



Bogotá, D.C.,  
A. 100.15

DIRECCION NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR  
RAD.No.: **2-2022-105586**  
FECHA: 02-dic.-2022 4:04 pm  
DEP.: DIRECCION GENERAL  
TELEF.: 7868220  
FOLIOS: 15

Doctor  
**JAIME RAÚL SALAMANCA TORRES**  
H Representante  
Presidente Comisión Sexta  
[comision.sexta@camara.gov.co](mailto:comision.sexta@camara.gov.co)  
Ciudad

**Asunto: Concepto sobre el Proyecto de Ley 189 de 2022C (LEY DE LA MUSICA) "Por medio del cual se reconoce, promueve y fortalece el ecosistema musical colombiano y se dictan otras disposiciones"**

Honorable Representante Salamanca.

La Dirección Nacional de Derecho de Autor - DNDA, tiene la disposición de apoyar todas aquellas iniciativas legislativas cuyo propósito esté dirigido a fortalecer el ecosistema del Derecho de Autor y los Derechos Conexos, y brindar el debido acompañamiento para el normal trámite legislativo de los mismos. Con respecto al proyecto señalado en el asunto, esta Dirección considera pertinente e importante hacer algunos comentarios sobre el mismo, para lo cual respetuosamente presento el siguiente concepto que someto a su digna consideración.

## I. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Para comenzar debe advertirse que las normas relativas a la propiedad intelectual devienen de la propia Constitución Nacional, en cuyo artículo 61 se dispone, lo siguiente:

*"ARTICULO 61. El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley".*

Ahora bien, la propiedad intelectual es una disciplina normativa que protege las creaciones intelectuales provenientes del esfuerzo, trabajo o destreza humanos, dignos de reconocimiento jurídico<sup>1</sup>.

La Corte Constitucional<sup>2</sup> respecto al concepto de propiedad intelectual ha señalado lo siguiente:

*"Las creaciones del intelecto, y aquellas relacionadas con su divulgación y difusión, en cuanto bienes inmateriales han sido agrupadas, para efectos jurídicos, en los denominados **derechos de propiedad intelectual, los cuales, a su vez, comprenden los derechos de autor**, los derechos de propiedad industrial y los derechos sobre descubrimientos científicos, así como otras formas y manifestaciones de la capacidad creadora del individuo"*<sup>3</sup>. (Negrita y subrayado fuera del original)

<sup>1</sup> Propiedad Intelectual, El moderno Derecho de Autor, Ernesto Rengifo García, Universidad Externado de Colombia, Pág. 23.

<sup>2</sup> Pueden consultarse, entre otras las sentencias C-334 de 1993 (MP. Alejandro Martínez Caballero), C-040 de 1994 (MP. Alejandro Martínez Caballero), C-228 de 1995 (MP. Antonio Barrera Carbonell), C-262 de 1996 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz), C-519 de 1999 (MP. José Gregorio Hernández Galindo), C-509 de 2004 (MP. Eduardo Montealegre Lynnet), C-833 de 2007 (MP. Rodrigo Escobar Gil), C-523 de 2009 (MP. María Victoria Calle Correa), SU-913 de 2009 (MP. Juan Carlos Henao Pérez. SV. Jorge Iván Palacio Palacio), C-871 de 2010 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

<sup>3</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-276 de 1996. M.P Manuel José Cepeda Espinosa. Marco Gerardo Monroy Cabra



**"Los derechos de autor se encuentran comprendidos dentro del concepto de propiedad intelectual. El artículo 61 de la Constitución Política plantea, de una parte, la obligación del Estado de proteger este tipo de propiedad y, de otra, el desarrollo de una regulación legislativa en la materia. La propiedad intelectual comprende la propiedad industrial, que hace referencia a las marcas y patentes; el derecho de autor y conexos, especialmente relevantes para el caso objeto de estudio; y los derechos sobre descubrimientos científicos y otras formas de creación de la persona. 'La especial protección de la propiedad intelectual tiene como propósito amparar la creación producto del talento, trabajo y esfuerzo humanos'"**. (Negrita y subrayado fuera del original)

## II. COMPETENCIA DE LA DNDA

La DNDA es una Unidad Administrativa Especial adscrita al Ministerio del Interior, creada mediante el Decreto 2041 de 1991, a su vez modificado por los Decretos 4835 de 2008 y 1873 de 2015, con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal.

Esta Dirección es la autoridad administrativa competente para:

"... Diseñar, administrar y ejecutar las políticas gubernamentales en materia de derecho de autor y derechos conexos.

...Recomendar la adhesión y procurar la ratificación y aplicación a los tratados internacionales sobre derecho de autor y derechos conexos..."

## III. GENERALIDADES DEL DERECHO DE AUTOR

El Derecho de Autor consiste en un conjunto de normas que protegen los derechos subjetivos del creador o autor de la obra, entendida esta como *"toda creación intelectual, original, expresada en una forma reproducible"*<sup>5</sup>. En este mismo sentido, la Decisión Andina 351 de 1993 en su artículo 3° define a la obra como *"toda creación intelectual originaria, de naturaleza artística, científica o literaria susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma"*<sup>6</sup>.

