

DERECHOS DE AUTOR / PROPIEDAD INTELECTUAL / PRODUCCION ARTÍSTICA / TARIFA / OBRA MUSICAL - Ejecución

Las asociaciones autorales pueden celebrar contratos con los usuarios o las asociaciones que a éstos representen; pero a falta del contrato, y en tratándose de la ejecución pública de obras musicales, no queda alternativa legal posible; es indispensable que las partes obren con sujeción a la tarifa determinada por la Dirección Nacional del Derecho de Autor. No tiene cabida, entonces, otras posiciones, como sería la fijación unilateral de la tarifa o el recaudo de su producto con fundamento en un criterio diferente al que consta en el contrato o, en subsidio, al que corresponde a la tarifa legal vigente. En cuanto a la producción artística, expresión que la ley 23 de 1982 menciona de manera indiscriminada, como lo han hecho leyes anteriores y convenciones internacionales, sin especificar concretamente a qué actividades relacionadas con el arte se refiere, en primer lugar conviene decir que ciertamente es distinta del concepto de obra artística, aunque complementaria. Así, aquella ley se refiere a "obras científicas, literales o artísticas y producciones artísticas" (art. 162) y a la obligación del ministerio de gobierno de llevar los libros necesarios para el registro de "las distintas obras y producciones" (art. 190). De igual modo, en el art. 8o. define de una parte, la obra artística, la obra individual, la obra en colaboración, la obra colectiva, la obra inédita, la obra póstuma, etc, y de la otra, explica que se entiende por productor de fonograma y productor cinematográfico. El primero es "la persona natural o jurídica que fija por primera vez los sonidos de la ejecución, u otro sonido" y el segundo "la persona natural o jurídica que tiene la iniciativa, la coordinación y la responsabilidad de la producción de la obra cinematográfica". Entretanto, obra cinematográfica es "cinta de video y videograma; la fijación, en soporte material, de sonidos sincronizados con imágenes, o de imágenes sin sonido". El empleo por la ley de las dos expresiones: obra artística y producción artística, es demostrativo del interés por dar protección a las manifestaciones y trabajos artísticos. es decir, al trabajo creativo relacionado con el arte, en el que intervienen unas o varias personas y del cual resulte una obra originaria o derivada. Son producción artística -intentando describirla- los trabajos que se realizan con fundamento en una obra artística o para la producción de ésta, utilizando procesos mecánicos, electrónicos, sonoros, audiovisuales, etc., ya sea para su reproducción o comunicación al público, y cuya fijación conste en soporte material. Para la ley 23 de 1982 esa fijación consiste en "la incorporación de imágenes y/o sonidos sobre una base material suficientemente permanente o estable para permitir su percepción, reproducción o comunicación"; de donde el concepto de "producción artística", comprende, según dicha ley, únicamente la producción de fonogramas y la producción cinematográfica (toda clase de videos y videogramas). Por lo demás, el contrato de inclusión en fonogramas, que no comprende el derecho de ejecución pública, es aquel por medio del cual el autor de una obra musical autorizada a una persona natural o jurídica, mediante una remuneración o grabar o fijar una obra sobre un disco fonográfico, una banda, una película, un rollo de papel, o cualquier otro dispositivo o mecanismo análogo, con fines de reproducción, difusión o venta, según al tenor del art. 151 de la ley que ha servido de referencia a la presente consulta. **NOTA DE RELATORIA:** Se levanta la reserva el 11 de marzo de 1997 conforme al art. 110 del C.C.A.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: JAVIER HENAO HIDRÓN

Bogotá, D.E., catorce 14 de septiembre de mil novecientos noventa (1990)

Radicación número: 371

Actor: MINISTRO DE GOBIERNO

Referencia: Consulta sobre la interpretación y aplicación de ciertas disposiciones de la ley 23 de 1982.

Con fecha 3 de agosto del presente año se recibió en la Sala una consulta formulada por el entonces Ministro de Gobierno, doctor Horacio Serpa Uribe, en la cual se hacen algunas consideraciones en torno a la ley 23 de 1982 sobre derechos de autor y, concretamente, se pregunta:

1. En el artículo 161 el legislador se ocupa de consagrar el mecanismo necesario para hacer efectivo el pago de los derechos de autor, al disponer que las autoridades administrativas no podrán expedir licencias de funcionamiento, para aquellos establecimientos donde se ejecuten públicamente obras musicales hasta cuando el solicitante de la referida licencia presente el comprobante respectivo de haber cancelado a los autores, representantes o causahabientes, los derechos económicos correspondientes.

