyecto de ley que implementa el TLC en relación con el derecho de autor.

*Fin del documento*