De otro lado, cuando un tercero pretenda utilizar una obra protegida por el derecho de autor, necesita de la **autorización** del titular de los derechos patrimoniales de manera **previa** (anterior al uso) y **expresa** (no tácita) para tal efecto y **puede ser concedida a título gratuito u oneroso**.

## IV. OBJETO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR

De las anteriores definiciones, para que se considere que una creación tiene el carácter de obra protegible por el régimen de derecho de autor dicha creación tiene que cumplir con los siguientes requisitos:

- Que se trate de una *creación intelectual*. Es decir que sea el producto del ingenio y de la capacidad humana.

<sup>4</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-045 de 2015. M.P María Victoria Calle Correa.

<sup>5</sup> Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Glosario del Derecho de Autor y Derechos Conexos. Autor Principal György Boyta. Ginebra, 1980. Voz 262., p. 268.

<sup>6</sup> Artículo 3, Decisión Andina 351 de 1993 *"Régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos"*.



- Que sea *original*: La originalidad, no puede confundirse con la novedad de la obra, la originalidad se constituye en el sello personal que el autor imprime en su obra y que la hace única.
- Que sean de *carácter literario o artístico*: Esto se refiere a la forma de expresión de la obra, es decir, del lenguaje utilizado.
- Que sea susceptible de ser *divulgada o reproducida*: Lo anterior por cualquier medio conocido o por conocer.

Ahora bien, el artículo 2 de la Ley 23 de 1982 establece las obras sobre las cuales recae la protección en materia de derechos de autor, así:

*“Las obras científicas, literarias y artísticas las cuales se comprenden todas las creaciones del espíritu en el campo científico, literario y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión y cualquiera que sea su destinación, tales como: los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con letra o sin ella; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía, inclusive los videogramas; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de arte aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativas a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias, y, en fin, toda producción del dominio científico, literario o artístico que pueda reproducirse, o definirse por cualquier forma de impresión o de reproducción, por fonografía, radiotelefonía o cualquier otro medio conocido o por conocer”.*

El alcance de esa protección implica que **el Derecho de Autor protege las obras independientemente del medio en que son difundidas**, tal como lo dispone el artículo 2º de la Ley 23 de 1982. En el mismo sentido el artículo 4 de la Decisión Andina 351 de 1993, establece un criterio amplio de protección a las obras, cuando fija el objeto del derecho de autor, así:

*“La protección reconocida por la presente Decisión recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por **cualquier forma o medio conocido o por conocer** (...).”* (Negrita fuera del original).

## V. PREFERENCIA Y PREEMINENCIA DE LAS NORMAS COMUNITARIAS

Colombia es miembro de la Comunidad Andina en virtud del Acuerdo de Cartagena o Pacto Andino, suscrito en Bogotá el 26 de mayo de 1969 y aprobado por el Congreso mediante la Ley 8ª de 1973.

Desde el campo jurídico, los artículos 2, 3 y 4 del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, han establecido:

**Artículo 2.** *Las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por la Comisión de la Comunidad Andina;*

**Artículo 3.** *Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán **directamente** aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior.*



*Cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro.*

**Artículo 4.** *Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena.*

*Se comprometen, así mismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.” (Negrita fuera del original).*

Del anterior marco normativo se infiere que las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión de la Comunidad Andina, se caracterizan por dos aspectos esenciales: ser de aplicación **directa e inmediata** y tener una aplicación **preeminente**, esto es, **que cuando exista contradicción entre una norma comunitaria y una ley nacional, se preferirá aquélla.**

En relación con este punto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, citando al profesor Molina del Pozo, ha indicado que la primacía del ordenamiento comunitario se considera como:

*“...condición esencial del Derecho comunitario, que no puede subsistir nada más que a condición de no ser puesta en duda por el Derecho de los Estados Miembros.*

(...)

*El Derecho comunitario afirma su superioridad en virtud de su propia naturaleza, sin depender de las reglas particulares de cada Estado para regular los conflictos entre el Derecho Internacional y el Derecho interno.*

*El ordenamiento jurídico comunitario se impone, en su conjunto, sobre los ordenamientos jurídicos nacionales: la primacía beneficia a todas las normas comunitarias, originarias o derivadas, y se ejerce sobre todas las normas nacionales, administrativas, legislativas, jurisdiccionales o, incluso, constitucionales.*

*La primacía no se refiere solamente a las relaciones entre Estados e instituciones comunitarias, fundamentalmente el Tribunal de Justicia, sino que se aplica en los ordenamientos jurídicos nacionales, en los que se impone a las jurisdicciones nacionales, encargadas, así, de hacerla efectiva”.*

La aplicación directa y preferente del ordenamiento comunitario es un asunto expresamente aceptado por nuestra jurisprudencia nacional. De esta manera, en sentencia C-231 del 15 de mayo de 1997 la Corte Constitucional manifestó lo siguiente:

