



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D. C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017).

CONSEJERA PONENTE: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ.

REF: Expediente nro. 11001-03-24-000-2014-00292-00.

Acción: Nulidad.

Actor: JORGE ALONSO GARRIDO ABAD.

TESIS: DECRETO QUE REGLAMENTA LA CONSTANCIA DE PAGO DEL DERECHO DE AUTOR EN ESPECTÁCULOS PÚBLICOS DE ARTES ESCÉNICAS NO EXCEDE POTESTAD REGLAMENTARIA NI VIOLA LA NORMA SUPERIOR Y ESTÁ EN ARMONÍA CON LA VOLUNTAD DEL LEGISLADOR DE PROTEGER LOS DERECHOS DERIVADOS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.

El ciudadano **JORGE ALONSO GARRIDO ABAD** en ejercicio del medio de control de nulidad, previsto en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, presentó demanda ante esta Corporación tendiente a obtener la declaratoria de nulidad del artículo 31 del Decreto 1258 de 14 de junio de 2012, "***Por el cual se reglamenta la Ley 1493 de 2011***", expedido por el Gobierno Nacional.

I.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO

I.1. Como hechos relevantes de la demanda, señala los siguientes:

1º: El Presidente de la República, en ejercicio de las facultades previstas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, expidió el Decreto 1258 de 2012, por medio del cual reglamentó la Ley 1493 de 26 de diciembre de 2011, «*Por la cual se toman medidas para formalizar el sector del espectáculo público de las artes escénicas, se otorgan competencias de inspección, vigilancia y control sobre las sociedades de gestión colectiva y se dictan otras disposiciones*».

2º: El artículo 31 del Decreto demandado reglamentó los artículos 17 y 22 de la Ley 1493, en lo concerniente a las autorizaciones, constancias y comprobantes de pago del derecho de autor.

3º: El mencionado decreto introdujo requisitos nuevos que no contempló la Ley 1493 reglamentada.

I.2. Fundamentó, en síntesis, los cargos de violación, así:

1. Violación del artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política. Asegura que, el decreto acusado extralimitó la potestad reglamentaria, porque cambió el alcance del texto de la ley reglamentada.

Al respecto explica que, el artículo 31 del decreto demandado adicionó el contenido de los artículos 17 y 22 de la Ley 1493, variando su alcance, en usurpación franca de las potestades del Legislador, porque estableció situaciones no ordenadas en la Ley reglamentada para el cumplimiento del requisito de pago del derecho de autor, tales como exigir un comprobante de pago que

provenza del titular de las obras que se pretenden ejecutar en el espectáculo público, con la respectiva individualización del repertorio musical y la prueba de ser el titular o representante del titular de dichas obras.

2. Violación del artículo 84 de la Constitución Política. Advierte que, el acto acusado establece requisitos adicionales para el ejercicio de la actividad económica relacionada con los espectáculos públicos de las artes escénicas o conciertos, lo que constituye una prohibición constitucional prevista en el artículo 84 superior, pues condiciona la validez del comprobante de pago del derecho de autor ante la autoridad competente y el responsable del escenario habilitado, al cumplimiento de unas condiciones que no fueron establecidas por el Legislador.

3. Violación del artículo 150, numeral 24, de la Constitución Política. Sostiene que, es potestad exclusiva del Congreso de la República regular el régimen de otras formas de propiedad intelectual, una de las cuales es el derecho de autor, razón por la cual el Ejecutivo no podía regular el régimen de pago del

mencionado derecho y cambiar el alcance de la norma que pretendió reglamentar, porque con ello transgredió el texto superior en comentario.

4. Violación del artículo 17 de la Ley 1493. Considera que, el artículo 31 demandado adicionó los requisitos que debe acreditar el productor de un espectáculo, con el fin de obtener la respectiva licencia, permiso o autorización, los cuales no fueron previstos en el artículo 17 de la Ley 1493.

Indica que, el numeral 5 del citado artículo únicamente establece el requisito consistente en cancelar el derecho de autor, siempre que en el espectáculo público se ejecuten obras causantes de dicho pago, mientras que el acto acusado se refiere a unos requisitos adicionales, tales como exigir que el comprobante de pago provenga del titular de las obras que se pretenden ejecutar en el espectáculo público, con la respectiva individualización del repertorio musical y la prueba de ser el titular o representante del titular de dichas obras.

5. Violación del artículo 22 de la Ley 1493. Arguye que, el artículo 22 que pretendió reglamentar el acto acusado, establece como requisito para la realización de espectáculos públicos en escenarios habilitados que el responsable de dicho escenario solicite a los productores permanentes u ocasionales las constancias de pago del derecho de autor, cuando hubiere lugar a ellos, pero no alude a los requisitos adicionales que se introdujeron con el artículo 31 del decreto acusado.

II.- TRÁMITE DE LA ACCIÓN

De conformidad con lo ordenado en el artículo 180 del CPACA, el 20 de junio de 2014 se dio inicio a la Audiencia Inicial, a la cual asistieron, **JORGE ALONSO GARRIDO ABAD**, en su calidad de actor del proceso; los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y del Interior, en su condición de entidades demandadas; y el Ministerio Público.