De la forma como se describe la relación autor - usuario parecería que no se presenta discusión alguna entre el autor o la sociedad que lo representa y el usuario respecto del monto a pagar y la oportunidad o momento de efectuar el mismo; por cuanto se supone que en el momento de tramitarse la autorización de que tratan los artículos 3, 12, 76 y 158 de la Ley 23 de 1982, se discuten y fijan los aranceles o tarifas por la utilización que se entrega así como las modalidades del pago; sin embargo la práctica en Colombia, contraria por cierto a la ley y a lo que sucede en el resto del mundo, es de que se utilice la obra sin autorización previa del titular, luego llega éste y fija una suma por utilización de la misma, la que debe ser pagada, generalmente, al momento en que ese usuario requiere el paz y salvo de que nos habla el artículo 161 ibídem, esto es, para tramitar su licencia de funcionamiento.

La suma que fija la sociedad es por el año en curso, o lo que es igual, por el término que dura la licencia de funcionamiento que entrega la administración municipal al establecimiento en donde se ejecuta o se utiliza la obra musical, el que puede ser, verbigracia, por el año 1990 o por el periodo 1990-1991. En ese momento los usuarios alegan que se les está haciendo un cobro anticipado por la utilización de las obras musicales, lo cual contravendría el precepto establecido en el artículo 72 de la Ley 23 de 1982.

La pregunta es si este proceder de las asociaciones autorales, de recaudar la totalidad de la suma fijada por el término de vigencia de la licencia de funcionamiento del establecimiento en donde se va a utilizar la obra o el fonograma, se ajusta a lo preceptuado en la Ley 23 de 1982 ?

2. El artículo 162 de la tantas veces citada Ley 23 de 1982 habla de que el Ministerio de Comunicaciones no permitirá a los organismos de radiodifusión que utilicen en su emisiones obras científicas, "literarias o artísticas y producciones artísticas que no hayan sido previa y expresamente autorizadas por sus titulares o sus representantes (las subrayas fuera del texto original).

Igualmente el artículo 192 al regular lo concerniente al Registro Nacional del Derecho de Autor, en su numeral 2 dice que están sujetos al registro " Todas las producciones artísticas fijadas sobre soportes materiales

De acuerdo a lo expuesto se pregunta a esa H. Sala, ¿ qué debe entenderse por el término producción artística ?.

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE

1. La ley 23 de 1982, que constituye el estatuto sobre derechos de autor, establece la protección a los autores sobre sus obras literarias, científicas y artísticas, así como también en favor de los intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas y de los organismos de radiodifusión, en sus derechos conexos con los del autor.

El legislador quiso condensar en los 260 artículos de dicha normatividad, las disposiciones dispersas sobre las actividades que inicialmente comprendieron la denominada Propiedad Intelectual. Tratábase, además, de adoptar las medidas necesarias a fin de asegurar una protección suficiente y efectiva a los derechos de los autores, o de cualquiera otros titulares de estos derechos, sobre las obras literarias, científicas y artísticas, en cumplimiento de lo ordenado en la "Convención Universal sobre Derechos de Autor, sus Protocolos I y II ", revisada en París el 24 de julio de 1971, y respecto de artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, en la Convención Internacional hecha en Roma el 26 de octubre de 1961; la adhesión de Colombia a ambas Convenciones había sido aprobada por la ley 48 de 1975. De esta manera se produjo la unificación y racionalización de la legislación atinente a los derechos de autor.

2. La ley mencionada protege los derechos de los autores, en todas sus manifestaciones creativas referentes a obras científicas, literarias y artísticas que sean susceptibles de reproducción por cualquier medio conocido o por conocer, de modo que personas distintas del autor o sus causahabientes sólo puedan, con su consentimiento, obtener un beneficio económico o intelectual por la ejecución, impresión o representación de una cualquiera de tales obras.

Es así como los derechos de autor comprenden para sus titulares las siguientes 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 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.
- c. De ejercer las prerrogativas en defensa de su " derecho moral ", es decir, de su derecho perpetuo, inalienable e irrenunciable para reivindicar la paternidad de su obra, oponerse a toda deformación mutilación u otra modificación de

ella, a conservarla inédita o anónima, a modificarla, o a retirarla de la circulación. (Ley 23 de 1982, artículos 3o. y 30).