*“Una característica fundamental del ordenamiento comunitario andino se relaciona con la aplicación directa de las decisiones que crean derecho secundario, las cuales son obligatorias desde el momento mismo de su promulgación, salvo que expresamente se consagre que la norma concreta deba ser incorporada al derecho interno de cada país. Asimismo, debe destacarse que las normas comunitarias prevalecen sobre las normas locales”.*



Posteriormente, dicha corporación judicial reiteró la anterior tesis, a través de la sentencia C-155 del 28 de abril de 1998, donde sostuvo:

***“No es posible que la legislación nacional modifique, agregue o suprima normas sobre aspectos regulados por la legislación comunitaria. Podrá desarrollarla, pero esta facultad es excepcional y sólo es posible ejercerla cuando sea necesario para lograr la aplicación de aquella. Encuentra la Corte que efectivamente el Congreso Nacional no podía entrar a legislar sobre asuntos respecto de los cuales existía esta regulación previamente expedida por la Comisión del Acuerdo de Cartagena, hoy Comisión de la Comunidad Andina, salvo que se tratara de producir un complemento indispensable para la aplicación de la normatividad supranacional”.*** (Negrita y subrayado fuera del original)

Igualmente, el Consejo de Estado, a través de Sentencia proferida el 8 de febrero de 2001 dispuso:

*“Las Decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena o Comisión de la Comunidad Andina son de obligatorio cumplimiento en los Países Miembros y de aplicación directa, razón por la cual carece de fundamento el medio de defensa esgrimido por la parte demandada, cuando pretende que la norma invocada por los actores no es de recibo como fuente de legalidad interna de la actividad administrativa. Esa normatividad del ordenamiento jurídico andino condiciona la validez de los actos de las autoridades administrativas que se relacionen con las materias de que ellas se ocupen”.*

En este orden de ideas, cuando una norma interna entra en contradicción total o parcial respecto de una norma del ordenamiento andino, no es que aquella pierda su vigencia, pues en estricto sentido no se presenta el fenómeno de la derogación, sino que la misma se encuentra suspendida mientras su contenido normativo no se amolde a lo dispuesto en la legislación comunitaria, que como hemos visto, es de aplicación preferente.

## **VI. GESTIÓN COLECTIVA E INDIVIDUAL DE LOS DERECHOS DE AUTOR**

Los derechos concedidos por la legislación colombiana en favor de los autores y/o titulares de derechos patrimoniales de obras literarias y artísticas, les facultan para autorizar de manera previa y expresa la utilización de sus creaciones<sup>7</sup>. Dicha atribución en los términos del artículo 2.6.1.2.1. Capítulo 2 - Parágrafo del Decreto 1066 de 2015<sup>8</sup>, puede ser llevada a cabo de manera individual o colectiva.

Es preciso advertir que, de conformidad con la legislación vigente, la gestión colectiva del derecho de autor se entiende legalmente subordinada a la constitución de una SGC de naturaleza privada, que debe obtener por parte de la DNDA la respectiva personería jurídica y autorización de funcionamiento, la cual en desarrollo de su actividad es inspeccionada, vigilada y controlada por esta Entidad<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 23 de 1982 los autores o titulares de derechos patrimoniales cuentan con la facultad de aprovechar su obra a título gratuito u oneroso y en ese sentido pueden condicionar las autorizaciones para utilizar sus obras al pago de una suma de dinero que deberá pagar el respectivo usuario.

<sup>8</sup> 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. 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.

<sup>9</sup> En este sentido la Corte Constitucional en sentencia C-833 del 10 de octubre de manifestó lo siguiente: “...si bien la Corte ha señalado que para la administración de sus derechos los titulares de derechos de autor y derechos conexos pueden acogerse a formas de asociación distintas a la gestión colectiva, o realizar sus reclamaciones en forma individual, también ha sido expresa en puntualizar que quien quiera acceder a la modalidad de gestión prevista para las sociedades de gestión colectiva, debe acogerse a las previsiones legales sobre la materia”.



Sobre el particular, el Decreto 1066 de 2015, en su artículo 2.6.1.2.1, modificado por el artículo 8º del Decreto 1007 de 2022, dispone:

*“ARTÍCULO 2.6.1.2.1. 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 4º 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 afiliados correspondan con ocasión del uso de sus repertorios.*

*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.*

*La gestión individual será la que realice el propio titular de derecho de autor o de derechos conexos, no afiliado a ninguna sociedad de gestión colectiva.*

*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. 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, 87 y 92 de la Ley 1801 de 2016, las autoridades administrativas y policivas 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 y/o de la entidad recaudadora, 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.”*

En la actualidad, **las únicas sociedades de gestión colectiva con personería jurídica y autorización de funcionamiento otorgadas por esta Dirección**, en virtud del previo lleno de los requisitos legales, y por consiguiente legitimadas para gestionar y recaudar colectivamente los derechos de autor y conexos, según se trate, son:

- Sociedad de Autores y Compositores de Colombia, **SAYCO**, con autorización de funcionamiento conferida mediante la Resolución No. 070 del 5 de junio de 1997 por la DNDA. Sociedad que gestiona principalmente derechos de Autores y Compositores sobre obras musicales.
- Asociación Colombiana de Intérpretes y Productores Fonográficos, **ACINPRO**, con autorización de funcionamiento conferida por la DNDA mediante la Resolución No. 125 del 5 de agosto de



1997. Sociedad que gestiona principalmente derechos sobre prestaciones musicales de los intérpretes, ejecutantes y productores de fonogramas.