En la audiencia se hizo un recuento de las actuaciones procesales surtidas; la demanda se admitió como de nulidad, establecida en el artículo 138 del CPACA; enseguida se procedió al saneamiento del

proceso, sobre el cual las partes intervinientes y el Ministerio Público no observaron ningún vicio que pudiera acarrear nulidad procesal, por lo que el Despacho declaró debidamente saneados los vicios de nulidad relativa de que pudiere adolecer el proceso.

Habida cuenta de que no se propusieron excepciones previas o mixtas por la parte demandada, no se adoptó decisión al respecto. Además, el Despacho no encontró motivo o fundamento para declarar probada de oficio alguna excepción.

Acto seguido se procedió a la fijación del litigio, en los siguientes términos:

El objeto del presente litigio consiste en determinar si el artículo 31 del Decreto 1258 de 14 de junio de 2012, *“Por el cual se reglamenta la Ley 1493 de 2011”*, expedido por el Gobierno Nacional, vulnera lo dispuesto en los artículos 84, 150, numeral 24, y 189, numeral 11, de la Constitución Política; y 17 y 22 de la Ley 1493, de acuerdo con lo alegado en la demanda y sus contestaciones.

Las partes y el Ministerio Público manifestaron no tener objeción a la fijación del litigio en los términos expuestos.

El Despacho sustanciador dispuso tener como pruebas, en cuanto fueren conducentes y por el valor que les corresponda en derecho, los documentos aportados por las partes y puso de presente que el asunto es de puro derecho y, en consecuencia, prescindió de la audiencia de pruebas, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 179 del CPACA.

Asimismo, conforme a lo dispuesto en el inciso final del artículo 181 del CPACA, se consideró innecesaria la realización de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, por lo que se concedió a las partes el término de diez días a partir del día hábil siguiente al de la audiencia, para que, si así lo consideraban, presentaran alegatos de conclusión, lapso dentro del cual el Ministerio Público podría rendir concepto. Ninguna de las partes ni el Ministerio Público objetó la decisión.

II.1.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El **Ministerio del Interior** (folio 56) se opuso a los cargos señalados en la demanda, exponiendo, en síntesis, los siguientes argumentos:

- El Decreto acusado no desbordó la potestad reglamentaria establecida en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, en razón a que no estableció requisitos adicionales para el pago del derecho de autor en la realización de espectáculos públicos, previsto en los artículos 17 y 22 de la Ley 1493.

Explicó que, el objetivo del precepto que se demanda es garantizar que los comprobantes de pago del derecho de autor provengan del titular, sea gestor individual o colectivo y que los responsables de los escenarios públicos para la realización de los espectáculos puedan tener certeza del cumplimiento de dicho pago, lo que se logra cuando el gestor individual acredita la titularidad de las obras y especifica el repertorio.

Que, en esa medida, el artículo 31 cuestionado reglamenta la Ley 1493, precisando las características que deben tener las

autorizaciones y comprobantes de pago expedidos por personas diferentes a las sociedades de gestión colectiva del derecho de autor o de derechos conexos.

- Afirmó que, el Decreto 1258 de 2012 reglamenta la forma en que deben expedirse los comprobantes de pago del derecho de autor, cuando provienen de una persona diferente a las sociedades de gestión colectiva, con el fin de viabilizar lo dispuesto en los artículos 17 y 22 de la Ley 1493; por ende, no puede sostener el demandante que el Ejecutivo esté exigiendo requisitos adicionales para los responsables de los escenarios habilitados para los espectáculos de las artes escénicas.

- Alegó que, no es dable sostener que por el hecho de reglamentar las características que deben tener los comprobantes de pago del derecho de autor, expedidos por personas diferentes a las sociedades de gestión colectiva, se desconozca la facultad reguladora del Congreso de la República señalada en el artículo 150, numeral 24, superior, ni tampoco que se transgreda lo preceptuado en los artículos 17 y 22 reglamentados.

Al respecto, resaltó que, es característica inherente de la norma reglamentada que quien debe autorizar el uso de una obra es el titular del derecho de autor o el representante del titular, de ahí que cuando dicho derecho se ejerce mediante la modalidad de gestión individual, sea necesario especificar el repertorio de las obras licenciadas y acreditar la calidad de titular de las mismas, pues argumentar lo contrario sería permitir que cualquiera pudiera autorizar el uso de una obra, sin verificar su titularidad o representatividad, lo que desnaturalizaría el requisito de pago del derecho de autor ya que no podría comprobarse que se pagó en debida forma al titular.

III.- ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Agencia del Ministerio Público (folio 178) solicitó que se denegaran las pretensiones de la demanda y, en síntesis, argumentó que:

Los actos administrativos expedidos como consecuencia del ejercicio de la potestad reglamentaria prevista en el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política, pueden desarrollar el contenido de la ley, según lo ha sostenido la Jurisprudencia Constitucional¹. Desde esta perspectiva -explicó- al Presidente de la República le está vedado ampliar o restringir el sentido de la ley así como suprimir o modificar las disposiciones previstas en la Legislación, pues con ello estaría excediendo sus atribuciones.

Sostuvo que, la facultad reglamentaria no es absoluta y debe ejercerse dentro de las fronteras que marcan la Constitución y la ley, teniendo por objeto contribuir a la concreción de esta última; por consiguiente, tal facultad se encuentra subordinada a lo dispuesto por ella, sin que sea factible alterar o suprimir su contenido ni tampoco reglamentar materias reservadas al Legislador.