Como consecuencia, los autores de obras literarias, científicas y artísticas, ostentan un derecho patrimonial que de conformidad con el artículo 72 de la misma ley, se causa desde el momento en que la obra o producción, susceptible de estimación económica, se divulgue por cualquier forma o modo de expresión.

3. Cuando en ejercicio del derecho de autor, los autores o las asociaciones de autores celebren contratos con los usuarios o con las asociaciones que los representen, por concepto de ejecución, representación, exhibición y, en general, por uso o explotación de las obras protegidas por la ley 23 de 1982, esta misma norma señala que las tarifas concertadas en los respectivos contratos, serán las que tendrán aplicación siempre que no sean contrarias a los principios en ella consagrados. (Ibídem, artículo 73)

Por consiguiente, 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 por el derecho de autor. Y sólo en los casos en que no exista contrato, o hayan dejado de tener vigencia legal, las tarifas serán las que fije la entidad competente teniendo en cuenta entre otros factores la categoría del establecimiento donde se ejecute, la finalidad y duración del espectáculo.

En desarrollo de la materia contractual, la ley 23 de 1982 regula el contrato de edición (Capítulo VIII), el contrato de representación Capítulo IX) y el contrato de inclusión en fonogramas (Capítulo X)

Corresponde a la Dirección Nacional de Derecho de Autor, dependencia del Ministerio de Gobierno, la ejecución y vigilancia del cumplimiento del estatuto del derecho de autor, y por intermedio de su Oficina de Registro llevar los libros necesarios para el registro de las distintas obras y producciones, así como de los actos, contratos y decisiones judiciales relacionados con los derechos de autor. (Ley 23 de 1982, artículos 190 y 253 y decreto 1035 del mismo año).

4. En tratándose de la ejecución pública de obras musicales, por cualquier medio (que se realicen en teatros, cines, salas de concierto o baile, bares, etc., o se transmitan por radio o televisión es voluntad del legislador la de que sea previa y expresamente autorizada por el titular del derecho o sus representantes.

Y con la intención de que su voluntad no sea desvirtuada o desconocida, prescribe que las autoridades administrativas competentes no autorizarán la realización de espectáculos o audiciones públicas, sin que el responsable presente su programa acompañado de la autorización de los titulares de los derechos o de sus representantes y también que las mismas autoridades se abstendrán de expedir la licencia de funcionamiento, para aquellos establecimientos donde se ejecuten públicamente obras musicales, hasta cuando el solicitante de la referida licencia presente el comprobante respectivo de haber cancelado a los autores, representantes o causahabientes, los correspondientes derechos de autor. (Artículos 160 y 161).

Sin embargo, según el consultante, existe una práctica en Colombia que consiste en la utilización de la obra sin autorización previa del titular, lo cual ha dado lugar a que éste fije con posterioridad una suma de dinero por concepto de dicha utilización, cantidad que suele pagarse al momento en que el usuario requiere el paz y salvo para tramitar su licencia de funcionamiento.

La ley, se repite, dispone que en los casos en que no haya contrato, las tarifas serán las que fije la entidad competente teniendo en cuenta diversos factores, tales como la categoría del establecimiento donde se ejecute la obra artística, la finalidad del espectáculo y la duración del mismo. La ley 23 de 1982 no precisa qué debe entenderse por entidad competente, expresión que es distinta a la de “ autoridad competente “ que emplea en ciertos artículos (45, 46, 47, 54, 59, 85, 88, etc.) y con la cual alude a la Dirección Nacional del Derecho de Autor, tal como de forma expresa se explica en el artículo 253, inciso segundo, de la citada ley. Pero el decreto reglamentario 3116 de 1984, artículo 25, determina que “a falta de concertación, acuerdo o contrato entre las partes “, regirán las tarifas por concepto de ejecución pública que fije en forma general la Dirección Nacional del Derecho de Autor mediante resolución motivada.

La Sala estima que el decreto reglamentario no puede exceder los términos de la ley y, por tanto, toda concertación o acuerdo entre las partes debe hacerse constar en el respectivo contrato. Este, además, debe formalizarse por escrito y ser previo a la ejecución pública de que se trate.