- Sociedad Colombiana de Gestión, **ACTORES**, con personería jurídica reconocida y confirmada mediante las Resoluciones 028 del 29 de noviembre de 1989 y 018 del 21 de febrero de 1997 de la DNDA, respectivamente, y con autorización de funcionamiento mediante la Resolución No. 275 del 28 de septiembre de 2011. Sociedad que gestiona principalmente derechos sobre remuneración equitativa por concepto de comunicación pública de interpretaciones que se encuentran fijadas en obras o grabaciones audiovisuales.
- Centro Colombiano de Derechos Reprográficos, **CDR**, con personería jurídica y autorización de funcionamiento reconocidas por la DNDA mediante las Resoluciones 088 del 14 de julio de 2000 y 035 del 18 de febrero de 2002, respectivamente. Sociedad que gestiona principalmente derechos sobre remuneración por concepto de reproducción reprográfica.
- Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales de Colombia, **EGEDA Colombia**, con personería jurídica reconocida por la DNDA mediante Resolución Número 232 del 28 de noviembre de 2005, y autorización de funcionamiento concedida mediante Resolución número 208 del 16 de noviembre de 2006. Sociedad que gestiona principalmente derechos de los productores audiovisuales.
- Directores Audiovisuales Sociedad Colombiana de Gestión, **DASC**, cuenta con personería jurídica y autorización de funcionamiento otorgadas por la DNDA a través de la Resolución No. 078 del 26 de marzo de 2018. Esta sociedad gestiona el derecho de remuneración equitativa que, de acuerdo con la Ley 1835 de 2017, corresponde a los directores por los actos de comunicación pública, incluida la puesta a disposición y el alquiler al público de las obras audiovisuales que han dirigido.
- Red Colombiana de Escritores Audiovisuales, de Teatro, Radio y Nuevas Tecnologías, **REDES**, con personería jurídica y autorización de funcionamiento otorgada a través de la Resolución No. 330 del 12 de diciembre de 2018, proferida por la DNDA. Sociedad que gestiona el derecho de remuneración equitativa que, de acuerdo con la Ley 1835 de 2017, corresponde a los autores del guion o libreto cinematográfico por los actos de comunicación pública, incluida la puesta a disposición y el alquiler al público que se haga de las obras audiovisuales en los cuales se han utilizado dichos guiones o libretos.
- Adicionalmente, la Dirección Nacional de Derecho de Autor —DNDA, mediante Resolución Número 291 del 18 de octubre de 2011, reconoció personería jurídica y concedió autorización de funcionamiento a la entidad sin ánimo de lucro, de carácter privado, denominada **ORGANIZACIÓN SAYCO ACINPRO -OSA**, la cual se encarga del recaudo de los derechos de autor y derechos conexos administrados por sus mandantes, en establecimientos abiertos al público.

Ahora bien, es posible que un titular de derecho de autor o de derechos conexos no afiliado a ninguna sociedad de gestión colectiva decida gestionarlos de manera individual, debiendo ajustarse, entonces, a los requisitos dispuestos en el artículo 2.6.1.2.1 del Decreto 1066 de 2015, el cual establece para el efecto:



*"Parágrafo. (...) 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".*

Sobre este particular la Corte Constitucional ha sido clara en señalar:

*"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**"<sup>10</sup> (Negrita fuera del original).*

## VII. ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY

Considerando la estructura del presente documento y descendiendo concretamente al proyecto de Ley objeto de estudio, nos permitimos manifestar lo siguiente:

### 1. El artículo 3 del Proyecto de Ley podría contravenir la Decisión Andina 351 de 1993.

A través del artículo 3º del proyecto, se introducen las siguientes definiciones:

*"Artículo 3. Definiciones: Para efectos de lo previsto en esta ley, en la Ley 397 de 1997 y en las normas relativas a la actividad musical se entiende por:*

- 1. Ecosistema musical: Corresponde al compendio de agentes-actores, industrias y elementos que rodean los procesos de creación, producción, circulación y divulgación de la música.*
- 2. Agentes: músicos creadores, intérpretes, productores, salas de música, asociaciones, sindicatos, organizaciones que fomentan la música, escuelas de formación, festivales, entre otros.*
- 3. Industria musical: La industria musical está conformada por las empresas y las personas dedicadas al negocio de la creación, la divulgación y la venta de música digital y análoga.*
- 4. Música colombiana: Para efectos de la presente Ley, se entiende por música colombiana, toda expresión sonora realizada por personas colombianas, o extranjeras en territorio colombiano.*

<sup>10</sup> Sentencia C-833 de 2007. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.



5. Industria de creación de contenido: es la industria donde el usuario tiene la posibilidad de dejar de recibir información de forma vertical y unilateral, para convertirse en un usuario que tiene la oportunidad de construir y reconstruir los contenidos a partir del uso de las tecnologías digitales.