¹ Al respecto, cita la sentencia C-1005 de 2008, Magistrado ponente: doctor Humberto Sierra Porto.

Anotó que, como lo ha reiterado el Consejo de Estado², la potestad reglamentaria no puede emplearse para reglamentar asuntos que discrepen sustancialmente de la norma identificada como objeto de esa potestad, ya que cuando así se procede se configura una violación al ordenamiento constitucional; por tanto, los límites de esta facultad los señala la necesidad de cumplir adecuadamente la norma que desarrolla.

Arguyó que, reglamentar una ley implica dictar las normas generales necesarias que conduzcan a su cumplida aplicación, tal como precisar definiciones o aclarar etapas del procedimiento previsto en la ley, alcanzando el grado de generalidad o especificidad que determine el Presidente, según el contenido de la ley reglamentada, en ejercicio de la potestad reglamentaria que le ha sido reconocida³.

Resaltó que, confrontadas las funciones del Presidente de la República con el acto administrativo acusado, es dable inferir que el

² Cita la sentencia de 21 de octubre de 2010, Expediente nro. 11001-03-25-000-2005-00125-00 (5242-05), Consejero ponente: doctor Alfonso Vargas Rincón.

³ *Ibídem.*

Ejecutivo está legitimado para reglamentar la Ley 1493 y obtener así su cumplida ejecución, mediante el Decreto Reglamentario 1258 de 2012, con respaldo en la atribución conferida en la Constitución y la Ley y, por tanto, no se extralimitó en el ejercicio de sus funciones.

De otra parte, aseveró que, el acto acusado no viola los preceptos legales en que se fundamenta. Precisó que el Decreto 1258 de 2012 se fundamentó en los artículos 17 y 22 de la Ley 1493. El primero, en su numeral quinto, establece el deber de cancelar «*los derechos de autor*», como requisito que deben acreditar los productores de espectáculos públicos de artes escénicas. Por su parte, el artículo 22 ordena a los responsables de los escenarios habilitados solicitar a los productores «*las constancias de pago de derechos de autor*», con lo que se busca garantizar que los comprobantes de pago de los mencionados derechos provengan efectivamente de los titulares y que los responsables de los escenarios habilitados tengan la certeza sobre el cumplimiento de la obligación, cuestión que se logra especificando el repertorio de las obras, interpretaciones o

ejecuciones artísticas o fonogramas administradas por el gestor individual y acreditando la respectiva titularidad.

Por último, reiteró lo manifestado por la entidad demandada, en el sentido de estimar que el acto acusado está acorde con la norma superior en que se funda, al reglamentar las características que debe contener el comprobante de pago de derechos de autor, pues afirmar lo contrario sería permitir que cualquiera pudiera autorizar el uso de una obra, sin verificar su titularidad o representatividad, lo que desnaturalizaría el requisito de pago del derecho de autor, ya que no podría comprobarse que se pagó en debida forma al titular.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

El acto acusado

«DECRETO 1258 DE 2012 (Junio 14)

Por el cual se reglamenta la Ley 1493 de 2011.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las que le confieren el artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política, en desarrollo de la Ley 1493 de 2011, y

CONSIDERANDO:

[...]

DECRETA:

[...]

CAPÍTULO IX

Del cumplimiento del derecho de autor

[...]

Artículo 31. Autorizaciones, constancias y comprobantes de pago de derecho de autor. *Para efecto de lo dispuesto en los artículos 17 y 22 de la Ley 1493 de 2011, las autorizaciones, constancias o comprobantes de pago de derecho de autor deberán provenir de los titulares de las obras que se pretendan ejecutar en el espectáculo público o de la sociedad de gestión colectiva que los represente. La autorización, constancia o comprobante proveniente directamente del titular de los derechos de autor en virtud de la gestión individual, solamente tendrá validez ante las autoridades competentes y los responsables de los escenarios habilitados cuando se individualice el repertorio de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas o fonogramas administradas por el gestor individual que serán ejecutadas en el espectáculo público y se acredite que el mismo es titular o representante del titular de tales obras o prestaciones.»*

El presente asunto se contrae a determinar si el artículo 31 del Decreto 1258 de 2012 vulnera lo dispuesto en los artículos 84, 150, numeral 24 y 189, numeral 11, de la Constitución Política; y 17 y 22 de la Ley 1493.

El texto de las normas que se estiman infringidas es el siguiente:

Constitución Política.

«**Artículo 84.** Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio».

«**Artículo 150.** Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

[...]

24. Regular el régimen de propiedad industrial, patentes y marcas y las otras formas de propiedad intelectual.

[...]»

«**Artículo 189.** Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

[...]

1. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.

[...]»

Ley 1493.

«**Artículo 17. Racionalización de trámites y requisitos especiales para escenarios no habilitados.** En los escenarios no habilitados, todo espectáculo público de las artes escénicas requerirá la licencia, permiso o autorización de las autoridades competentes del ente municipal o distrital, para lo cual el productor deberá acreditar únicamente el cumplimiento de los siguientes requisitos:

[...]

5. Cancelar los derechos de autor previstos en la ley, si en el espectáculo público de las artes escénicas se ejecutaran obras causantes de dichos pagos.

