



## La DNDA precisa el alcance de las facultades del Gobierno Nacional para fijar tarifas en relación con el derecho de autor y los derechos conexos

**Bogotá, D.C., junio 3 de 2020.** La Dirección Nacional de Derecho de Autor precisa el alcance de las facultades del Gobierno Nacional para fijar tarifas en relación con el derecho de autor y los derechos conexos, de conformidad con la Constitución Política, la normatividad expedida por el Congreso de la República, la normativa comunitaria y los tratados internacionales, bilaterales y multilaterales de los cuales Colombia forma parte:

El artículo 54 de la Decisión Andina 351 de 1993, señala 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.

Esta imposibilidad de los gobiernos para fijar tarifas por el uso de obras protegidas por el derecho de autor ha sido objeto de pronunciamiento por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, quien en la interpretación prejudicial 119-IP-2010, señaló:

*“El Tribunal analizará, si a la luz de la normativa comunitaria andina, es factible que un País Miembro prevea un sistema de tarifas en caso de no existir un contrato entre el titular de los derechos de autor y conexos y terceros usuarios, o si dicho contrato ha perdido vigencia.*

*Uno de los pilares básicos del sistema comunitario de protección de los derechos de autor es la libre disposición de los derechos patrimoniales de autor por parte de los titulares de los mismos, salvo ciertas excepciones expresamente consagradas.*

*De conformidad con su naturaleza, los derechos patrimoniales son transferibles, renunciables y temporales. Son derechos exclusivos, lo que significa que nadie puede explotar el objeto protegible sin la respectiva autorización de su titular. El artículo 54 de la Decisión 351 es una consecuencia de lo anterior, ya que establece que para la utilización de una obra, interpretación, producción fonográfica, emisión de la radiodifusión, o prestación de apoyo para su utilización, se debe contar siempre con*



*la autorización previa y expresa del titular del derecho o su representante y, por lo tanto, nadie puede autorizar su utilización sin este requisito esencial.*

*Lo anterior, está en consonancia con el manto de exclusividad que cubre el derecho de autor, impidiendo que se explote el objeto protegido sin que el titular lo autorice. Salvo excepciones expresamente consagradas, la explotación sin autorización previa y expresa constituiría una infracción a los derechos de autor y daría lugar a trámites administrativos e interposición de acciones judiciales para el cese de la actividad ilícita y la búsqueda de una reparación. Es más que lógico, que el titular de los derechos de autor esté interesado en autorizar la utilización y acordar los términos de la misma.*

*Las tarifas supletorias, son aquellas que se aplican en caso de no existir acuerdo o contrato entre los titulares de los derechos de autor y los usuarios. Para el caso particular, se plantea la aplicación de tarifas supletorias por ejecución pública de las obras musicales.*

*Las tarifas supletorias [tarifas fijadas por los estados], en la práctica ocasionarían que se pudieran utilizar las obras pagando unas tarifas establecidas, obviando la autorización previa y expresa del titular de los derechos o su representante. Esto claramente riñe con la normativa comunitaria sobre derechos de autor. Los titulares no pueden perder la posibilidad de autorizar la utilización de sus obras por parte de terceros, salvo ciertas excepciones consagradas positivamente, ya que de lo contrario se estaría violando el derecho de exclusividad que soporta el sistema de protección de los derechos de autor. Aún en el caso que el usuario pagara o consignara una suma de dinero establecida por terceros (el Estado en el caso de las tarifas supletorias), no es viable a la luz de la normativa comunitaria andina obviar la autorización previa y expresa del titular de los derechos de autor o conexos”.*

Esta postura ha sido enfatizada en varios pronunciamientos de la misma corporación, como lo son 41-IP-2011, 33-IP-2014 y 85-IP-2014. Así, por ejemplo, en la interpretación prejudicial 41-IP-2011, luego de reiterar el pronunciamiento antes citado, el tribunal concluye:

*“Las tarifas supletorias en la práctica ocasionarían que se pudieran utilizar las obras pagando unas tarifas establecidas, obviando la autorización previa y expresa del titular de los derechos o su representante. Esto claramente riñe con la normativa comunitaria sobre derechos de autor. Los titulares no pueden perder la posibilidad de autorizar la utilización de sus obras por parte de terceros, salvo ciertas excepciones consagradas positivamente, ya que de lo contrario se estaría violando el derecho de exclusividad que soporta el sistema de protección de los derechos de autor. Aún en el caso de que el usuario pagara o consignara una suma de dinero establecida por terceros (el Estado en el caso de las tarifas supletorias), no es viable a la luz de la normativa comunitaria andina obviar la autorización previa y expresa del titular de los derechos de autor o conexos”.*



Así mismo, en la interpretación prejudicial 85-IP-2014, se reitera el pronunciamiento de la 119-IP-2011 y se concluye que *“la aplicación de tarifas supletorias va en contra del derecho de exclusividad del que goza el titular de un derecho de autor y están en desacuerdo con las normas comunitarias andinas, toda vez que se desnaturaliza el derecho del autor a autorizar el uso de sus obras”*.