6. Canales de Streaming: Canales que permiten ver y oír contenidos que se transmiten desde internet u otra red sin tener que descargar previamente los datos al dispositivo desde el que se visualiza y oye el archivo.

7. Plataforma digital de música: Es un lugar de Internet, portal o ciber sitio, o aplicación de suscripción por pago que sirve para almacenar diferentes tipos de contenidos musicales o audiovisuales con el objetivo de divulgar o comercializar dichos contenidos.

Los términos utilizados en esta ley serán entendidos en su sentido expresado o, en caso de duda, en el sentido de aceptación internacional de acuerdo con las previsiones incluidas en tratados que en materia musical se encuentren en vigor para el país, o en el sentido comúnmente incorporado a las legislaciones de países firmantes de tales acuerdos internacionales.  
(Subrayado fuera de texto)

Recordemos, que la actividad musical, al igual que las demás actividades creativas, vr.gr. el sector audiovisual o el literario, encuentran su protección a través del Derecho de Autor y los Derechos conexos; por ende, al señalarse que las definiciones incluidas en la propuesta del artículo 3º del proyecto de ley hacen parte de la normatividad relativa a la actividad musical, es posible concluir que tales definiciones, a su vez, harán parte del Derecho de Autor y los derechos conexos.

Así las cosas, es necesario aclarar que la Decisión Andina 351 de 1993 estableció su artículo 3º, las siguientes disposiciones:

*"Artículo 3.- A los efectos de esta Decisión se entiende por:*

- **Autor:** Persona física que realiza la creación intelectual.
- **Artista intérprete o ejecutante:** Persona que representa, canta, lee, recita, interpreta o ejecuta en cualquier forma una obra.
- **Autoridad Nacional Competente:** Organismo designado al efecto, por la legislación nacional sobre la materia.
- **Copia o ejemplar:** Soporte material que contiene la obra, como resultado de un acto de reproducción.
- **Derechohabiente:** Persona natural o jurídica a quien por cualquier título se transmiten derechos reconocidos en la presente Decisión.
- **Distribución al público:** Puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma.
- **Divulgación:** Hacer accesible la obra al público por cualquier medio o procedimiento.



- **Emisión:** Difusión a distancia de sonidos o de imágenes y sonidos para su recepción por el público.
- **Fijación:** Incorporación de signos, sonidos o imágenes sobre una base material que permita su percepción, reproducción o comunicación.
- **Fonograma:** Toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una representación o ejecución o de otros sonidos. Las grabaciones gramofónicas y magnetofónicas se consideran copias de fonogramas.
- **Grabación Efímera:** Fijación sonora o audiovisual de una representación o ejecución o de una emisión de radiodifusión, realizada por un período transitorio por un organismo de radiodifusión, utilizando sus propios medios, y empleada en sus propias emisiones de radiodifusión.
- **Obra:** Toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma.
- **Obra audiovisual:** Toda creación expresada mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que esté destinada esencialmente a ser mostrada a través de aparatos de proyección o cualquier otro medio de comunicación de la imagen y de sonido, independientemente de las características del soporte material que la contiene.
- **Obra de arte aplicado:** Creación artística con funciones utilitarias o incorporada en un artículo útil, ya sea una obra de artesanía o producida en escala industrial.
- **Obra Plástica o de bellas artes:** Creación artística cuya finalidad apela al sentido estético de la persona que la contempla, como las pinturas, dibujos, grabados y litografías. No quedan comprendidas en la definición, a los efectos de la presente Decisión, las fotografías, las obras arquitectónicas y las audiovisuales.
- **Oficina Nacional Competente:** Órgano administrativo encargado de la protección y aplicación del Derecho de Autor y Derechos Conexos.
- **Organismo de radiodifusión:** Empresa de radio o televisión que transmite programas al público.
- **Productor:** Persona natural o jurídica que tiene la iniciativa, la coordinación y la responsabilidad en la producción de la obra, por ejemplo, de la obra audiovisual o del programa de ordenador.
- **Productor de fonogramas:** Persona natural o jurídica bajo cuya iniciativa, responsabilidad y coordinación, se fijan por primera vez los sonidos de una ejecución u otros sonidos.
- **Programa de ordenador (Software):** Expresión de un conjunto de instrucciones mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada, es capaz de hacer que un ordenador -un aparato electrónico o similar capaz de elaborar informaciones-, ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado. El programa de ordenador comprende también la documentación técnica y los manuales de uso.



- **Publicación:** Producción de ejemplares puestos al alcance del público con el consentimiento del titular del respectivo derecho, siempre que la disponibilidad de tales ejemplares permita satisfacer las necesidades razonables del público, teniendo en cuenta la naturaleza de la obra.

- **Retransmisión:** Reemisión de una señal o de un programa recibido de otra fuente, efectuada por difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes, o mediante hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo.

- **Titularidad:** Calidad del titular de derechos reconocidos por la presente Decisión.

- **Usos honrados:** Los que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor.