[...]»

«Artículo 22. Pago de Derechos de Autor Declaraciones de Contribución Parafiscal y Garantías. Los responsables de los escenarios habilitados deberán solicitar a los productores permanentes u ocasionales las constancias del pago de los derechos de autor cuando hubiere lugar a ellos. Cuando se trate de productores permanentes, les exigirán copia del registro con tal condición y la última declaración bimestral de la contribución parafiscal, cuando se trate de productores ocasionales, les exigirán la prueba de la constitución de las garantías o pólizas».

La protección del derecho de autor

El ordenamiento jurídico colombiano cuenta con un amplio marco normativo de protección de la propiedad intelectual, previsto en instrumentos de derecho internacional y en la legislación interna.

Entre las normas internacionales, vale la pena destacar el Acuerdo de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI;⁴ el Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas⁵ y el Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (WCT)⁶.

⁴ Aprobado mediante la Ley 46 de 7 de diciembre de 1979.

⁵ Aprobado mediante la Ley 33 de 26 de octubre de 1987.

⁶ Aprobado mediante la Ley 565 de 2 de febrero de 2000.

También la Comunidad Andina, mediante la Decisión 351 de 17 de diciembre de 1993, estableció el Régimen sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, cuya finalidad es reconocer una adecuada y efectiva protección a los autores y demás titulares de derechos, sobre las obras del ingenio, en el campo literario, artístico o científico, cualquiera que sea el género o forma de expresión y sin importar el mérito literario o artístico ni su destino (artículo 1º).

En lo que respecta al ordenamiento interno, se destaca que de conformidad con el artículo 61 de la Constitución Política⁷, es deber del Estado proteger la propiedad intelectual «*por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley*». Esta disposición 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 Ley 23 de 28 de enero de 1982, sobre derechos de autor, establece la protección a los autores de obras literarias, científicas y artísticas, en los siguientes términos:

⁷ « [...] Artículo 61. El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley.»

«Artículo 1º.- *Los autores de obras literarias, científicas y artísticas gozarán de protección para sus obras en la forma prescrita por la presente Ley y, en cuanto fuere compatible con ella, por el derecho común. También protege esta Ley a los intérpretes o ejecutantes, a los productores de programas y a los organismos de radiodifusión, en sus derechos conexos a los del autor».*

Según esta norma, los derechos de autor recaen sobre las obras científicas, literarias y artísticas, las cuales comprenden todas las creaciones del espíritu en el campo científico, literario y artístico (artículo 2º).⁸

Igualmente, se resalta que la norma señala dos contenidos al derecho de autor: uno patrimonial, que se causa desde el momento en que la obra o producción, susceptible de estimación económica

⁸ «Artículo 2º. *Los derechos de autor recaen sobre las obras científicas literarias y artísticas las cuales 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 o las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía a; 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.»*

y cualquiera que sea su finalidad, es divulgada por cualquier forma o modo de expresión (artículo 72); y otro moral, que guarda relación con el derecho a reivindicar la titularidad de su obra.

Sobre este aspecto en particular, la Corte Constitucional, en la sentencia C-833 de 2007⁹, anotó:

*« [...] La protección jurídica a los autores se manifiesta en dos tipos de derechos, los derechos **patrimoniales** y los derechos **morales**. Los derechos patrimoniales se refieren al derecho exclusivo de realizar o autorizar la reproducción de la obra; la traducción, adaptación, arreglo o cualquier otra transformación de la misma y su comunicación al público mediante la representación, ejecución, radiodifusión o por cualquier otro medio. Los derechos morales, a su vez, comprenden, entre otros, el derecho del autor a reivindicar en todo tiempo la paternidad de su obra y, en especial, a que se indique su nombre o seudónimo cuando se realice cualquiera de los actos de comunicación pública de la misma; a oponerse a cualquier deformación, mutilación o modificación de su obra que pueda ir en detrimento de su honor o reputación; a conservar su obra inédita o anónima, o a modificarla, antes o después de su publicación.*

Por su parte, los derechos conexos a los de autor son aquellos que se conceden a los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión en relación con sus interpretaciones o ejecuciones, fonogramas y radiodifusiones, y tienen, también, manifestaciones morales y patrimoniales.[...]» (Resaltado fuera del texto original).

⁹Magistrado ponente: doctor Rodrigo Escobar Gil.

De otra parte, la Ley 44 de 5 de febrero de 1993¹⁰ modificó y adicionó la Ley 23 de 1982 y reglamentó el funcionamiento de las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos, en los siguientes términos:

«Artículo 10. Los titulares de derechos de autor y derechos conexos podrán formar sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos, sin ánimo de lucro con personería jurídica, para la defensa de sus intereses conforme a las disposiciones establecidas en la Ley 23 de 1982 y en la presente Ley.»

De acuerdo con las normas legales comentadas, los titulares de derechos de autor o de derechos conexos pueden pactar el uso de sus creaciones u obras, así como la remuneración correspondiente, en ejercicio de la autonomía privada de su voluntad y el cobro de esos derechos pueden efectuarlo personalmente o a través de las asociaciones que constituyan para su recaudo, que pueden adoptar la forma de las sociedades de gestión colectiva u otras formas diferentes, como lo ha reconocido la Jurisprudencia de esta Corporación.¹¹

¹⁰ Por la cual se modifica y adiciona la Ley 23 de 1982 y se modifica la Ley 29 de 1944.