De ahí que a la pregunta formulada : “ Si este proceder de las asociaciones autorales, de recaudar la totalidad de la suma fijada por el término de vigencia de la licencia de funcionamiento del establecimiento en donde se va a utilizar la obra o el fonograma, se ajusta a lo preceptuado en la ley 23 de 1982 ? “, pueda responderse, con base en los criterios analizados, diciendo que la ley quiere, ante todo, que exista un contrato previo entre el titular del derecho y el usuario; de no haberse manifestado el consenso de voluntades por medio de un contrato, será menester dar cumplimiento a las tarifas fijadas por la Dirección Nacional del Derecho de Autor, pues sólo esta dependencia del Ministerio de Gobierno está facultada para hacerlo “ en forma general “ y mediante resolución motivada.

De lo expuesto se colige que las asociaciones autorales pueden celebrar contratos con los usuarios o las asociaciones que a éstos representen; pero a falta de contrato, y en tratándose de la ejecución pública de obras musicales, no queda alternativa legal posible : es indispensable que las partes obren con sujeción a la tarifa determinada por la Dirección Nacional del Derecho de Autor. No tienen cabida, entonces, otras posiciones, como sería la fijación unilateral de la tarifa o el recaudo de su producto con fundamento en un criterio diferente al que consta en el contrato o, en subsidio, al que corresponde a la tarifa legal vigente.

5- En cuanto a la producción artística, expresión que la ley 23 de 1982 menciona de manera indiscriminada, como lo han hecho leyes anteriores y convenciones internacionales, sin especificar concretamente a qué actividades relacionadas con el arte se refiere, en primer lugar conviene decir que ciertamente es distinta del concepto de obra artística, aunque complementaria. Así, aquella ley se refiere a obras científicas, literarias o artísticas y producciones artísticas (artículo 162) y a la obligación del Ministerio de Gobierno de llevar los libros necesarios para el registro de las distintas obras y producciones (artículo 190). De igual modo, en el artículo 8o. define de una parte, la obra artística, la obra individual, la obra en colaboración, la obra colectiva, la obra inédita, la obra

póstuma, etc., y de la otra, explica qué se entiende por productor de fonograma y productor cinematográfico. El primero es “ la persona natural o jurídica que fija por primera vez los sonidos de una ejecución, u otro sonido “ y el segundo “ la persona natural o jurídica que tiene la iniciativa, la coordinación y la responsabilidad de la producción de la obra cinematográfica “. Entretanto, obra cinematográfica es “ cinta de video y videograma; la fijación, en soporte material, de sonidos sincronizados con imágenes, o de imágenes sin sonido “.

El empleo por la ley de las dos expresiones : obra artística producción artística, es demostrativo del interés por dar protección a las manifestaciones y trabajos artísticos. Es decir, al trabajo creativo relacionado con el arte, en el que intervienen una o varias personas y del cual resulte una obra originaria o derivada.

Son producción artística - Intentando describirla - los trabajos que se realizan con fundamento en una obra artística o, para la producción de ésta, utilizando procesos mecánicos, electrónicos, sonoros, audiovisuales, etc. , ya sea para su reproducción o comunicación al público, y cuya fijación conste en soporte material. Para la ley 23 de 1982 esa fijación consiste en “ la incorporación de imágenes y/o sonidos sobre una base material suficientemente permanente o estable para permitir su percepción, reproducción o comunicación “; de donde el concepto de “ producción artística “ comprende, según dicha ley, únicamente la producción de fonogramas y la producción cinematográfica (toda clase de videos y videogramas).

Por lo demás, el contrato de inclusión en fonogramas, que no comprende el derecho de ejecución pública, es aquel por medio del cual el autor de una obra musical autoriza a una persona natural o jurídica, mediante un remuneración a grabar o fijar una obra sobre un disco fonográfico, una banda, una película, un rollo de papel, o cualquier otro dispositivo o mecanismo análogo, con fines de reproducción, difusión o venta, según el tenor literal del artículo 151 de la ley que ha servido de referencia a la presente consulta.

Transcríbase al señor Ministro de Gobierno por intermedio de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República. (Código Contencioso Administrativo artículo 112).

JAIME PAREDES TAMAYO
Presidente de la Sala
Ausente con excusa

JAIME BETANCUR CUARTAS

JAVIER HENAO HIDRON

HUMBERTO MORA OSEJO

ELIZABETH CASTRO REYES
Secretaria