- **Uso personal:** Reproducción u otra forma de utilización, de la obra de otra persona, en un solo ejemplar, exclusivamente para el propio uso de un individuo, en casos tales como la investigación y el esparcimiento personal."

Procederemos a continuación a hacer mención de cuáles definiciones del proyecto, no se ajustan o podrían referir con las definiciones de la normatividad andina:

1. **Ecosistema musical:** Corresponde al compendio de agentes-actores, industrias y elementos que rodean los procesos de creación, producción, circulación y divulgación de la música.

No es claro, si el término "agente-actores" se refiere a quienes crean las obras, caso en el cual la Decisión Andina 351 los denomina autores. Tampoco es claro, si el término de industria, podría referirse a lo que la Decisión Andina denomina productor o productor de fonogramas.

2. **Agentes:** músicos creadores, intérpretes, productores, salas de música, asociaciones, sindicatos, organizaciones que fomentan la música, escuelas de formación, festivales, entre otros.

De lo señalado en este numeral, se estaría denominando como "agentes" a aquellos creadores que la Decisión Andina 351 denomina autores, artistas intérpretes, ejecutantes y productores de fonogramas.

3. **Industria musical:** La industria musical está conformada por las empresas y las personas dedicadas al negocio de la creación, la divulgación y la venta de música digital y análoga.

En este punto, es importante precisar que el autor, de acuerdo con el Glosario de la OMPI<sup>11</sup> (Voz 17), es "la persona que crea una obra". De la anterior definición se deduce que del concepto de autor es inherente la facultad de creación intelectual. En relación con lo anterior, la doctrinante Delia Lipszyc indica que "Las personas físicas son las únicas que tienen aptitud para realizar actos de creación intelectual. Aprender, pensar, sentir, componer y expresar obras literarias, musicales y artísticas constituyen acciones que sólo pueden ser realizadas por los seres humanos"<sup>12</sup>.

Por lo tanto, en nuestro país, al igual que la generalidad de las naciones pertenecientes a la tradición jurídica continental, sólo reconoce como autor a la persona o personas naturales que crearon la obra. El

<sup>11</sup> Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

<sup>12</sup> LIPSZYC, Delia. Derecho de Autor y Derechos Conexos. Buenos Aires, obra editada conjuntamente por la UNESCO, el CERALC y Víctor P. Zaválla. S.A., 2001, P. 123.



artículo 3 de la Decisión Andina 351 de 1993 define al autor como *“la persona física que realiza la creación intelectual”*.

Al autor se le confiere desde el mismo momento de creación de la obra todas las prerrogativas morales y patrimoniales reconocidas por la legislación autoral. En virtud de esto, también se le denomina titular originario del derecho de autor.

De esta manera, los derechos morales se reconocen exclusivamente a los autores originarios de las obras artísticas o literarias, quienes necesariamente son las personas físicas que realizan la creación intelectual. A su vez, los artículos 11 de la Decisión Andina 351 de 1993 y 30 de la Ley 23 de 1982, establecen que los derechos morales que recaen sobre los autores de obras artísticas o literarias no son susceptibles de ser renunciados ni transferidos por el autor. Es decir, son prerrogativas del autor que se encuentran fuera del comercio.<sup>13</sup>

En materia de derechos patrimoniales, la situación es similar pues tales prerrogativas son reconocidas a los autores o titulares originarios por el hecho de la creación de la obra, advirtiendo que, a diferencia de los derechos morales, los derechos patrimoniales sí pueden ser transferidos por parte del autor a terceros o nuevos titulares.

Ahora bien, los titulares derivados son las personas, naturales o jurídicas diferentes a los autores, que han adquirido bien sea por causa de muerte, acto entre vivos o disposición legal, una o varias de las prestaciones patrimoniales de los autores. A diferencia de éstos últimos, a los titulares derivados el ordenamiento sólo les reconoce facultades patrimoniales sobre las creaciones, por cuanto los derechos morales siempre han de permanecer en cabeza de los autores.

El anterior marco conceptual nos sirve para concluir que sólo las personas naturales que crearon obras artísticas o literarias, bien sea en desarrollo de un contrato o fuera de éste, se reputan autores. Del mismo modo, eventualmente las personas jurídicas serán consideradas titulares derivados, si existió algún acto en virtud del cual hubiera operado la transferencia del derecho de autor. Teniendo en cuenta lo anterior, lo señalado en el presente numeral podría referir con la definición de la normatividad andina, en tanto se otorga a personas jurídica la calidad de creadores.

4. *Música colombiana: Para efectos de la presente Ley, se entiende por música colombiana, toda expresión sonora realizada por personas colombianas, o extranjeras en territorio colombiano.*

Esta Dirección no encuentra inconveniente con la definición que se hace de música colombiana; sin embargo, es necesario determinar su alcance para definir si la misma podría referir con la definición de fijación o fonograma que nos trae la normatividad andina.