¹¹ Sentencia de 22 de marzo de 2013, Expediente nro. 2008-00027, Consejera ponente: doctora María Claudia Rojas Lasso.

Ahora bien, frente a los riesgos de apropiación indebida de los derechos de propiedad intelectual, el Estado, en cumplimiento de su deber constitucional contenido en el artículo 61 superior ha diseñado distintos tipos de contratos de derecho privado en materia de derecho de autor y de derechos conexos, pero además, ha recurrido a distintas reglamentaciones con el fin de fijar el alcance y las condiciones en las que deben garantizarse los derechos derivados de la propiedad intelectual, frente a [...] *una realidad que se ha mostrado como muy diversa y dinámica y que presenta complejidades de distinto orden, que con frecuencia muestran la insuficiencia de las posibilidades puramente privadas de gestión de los derechos[...]*», como lo puntualizó la Corte Constitucional en la sentencia C-833 de 2007¹².

En palabras de esa Corporación, lo concerniente a los derechos que corresponden a los autores por concepto de ejecución, representación, exhibición, uso o explotación de las obras generadas en su creatividad o concepción artística o intelectual, no

¹²Sentencia C-833 de 2007, Magistrado ponente: doctor Rodrigo Escobar Gil.

puede dejarse a «*la voluntad puramente contractual, al acuerdo o al convenio entre quien explota el material al que se refieren aquéllos y el autor correspondiente o quien sus derechos representa*»¹³ y, por tanto, se hace necesaria la intervención del Estado en la creación de normas de orden público, no susceptibles de ser contradichas o anuladas mediante pactos bilaterales.

Dentro de este contexto la Jurisprudencia Constitucional ha determinado que el Legislador goza de una amplia libertad de configuración para determinar la manera como deben ser protegidos los derechos de autor y los derechos conexos¹⁴, atendiendo también a los acuerdos internacionales sobre la materia.

Ley 1493, sobre espectáculos públicos de las artes escénicas

El 26 de diciembre de 2011 se expide la Ley 1493, cuyo objeto fue reconocer, formalizar, fomentar y regular la industria del

¹³ Sentencia C- 519 de 1999, Magistrado ponente: doctor José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁴ Sentencia C-966 de 2012, Magistrada ponente: doctora María Victoria Calle Correa.

espectáculo público de las artes escénicas; democratizar la producción e innovación local, diversificar la oferta de bienes y servicios, ampliar su acceso a una mayor población, aumentar la competitividad y la generación de flujos económicos, la creación de estímulos tributarios y formas alternativas de financiación; y garantizar las diversas manifestaciones de las artes escénicas que por sí mismas no son sostenibles pero que son fundamentales para la construcción de la base social y los procesos de identidad cultural (artículo 2º).

Con la formalización de los espectáculos públicos de las artes escénicas se buscó incentivar el mantenimiento y creación de escenarios habilitados para la realización de forma habitual de este tipo de espectáculos para lo cual, entre otras medidas, se consiguió derogar los impuestos a los *espectáculos públicos*¹⁵, *al deporte*¹⁶ y

¹⁵ Ley 12 de 23 de septiembre de 1932, sobre autorizaciones al Gobierno para obtener recursos extraordinarios (artículo 7º, numeral 1) y Ley 33 de 15 de noviembre de 1968, “Por medio de la cual se provee al fortalecimiento de los Fiscos seccionales y municipales, se conceden unas facultades y se dictan otras disposiciones” (artículo 3º, literal a).

¹⁶Ley 181 de 18 de enero de 1995, “Por la cual se dictan disposiciones para el fomento del deporte, la recreación, el aprovechamiento del tiempo libre y la Educación Física y se crea el Sistema Nacional del Deporte” (artículo 77) y Ley 30 de 20 de diciembre de 1971, “por la cual la Nación contribuye a la realización de los primeros juegos deportivos de los Territorios Nacionales y de los X y XI juegos deportivos nacionales, y se dictan medidas relacionadas con el fomento del deporte y la cultura.” (artículo 2º).

*al fondo de pobres*¹⁷, creando la contribución parafiscal cultural a la boletería de los espectáculos públicos de las artes escénicas¹⁸, con destino a la financiación de obras de infraestructura de los escenarios¹⁹.

¹⁷ Autorizado por el Acuerdo 399 de 2009 del Concejo de Bogotá D.C.

¹⁸ **«Artículo 7°. Creación de la contribución parafiscal cultural a la boletería de los espectáculos públicos de las artes escénicas y hecho generador.** Créase la contribución parafiscal cultural cuyo hecho generador será la boletería de espectáculos públicos de las artes escénicas del orden municipal o distrital, que deben recaudar los productores de los espectáculos públicos de las artes escénicas equivalente al 10% del valor de la boletería o derecho de asistencia, cualquiera sea su denominación o forma de pago, cuyo precio o costo individual sea igual o superior a 3 UVTS. El Ministerio de Cultura podrá hacer las verificaciones que considere pertinentes a fin de establecer la veracidad de los reportes de ventas de los productores. »

¹⁹ **«Artículo 13. Asignación de los recursos.** La Cuenta Especial de la contribución parafiscal de los espectáculos públicos de las artes escénicas estará a cargo del Ministerio de Cultura, entidad que trasladará los recursos a los municipios a través de las Secretarías de Hacienda o quienes hagan sus veces, las cuales a su vez, deberán transferir los recursos a las secretarías de cultura o quienes hagan sus veces. Estos recursos y sus rendimientos serán de destinación específica y estarán orientados a inversión en construcción, adecuación, mejoramiento y dotación de la infraestructura de los escenarios para los espectáculos públicos de las artes escénicas.