En atención a lo anterior, no es posible que el Gobierno nacional realice una fijación de tarifas en materia de derecho de autor, so pena de incumplir la norma comunitaria.

De hecho, la anterior norma supranacional y los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, han servido de fundamento para que los jueces y las autoridades nacionales sancionen a usuarios y funcionarios públicos que, según los hechos de los procesos o procedimientos, habían permitido el uso de obras protegidas por el derecho de autor sin contar con la autorización previa y expresa del respectivo titular. Sobre este particular se puede ver, por ejemplo, que la Procuraduría General de la Nación emitió fallo en segunda instancia en el que ratificó la decisión suspensión del cargo durante 6 meses al entonces alcalde del municipio de Santo Tomás, porque según el órgano de control, el exfuncionario incurrió en irregularidades en la autorización de eventos públicos en ese municipio.

De igual forma, el Juzgado Tercero Administrativo Oral de Riohacha emitió fallo en el que ordenó al municipio de Distracción en el departamento de la Guajira, cancelar la suma de \$31.022.109.00, por autorizar la realización de 5 eventos públicos en dicho territorio sin la respectiva autorización o licencia para la comunicación pública de obras musicales.

Adicionalmente es preciso señalar que desde el año 1960, es decir, antes de que existiera la disposición de la Comunidad Andina, la Sala Plena de nuestra Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 10 de febrero, al analizar la constitucionalidad del entonces artículo 39 de la Ley 86 de 1946, señaló:

*“Sin duda esta disposición trata de proteger la propiedad intelectual, pero lo hace contra lo dispuesto en el artículo 35 de la Carta, por estas razones:*

*1a. Este precepto consagra el derecho de autor como una propiedad y siendo una propiedad, el titular tiene su goce, y para la medida de éste, como para la recaudación de sus frutos, el titular goza de plena autonomía.*



2a. Si el titular no tuviese esta autonomía, no se trataría de una propiedad, sino de una concesión o de un derecho de explotación otorgados y reglamentados por el Estado, sistemas extraños al artículo 35 de la Ley Fundamental.

3a. Si la propiedad común sobre las cosas corporales, es el derecho de gozar y disponer libremente de ellas, con las solas limitaciones de la ley y del derecho ajeno, **a fortiori** se predica esto de la propiedad intelectual, en razón de su preeminencia en el escalafón de los esfuerzos humanos y los inmensos resultados de esos esfuerzos.

4a. Al reconocer el artículo 35 de la Carta esta propiedad y al ordenar que sea protegida, no pudo ser el ánimo del Constituyente rebajarla con relación a la propiedad común, dado precisamente el carácter superior de aquélla.

5. La propiedad intelectual goza de las mismas garantías que se confieren, por el artículo 30 de la Carta "a la propiedad privada y a los demás derechos adquiridos con justo título.", con la salvedad indicada en el artículo 35 de la Constitución, de que la protección debida a la propiedad literaria y artística sólo comprende "el tiempo de la vida del autor y 80 años más".

De consiguiente cualquier norma legal que limite o desconozca para el titular de la propiedad intelectual la facultad de disposición, o la de uso, o la de goce que le corresponde sería contraria a la previsión contenida en el artículo 30 de la Carta, a no ser que se tratara de los motivos de utilidad pública o de interés social (inciso 3o. del citado artículo); o de la intervención del Estado "en la explotación de industrias o de empresas públicas o privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho" (artículo 32 de la constitución).

La misma Ley 86 de 1946 establece, en su artículo 6o., que "la propiedad intelectual comprende para sus titulares, la facultad exclusiva de aprovecharla con o sin fines de lucro, por medio de la imprenta, litografía, grabado, copia, molde, vaciado, fotografía, película cinematográfica, disco de gramófono, rollo para instrumento mecánico, ejecución, conferencia, recitación, representación, traducción, adaptación, exhibición, transmisión radiotelefónica o cualquier otro medio de reproducción, multiplicación o difusión".

"Y sin lugar a duda, el inciso 3o. del artículo 39 de la Ley 86 de 1946 establece una clara limitación a la propiedad literaria y artística, sin fundamento alguno en las previsiones constitucionales que la permiten y a las cuales se hizo ya referencia, al disponer que "la forma de pagar los derechos será fijada por el Gobierno, en el respectivo Decreto reglamentario, y su percepción, en el caso de este artículo, estará a cargo de la entidad pública o particular que señale el mismo Gobierno, para que ella haga la distribución entre los autores correspondientes, previos los descuentos necesarios para atender a gastos que origine la administración", pues de esta manera queda sustituido el titular de la propiedad intelectual en el señalamiento de la forma de pago de sus "**derechos de autor**"; en la percepción de dicho pago, y, además, se le impone correr con los gastos



*que origine tal administración de sus intereses, no convenida libremente por el titular de la propiedad literaria y artística".*

6a. La intervención en la forma de pagar los "**derechos de autor**" y en la percepción de los mismos, no está prevista en la Carta, que no contempla sino la expropiación y la racionalización de la industria, como limitaciones constitucionales al derecho de propiedad, fuera de su función social.

Con base en los anteriores fundamentos la Corte Suprema de Justicia – Sala Plena -, en ejercicio de la Jurisdicción constitucional que le confería para entonces, el artículo 214 de la Constitución declaró inexecutable el inciso 3º del artículo 39 de la Ley 86 de 1946.

Si bien la carta constitucional y la normatividad en materia de derecho de autor han variado desde entonces, los principios en los cuales se fundamenta la anterior decisión continúan incólumes, e incluso se han fortalecido en la Ley 23 de 1982, en la Constitución Política de 1991 y en la Ley 1915 de 2018, así como en diferentes tratados internacionales, bilaterales y multilaterales de los cuales Colombia forma parte.

En atención a lo anterior, de conformidad con la Constitución Política, la normatividad expedida por el Congreso de la República, la normativa comunitaria y los tratados internacionales, bilaterales y multilaterales de los cuales Colombia forma parte, no es posible que el Gobierno nacional realice una fijación de tarifas en materia de derecho de autor.

### **¿Cuál es el procedimiento para la fijación de tarifas que existe en la actualidad?**

Las tarifas cobradas como contraprestación por el uso de obras protegidas por el derecho de autor son la manifestación del ejercicio de un derecho privado. Particularmente, las tarifas que cobran las sociedades de gestión colectiva de derecho de autor o de derechos conexos deben estar basadas en el principio de la proporcionalidad establecido en el artículo 48 de la Decisión Andina 351 de 1993, el cual 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".*



En el mismo sentido, 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”.*

Por su parte, el artículo 2.6.1.2.7 del Decreto 1066 de 2015, desarrolla los criterios para establecer las tarifas a cobrar por parte de las sociedades de gestión colectiva, de la siguiente manera:

*“Por regla general, las tarifas a cobrar por parte de las sociedades de gestión colectiva, deberán ser proporcionales a los ingresos que obtenga el usuario con la utilización de las obras, interpretaciones, ejecuciones artísticas o fonogramas, según sea el caso.*

*Cuando exista dificultad para determinar o establecer los ingresos del usuario obtenidos con ocasión del uso de las obras, interpretaciones, ejecuciones artísticas o fonogramas, o cuando la utilización de estas tenga un carácter accesorio respecto de la actividad principal del usuario, las tarifas se sujetarán a uno o a varios de los siguientes criterios:*

*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 esta 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°.*

*Parágrafo. En todo caso, las sociedades de gestión colectiva de derecho de autor o de derechos conexos, mantendrán tarifas como contraprestación por el uso de las obras, interpretaciones, ejecuciones artísticas o fonogramas que les han sido encargadas, cuando la utilización de estas no genere ingresos al usuario”.*



La tarifa resultante de la aplicación de los anteriores criterios son las que se publican en la página web de las SGC y se convierte en base de negociación, para los casos en que los usuarios soliciten la concertación de estas, en los términos del artículo 73 de la Ley 23 de 1982.

Así las cosas, la tarifa cobrada debe ser fruto de la concertación que las Sociedades de Gestión Colectiva de derecho de autor o de derechos conexos, o sus mandatarios, realicen con los usuarios de sus repertorios. Si no fuere posible llegar a un acuerdo y la controversia continúa, lo procedente es acudir a los Jueces Civiles de la República o a los mecanismos alternativos de solución de conflictos, como el arbitraje o la conciliación. Lo anterior, de conformidad con los artículos 242<sup>1</sup> de la Ley 23 de 1982 y 2.6.1.2.6<sup>2</sup> del Decreto 1066 de 2015.

<sup>1</sup> Ley 23 de 1982, artículo 242. “Las cuestiones que se susciten con motivo de esta ley, ya sea por aplicación de sus disposiciones, ya sea como consecuencia de los actos y hechos jurídicos y vinculados con los derechos de autor, serán resueltos por la justicia ordinaria”.

<sup>2</sup> Decreto 1066 de 2015. artículo 2.6.1.2.6. “Negociación con los usuarios. Las tarifas publicadas en los términos del anterior artículo, servirán como base de negociación en caso de que los usuarios o las organizaciones de estos, soliciten a la sociedad de gestión colectiva la concertación de la tarifa.

En caso de existir desacuerdo entre las sociedades de gestión colectiva de derecho de autor o de derechos conexos con los usuarios u organizaciones de usuarios en relación con las tarifas, los puntos de discrepancia podrán ser sometidos a cualquiera de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, y en caso de que dicha modalidad no fuere convenida, las diferencias podrán ser conocidas por la justicia ordinaria en los términos de los artículos 242 y 243 de la Ley 23 de 1982”.