5. *Industria de creación de contenido: es la industria donde el usuario tiene la posibilidad de dejar de recibir información de forma vertical y unilateral, para convertirse en un usuario que tiene la oportunidad de construir y reconstruir los contenidos a partir del uso de las tecnologías digitales.*

Para esta Dirección, no es claro lo señalado en el sentido que los usuarios podrán realizar modificaciones a las obras que utilizan, caso en el cual deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en la normatividad andina, específicamente en el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, en el sentido que el autor tiene el derecho moral(inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable) de

<sup>13</sup> Conforme lo disponen los artículos 11 de la Decisión Andina 351 de 1993 y 30 de la Ley 23 de 1982, los derechos morales son de carácter inalienable, irrenunciable, inembargable e imprescriptible



*“Oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor.”*

Igualmente, deberá tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 13 de la Decisión Andina 351 de 1993, en el sentido que el autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir “e) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.”

Resulta pertinente, llamar especialmente la atención sobre lo dispuesto en este numeral, en la medida que en nuestra opinión, podrían contravenir lo dispuesto en las citadas normas comunitarias.

En conclusión, es pertinente sugerir que se revisen las definiciones incluidas en el artículo 3º del proyecto de ley 189 de 2022, con el fin de evitar que los mismos entren en contradicción con la disposición andina.

En este orden de ideas, se reitera que cuando una norma interna entra en contradicción total o parcial respecto de una norma del ordenamiento comunitario, no es que aquella pierda su vigencia, pues en estricto sentido no se presenta el fenómeno de la derogación, sino que la misma se encuentra suspendida mientras su contenido normativo no se amolde a lo dispuesto en la legislación supranacional, que como hemos visto, es de aplicación preferente.

## **2. Las disposiciones propuestas que hacen parte del Capítulo II del proyecto podrían contravenir la Decisión Andina 351 de 1993.**

Según lo propone el artículo 4º del proyecto de ley 189 de 2022, se autoriza al Ministro de Cultura para crear el fondo mixto para el fortalecimiento del ecosistema musical. Si bien dicha iniciativa indiscutiblemente busca fortalecer el sector musical, es necesario aclarar lo siguiente:

En primer lugar, reiteramos lo señalado en precedencia en el sentido que las sociedades de gestión colectiva son entes privados sin ánimo de lucro y que el derecho de autor no es un tributo, ni tampoco constituyen recursos públicos o parafiscales. Dichos recursos son de carácter privado y constituyen un derecho reconocida por la ley en favor de los autores o titulares de derecho de autor.

En segundo lugar, debemos traer a colación lo señalado por el artículo 45 de la Decisión Andina 351 de 1993, en los términos siguientes:

*“Artículo 45.- La autorización a que se refiere el artículo anterior, se concederá en cumplimiento de los siguientes requisitos: (...) j) Que se obliguen, salvo autorización expresa de la Asamblea General, a que las remuneraciones recaudadas no se destinen a fines distintos al de cubrir los gastos efectivos de administración de los derechos respectivos y distribuir el importe restante de las remuneraciones, una vez deducidos esos gastos;”*

Como se podrá observar, desde la Decisión Andina 351 de 1993 se establece que los ingresos obtenidos por las sociedades de gestión colectiva deberán ser distribuidos entre sus socios, una vez deducidos los gastos de administración. Por lo tanto, establecer una disposición como el numeral 2. del artículo 5º del proyecto de ley 189 de 2022, podría contravenir el artículo 45 de la norma andina, en tanto se dispone que *“Los recursos del fondo mixto para el fortalecimiento del ecosistema musical. estarán constituidos por: (...) 2. Los recursos recaudados no distribuidos, por sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos.”*



Insistimos, que cuando una norma interna entra en contradicción total o parcial respecto de una norma del ordenamiento comunitario, no es que aquella pierda su vigencia, pues en estricto sentido no se presenta el fenómeno de la derogación, sino que la misma se encuentra suspendida mientras su contenido normativo no se amolde a lo dispuesto en la legislación supranacional, que como hemos visto, es de aplicación preferente.

Corolario de lo anterior, lo dispuesto en el artículo 9º del proyecto de ley, a través del cual se modifica el artículo 14 del capítulo III de la ley 44 de 1993, específicamente lo propuesto en el numeral 9º, podría ser contrario al artículo 45 de la Decisión Andina 351 de 1993, y de contera también resultarían contrarios los artículos 10 y 13 del proyecto de ley.

En el caso específico del artículo 10º del proyecto de ley, se propone lo siguiente:

**"Artículo 10. Modifíquese el artículo 22 del capítulo III de la ley 44 de 1993, el cual quedará así:**

**Artículo 22.** Prescriben a los 5 años, a partir de la notificación al interesado del proyecto de repartición o distribución, en favor del Fondo Mixto para el fortalecimiento del ecosistema musical y en contra de los socios de las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos, las remuneraciones no cobradas por ellos; mismo término aplicará la prescripción de obras o prestaciones no identificadas, contados a partir de la publicación del listado de obras o prestaciones no identificadas en la página web de la sociedad de gestión colectiva.