Los recursos de que trata este artículo no harán unidad de caja con los demás recursos del presupuesto de los municipios o distritos y su administración deberá realizarse en cuentas separadas de los recursos de la entidad municipal o distrital.

Parágrafo 1°. Estos recursos no podrán sustituir los recursos que los municipios o distritos destinen a la cultura y a los espectáculos públicos de las artes escénicas. En ningún caso podrán destinarse estos recursos al pago de nómina ni a gastos administrativos.»

El artículo 17 de la citada ley se refirió a la racionalización de trámites y requisitos especiales para escenarios no habilitados²⁰, de la siguiente manera:

«Artículo 17. Racionalización de trámites y requisitos especiales para escenarios no habilitados. *En los escenarios no habilitados, todo espectáculo público de las artes escénicas requerirá la licencia, permiso o autorización de las autoridades competentes del ente municipal o distrital, para lo cual el productor deberá acreditar únicamente el cumplimiento de los siguientes requisitos:*

1. Contar con un plan de contingencia para la prevención y mitigación de riesgos, según la complejidad del evento.

2. Cumplir con las condiciones sanitarias y ambientales definidas por el Decreto-ley 2811 de 1974 y las demás normas aplicables sobre la materia.

3. En el caso de edificaciones nuevas, las que soliciten licencia de construcción y aquellas indispensables para la recuperación de la comunidad con posterioridad a la ocurrencia de un sismo, se deberá contar con un concepto técnico del comportamiento estructural y funcional del escenario, en los términos y condiciones establecidas en la normatividad nacional que regula la materia: Ley 400 de 1997 y Decreto reglamentario 926 de 2010 y/o las que las modifiquen o sustituyan.

4. Cumplir con las normas referentes a la intensidad auditiva, horario y ubicación señalados por la entidad competente del respectivo municipio o distrito.

²⁰ Por contraste con la definición de *escenarios habilitados*, contenida en el artículo 3° y que se refiere a: “*aquellos lugares en los cuales se puede realizar de forma habitual espectáculos públicos y que cumplen con las condiciones de infraestructura y seguridad necesarias para obtener la habilitación de escenario permanente por parte de las autoridades locales correspondientes. Hacen parte de los escenarios habilitados los teatros, las salas de conciertos y en general las salas de espectáculos que se dedican a dicho fin*”.

5. Cancelar los derechos de autor previstos en la ley, si en el espectáculo público de las artes escénicas se ejecutaran obras causantes de dichos pagos.

6. Que está cumpliendo con el pago y declaración de la contribución parafiscal de que trata el artículo 8° de esta ley, y de las demás obligaciones tributarias consagradas legalmente.

7. Si se trata de un productor ocasional, que cumpla con las garantías o pólizas de que trata el artículo 10.

Parágrafo 1°. El organizador o productor de un espectáculo público de las artes escénicas deberá registrar y acreditar los requisitos de que trata este artículo, con un mínimo de menos quince días de antelación a la realización del mismo.

Parágrafo 2°. Término para decidir sobre el permiso. La autoridad competente contará con un término de veinte (20) días calendario para expedir o negar el permiso solicitado. Si se hubieren acompañado todos los documentos solicitados y la autoridad competente no hubiere decidido sobre el mismo, se aplicará el silencio administrativo positivo, y se entenderá concedido el permiso para la realización del espectáculo público.

Parágrafo 3°. Los responsables de los espectáculos públicos con artistas internacionales garantizarán las mismas condiciones técnicas, escénicas y personales a los artistas nacionales que compartan el escenario con estos». (Resaltado fuera del texto original).²¹

²¹ Por su parte, los escenarios habilitados, para el reconocimiento de tal categoría, únicamente deben acreditar el cumplimiento de los siguientes requisitos:

«Artículo 16. [...]1. Contar con un plan tipo de emergencia para la prevención y mitigación de riesgos, que para cada municipio y/o distrito definirá la autoridad competente.

2. Cumplir con las condiciones sanitarias y ambientales definidas por el Decreto-ley 2811 de 1974 y las demás normas aplicables sobre la materia.

3. Las edificaciones nuevas, las que soliciten licencia de construcción y aquellas indispensables para la recuperación de la comunidad con posterioridad a la ocurrencia de un sismo, deberán contar con un

Y el artículo 22 *ibídem* se ocupó del pago de derechos de autor en los espectáculos públicos de artes escénicas que se lleven a cabo en los escenarios habilitados:

«Artículo 22. Pago de Derechos de Autor Declaraciones de Contribución Parafiscal y Garantías. Los responsables de los escenarios habilitados deberán solicitar a los productores permanentes u ocasionales las **constancias del pago de los derechos de autor** cuando hubiere lugar a ellos. Cuando se trate de productores permanentes, les exigirán copia del registro con tal condición y la última declaración bimestral de la contribución parafiscal, cuando se trate de productores ocasionales, les exigirán la prueba de la constitución de las garantías o pólizas». (Resaltado fuera del texto original).