*En caso de litigio corresponderá a la sociedad de gestión colectiva demostrar que hizo todo lo razonable para identificar el autor o titular de la obra o prestación."*

Como lo hemos venido señalando, ningún recurso recaudado por las sociedades de gestión colectiva puede destinarse a fines distintos a ser distribuidos entre los socios, una vez descontados los gastos administrativos, salvo autorización expresa de la asamblea general. Lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 44 de 1993, el cual fue modificado por el artículo 34 de la Ley 1915 de 2018, tiene la misma lógica, esto es que en caso de existir remuneraciones no cobradas por los socios, estas prescribirán a favor de la sociedad, y como se señaló en precedencia, una vez ingresados los recursos a la sociedad deberán seguir lo dispuesto en el artículo 45 de la Decisión Andina 351 de 1993; con todo, consideramos que no es procedente establecer una destinación distinta a través del proyecto de ley que nos ocupa.

### **3. El artículo 27 del Proyecto de Ley podría contravenir la Decisión Andina 351 de 1993 y la normatividad nacional.**

El artículo 27 sobre las funciones del Consejo Nacional de Música, establece lo siguiente:

*"Artículo 27. Funciones del Consejo Nacional de Música. Son funciones del Consejo Nacional de Música:*

- 1. Desarrollar las políticas y adoptar decisiones para el desarrollo cultural, artístico, industrial y comercial de la industria musical, así como para su conservación, preservación y divulgación.*
- 2. Promover y velar por condiciones de participación y competitividad para la producción musical colombiana y dictar normas sobre porcentajes de participación nacionales en producciones musicales nacionales, cuando estos no se encuentren previstos en la ley.*

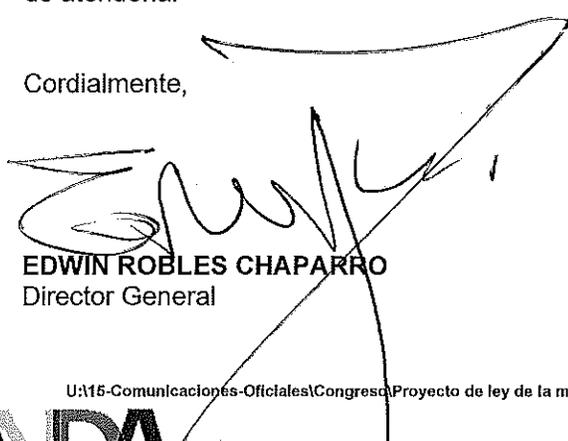


3. *Otorgar los estímulos e incentivos previstos en la Ley 397 de 1997 y vigilar el adecuado funcionamiento del Fondo parafiscal para el fortalecimiento del ecosistema musical.*
4. *Velar por el cumplimiento de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias relacionadas con la actividad musical en Colombia, así como con la adecuada explotación y prestación de servicios del ecosistema musical.*
5. *Participar activamente junto con el Ministerio de Cultura en la formulación de las políticas, planes y programas para el fortalecimiento de la música en el país.*
6. *Proponer al Ministerio de Cultura y a las entidades de cultura de los entes territoriales, las líneas de inversión y de acción para el desarrollo de la música en el país.*
7. *Darse su propio reglamento.*
8. *Crear comisiones permanentes o transitorias para atender asuntos específicos de su competencia.*
9. *Aprobar el presupuesto anual del fondo parafiscal para el fortalecimiento del ecosistema musical y los porcentajes de destinación de los recursos del fondo como se dispone en el artículo 19.*
10. *Dar concepto de los proyectos de políticas públicas, leyes o actos administrativos que estén relacionados con el sector de la música.*
11. *Mantener informados permanentemente a los agentes y organizaciones del área de música, sobre el desarrollo de las políticas, planes y programas tratados en el Consejo.*
12. *Imponer o promover, según el caso, las sanciones y multas a los agentes del ecosistema musical de acuerdo con los parámetros definidos en esta ley.*
13. *Velar por la correcta ejecución de los recursos y la adecuada atención a las prioridades establecidas en sus funciones.*
14. *Mantener, para efectos del adecuado seguimiento, control y ejecución de los recursos del Fondo para el fortalecimiento del ecosistema musical y para el cumplimiento de las políticas públicas a su cargo, el sistema de gestión de la información y registro SIMUS - Sistema de Información de la Música (creado en el 2003 en el marco del Plan nacional de la convivencia para la música y posterior en el 2017 proyecto de inversión del Departamento Nacional de Planeación DNP).”(subrayado fuera de texto)*

Sugerimos revisar lo dispuesto en el artículo 27 del proyecto, en lo referido en los numerales 10 y 12, y precisarlas en cuanto su alcance lo mayor posible, como quiera que algunas de las funciones asignadas al Consejo Nacional de Música, se contraponen a las funciones y competencias asignadas a las entidades del orden Nacional encargadas de las funciones de inspección, vigilancia y control a los diferentes agentes del ecosistema musical. Lo anterior, por ejemplo, por cuanto en el artículo 51 de la Decisión Andina 351 de 1993, se asignan funciones a las oficinas nacionales de derecho de autor o derechos conexos, en nuestro caso a la Dirección Nacional de Derecho de Autor.

Cualquier inquietud o aclaración que dé lugar el presente documento, con gusto estaré en disposición de atenderla.

Cordialmente,

  
**EDWIN ROBLES CHAPARRO**  
Director General