Los artículos transcritos fueron reglamentados por el artículo 31 del Decreto 1258 de 2012, en lo concerniente a la **autorización, constancia o comprobante de pago del derecho de autor**, tanto en los escenarios habilitados (habituales), como los no

concepto técnico del comportamiento estructural y funcional del escenario, en los términos y condiciones establecidas en la normatividad nacional que regula la materia: Ley 400 de 1997 y Decreto Reglamentario 926 de 2010 y/o las que las modifiquen o sustituyan.

4. *Cumplir con las normas referentes a la intensidad auditiva, horario y ubicación señalados por la entidad competente del respectivo municipio o distrito. [...]*»

habilitados. Dicha autorización, constancia o comprobante de pago debe, según el precepto acusado:

- Provenir de los titulares de las obras que se pretendan ejecutar en el espectáculo público o de la sociedad de gestión colectiva que los represente.
- En caso de provenir del titular de los derechos de autor, en virtud de la gestión individual, deberá, además: (i) individualizar el repertorio de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas o fonogramas administradas por el gestor individual que serán ejecutadas en el espectáculo público y (ii) acreditar que el mismo es titular o representante del titular de tales obras o prestaciones.

Análisis de los cargos de la demanda

1. Violación del artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política

A juicio del demandante el Decreto acusado se extralimitó en la potestad reglamentaria porque estableció requisitos adicionales a los ordenados en la Ley 1493, para el pago del derecho de autor, tales como exigir un comprobante que provenga del titular de las obras que se pretenden ejecutar en el espectáculo público, acompañado de la individualización del repertorio musical y de la prueba de ser el titular o representante del titular de dichas obras.

Al respecto, es menester precisar que la potestad reglamentaria, como lo ha sostenido la Jurisprudencia de la Sala, no puede emplearse para alterar la voluntad o espíritu de la ley objeto de esa potestad. Sobre el punto, la Sala acotó:

*«[...] No le es posible al Presidente de la República, so pretexto de reglamentar la ley, introducir en ella alteraciones que desvirtúan la voluntad del legislador pues los límites de esta facultad los señala la necesidad de cumplir adecuadamente la norma que desarrolla; tiene sí la responsabilidad de hacer cumplir la ley y de crear los mecanismos necesarios para hacerla efectiva, pues de lo contrario ésta quedaría escrita pero su efectividad nula; es potestativo del titular de la potestad reglamentaria definir cuáles son y con qué detalle las disposiciones de la ley que requieren reglamentación o desarrollo; si las leyes expedidas por el Congreso proveen todos los elementos indispensables para su ejecución, el órgano administrativo no tendría nada que agregar y por lo tanto no habría necesidad de ejercitar la potestad reglamentaria.[...]».*²²

En el caso bajo examen es claro que la Ley 1493 buscó reconocer, formalizar, fomentar y regular la industria del espectáculo público de las artes escénicas, en virtud de lo cual estableció el requisito consistente en el pago del derecho de autor cuando se ejecuten

²² Sentencia de 25 de octubre de 2007, Expediente nro. 2004-00109-01, Consejera ponente: doctora Martha Sofía Sanz Tobón.

obras causantes de dicho pago, que se lleven a cabo en escenarios habilitados y no habilitados, en los términos de la mencionada ley.

El Gobierno Nacional reglamentó este requisito, como ya se indicó, señalando que el comprobante de pago del derecho de autor debe contener los siguientes elementos: (i) provenir de los titulares de las obras que se pretendan ejecutar en el espectáculo público o de la sociedad de gestión colectiva que los represente y, en caso de provenir del titular de los derechos de autor, en virtud de la gestión individual, (ii) individualizar el repertorio de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas o fonogramas administradas y acreditar que el mismo es titular o representante del titular de tales obras o prestaciones.

La Sala observa que con dicha reglamentación no se desdibujó la voluntad plasmada en la Ley reglamentada, ni se varió su finalidad, como lo advierte el demandante, sino que, por el contrario, la disposición acusada del Decreto reglamentario estuvo soportada sobre la base de la Ley que reglamentó, esto es, sobre la necesidad de hacer efectiva la garantía del titular del derecho de autor,

permitiendo que el comprobante de pago cumpla con la finalidad de demostrar que el productor está autorizado para disponer de la respectiva obra. Es decir, el reglamento está haciendo explícito lo que está implícito en la ley.

En tal sentido, la Sala comprende que el Ejecutivo cuenta con competencia constitucional y legal para expedir la reglamentación que garantice el pago del derecho de autor, previsto en la ley 1493 y, por ende, la manera en que lo efectuó, a través del acto acusado, no excedió dicha competencia.

De otra parte, se destaca que la materia que fue reglamentada por el Gobierno Nacional mediante el Decreto demandado guarda armonía con otras disposiciones de la Ley sobre derechos de autor (Ley 23 de 1982), tales como el artículo 258, que facultó al Ejecutivo para «*dictar las normas de carácter administrativo, fiscal y presupuestal, necesarias para la debida ejecución de esta Ley*» y los artículos 158, 160 y 162 *ídem*²³, que se refieren a la necesidad

²³ « [...] Artículo 158. La ejecución pública, por cualquier medio, inclusive radiodifusión, de obra musical con palabras o sin ellas, habrá de ser previa y expresamente autorizada por el titular de derecho o sus representantes

de presentar el repertorio musical, previamente autorizado por el titular o su representante, para poder realizar un espectáculo público.

De ahí que, el hecho de que el Decreto Reglamentario acusado establezca el deber de individualizar el repertorio de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas o fonogramas administradas por el gestor individual que serán ejecutadas en el espectáculo público y acreditar que el mismo es titular o representante del titular de tales obras o interpretaciones, esté en armonía con lo dispuesto en los mencionados artículos, lo que corrobora que no hay una extralimitación del Ejecutivo sino más bien la concreción del deber constitucional de velar por el estricto cumplimiento de las leyes.

« [...] Artículo 160. Las autoridades administrativas del lugar 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 [...]».

« [...] Artículo 162. El Ministerio de Comunicaciones no permitirá a los organismos de radiodifusión que utilicen en sus emisiones obras científicas, literarias o artísticas y producciones artísticas que no hayan sido previamente y expresamente autorizadas por sus titulares o sus representantes. [...]».

En definitiva, para la Sala no prospera el cargo de violación del artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política.

2. Violación del artículo 84 de la Constitución Política

Considera el actor que el Decreto demandado estableció requisitos adicionales para el ejercicio de la actividad económica relacionada con los espectáculos públicos de las artes escénicas o conciertos, lo que constituye una prohibición constitucional prevista en el artículo 84 superior, pues condiciona la validez del comprobante de pago del derecho de autor ante la autoridad competente y el responsable del escenario habilitado, al cumplimiento de unas condiciones que no fueron establecidas por el Legislador.

El cargo bajo examen tampoco tiene vocación de prosperidad, si se tiene en cuenta que el artículo 31 del Decreto 1258 de 2012 no fija parámetros adicionales a los señalados en la Ley 1493 para el sector de los espectáculos públicos de las artes escénicas, sino que desarrolla un requisito ordenado en la citada Ley, relacionado con el comprobante de pago del derecho de autor, por lo que no se visualizan exigencias adicionales a las previstas en la norma

superior para el ejercicio de dicha actividad, que permita inferir la violación del texto constitucional.

3. Violación del artículo 150, numeral 24, de la Constitución Política

En la demanda se indica que es potestad exclusiva del Congreso de la República regular el régimen de otras formas de propiedad intelectual, una de las cuales es el derecho de autor, razón por la cual el Ejecutivo no podía regular el régimen de pago del mencionado derecho y cambiar el alcance de la norma que pretendió reglamentar.

La Sala en este punto reitera que el Ejecutivo contaba con competencia constitucional y legal para expedir la reglamentación tendiente a garantizar el pago del derecho de autor, previsto en la Ley 1493, como quedó señalado anteriormente al examinar el cargo de violación de la potestad reglamentaria; por ende, al expedir el Decreto 1258 de 2012 el Gobierno Nacional no usurpó las competencias del Congreso, sino que desarrolló las facultades por este otorgadas, con el objeto de proteger a los titulares del derecho

de autor en la utilización de sus obras en espectáculos públicos, todo ello en armonía con lo dispuesto en la legislación que gobierna la materia.

4. Violación de los artículos 17 y 22 de la Ley 1493

El demandante indica que el numeral 5 del artículo 17 reglamentado únicamente establece como requisito para la licencia, cancelar el derecho de autor, siempre que en el espectáculo público se ejecuten obras causantes de dicho pago, mientras que el acto acusado se refiere a unos requisitos adicionales, tales como exigir que el comprobante de pago provenga del titular de las obras que se pretenden ejecutar en el espectáculo público, con la respectiva individualización del repertorio musical y la prueba de ser el titular o representante del titular de dichas obras.

Igualmente, asevera que el artículo 22 que pretendió reglamentar el acto acusado, establece como requisito para la realización de espectáculos públicos en escenarios habilitados que el responsable de dicho escenario solicite a los productores permanentes u

ocasionales las constancias de pago del derecho de autor, cuando hubiere lugar a ellos, pero no alude a los requisitos adicionales que se introdujeron con el artículo 31 del Decreto acusado.

Sobre el particular, la Sala estima que el acto acusado no contraviene lo dispuesto en la norma superior en que se funda, esto es, los artículos 17 y 22 de la Ley 1493, pues se trata del desarrollo de dichos preceptos en lo que concierne a la autorización, constancia o comprobante de pago del derecho de autor, no como un elemento adicional a lo establecido por el Legislador, sino como el cumplimiento cabal de la voluntad de este orientada a garantizar las obligaciones en materia de propiedad intelectual, contenidas no solo en la citada Ley 1493, sino también en la Ley 23 de 1982, cuyos artículos 158, 160 y 162 se refirieron a la forma de ejecución pública de obras, incluyendo la individualización del repertorio y la acreditación de la titularidad, como se mencionó anteriormente.

Es por esta razón que el cargo en estudio tampoco prospera.

Las consideraciones anteriores conducen a la Sala a denegar las súplicas de la demanda, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de la presente providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 17 de agosto de 2017.

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO