

# MERCADO DE DERECHOS DE AUTOR EN COLOMBIA

---

TITO YEPES • MAURICIO RAMÍREZ

---



# MERCADO DE DERECHOS DE AUTOR EN COLOMBIA

AUTORES

TITO YEPES  
MAURICIO RAMÍREZ

*Este documento no compromete a ninguna de las personas o entidades que fueron consultadas para su desarrollo. Tampoco compromete a Directv, sus empleados o sus directivas, quienes financiaron y participaron en la realización de este estudio. No obstante, al final del documento, a manera de directorio, se encuentra un anexo de las personas que fueron entrevistadas y que participaron en los talleres de socialización. Los análisis y conclusiones son responsabilidad exclusiva de los autores. Los autores agradecen la excelente participación de Nicolás Martínez como asistente de investigación. También agradecen a Claudia Cadena en la edición de este documento. Un agradecimiento especial al personal administrativo de Fedesarrollo cuyo trabajo es fundamental para este y todos nuestros estudios.*

**Mercado de derechos de autor en Colombia.**

Autores: Tito Yepes, Mauricio Ramírez.

Fedesarrollo, Directv, Bogotá, D.C., 2019

ISBN: 978-958-52187-1-0

Formato: 17 x 24 cm | Páginas: 118

**Mercado de derechos de autor en Colombia.**

ISBN: 978-958-52187-1-0

Primera edición: agosto 2019

Derechos reservados.

Esta publicación no puede ser utilizada de manera total o parcial. No puede ser registrada ni reproducida en ninguna forma ni por ningún medio, sea éste mecánico, fotoquímico, electrónico o magnético, o cualquier otro, sin el permiso previo y escrito de los autores.

Las opiniones y conceptos expresados en esta publicación son de responsabilidad estricta de sus autores y no comprometen al Gobierno colombiano, ni a las entidades vinculadas a esta iniciativa.

© 2019 Fedesarrollo, Directv

Fedesarrollo  
Bogotá D.C., Colombia  
[www.fedesarrollo.org.co](http://www.fedesarrollo.org.co)

Directv  
Bogotá D.C., Colombia  
[www.directv.com.co](http://www.directv.com.co)

Diseño y diagramación: David Russi • [behance.net/davidrussi](http://behance.net/davidrussi)

Impresión y encuadernación: Open Gráficos  
Impreso en Colombia | Printed in Colombia

# TABLA DE CONTENIDO

<b>RESUMEN EJECUTIVO .....</b>	<b>7</b>
<b>1. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>19</b>
<b>2. DINÁMICA DE MERCADO.....</b>	<b>23</b>
2.1. Un mercado en crecimiento .....	23
2.2. Mercado sustentado en la protección de los derechos de autor.....	29
2.3. Mercado ligado a una cadena de valor de alta complejidad.....	31
<b>3. LA GESTIÓN DE DERECHOS DE AUTOR Y LAS SOCIEDADES DE GESTIÓN COLECTIVA .....</b>	<b>39</b>
3.1. Marco normativo e institucional del mercado de derechos de autor en Colombia .....	41
3.2. Desempeño de la protección de derechos de autor en Colombia.....	50
<b>4. FORMACIÓN DE PRECIOS EN EL MERCADO DE DERECHOS DE AUTOR .....</b>	<b>61</b>
4.1. Mecanismos de formación de precios .....	62
4.2. El precio del uso de derechos de autor en Colombia .....	67
<b>5. REGULACIÓN DE LA COMPETENCIA .....</b>	<b>79</b>
5.1. Propiedad intelectual y derecho de la competencia .....	79
5.2. Fallas del mercado .....	81
5.3. Afectación de la competencia .....	82
5.4. Mercados relevantes.....	85
<b>6. IMPACTO DEL CAMBIO TECNOLÓGICO .....</b>	<b>89</b>
<b>7. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....</b>	<b>99</b>



## RESUMEN EJECUTIVO

El mercado de derechos de autor y derechos conexos es uno de los pilares de la economía naranja. En él se trazan licencias o autorizaciones de uso de bienes intangibles como son la creación literaria, científica o artística reconocidos por las leyes de Colombia y por la mayoría de las legislaciones alrededor del mundo. El mercado de derechos de autor y derechos conexos es el espacio en el que se le reconoce y remunera la participación de los creadores y titulares en el proceso de producción de las obras. Es un mercado ligado a una cadena de valor de alta complejidad con multiplicidad de agentes participantes en cada intercambio.

Este estudio se enfoca en las autorizaciones para comunicación pública y puesta a disposición de Obras musicales y audiovisuales. Obras con mayúscula para aludir a aquellas que son sujeto de derechos de autor según las definiciones de la Ley 23 de 1982, las cuales incluyen los derechos conexos que complementan la autoría inicial representada en los derechos de autor con valor agregado hasta llegar a las Obras finales que consume el público. El estudio llena el vacío de tener una presentación comprehensiva sobre este mercado por fuera de los estudios del marco legal. Plantea múltiples interrogantes para ser ampliados por la academia y los participantes de este mercado.

Se trata de un mercado de múltiples productos donde las Obras pueden tener gran variedad de presentaciones y por tanto precios diferentes para cada presentación. Una misma canción constituye un producto diferente si se escucha en un ámbito privado o en uno público para mencionar una diferencia genérica, aunque hay múltiples alternativas dependiendo del medio de comunicación y de las transformaciones de valor agregado que complementen la Obra. Esta es posiblemente la mayor fuente de confusión para las industrias usuarias: al obtener una autorización no se tiene la información o el entendimiento completo de que solamente se ha pagado por el uso de las Obras en una de las presentaciones.

## ¿CUÁL ES LA SITUACIÓN GENERAL DE ESTE MERCADO EN COLOMBIA?

El mercado de derechos de autor y derechos conexos en Colombia atraviesa por una gran conflictividad originada en la necesidad de adaptar la regulación recurrentemente a la complejidad de los procesos creativos, los cambios tecnológicos y la gran diversidad de participantes. Es necesario reorientar esa conflictividad de manera constructiva para impulsar aún más las industrias creativas en el contexto de los objetivos planteados en el Plan Nacional de Desarrollo 2019-2022.

El mercado en el que se usan los derechos de autor y derechos conexos es pequeño en comparación con otros sectores de la economía nacional, aunque ha crecido con fuerza en la última década duplicando su tamaño. La televisión por suscripción es el subsector más dinámico y de mayor participación, mientras que la radio, la televisión abierta, el diseño publicitario, la edición de libros y revistas y las publicaciones periódicas redujeron su participación, a pesar de que todos presentaron crecimientos positivos semejantes al crecimiento general de la economía. No obstante, es un mercado creciente debido al aumento en el tiempo dedicado al disfrute de las Obras por parte de los usuarios finales. Aunque es un mercado en permanente disrupción debido a la entrada de nuevos participantes con las tecnologías recientes, ese es un elemento tradicional a la historia de este sector.

En conjunto los titulares de los derechos efectivamente se están beneficiando del crecimiento del sector. El pago de regalías aumenta consistentemente con el incremento de la productividad, la cual se mide como el cociente entre los ingresos o valor agregado y el número de empleados. No obstante, se esperaría que esa relación creciente se deba más a la intensidad del uso de las Obras que al nivel de productividad. Al clasificar las empresas entre más y menos intensivas en el uso de Obras no hay un cambio estadísticamente significativo en la curva que mide la importancia relativa de las regalías en los ingresos o en el valor agregado total. Dicho de otra manera, las regalías tienen mayor fuente en las empresas más productivas, más no necesariamente en las empresas que usan las Obras con mayor intensidad.

Los promedios sectoriales no permiten observar situaciones específicas de la distribución de regalías entre miembros de un segmento, por ejemplo, entre los afiliados a las Sociedades de Gestión Colectiva. La disrupción tecnológica a la que se hace referencia permite concluir que, a pesar de tener un mercado creciente, algunos agentes del mercado estarán viendo efectos negativos dado que es un mercado en permanente reacomodación.

## ¿CÓMO SE GESTIONAN LOS DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS?

La gestión de los derechos se hace en Colombia a través de las sociedades de gestión colectiva – SGC- reconocidas por la Dirección Nacional de Derechos de Autor a saber: la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia SAYCO, la Asociación Colombiana de Intérpretes y Productores Fonográficos ACINPRO, la Entidad de Gestión Colectiva de Derechos de los Productores Audiovisuales EGEDA, ACTORES Sociedad Colombiana de Gestión, Directores Audiovisuales Sociedad Colombiana DASC, el Centro Colombiano de Derechos Reprográficos CDR y la Red Colombiana de Escritores Audiovisuales, de Teatro, Radio y Nuevas Tecnologías REDES.

También es reconocida en el ordenamiento legal colombiano la gestión individual, partiendo del principio Constitucional del derecho de asociación que implica la no obligatoriedad de pertenecer a una SGC para poder gestionar los derechos. Sin embargo, la coexistencia de SGC y gestores individuales (GI) viene representando tensiones debido a que los usuarios crecientemente son visitados por un mayor número de representantes de derechos de autor y/o derechos conexos adicionales a las SGC. En múltiples casos se enfrentan amenazas de procesos legales y confusión en el mercado que afecta tanto a los usuarios, a las SGC y a los titulares de derechos.

Los gestores individuales no cuentan con un marco normativo claro y detallado que regule su accionar. La poca regulación de esta modalidad de gestión de derechos de autor ha abierto un espacio para que estos nuevos actores entren al mercado sin los mismos deberes y obligaciones que contempla la Ley para las SGC. Esto ha ocasionado distorsiones en el mercado: una atomización de la administración de los derechos de autor, incertidumbre para los usuarios frente al pago de obligaciones y por tanto inseguridad jurídica para la cadena en su conjunto.

Se debe balancear los beneficios económicos de la gestión colectiva con la libertad para asociarse. Por un lado, las sociedades de gestión colectiva deben ser aliadas de las empresas usuarias de las Obras al agilizar el pago de los derechos y evitarles dificultades de funcionamiento y aliadas de los titulares de derechos de autor y conexos al reducir los costos de gestión. Por el otro, los gestores individuales, aunque materializan el derecho de asociación, gestionan pocas autorizaciones de uso de las Obras, llevando a un bajo aprovechamiento de economías de escala en la gestión y dificulta a los usuarios tener claridad. En el extremo, cientos de usuarios tendrían que gestionar tantos contratos como titulares existan. Mantener el esquema dual de gestión colectiva y gestión individual requiere necesariamente que la Dirección Nacional de Derechos de Autor cuente también con instrumentos legales y administrativos de supervisión sobre la gestión individual.

## ¿CÓMO SE FORMAN LOS PRECIOS O TARIFAS?

El elemento central para entender la formación de tarifas en este mercado es que la disponibilidad de una Obra es ilimitada, a diferencia de otros bienes en los que existe rivalidad entre consumidores por la limitación material. Normalmente, la competencia lleva los precios a igualarse al costo marginal de producción, que incluye los costos de materiales, la rentabilidad del capital, los salarios y los impuestos. Puesto que las Obras inmateriales prácticamente no tienen costos marginales directos, los precios de estas se acercarían a cero. Los usos no autorizados de las Obras, por ejemplo, no afectan su disponibilidad. Si no se interviene para hacer valer las autorizaciones de uso que otorgan los autores, se tendría un uso de las Obras ilimitado y no remunerado. Es decir, el mercado falla en la formación de precios vía la competencia.

Los criterios para definir los valores de las tarifas y los actores que tienen potestad para intervenir en los mecanismos de concertación responden a la necesidad de garantizar la maximización del bienestar social que se logra cuando el valor de las tarifas garantiza la oferta de Obras y no hay afectación de la competencia en los mercados (Baumol, 2004).

En Colombia la intervención del Estado en la fijación de tarifas es baja y poco intensiva en comparación con otros países. Sigue los principios de proporcionalidad para cobrar en relación con el uso que se hace de la Obra; transparencia que obliga a publicar los reglamentos tarifarios; y la concertación que exige que la fijación de tarifas sea resultado del consenso entre las SGC y los usuarios. La ausencia de validación o de acompañamiento en el proceso de concertación por parte de alguna autoridad reduce el proceso de fijación de tarifas al primer momento de concertación sin iteraciones. Después de este momento, de acuerdo con el artículo 242 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 2.6.1.2.6 del Decreto 1066 de 2015, el único medio para solicitar la revisión de tarifas es acudir a mecanismos alternativos de solución o a jueces civiles (o a la DNDA, cambian en cumplimiento de por "quien cumple" la función de un juez civil). Los que son muy numerosos.

La Encuesta Anual de Servicios (EAS) elaborada por el DANE muestra que los sectores que utilizan con mayor intensidad los derechos de autor (medido como regalías pagadas como proporción de los costos) tienden a tener un rango de pago mucho más estrecho y más bajo en comparación con otras actividades. Varias razones podrían explicar esto: un trato diferencial hacia esos sectores, una capacidad de negociación mayor de aquellos sectores que usan más intensivamente los derechos de autor o por la misma composición del segmento regalías de la EAS, que puede variar de acuerdo con las industrias analizadas<sup>1</sup>.

1 La encuesta define las regalías como los pagos causados por uso de marcas, patentes, derechos de autor, derechos al uso del nombre comercial, licencias, SAYCO, ACINPRO y otros. Desafortunadamente, para esta encuesta es imposible desagregar los datos para aislar el pago por concepto de derechos de autor.

Una excepción, sin duda alguna, son las actividades cinematográficas, de video, producción de programas de televisión, grabación de sonido y edición de música, que se encuentran entre las actividades de rango más amplio en el pago. Esto se puede explicar porque los derechos de autor corresponden al insumo principal sin el cual los servicios del sector no se podrían prestar. La EAS muestra que las empresas que están por encima de la media de ingresos de su sector pagan rangos más altos por regalías en proporción a los costos. Esto podría deberse a la falta de control por parte de las SGC respecto de los establecimientos relativamente más pequeños.

La comparación de tarifas reportadas en los reglamentos de las SGC y las efectivamente pagadas a partir de la EAS muestra que algunas actividades pueden tener mayor margen en el proceso de concertación y que las empresas de una misma actividad son lo suficientemente heterogéneas como para que las tarifas establecidas en los reglamentos tarifarios y las observadas difieran. Por ejemplo, cuando se suman los cobros de los reglamentos tarifarios de las SGC, las empresas que desempeñan la actividad de televisión por suscripción pagarían 13.25% de sus ingresos brutos operacionales. Sin embargo, el pago promedio de regalías como proporción de los ingresos promedio de la División 61 del CIU “Telecomunicaciones”, a la cual pertenece la actividad de televisión por suscripción, es 1.20%. Esto reflejaría que (i) algunas actividades de telecomunicaciones, como transmisión de voz o datos, tienen una tarifa diferente a la de televisión por suscripción, (ii) el proceso de negociación entre las SGC y las empresas favorecen a la industria, aunque podría presentarse discriminación de tarifas, y (iii) la discriminación de tarifas puede obedecer a la heterogeneidad de las empresas de una misma actividad, por ejemplo si dependiendo del tamaño de la empresa se fija una tarifa diferente por suscriptor.

Las emisoras de radio que tienen como insumo esencial las autorizaciones de uso de las Obras pagan una tarifa muy cercana a la establecida en los reglamentos es además la tarifa efectiva más alta en comparación con los otros sectores. Para los sectores de restaurante, *catering* y bares y alojamiento hay un margen de negociación mucho menor. Mientras que las tarifas nominales contemplan un pago de 0.66% y 0.55% de los ingresos respectivamente, las tarifas efectivamente pagadas en promedio son de 0.80% y 1.20%. Es decir: hay un pago efectivo más alto que el contemplado en las tarifas. Esto puede deberse a que no solamente hay un menor margen de negociación, sino a que el pago por regalías consignado por esa encuesta no solo contempla derechos de autor, sino también otros pagos como marcas, licencias y derechos de uso del nombre comercial.

## **¿CUÁL ES EL ROL DEL MARCO LEGAL?**

Este es un mercado por definición cambiante. Su estabilidad de muy largo plazo puede ser incluso una mala señal, pues la creatividad y la transformación son inherentes a su naturaleza. En esas condiciones, el marco legal debe ser igualmente dinámico y adaptable. La normatividad sobre protección del derecho de autor y derechos conexos busca garantizar que existan los instrumentos necesarios para que sus titulares accedan a la remuneración por el uso de las obras.

Sin un marco legal adecuado el mercado de derechos de autor y derechos conexos no existiría. El incentivo a las actividades creativas que intervienen en la producción de las Obras supone que la remuneración a los autores no se reduzca o desaparezca por los usos no autorizados. La protección es crucial, pues los bienes intensivos en derechos de autor son intangibles e infinitamente reproducibles, más aún en un entorno digital en el que la calidad de la obra no se afecta con la copia, ya sea autorizada o no.

Un marco legal e institucional débil genera incentivos débiles y aleja a la sociedad del mayor beneficio que puede obtener de las industrias culturales. Causa distorsiones y conflictividad, porque los autores buscarán compensar la remuneración perdida en los segmentos en los que hay usos no autorizados con mayores cobros a los usuarios a quienes puede supervisar más fácilmente.

## **¿HAY CONFLICTOS CONCEPTUALES EN LA REGULACIÓN?**

Una mirada general llevaría a pensar que existe una superposición de roles regulatorios entre el marco del derecho de la competencia y el marco de la propiedad intelectual dado que en los dos frentes se generan definiciones que guían el mercado de derechos de autor y derechos conexos. Sin embargo, una revisión detallada permite ver que sus funciones y objetivos y, además, son complementarias. La protección de los derechos de autor y derechos conexos es una de las ramas de la propiedad intelectual que busca proteger las industrias creativas de los resultados inconvenientes de un funcionamiento sin regulación. El derecho de la competencia desarrolla intervenciones marginales para evitar la concentración y el ejercicio del poder monopólico.

La entidad de derecho de la competencia en Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio, cumple un rol transversal en la economía, por lo tanto, su marco normativo no se desarrolla según las particularidades del mercado de derechos de autor y derechos

---

conexos. Hace un control posterior aplicando correctivos principalmente sancionatorios que dan señales al mercado sobre las prácticas aceptables de comercio de acuerdo con las definiciones de Ley. De esta forma su principio de acción no es guiar el funcionamiento de las empresas dado que la Entidad de la competencia no se puede considerar como un regulador. No obstante, las empresas de este mercado, al igual que las empresas de todos los mercados, deben estar sujetas a las normas de la competencia como elemento central del buen funcionamiento de los mercados.

En contraste, la Dirección Nacional de Derechos de Autor nace y opera en atención a las particularidades del mercado de derechos de autor y derechos conexos. Es una agencia especializada, con personal especializado, para un mercado con una diferencia conceptual clave frente a los otros mercados. Tiene un marco legal de mayor cercanía con la intangibilidad de las Obras y su carácter de único oferente por ser creaciones originales, en contraste con los bienes más tangibles y con múltiples participantes de otros mercados. Aunque hay que preservar la calidad de la competencia de mercado como lo hace la SIC, hay particularidades que sólo una agencia especializada como la DNDA con un carácter de regulador puede desarrollar.

## **¿SE PODRÍA TENER UNA VENTANILLA ÚNICA PARA FACILITAR EL FUNCIONAMIENTO DE ESTE MERCADO?**

Hay que mantener la división conceptual entre los objetivos de fijación de tarifas y de recaudo, los cuales son distintos, aunque puedan estar unidos en una ventanilla única. De hecho, la Organización Sayco y Acinpro (OSA) desempeña ambas funciones en el mercado de establecimientos abiertos al público. En especial las tarifas individuales para cada uno de los componentes de derechos de autor y conexos deben continuar siendo resultado de procesos de negociación al nivel de sectores económicos. Por supuesto, la ventanilla única, que asimilamos al concepto de entidad recaudadora, también podría ser el espacio de negociación en el que se definan las tarifas.

Lo más conveniente es fortalecer los mecanismos de negociación de tarifas sin reemplazarlos por modelos técnicos y al mismo tiempo consolidar los modelos de recaudo donde ya funcionan. Se requiere documentar y consolidar un estatuto legal de la fijación de tarifas por cada tipo de Obra y componente de derechos de autor y derechos conexos. Documentar donde las tarifas ya se encuentran claramente definidas y aceptadas, y documentar el estado actual de los desacuerdos legales.

## **¿CUÁL ES LA SITUACIÓN DEL TEMA CONOCIDO COMO *MUST CARRY* EN COLOMBIA?**

Se trata de una excepción al pago por derechos conexos por retransmisión que viene ocasionado una gran controversia legal. De acuerdo con la Ley, soportada en la jurisprudencia, la retransmisión de la señal de los canales de televisión abierta por parte de los operadores de televisión por suscripción no genera una contraprestación económica ni pago por concepto de derechos conexos de retransmisión.

La Secretaría General de la Comunidad Andina recomendó derogar esas disposiciones dado que van en contra de la normatividad comunitaria. Como Colombia no actuó, el Tribunal de Justicia CAN, en el momento en que se escribe este informe, evalúa el presunto incumplimiento. Las partes del proceso, el Estado colombiano y los canales de televisión abierta RCN y Caracol, han expuesto sus argumentos y se espera un fallo.

## ¿QUÉ OTROS TEMAS AFECTAN LA COMPETENCIA EN ESTE MERCADO?

Las SGC tienen un poder de monopolio porque se presume que son representantes únicos de un repertorio amplio de un tipo de Obras. En contraste con los titulares individuales de derechos de autor o conexos que no cuentan con una posición dominante a pesar de la exclusividad de uso sobre sus Obras debido a que hay múltiples titulares. No obstante, la presunción de repertorio amplio se debe preservar y fortalecer dado que es la que da sentido al rol de las SGC en la gestión que hacen frente a los usuarios. Facilitan el funcionamiento de este mercado al centralizar la gestión. En otros países incluso existe el concepto de repertorio global y no se permite la gestión individual por fuera de la regulación del gobierno.

La intermediación de las SGC en las relaciones de intercambio entre los titulares de las Obras y los usuarios finales implica retos para la protección de la competencia porque las SGC intervienen simultáneamente en la formación de tarifas y en la distribución de regalías entre titulares. Esto quiere decir que las SGC tienen una posición de dominio en ambos lados del mercado y un alto potencial para tener información asimétrica dado que cada SGC gestiona derechos de autor o conexos que no gestiona ninguna otra SGC.

En Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) ha reconocido la posición dominio que tienen las SGC frente a sus asociados y, mediante la Resolución 76278 del 2016, sancionó a SAYCO por abuso de esta posición dominante. Del lado de ejercicio de posición de dominio en el mercado donde se otorgan licencias o autorizaciones de uso, la SIC no ha iniciado ninguna acción sancionatoria. No obstante, los usuarios sí han presentado múltiples quejas sobre las SGC por presuntos abusos tarifarios. Estas quejas se han traducido en demandas, procesos judiciales y denuncias en la prensa. Estos abusos son también recurrentes en otras partes del mundo. El Max Plank Institute para la Propiedad Intelectual y la Competencia (2013) realizó un informe para la OMPI que incluye un capítulo con una extensa documentación de fallos en varios países (Letonia, Italia, Irlanda, España, Lituania, Finlandia, Hungría, México, Croacia y Bulgaria) en los que se evidencia cómo las autoridades encargadas de vigilar el derecho a la competencia han sancionado a SGC por abusos tarifarios o de poder dominante.

Además de esta condición de monopolio de las SGC que se debe apreciar, fortalecer y regular adecuadamente, en el mercado de derechos de autor existen tres distorsiones amparadas por la normatividad:

- I. Discriminación de precios por parte de las SGC: en Colombia las SGC establecen las tarifas de referencia y luego se hace una negociación individual con cada usuario. Situación que lleva, por definición, a la existencia de tarifas diferentes para un mismo

repertorio para usuarios de una misma industria. Esto es inusual en comparación con otros mercados de derechos de autor y derechos conexos, en los que la negociación incluye a todos los usuarios de una misma industria, de tal forma que las tarifas negociadas rigen para todos los usuarios comparables. Esta situación es además la mayor fuente de tensiones entre las SGC y los usuarios en Colombia.

- II. Asimetrías en el poder de negociación de algunas SGC: la posibilidad que tiene SAYCO de recurrir a la fuerza pública para que esta controle el pago de derechos de autor crea una asimetría en el poder de negociación entre las SGC y con las industrias relacionadas con los bienes sujetos a derechos de autor y derechos conexos. Como consecuencia, los procesos de concertación de tarifas se limitan a una ronda de negociación en la que el arreglo al que se llega no es óptimo, en el sentido de que ambas partes podrían estar mejor si tuvieran la oportunidad de negociar en un mayor número de iteraciones y en igualdad de condiciones en caso de fallar la negociación.
- III. Coexistencia de gestores individuales (GI) con las SGC: esta coexistencia genera distorsiones en el mercado porque reduce la posibilidad de las industrias usuarias de adquirir una parrilla de derechos de autor universal incrementando los costos de transacción. Un arreglo institucional en el que los gestores individuales representen autores ante las sociedades de gestión colectiva (y no necesariamente frente a las industrias usuarias) respetaría el derecho a la asociación y garantizaría la universalidad de los repertorios representados por las SGC.

## **¿ES EL CAMBIO TECNOLÓGICO UNA AMENAZA PARA ESTE MERCADO?**

El cambio tecnológico es necesario e inherente a este mercado e históricamente ha tenido efectos positivos en los derechos de autor y conexos: ha modificado las fuentes de los ingresos de las industrias creativas. Tanto en la producción literaria, en la fonográfica y en la audiovisual, estos cambios han reducido los costos fijos y variables de la producción y reproducción de las obras permitiendo mayor difusión, pero al mismo tiempo facilitando la reproducción ilegal.

Entre más medios modernos surjan, mejores deben ser las definiciones y los mecanismos de remuneración a las industrias creativas. De allí que a lo largo de la historia las legislaciones sobre los derechos de autor se hayan adaptado a estos cambios tecnológicos y hayan otorgado más derechos a los autores, permitiendo que se beneficien de las nuevas fuentes

de ingresos creadas por la tecnología (Okamoto, 2006), preservando los incentivos para la supervivencia del ecosistema creativo.

En la industria fonográfica, los músicos y cantantes anteriores al siglo XIX percibían sus ingresos a partir de sus presentaciones en vivo. La aparición del fonógrafo, la radio, los diferentes tipos de discos y el internet contribuyeron a ampliar el mercado y encontrar nuevas fuentes de ingresos, a pesar de complejos procesos de adaptación de los marcos regulatorios. En el mercado de televisión, el servicio por suscripción (ya sea satelital o cableada) se ha popularizado permitiendo que la televisión llegue a lugares que no contaban con televisión abierta. La televisión abierta ha perdido ingresos por pauta publicitaria, también debido a la competencia por la pauta de las plataformas de Internet (DNP, 2016).

Estas transformaciones son naturales y complementarias al mercado de derechos de autor y derechos conexos. El marco regulatorio y los modelos de gestión colectiva deben adaptarse con mayor prontitud y regularidad a la innovación tecnológica. Lo importante de estas nuevas plataformas digitales es que se han vuelto las principales herramientas a través de las cuales los artistas y sus obras se vuelven populares. Esto les ha permitido aumentar otros ingresos, como los de las presentaciones en vivo y de publicidad. Los modelos de gestión de hoy deben hacer aproximaciones más holísticas y apoyarse en la innovación.

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

### ***Mercado de derechos de autor***

- No existe un modelo normativo de derechos de autor y de protección a la competencia más deseado que otro. El papel de la política pública debe ser el de garantizar que los esquemas normativos de derechos de autor y del derecho a la competencia sean congruentes y permitan el desarrollo de este mercado.
- Se recomienda promover instrumentos pedagógicos sobre el reconocimiento de los derechos de autor y derechos conexos por parte de las industrias que utilizan las Obras.
- Se propone dotar de mecanismos de negociación a las SGC y a los usuarios, de tal forma que la iteración no se vea interrumpida por asimetrías en el poder de negociación.

### ***Mejoras regulatorias***

- Es necesario desarrollar el marco regulatorio alrededor de los gestores individuales (GI).
- Se sugiere establecer una negociación sectorial de criterios paramétricos que permitan establecer las tarifas. Sin embargo, las decisiones de que parámetros aplicar y sus valores deben dejarse enteramente al acuerdo entre las partes.
- Estos parámetros serán la referencia para los cobros a empresas individuales que podrán seguir siendo parte de los acuerdos confidenciales.

### ***Frente institucional***

- Se sugiere fortalecer la capacidad de vigilancia y control de la DNDA para que pueda sancionar los abusos de poder que surjan en la relación entre las SGC y los usuarios.
- Se recomienda publicar el repertorio de obras que representa cada SGC y GI, para que los usuarios tomen decisiones anticipadas sobre las obras que utilizarán, ahorrando costos de transacción.
- Así mismo, se aconseja extender la función de vigilancia a las sociedades de gestión individual y otras formas de gestión de derechos de autor.
- Se propone fortalecer la ventanilla única como una meta orientada al recaudo y a la facilitación de las negociaciones de tarifas. Sin embargo, no se recomienda que funcione como un mecanismo de fijación de tarifas.

# 1. INTRODUCCIÓN

Los derechos de autor son aquellos bienes intangibles derivados de la creación literaria, científica o artística, reconocidos por las leyes de Colombia y por la mayoría de las legislaciones alrededor del mundo; garantizan que a los creadores y a los titulares derivados se les reconozca la autoría de su trabajo y se les remunere por ella.

Los derechos de autor, sin embargo, no se limitan al de recibir una remuneración por el uso de las obras: hay otros aspectos que tienen que ver con los derechos morales que no son enajenables y que hacen parte fundamental de la estructura legal que sustenta el derecho de autor<sup>1</sup>. Autorizar el uso de una obra, ya sea que medie o no un pago, no implica que el autor tenga que aceptar cualquier uso o destino para su obra. En otros mercados, el intercambio supone la transferencia de la responsabilidad total sobre el uso de los bienes (la harina para hacer pan, por mencionar un ejemplo). Un interesante caso reciente es el rechazo de Ana Torroja a la modificación de la letra de su canción *Quédate en Madrid*, de 1988, que pretendió hacer una participante del concurso Operación Triunfo 2018 de España. La organización, que tenía las licencias necesarias para el uso de los derechos patrimoniales de la canción, tuvo que dar la razón a la compositora que participaba como jurado. No obstante, el intenso debate sobre una palabra que hoy se juzga como homófoba, la artista ejerció sus derechos morales e impidió el cambio.

Este estudio se concentra en los derechos de los autores a autorizar el uso de sus creaciones –o derechos patrimoniales–, con énfasis en las industrias musical y audiovisual. No ahondamos en situaciones en las que los autores, en ejercicio de sus derechos morales, se oponen a determinados destinos para sus obras, a pesar de haber autorizado el uso mediante licencias de derechos patrimoniales. En adelante, cuando nos refiramos a derechos de autor estaremos aludiendo a derechos patrimoniales de autor, a menos que se puntualice la diferencia.

---

<sup>1</sup> Las Sentencias C-1118 de 2005 y C-035 del 2015 de la Corte Constitucional amplían y precisan esa concepción de los derechos de autor en Colombia.

Otra claridad que es importante hacer desde el principio es la de obra. En este estudio nos referiremos a las Obras (con mayúscula) para aludir a aquellas que son sujetos de derechos de autor según las definiciones de obras de la Ley 23 de 1982. En este texto, Obra también agrupa el componente de los derechos conexos que complementan los derechos de autor, a menos que se señalen las diferencias cuando sea necesario. Los derechos conexos se generan, por ejemplo, para artistas, intérpretes, ejecutantes o productores de fonogramas, entre otros de una lista que se ha venido ampliando en el caso colombiano con diferentes reformas legales<sup>2</sup>. Obra, entonces, se refiere a su forma final, forma en la que han participado titulares de derechos de autor y de derechos conexos.

En el desarrollo del documento se verá que en este mercado, como en muchos otros, el bien –las Obras– tiene una gran variedad de presentaciones. Es un mercado multiproducto y por tanto hay muchos precios diferentes para cada presentación. Esta es posiblemente la mayor fuente de confusión para los usuarios de las Obras: al obtener una autorización de uso con certificación de haber pagado los derechos de autor, no se tiene la información o el entendimiento completo de que solamente se ha pagado por una de las variedades. Aunque el usuario justamente alega que ha pagado por la variedad que está usando, sucede que las variedades no son de mercados diferentes sino que están relacionadas unas con otras; están anidadas en su proceso de creación y producción.

De acuerdo con la mayoría de los participantes en los talleres de este estudio, el ejemplo siempre ayuda a entender lo que es la obra y el derecho de autor y conexos. En casos sencillos, y hasta cierto punto, eso es cierto. Veamos: por allá en 1942, Juancho Polo Valencia escribió *Alicia adorada* a raíz de la muerte de su esposa. Más de dos décadas después, Alejo Durán le hizo arreglos, la musicalizó y la interpretó la noche que se coronó como primer rey del Festival de la Leyenda Vallenata en 1968. Juancho Polo tendría los derechos de autor como compositor y Alejo Durán los derechos conexos como intérprete y posiblemente de autor por el aporte de la música. Posteriormente, en 1994, Carlos Vives grabó una nueva versión de *Alicia adorada* en su álbum Clásicos de la Provincia, que grabó con Sonolux. El exitoso álbum genera regalías por derechos conexos para Carlos Vives, como intérprete, para Sonolux como productor y de nuevo derechos de autor para Juancho Polo como compositor y, posiblemente también, para los diferentes aportantes de música y arreglos.

La canción se sigue interpretando en múltiples conciertos y así sigue generando nuevos derechos de autor y conexos por presentación en vivo, mientras que a la vez, al ser reproducido el fonograma en bares y restaurantes, se generan derechos por comunicación pública. La canción también podría ser utilizada en un programa de televisión o en una novela, contri-

---

2 En este documento no entramos en el detalle de cada componente por no tratarse de una revisión de marco legal.

buyendo a esa cadena de valor una vez más y generando derechos conexos adicionales a los anteriores para los organismos de radiodifusión que han armado el programa.

La relación entre Juancho Polo y Alejo Durán era clara y relativamente sencilla. El ejemplo ayuda al principio, pero la historia se complejiza cada vez que la creación se transforma en la cadena de valor de las industrias creativas. No se podría considerar que el éxito de *Alicia adorada* depende exclusivamente del espacio donde se presenta y de Juancho Polo, pues muchos otros contribuyeron a la Obra en su forma final.

El ejemplo además permite entender que las Obras más exitosas son las que generan una mayor conflictividad, porque sobre ellas se producen más transformaciones y desarrollos en las industrias creativas: se involucran más participantes en la construcción del valor de la Obra final, que cada vez será diferente de la composición original.

Este documento busca aproximarse al entendimiento de las principales problemáticas del mercado de derechos de autor en Colombia, teniendo siempre en mente un contexto en el que las Obras y las remuneraciones por su uso, a pesar de contar con un marco legal de protección con una larga tradición y respaldo internacional, mantienen una alta complejidad que es intrínseca a las industrias creativas. No obstante, en general este estudio se concentra en los derechos de autor por comunicación pública y puesta a disposición. Estas industrias son intensivas en obras protegidas por el derecho de autor y conexos, y en Colombia son definidas en la Ley 1834 de 2017 o Ley Naranja como “sectores que conjugan la creación, producción y comercialización de bienes y servicios basados en contenidos intangibles de carácter cultural y/o aquellas que generen protección por el derecho de autor”.

Algunos elementos se han quedado por fuera de este documento, pues el objetivo es presentar lo más relevante y asegurar que los diferentes actores entiendan el estado general de los temas, las posiciones de los otros actores y, ojalá, puedan reorientar esa conflictividad de manera constructiva para impulsar aún más las industrias creativas en el contexto de los objetivos planteados en el Plan Nacional de Desarrollo 2019-2022.

Para emprender este objetivo se hace una revisión del marco institucional, un mapeo de los principales actores, un análisis de los mecanismos de formación de las tarifas y del entorno de competencia y un examen del impacto del cambio tecnológico y de los instrumentos de política pública. Para su desarrollo se adelantaron múltiples entrevistas y talleres en los que se consultó la opinión de las entidades de gobierno relacionadas con el tema, las agremiaciones de empresas usuarias, las empresas de televisión abierta y por suscripción, múltiples abogados especializados en derechos de autor y propiedad intelectual en Colombia y en el exterior y las Sociedades de Gestión Colectiva.



## 2. DINÁMICA DE MERCADO

### 2.1. UN MERCADO EN CRECIMIENTO

#### *Gran dinámica, pero un mercado relativamente pequeño*

El crecimiento de los flujos de comercio, los avances tecnológicos y la importancia creciente de los derechos de propiedad intelectual han contribuido a la consolidación de la participación de las industrias relacionadas con los derechos de propiedad intelectual en la economía global (WIPO, 2017). Se estima que un tercio de los productos que se adquieren en la economía mundial provienen de bienes intangibles (fundamentados en la remuneración por derechos de propiedad intelectual), y que los ingresos atribuibles a estos en las 19 industrias manufactureras de mayor valor global aumentaron un 75% entre 2000 y 2014 (WIPO, 2017). Las industrias intensivas en bienes sujetos a derechos de autor, los cuales representan un segmento de la propiedad intelectual, no han sido ajenas al crecimiento de las industrias intensivas en ese capital intangible.

En Colombia el crecimiento promedio anual del valor agregado de las industrias relacionadas con los derechos de autor creció entre 2005 y 2017 un 6.1%, alcanzando una participación en el valor agregado nacional del 0.85% en 2017, comparada con el 0.67% de 2005. En ese periodo, el valor agregado en este mercado (a precios constantes de 2015) se duplicó: pasó de \$3.2 billones de pesos en 2005 a \$6.4 billones en 2017. A pesar del buen comportamiento, el sector se desaceleró entre 2015 y 2017 con un crecimiento promedio inferior de 1.1%<sup>1</sup>.

La importancia del mercado de derechos de autor en la economía colombiana aumenta cuando se consideran las industrias relacionadas. Algunas estimaciones para Colombia sugieren que, en 2008, solo las actividades creativas y las actividades relacionadas con derechos de

---

<sup>1</sup> Estos resultados corresponden a la Cuenta Satélite de Cultura Nacional elaborada por el DANE, la cual sistematiza toda la información para la valoración económica de los productos culturales y de las actividades que los generan. Incluye las actividades relacionadas con la creación literaria (CIU 9001), musical (9002), teatral (9003) y audiovisual (9004), aunque para el propósito de este documento excluimos los subsectores educación cultural y fabricación de juguetes.

autor aportaron el 3.3% del PIB y el 5% del empleo (WIPO, 2015)<sup>2</sup>. Las industrias relacionadas, como la de distribución de contenido por televisión, han incrementado su participación. Los ingresos de los operadores de televisión por suscripción por cable aumentaron un 17% entre 2016 y 2017, mientras que los ingresos de los operadores por suscripción por satélite aumentaron un 3% (ANTV, 2018)<sup>3</sup>. La cuenta satélite de cultura del DANE comprueba que el valor agregado de la televisión por suscripción creció a una tasa promedio anual de 12.9%, lo que llevó a que la participación de este subsector duplicara su participación en el mercado de industrias relacionadas con los derechos de autor. En contraste, la radio y la televisión abierta, el diseño publicitario, la edición de libros y revistas y las publicaciones periódicas redujeron su participación, aunque todos presentaron crecimientos positivos semejantes al crecimiento general de la economía nacional. En la cuenta de Actividades Culturales se destaca la subcuenta de Creación de Obras, la cual es resultado del análisis que hace el DANE de los datos de SAYCO. Su participación en el valor agregado del sector fue de 0.39%, a pesar de que ha mostrado también un crecimiento semejante al de la economía.

---

2 Estas estimaciones incluyen las industrias que dependen principalmente del derecho de autor, las industrias interdependientes del derecho de autor (relacionadas), industrias que dependen parcialmente del derecho de autor y las industrias de apoyo. Para mayor detalle, ver Castañeda et al. (2008) y WIPO (2015).

3 En precios corrientes

**Tabla 1. Valor agregado de las industrias culturales relacionadas con derechos de autor en Colombia**

	Crecimiento anual 2005-2017	Participación en el mercado en valor		Aumento en participación
		2005	2017	
Artes escénicas	12.1%	0.9%	1.8%	0.9%
Artes visuales	9.2%	0.1%	0.2%	0.0%
Filmes y videocintas	9.4%	2.5%	3.6%	1.1%
Exhibición de películas	10.8%	5.2%	8.7%	3.5%
Radio y televisión	4.6%	19.7%	16.6%	-3.1%
Televisión por suscripción	12.9%	11.5%	24.3%	12.8%
Creación de obras o derechos de autor	4.8%	0.45%	0.39%	-0.1%
Diseño publicitario <sup>4</sup>	4.2%	13.7%	11.0%	-2.7%
Libros	-0.7%	16.3%	7.4%	-8.9%
Diarios, revistas y publicaciones periódicas	3.6%	23.6%	17.7%	-5.9%
Otros edición	8.5%	2.0%	2.7%	0.6%
Música fonogramada	7.1%	1.6%	1.7%	0.2%
Espectáculos musicales en vivo	10.6%	2.4%	3.9%	1.6%
<b>Valor agregado total del mercado (billones de pesos de 2015)</b>	6.1%	\$3.2	\$6.4	
<b>Valor agregado nacional</b>	<b>4.0%</b>	<b>0.67%</b>	<b>0.85%</b>	<b>0.2%</b>

Fuente: Elaboración con base en el DANE.

### ***Crecimiento sustentado en los cambios de los hábitos de consumo***

Los consumidores no solo tienen más medios a través de los cuales acceden a bienes sujetos a derechos de autor, sino que también ha aumentado la proporción del tiempo dedicado a su uso. En 2016, el 92.8% de la población mayor de 12 años vio televisión, el 66.9% utilizó

<sup>4</sup> La Encuesta de Consumo Cultural incluye en el rubro diseño publicitario no solamente actividades asociadas a la publicidad (7.310), actividades de diseño (7.410) y las actividades de arquitectura e ingeniería (7.110), sino también actividades de consultoría informática y actividades de administración de instalaciones informáticas (6.201) y edición de programas de informática (software) (5.820). Es importante hacer esta claridad debido a la enorme potencialidad que tiene el software en términos de valor agregado como producto que es protegido por los derechos de autor. Véase, por ejemplo, el artículo 23 de la decisión 351 de la CAN.

internet y el 64.1% escuchó radio. En cuanto al contenido que consumen los colombianos para su entretenimiento, predomina el consumo de video (61.4%), música grabada (52%) y videojuegos (20.5%). Otros bienes utilizados para el entretenimiento incluyen la lectura (el 47% leyó al menos un libro), la asistencia a cine (40%), al teatro (17%), a recitales (30%) y a exposiciones (12%) (DANE, 2018<sup>5</sup>).

Por su parte, el promedio de horas dedicadas al uso de medios de comunicación<sup>6</sup> aumentó de 3,15 horas al día en 2012-2013 a 3,44 horas en 2016-2017. Mientras que en 2012-2013 las personas mayores de 10 años dedicaron en promedio el 18% del tiempo destinado a actividades personales (17,55 horas) al uso de medios de comunicación, en 2016-2017 esta proporción aumentó a 21.4% (DANE, 2018<sup>7</sup>).

### ***Sin embargo, con grandes diferencias en la intensidad de uso de obras entre sectores***

La proporción de ingresos de las industrias que utilizan bienes sujetos a derechos de autor en sus cadenas de valor varía significativamente entre industrias. En principio parece que a una mayor participación de las obras sujetas a derechos de autor en la cadena de valor (ver Tabla 2) hay lugar a un mayor pago de regalías (incluyen el pago por el uso de marcas, patentes, derechos al uso del nombre comercial, licencias y pagos de derechos de autor a la SGC). Esto es consistente con lo que busca el marco legal de protección de los derechos de autor. Por ejemplo, en 2017, el sector de actividades de programación y transmisión de televisión reportó ingresos por \$54,5 mil millones de pesos y en total destinó un 4.0% (\$2.1 mil millones) al pago de regalías. En 2017, los otros sectores que mayor proporción de ingresos destinaron al pago de regalías fueron los juegos de azar, actividades cinematográficas y publicidad.

Al indagar un poco más en detalle las cifras del DANE (con los microdatos que permiten mirar anónimamente una a una las empresas), se observa que el pago de regalías aumenta consistentemente con el incremento de los ingresos o el valor agregado de las empresas. No obstante, al controlar por tamaño (medido por número de empleados) y por sector se observa que las regalías aumentan con el aumento de la productividad. Es decir, las regalías aumentan cuando aumenta el indicador de ingresos (o valor agregado) por empleado y diferenciado por sector. Esto es esperable, porque los beneficios de las industrias que usan los derechos de autor deben beneficiar también a los titulares de esos derechos.

5 Datos de la Encuesta de Consumo Cultural (ECC) elaborada por el DANE.

6 De acuerdo con la definición de la encuesta, esto incluye las siguientes actividades: ver televisión, videos o películas, escuchar música, bajar música por internet o escuchar la radio, navegar por internet, chatear, jugar con el computador o con una consola de videojuegos, hablar por teléfono, leer libros, revistas o periódicos.

7 Datos de la Encuesta Nacional de Uso del Tiempo de Colombia para 2016-2017 del DANE.

**Tabla 2. Proporción de ingresos del sector destinado a pago de regalías**

Sector (División CIU 4.0)	Ingresos por servicios prestados promedio	Regalías causadas promedio	Regalías promedio / Ingresos promedio
Alojamiento (División 55)	\$4,862,862	\$60,758	1.2%
Restaurantes (División 56)	\$17,014,359	\$140,997	0.8%
Edición (División 58)	\$12,860,266	\$77,149	0.6%
Actividades cinematográficas (División 59)	\$27,305,144	\$748,446	2.7%
Actividades de programación, transmisión y/o difusión (División 60)	\$54,513,918	\$2,163,448	4.0%
Telecomunicaciones (División 61)	\$134,237,418	\$1,601,903	1.2%
Servicios de información (División 63)	\$29,689,621	\$110,748	0.4%
Publicidad (División 73)	\$15,636,013	\$302,652	1.9%
Actividades creativas (División 90)	\$12,422,080	\$161,368	1.3%
Juegos de azar ya puestas (División 92)	\$44,460,111	\$1,446,764	3.3%
Actividades deportivas (División 93)	\$14,891,550	\$4,798	0.0%

Fuente: Elaboración propia, con base en la Encuesta Anual de Servicios del DANE.

Nota: Es importante tener en cuenta que la anterior tabla muestra el comportamiento agregado de cada uno de los sectores. Las regalías pagadas por las empresas incluyen el pago por el uso de marcas, patentes, derechos al uso del nombre comercial, licencias y pagos de derechos de autor a la SGC.

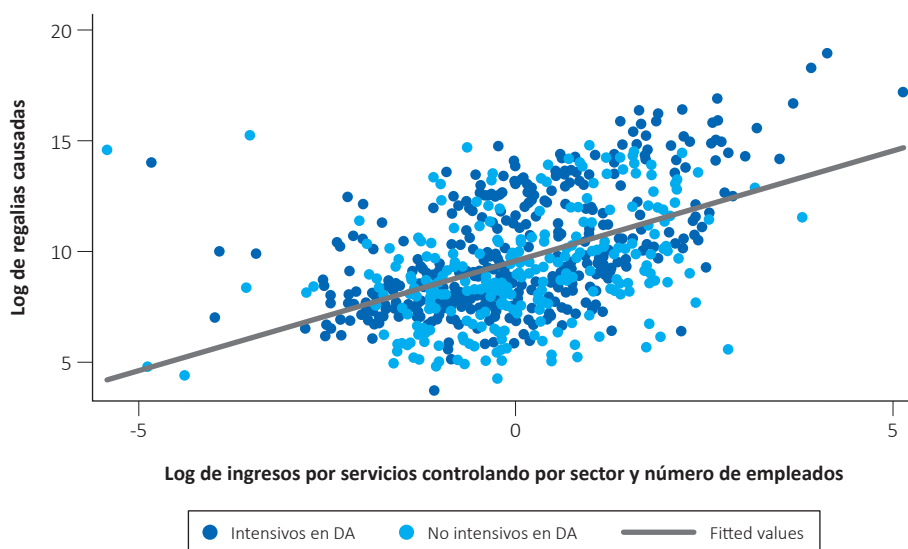
No obstante, se esperaría que esa relación creciente se deba más a la intensidad del uso de las Obras que al nivel de productividad. De otra manera, que la Obras influyan significativamente en la productividad. Si clasificamos las empresas entre más intensivas en el uso de bienes sujetos a derechos de autor (puntos azules) y menos intensivas (puntos rojos), no hay un cambio estadísticamente significativo en la curva que mide la importancia relativa de las regalías en los ingresos o en el valor agregado. Se puede decir que visualmente, sí se identifica una parte de la nube de puntos azules oscuro más arriba que el conjunto y una parte de los puntos azules claro más abajo que el conjunto a pesar de que estadísticamente la diferencia no es relevante.

No se trata de un modelo completo de determinantes de las regalías sino de correlaciones controlado por sector, tamaño de la empresa e intensidad en el uso de las Obras. Cada punto

se ha ajustado para que sea comparable, sin importar el sector o el número de empleados (ver Figura 1). Son correcciones básicas para hacer comparables las empresas, pues no tendría sentido equiparar (sin controlar) las pequeñas con las grandes o empresas que pertenecen a sectores muy diferentes. El hecho que no se tenga una correlación estadísticamente significativa-a pesar de lo que se pueda interpretar visualmente- indica en promedio el pago de regalías no obedece a la intensidad en el uso de las Obras sino a la productividad de las empresas (más ingreso o valor agregado por empleado). El ejercicio dista de ser completo dado que la intensidad está a la vez correlacionada con la productividad. Tampoco se propone un modelo de determinantes de las regalías, sino que se plantea una correlación que debe ser indagada no como un promedio sino en el contexto de los sectores individuales, como se propone a lo largo de este estudio.

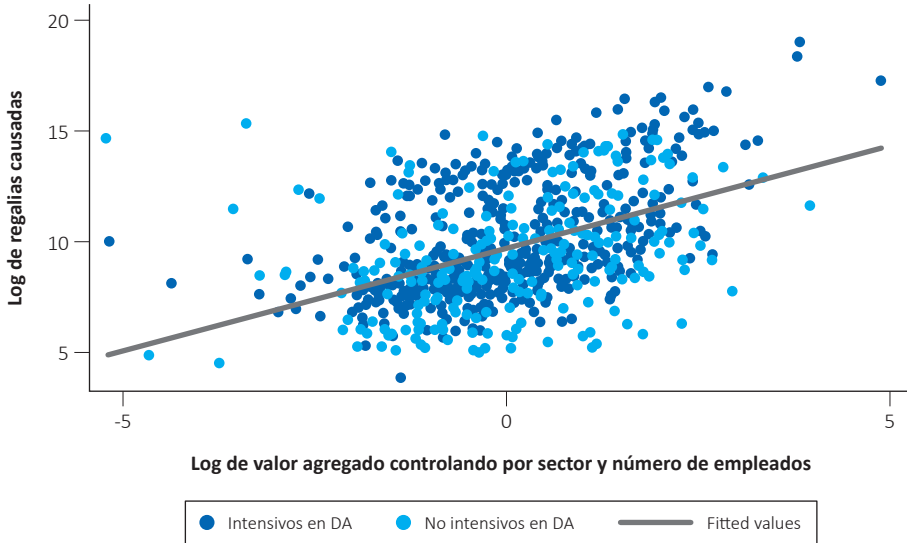
**Figura 1. Un mayor uso de bienes sujetos a derechos de autor está relacionado positivamente con más ingresos y una mayor generación de valor agregado<sup>8</sup>**

*Correlación entre el logaritmo de las regalías causadas y el logaritmo de ingresos por servicios controlando por sector y tamaño de la empresa*



<sup>8</sup> El coeficiente de correlación entre el logaritmo de regalías causadas y el logaritmo de ingresos por servicios es de 0,6362. El coeficiente de correlación entre el logaritmo de regalías causadas y el logaritmo del valor agregado es de 0,6004.

*Correlación entre el logaritmo de las regalías causadas y el logaritmo del valor agregado controlando por sector y tamaño de la empresa*



Fuente: Elaboración propia con base en la Encuesta Anual de Servicio del DANE (2018).

## 2.2. MERCADO SUSTENTADO EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR

### *Sin marco legal de protección, no existiría el mercado de derechos de autor*

La protección legal es fundamental para la existencia del mercado de derechos de autor y para la salvaguardia del resultado del proceso creativo de producción de las obras. Existe un interés de la sociedad en establecer incentivos para que los autores desempeñen su función en los procesos creativos. El interés en la protección de derechos de autor se basa en el resultado económico según el cual se debe garantizar la remuneración por el desarrollo de estos bienes intangibles para obtener un mayor bienestar social.

Todos los países desarrollan políticas que protegen los derechos de autor. 176 Estados hacen parte del Convenio de Berna<sup>9</sup> para la protección de obras literarias y artísticas, cuyo primer texto se produjo en 1886. Los países tienen variados mecanismos de protección de

<sup>9</sup> El Convenio o Tratado de Berna es administrado por la World Intellectual Property Organization (WIPO) y Colombia adhirió en diciembre de 1987 y lo ratificó en marzo de 1988.

los derechos de autor, los cuales van desde la normativa que sólo considera la defensa de la competencia en las industrias relacionadas, hasta la regulación sectorial por cada una de las industrias creativas.

La normativa que protege los derechos de autor establece como sujeto de la protección las Obras y no las actividades necesarias para crearlas. Aunque formalmente el derecho de autor se refiere al “derecho exclusivo por ley del autor de una obra para divulgarla como creación propia de él, para reproducirla y para transmitirla o difundirla al público de cualquier manera o por cualquier medio y también para autorizar a otros a que la utilicen de maneras definidas” (WIPO, 1980), los bienes sujetos a las políticas para la protección de derechos de autor son resultado de un proceso de producción en el que, en ocasiones, intervienen varios titulares de derechos. El Convenio de Berna establece la protección de las obras literarias y artísticas, incluyendo todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión.

En Colombia, la protección de los derechos de autor está establecida para las obras científicas, literarias y artísticas (Ley 23 de 1982<sup>10</sup>), y su regulación está supeditada al cumplimiento de unas reglas básicas, acordadas por la Comunidad Andina<sup>11</sup>, que tienen prevalencia sobre las leyes nacionales de los países miembros (Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú). Los derechos de autor tienen origen en el trabajo de personas que, usando su intelecto o ingenio, producen bienes o servicios que necesitan protección, al igual que lo tienen los bienes tangibles sobre los que se ejercen derechos de propiedad.

La política de protección de derechos de autor garantiza, según el tipo de Obra, un derecho de autorización o prohibición del uso del bien intangible, ya sea que incluya o no una remuneración proporcional a su uso. También impide la transferencia de la propiedad del bien sin el reconocimiento del derecho de los autores. Los derechos a la explotación económica del derecho de autor se denominan derechos patrimoniales y en su mayoría son transferibles, renunciables y disponibles, y se pueden ceder o licenciar<sup>12</sup>. Luego, los derechos patrimoniales son los derechos sujetos a intercambio en el mercado y los que generan la remuneración al autor o a sus titulares sucedáneos<sup>13</sup>. En contraste, la obra también está sujeta a derechos

---

10 El artículo 61 de la Constitución Política de 1991 establece que le corresponde al Estado proteger la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley.

11 Decisión Andina 351 de 1993.

12 Algunas limitaciones a esas transferencias fueron introducidas por las leyes Fanny Mikey y Pepe Sánchez. Véase, por ejemplo, el parágrafo 1 del artículo 98 de la Ley 23 de 1982, modificado por la Ley 1835 del 2017.

13 El artículo 12 de la Ley 23 de 1982 incluye los derechos exclusivos a autorizar o a realizar la reproducción de las obras, traducir, adaptar o hacer cualquier transformación de las obras, y la comunicación de la obra al público mediante representación, ejecución, radiodifusión u otro medio. La ley limita la transferencia de derechos patrimoniales a las modalidades de explotación, al tiempo y al territorio que se determinen contractualmente.

morales irrenunciables, inalienables y perpetuos<sup>14</sup>, como la reivindicación de la autoría (paternidad), la oposición a la modificación de la obra (integridad)<sup>15</sup>, su primera divulgación (ineditud), su retiro de circulación y su modificación posterior a su publicación o inicio de circulación<sup>16</sup>.

El incentivo a las actividades creativas que intervienen en la producción de las Obras supone la creación de un marco jurídico que evite que la remuneración a los autores se reduzca por la no autorización de su uso. La protección es crucial, pues los bienes intensivos en derechos de autor son intangibles e infinitamente reproducibles, más aún en un entorno digital en el que la calidad de la obra no se afecta con la copia, ya sea autorizada o no. Esto implica que el uso del bien por parte de una persona no reduce las posibilidades que puedan tener otras de usarlos (concepto conocido en economía como no rivalidad). También se pueden reproducir infinitamente a un costo adicional de cero, lo que podría llevar a que todos sean incluidos. Sin poder excluir a nadie y sin que exista rivalidad para usar los bienes sujetos a derechos de autor, nadie pagaría por estos derechos y por tanto el incentivo económico a la producción de las Obras sería nulo. De ahí la importancia definitiva del marco legal de protección.

Sin un marco legal de protección de los derechos de autor, se tendría una pérdida de bienestar de la sociedad, pues si el mercado libre falla en la retribución a los autores, las industrias creativas no producirían. En la misma línea, un marco legal e institucional débil genera a su vez incentivos débiles y aleja a la sociedad del mayor beneficio que puede obtener de las industrias culturales. También causa distorsiones y conflictividad, porque los autores buscarán compensar la remuneración perdida en los segmentos en los que hay usos no autorizados con mayores cobros a los usuarios a quienes puede supervisar más fácilmente. El mercado de derechos de autor funciona generando ganancias de bienestar para la sociedad dado el uso de las Obras, pero la existencia de este mercado y su buen funcionamiento están condicionados al marco legal e institucional que protege esos derechos de autor.

### **2.3. MERCADO LIGADO A UNA CADENA DE VALOR DE ALTA COMPLEJIDAD**

El mercado de derechos de autor se caracteriza por la presencia de una multiplicidad de agentes en una sola operación de intercambio. Por ejemplo, una obra audiovisual puede emplear obras escritas, musicales y otros muchos procesos de autoría e interpretación que

---

14 Artículo 30 de la misma Ley.

15 Siempre y cuando la misma cause un perjuicio a la obra o afecte la reputación del autor.

16 El retiro de circulación y modificación posterior a su publicación o inicio de circulación solo podrán ser ejercidas siempre que el autor indemnice por los daños que ocasione el ejercicio de estas facultades.

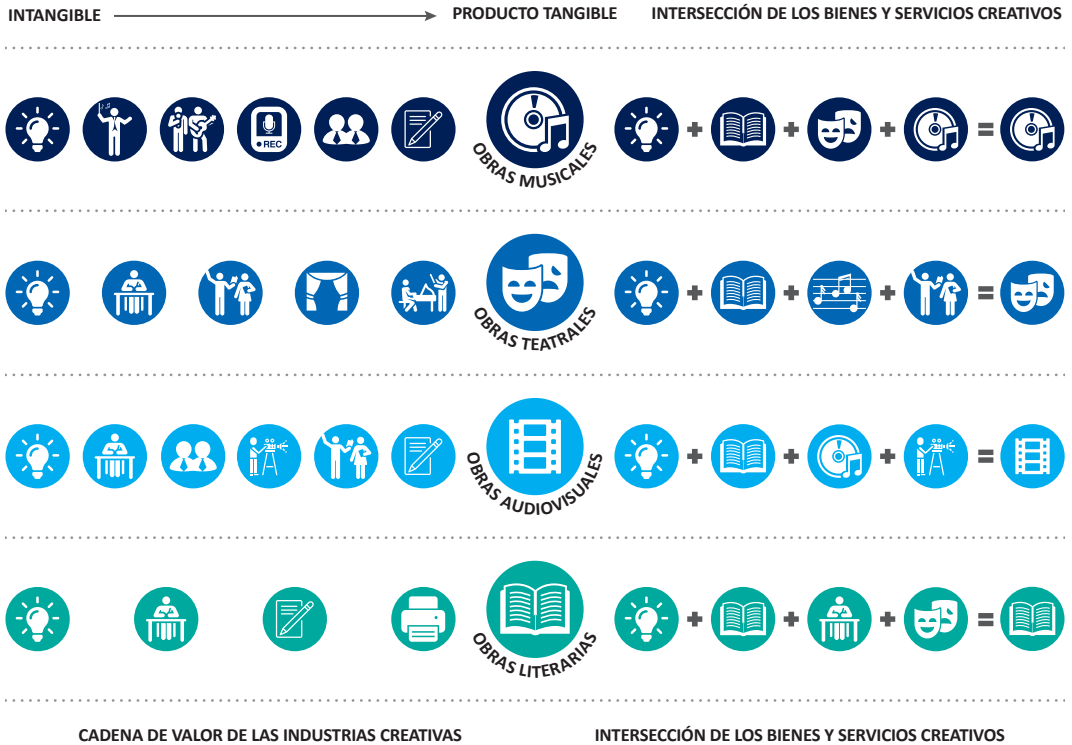
van transformando la obra hasta su forma final. Del mismo modo, aun obras de diferente complejidad, una vez desarrolladas, entran como insumos para otros sectores. Una sola operación de mercado implica la existencia de diferentes tipos de derechos de autor, algunos totalmente independientes y otros interdependientes. Más aún, otra operación de mercado con la misma Obra que se presente por un medio de comunicación diferente puede generar una combinación distinta de derechos de autor y por tanto dar lugar a otra tarifa. Esto, por supuesto, no quiere decir que cada usuario tenga una tarifa diferente: una Obra con el mismo uso debe tener la misma tarifa para todos los usuarios.

La razón de ser de la protección de los derechos de autor es amparar los bienes y servicios creativos producto del esfuerzo, el trabajo y el talento humano<sup>17</sup> y de esta manera garantizar incentivos para que los agentes que participan en la producción de estos bienes y sus industrias relacionadas sigan haciendo parte del proceso creativo. También tiene el papel fundamental de ser el protocolo que permite que los múltiples componentes se puedan aunar en la cadena de valor. Esta sección presenta la cadena de valor del mercado de derechos de autor, con el objetivo de ilustrar la complejidad a la que se enfrentan las políticas de protección de derechos de autor para garantizar el flujo de valor agregado entre las diferentes fases de la producción y en el uso de estos bienes.

El consumo final de bienes sujetos a derechos de autor requiere dos grandes procesos de producción: el primero es la transición desde la creación de obras artísticas hasta la materialización en un bien tangible y el segundo es el uso intermedio del bien (ver Diagrama 1). Durante el primer proceso, la combinación de diferentes expresiones artísticas de uno o varios autores genera un bien tangible y con el nivel de madurez adecuado para el uso o consumo. Por ejemplo, el proceso de producción de una canción inicia con la idea de un compositor y termina con su edición musical. Sin embargo, en el proceso también pudieron haber intervenido un autor que escribió la letra de la canción y un intérprete que la cantó, además de un productor fonográfico que grabó la canción utilizando equipos que representan inversiones de capital tangible. Todos los anteriores, autor, intérprete y productor fonográfico, son sujetos de protección de los derechos de autor o derechos conexos.

---

17 También existen los derechos morales, como se mencionó en la introducción.

**Diagrama 1. Proceso creativo en las industrias de derechos de autor**

Fuente: Elaboración propia. Figuras de referencia tomadas de galería de imágenes Power Point.

Las relaciones entre los múltiples agentes que participan en la producción de un bien sujeto a derechos de autor son simbióticas, en la medida en que son interdependientes y se benefician mutuamente. Las interacciones de cada autor, compositor o intérprete<sup>18</sup> con otros agentes que ejecutan su misma actividad o cualquiera de las que son necesarias para producir una obra lista para el uso final resaltan la mutua necesidad para obtener efectivamente una remuneración por los derechos patrimoniales derivados del ejercicio de su actividad<sup>19</sup>. Como resultado, el bien u obra producida representa la titularidad de diferentes autores y aportantes de servicios conexos (ver Diagrama 2), y surge entonces un mercado en el que

18 En adelante se utilizará la palabra autor para referirse a cualquier tipo de titular de derechos de autor: compositor, autor, intérprete, actor, productor, etcétera.

19 El artículo 4 de la Ley 23 de 1982 reconoce como titulares de derechos de autor y conexos dentro de esta cadena de valor a autores, artistas, intérpretes o ejecutantes, productores, organismos de radiodifusión, causahabientes de los anteriores y las personas que obtengan de un contrato los derechos derivados de la producción de una obra protegida.

la transacción sobre derechos de autor y derechos conexos se observa permanentemente. La negociación entre los titulares de cada uno de los componentes integrados en las obras sobre su valor y los derechos patrimoniales es una realidad del día a día en este mercado.

**Diagrama 2. Participantes en el desarrollo de las obras**



Fuente: Elaboración propia. Figuras de referencia tomadas de galería de imágenes Power Point.

En el segundo proceso –uso intermedio del bien–, las industrias relevantes usan las obras en su cadena de valor para producir otros bienes o servicios<sup>20</sup>. La participación del bien en la cadena de valor depende de cada industria, siendo unos más intensivos que otros. Mientras que en una discoteca una obra musical que ambienta y atrae público juega un papel muy importante dentro de la cadena de valor, la reproducción pública de esa misma obra en la sala de espera de un hospital juega un papel de menor importancia relativa en el objetivo último del servicio final, en el caso de los servicios de salud.

<sup>20</sup> O un nuevo bien sujeto a derechos de autor.

---

Esto, sin embargo, no implica que las industrias relacionadas no agreguen valor agregado al bien antes de que este llegue al consumidor final. Mientras que algunas industrias agregan una cantidad significativa de valor agregado para que el consumidor final adquiera un bien transformado, otras industrias utilizan las obras para agregar valor a su principal servicio. Por ejemplo, la construcción de una parrilla de canales de televisión agrega valor a varios bienes al estudiar las preferencias de los consumidores para lograr una selección consistente con su mercado objetivo. Caso contrario del proceso de distribución de una obra a través de infraestructura, discos compactos o plataformas multimedia.

La participación de múltiples autores en el primer proceso implica que el uso intermedio de los bienes en este segundo proceso genere una remuneración para cada uno de los autores involucrados en la producción del bien. En Colombia, por ejemplo, la Dirección Nacional de Derechos de Autor (2011) identificó las diferentes licencias que se deben adquirir en trece industrias relacionadas con derechos de autor (ver Tabla 3). Un caso: la realización de conciertos debe adquirir dos tipos de licencias por el uso de obras musicales: una por la participación del autor de la letra y música de la obra musical, que se obtiene generalmente en la sociedad de gestión colectiva SAYCO (Sociedad de Autores y Compositores de Colombia), y otra por el fonograma y la interpretación de la obra musical fijada en el fonograma, que se obtiene generalmente en la sociedad de gestión colectiva ACINPRO (Asociación Colombiana de Intérpretes y Productores de Fonogramas). Es decir, que el uso de la obra implica la generación de una remuneración económica y proporcional para cada uno de los actores e intérpretes que participaron en la producción de la obra, remuneración que se sustenta en los derechos patrimoniales de los autores y de los derechos conexos de los demás participantes del proceso creativo, y que estarán en manos de diferentes titulares si previamente han sido cedidos o enajenados.

**Tabla 3. Uso de licencias según el tipo de industria relacionada con derechos de autor**

Tipo de bien sujeto a derechos de autor				
Servicio o industria usuaria de derechos de autor	Obras musicales	Fonogramas	Reprografía	
<b>Establecimientos abiertos al público</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Ejecución pública de música en establecimientos abiertos al público</li> <li>Reproducción por almacenamiento digital de obras musicales</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Reproducción por almacenamiento digital de fonogramas</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Reproducción reprográfica de material editorial protegido</li> </ul>	Obras audiovisuales
<b>Conciertos, eventos y actos musicales</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Ejecución pública de obras musicales en eventos en vivo o fonogramas</li> <li>Ejecución pública de obras musicales en caravanas promocionales y perifoneos</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Ejecución pública de fonogramas en conciertos, eventos y espectáculos</li> <li>Ejecución pública de fonogramas</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Reproducción análoga o digital de partituras</li> </ul>	
<b>Producción de fonogramas</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Reproducción de obras musicales en fonogramas (reproducción fonomecánica)- prensajes especiales</li> </ul>			
<b>Producción de audiovisuales</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Sincronización de obras musicales en obras y grabaciones audiovisuales</li> </ul>			
<b>Producción de multimedia</b>			<ul style="list-style-type: none"> <li>Reproducción de obras audiovisuales en producciones multimedia</li> </ul>	

Tipo de bien sujeto a derechos de autor			
Servicio o industria usuaria de derechos de autor	Obras musicales	Fonogramas	Obras audiovisuales
<b>Producción de comerciales de radio y televisión</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Reproducción de la obra musical en un comercial de radio</li> <li>Sincronización de la obra musical en un comercial de televisión</li> <li>Comunicación pública de la obra musical reproducida o sincronizada</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Comunicación pública del fonograma reproducido o sincronizado</li> </ul>	Reprografía
<b>Telefonía</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Almacenamiento digital y puesta a disposición del público de obras musicales</li> </ul>		
<b>Internet</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Almacenamiento digital y puesta a disposición del público de obras musicales</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Almacenamiento digital y puesta a disposición del público de fonogramas</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Reproducción / puesta a disposición de obras audiovisuales en canales de <i>streaming</i> u otro canal en línea.</li> </ul>
<b>Radio</b>	<p><b>Radiodifusión:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Ejecución pública de obras musicales en emisoras de radio</li> </ul> <p><b>Internet:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Almacenamiento digital y puesta a disposición del público de obras musicales</li> </ul>	<p><b>Radiodifusión:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Ejecución pública de fonogramas en emisoras de radio</li> </ul> <p><b>Internet:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Almacenamiento digital y puesta a disposición del público de fonogramas</li> </ul>	
<b>Televisión</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Ejecución pública o para receptores individuales de obras musicales</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Ejecución pública o para receptores individuales de fonogramas</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Ejecución pública o para receptores individuales por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo de obras audiovisuales o interpretaciones.</li> </ul>

Tipo de bien sujeto a derechos de autor			
Servicio o industria usuaria de derechos de autor	Obras musicales	Fonogramas	Reprografía
<b>Espectáculos de teatro y danza</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Ejecución pública de obras musicales en eventos dramáticos, dramático musicales, coreográficos o similares</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Ejecución pública de fonogramas en conciertos, eventos y espectáculos</li> </ul>	
<b>Instituciones educativas o culturales</b>			<ul style="list-style-type: none"> <li>Reproducción de material editorial protegido</li> <li>Almacenamiento digital y puesta a disposición</li> </ul>
<b>Otras instituciones públicas y privadas, en general</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Reproducción y ejecución pública de obras musicales en sistemas de holding telefónico</li> <li>Ejecución pública de obras musicales en sistemas de música ambiental</li> <li>Ejecución pública de fonogramas en sistemas de música ambiental</li> </ul>		<ul style="list-style-type: none"> <li>Reproducción de material editorial protegido</li> <li>Comunicación pública de las obras audiovisuales</li> </ul>

Fuente: Elaborado con base en DNDA (2011) e información dada por las SGC.

### 3. LA GESTIÓN DE DERECHOS DE AUTOR Y LAS SOCIEDADES DE GESTIÓN COLECTIVA

La normativa sobre protección del derecho de autor reconoce el derecho a autorizar o prohibir el uso de las obras, a obtener una remuneración previa y equitativa, a establecer la forma en la que los autores pueden ejercer sus derechos patrimoniales y recaudar la remuneración. El ejercicio de los derechos patrimoniales para obtener una remuneración exige que se adelanten las actividades de supervisión del uso del bien sujeto a derechos de autor y la de captura de la remuneración económica<sup>1</sup>. El objetivo último de estas actividades es garantizar que existan los instrumentos necesarios para que el autor acceda a su remuneración y que esta no se vea afectada por el uso ilegal a través de, por ejemplo, la piratería. La protección de los derechos de autor introduce dos tipos de actores en ese mercado: los gestores de derechos y las entidades gubernamentales encargadas de la inspección y vigilancia de estos gestores.

#### ***Gestión individual y colectiva de derechos de autor***

Los gestores de derechos son sociedades, individuos u otras figuras que representan los derechos patrimoniales de uno o varios autores y de las demás personas que participan en el proceso de producción de una Obra o repertorio. En el desarrollo de su objeto, los gestores mantienen dos tipos de relaciones: por un lado, con los autores titulares de los derechos patrimoniales sobre las Obras que gestionan y, por el otro, con los usuarios de esas Obras. Son relaciones comerciales de diferente índole que determinan los distintos tipos de gestores existentes. Entre estos sobresale la gestión colectiva, porque tiene la característica de gestionar amplios repertorios de manera simultánea, lo cual permite reducir costos de gestión y tiene el carácter de autogestión por parte de la comunidad de titulares de derechos. Sin

1 En Colombia, la Ley 23 de 1982 otorga a los autores el derecho de autorizar o prohibir los siguientes actos: (i) reproducir la obra, (ii) comunicar la obra al público mediante cualquier otro medio, (iii) distribuir al público el original y copias mediante venta, (iv) importar obras hechas sin autorización del titular en derecho, (v) el alquiler comercial al público y (vi) traducir, adaptar, hacer arreglos o transformar la obra.

embargo, el cambio tecnológico ha venido transformando estos principios: la gestión colectiva permite un mayor control sobre el uso de las Obras y sus costos de gestión son menores que los de la gestión individual.

Las sociedades de gestión colectiva (en adelante SGC) centralizan los derechos (algunas de autor y otras de derechos conexos), facilitando el acceso a autorizaciones de uso por parte de las industrias relacionadas, ya sea al interior de las industrias culturales como por fuera de ellas. En este sentido son aliadas de los usuarios, pues agilizan el pago de los derechos de autor protegidos por ley y disminuyen la probabilidad de usos no autorizados. Al mismo tiempo, la gestión colectiva reduce los costos de gestión, pues posibilita el aprovechamiento de economías de escala en la gestión de contratos.

En contraste, los gestores individuales solo tienen la capacidad de ofrecer autorizaciones de uso de las Obras de un solo autor (o de unos pocos), lo que impide el aprovechamiento de economías de escala y le dificulta al usuario la gestión del pago de múltiples obligaciones. En el extremo, cientos de usuarios tendrían que gestionar tantos contratos como titulares de derechos de autor y conexos existan. Esos beneficios económicos de la gestión colectiva se deben balancear, no obstante, con la libertad para asociarse o no, según lo estipula la Constitución Política de Colombia, como ha sentenciado la Corte Constitucional en protección de la libertad de asociación (esto se amplía más adelante).

### ***Instituciones del Estado orientadas a la protección de derechos de autor***

Las entidades encargadas de la inspección y vigilancia de los gestores de derechos determinan la forma en la que estos pueden gestionar y recaudar las remuneraciones. Particularmente, la vigilancia e inspección sobre las SGC debe velar por el buen funcionamiento del mercado, lo cual incluye propender por los derechos de los autores y garantizar que se materialice el bienestar por el uso de estos bienes en la sociedad.

Por otra parte, las entidades que protegen el derecho a la competencia también intervienen en el mercado de derechos de autor. En contraste con quienes ejercen vigilancia e inspección sobre las SGC, las entidades de competencia cumplen un rol transversal en la economía. Es decir, tienen a su cargo la gestión de todos los mercados de la economía y, por lo tanto, su marco normativo no se desarrolla según las particularidades de cada mercado. Otro contraste de la mayor importancia para el caso colombiano, en el que se han considerado diferentes reformas, es que la autoridad de la competencia hace un control posterior aplicando correctivos principalmente sancionatorios por las violaciones al derecho de la competencia. Los mercados deben funcionar con las reglas establecidas del comercio y observando el cumpli-

miento del derecho de la competencia. No le corresponde a la autoridad de la competencia desarrollar funciones de superintendencia para guiar el funcionamiento de las empresas, como ocurre por ejemplo con los servicios públicos domiciliarios. En esencia, no se pueden considerar como reguladores, como sí es el caso de las entidades que nacen y operan en atención a las particularidades del derecho de autor.

Además, las entidades del derecho de autor tienen normalmente una mayor cercanía con la intangibilidad de las Obras y su carácter de único oferente por ser creaciones originales, en contraste con los bienes más tangibles de los mercados donde actúan principalmente las autoridades de competencia.

De esta manera, las políticas de protección al derecho de autor se convierten en el instrumento público que garantiza que los autores reciban una remuneración en ejercicio de sus derechos patrimoniales y que incentiva las industrias creativas.

El objetivo de este capítulo es presentar la regulación sobre la gestión de derechos de autor en Colombia. La primera sección presenta el marco normativo e institucional a través del cual se gestionan los derechos de autor y conexos en Colombia. La segunda sección presenta los resultados agregados de la política de derechos de autor sobre este mercado en nuestro país. Esta segunda sección incluye, además, un ejercicio que ejemplifica cómo la normativa que regula a los gestores de derechos, sus reglas de distribución de regalías y de aplicación de costos impactan el resultado agregado de la economía.

### **3.1. MARCO NORMATIVO E INSTITUCIONAL DEL MERCADO DE DERECHOS DE AUTOR EN COLOMBIA**

*El marco normativo del mercado de derechos de autor está definido por leyes nacionales, tratados internacionales y jurisprudencia que actúa como antecedente en decisiones judiciales*

En Colombia, la protección de los derechos de autor y conexos inició con la Ley 1 de 1834, que aseguraba por cierto tiempo la propiedad de las producciones literarias y algunas otras (Pabón Cadavid, 2009). Mucho después, la Constitución de 1886, en su artículo 35, protegió la propiedad literaria y artística como un tipo de propiedad transferible durante la vida del autor y ochenta años más. En concordancia con esto, la Ley 32 y el Decreto 665 del mismo

año ordenaron la creación de un registro general de propiedad literaria, instruyendo al Ministerio de Instrucción Pública abrir los libros para el registro de las obras (Cavalli, 1986)<sup>2</sup>.

Hoy en día, la legislación de derechos de autor en Colombia tiene como base la Ley 23 del 22 de enero de 1982. Su objetivo fue establecer un marco jurídico para la protección de estos derechos a través de la definición de los conceptos del mercado, los instrumentos mediante los cuales los autores podían materializar la remuneración por sus derechos patrimoniales, sus limitaciones y excepciones, entre otras cosas.

Una década después de la Ley 23 de 1982, el desarrollo de la institucionalidad del mercado de derechos de autor llevó a la creación de la Dirección Nacional de Derechos de Autor (DNDA). Esta nació como una entidad adscrita al Ministerio de Gobierno (posteriormente Ministerio del Interior). Sus funciones, establecidas en el Decreto 2041 de 1991, se centran en el contexto legal del componente de derechos de autor de la propiedad intelectual. Además de diseñar, administrar y ejecutar la política pública en materia de derechos de autor, a la DNDA le fueron asignadas las funciones de gestionar el registro de las obras protegidas y de controlar y vigilar a las SGC. El desarrollo de la institucionalidad de la política para la protección de derechos de autor buscó fortalecer los instrumentos para el reconocimiento de la remuneración a los titulares de derechos patrimoniales. Recientemente, la Ley 1915 de 2018 reformó el régimen de derechos de autor inaugurado por la Ley 23 de 1982, actualizándose al contexto del entorno digital actual.

### ***Excepción al pago por derechos de autor: el bien común sobre el bien particular***

En la década de 1990, la firma de tratados internacionales contribuyó a la madurez de la política de protección a los derechos de autor. Esto garantizó la existencia de entornos competitivos para que los autores desarrollaran sus actividades creativas con seguridad jurídica a escala transnacional. En el marco de la Comisión de la Comunidad Andina, Colombia adoptó la Decisión 351 de 1993 como instrumento que instauró un régimen para la protección de los derechos de autor y conexos en un ámbito plurinacional (Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia y, en ese entonces, Venezuela). El carácter vinculante de la Decisión implica que cualquier controversia en los países miembros debe ser analizada por el Tribunal Andino de Justicia.

---

2 Para un análisis detallado de los antecedentes del derecho de autor en Colombia se recomienda consultar: Pabón Cadavid Jhonny Antonio (2009). Aproximación a la historia del derecho de autor: antecedentes normativos. Universidad Externado de Colombia. Disponible en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/457/3624> y Rodríguez, R. (2012). El derecho de autor en Colombia desde una perspectiva humanista. Revista Prolegómenos. Derechos y Valores, 15, 30, 141-159. Disponible en <https://www.redalyc.org/pdf/876/87625443008.pdf>

La Decisión 351 de 1993 estableció los criterios a partir de los cuales los países podrían determinar la excepción del pago de remuneración a los titulares de derechos patrimoniales. La posibilidad de encontrar obras de uso libre responde a la necesidad de garantizar el uso de creaciones que contribuyan al desarrollo de las sociedades al no requerir remuneración por su uso. Este tipo de bienes, al igual que, por ejemplo, los desarrollos matemáticos, son aquellos bienes que generan mayor valor cuando se garantiza la generación de nuevos bienes de mayor valor en pro del desarrollo de las sociedades.

En concordancia con el artículo 11 de la Ley 680 del 2001, las resoluciones 2291 del 2014, 1022 del 2017<sup>3</sup> y 683 del 2018 de la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV) definieron las condiciones en las que los operadores de televisión por suscripción debían garantizar la distribución de la señal de los canales de televisión abierta. La primera determinó que la entrega de señal de los canales de televisión abierta no podía estar sujeta al pago de remuneración. La segunda definió que los operadores de televisión por suscripción no debían cobrar a sus usuarios por la distribución de esta señal. La tercera estableció que se debían incluir los canales regionales en las parrillas de los operadores de televisión por suscripción y que si se sumaba un canal nacional en HD se debían incluir todos los demás. Estas obligaciones generaron el encuentro entre los derechos de libertad económica de los operadores de televisión por suscripción y los derechos de autor y derechos conexos.

En cuanto al derecho económico, el argumento según el cual el pago de remuneración por el uso de derechos de autor de los bienes que conforman la programación de los canales de televisión abierta es que no existe el uso de los bienes sujetos a derechos de autor con ánimo de lucro al no generarse valor por la distribución de la señal de televisión. Este análisis, basado en el funcionamiento de la cadena de valor, implicaría la excepción del pago de derechos de autor de los bienes incluidos en la programación de los canales de televisión abierta. Por su parte, el marco común del derecho de autor de la Decisión 351 de la CAN establece que las excepciones al pago de la remuneración de derechos patrimoniales no deben causar perjuicio a los titulares de los derechos de autor<sup>4</sup>. El encuentro de ambos derechos ha motivado la toma de acciones judiciales por parte de los canales de televisión abierta y, actualmente, se espera una decisión del Tribunal Andino de Justicia (ver Recuadro 1).

3 Por medio de la cual se reglamenta el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 y se da cumplimiento a la Sentencia T-599 de la Corte Constitucional.

4 Artículo 21 de la Decisión 351 de 1993 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

### ***El reconocimiento de los diferentes autores que intervienen en la producción de bienes sujetos a derechos de autor por parte de la ley promovió la creación de nuevas SGC***

Posteriormente, el Estado colombiano fue adoptando otras normativas y decisiones que fueron modificando y adaptando el mercado de derechos de autor a las nuevas realidades y coyunturas (ver Diagrama 3). El Decreto 460 de 1995 reglamentó el Registro Nacional de Derechos de Autor, y las leyes 1403 del 2010 (Fanny Mikey) y 1835 del 2017 (Pepe Sánchez) extendieron el reconocimiento de la remuneración a la comunicación pública de interpretaciones y de obras cinematográficas, respectivamente.

#### **Recuadro 1. La excepción de pago por los derechos conexos por retransmisión: el *must carry* en Colombia.**

En Colombia, de acuerdo con la ley y la jurisprudencia, la retransmisión de la señal de los canales de televisión abierta por parte de los operadores de televisión por suscripción no genera una contraprestación económica ni pago por concepto de derechos conexos de retransmisión. Esta excepción a los derechos conexos ha ocasionado una gran controversia durante los últimos años en este mercado y en las industrias culturales en Colombia.

La excepción se encuentra consagrada en el artículo 11 de la Ley 680 del 2001, que obligó a los operadores de televisión por suscripción a garantizar la retransmisión de los canales colombianos de televisión abierta sin cargo para los usuarios (conocido en Colombia como *must carry*).

Posteriormente, el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el marco del expediente 2014-16592-06 (demanda interpuesta por Caracol Televisión S.A. y RCN Televisión S.A. por competencia desleal de Telmex Colombia S.A. y otros), declaró que dicho artículo es una limitación o excepción al derecho conexo de titularidad de los organismos de radiodifusión, que consiste en la potestad de autorizar o prohibir “la retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento”, potestad consagrada en el literal del artículo 39 de la Decisión Andina 351 de 1993. El Tribunal consideró que se aplica la regla de los tres pasos consagrada en el Convenio de Berna, y, asimismo, argumentó que esta limitación es indispensable en aras de garantizar el acceso de la población a la televisión y de salvaguardar el pluralismo informativo. En la actualidad, los canales privados de televisión abierta deben permitir a los operadores de televisión por suscripción la retransmisión de su señal en directo sin exigir el pago de una contraprestación.

Es oportuno enfatizar<sup>5</sup> que la excepción corresponde al derecho conexo de retransmisión de titularidad de los canales privados como organismos de radiodifusión. En efecto, la misma Decisión Andina 351 de 1993, norma comunitaria supranacional, incorporada en el derecho interno según lo pactado en el Acuerdo de Cartagena y que goza de un carácter superior a las leyes nacionales, consagra las disposiciones relativas a los derechos conexos, y en su dispone “Artículo 33.- La protección prevista para los Derechos Conexos no afectará en modo alguno la protección del derecho de autor sobre las obras científicas, artísticas o literarias. En consecuencia, ninguna de las disposiciones contenidas en este Capítulo podrá interpretarse de manera tal que menoscabe dicha protección. En caso de conflicto, se estará siempre a lo que más favorezca al autor”.

La Sentencia C-654/03 estableció que esta excepción no desconoce la libertad de empresa y resulta proporcional con la política de televisión. En ese sentido, y en aras de garantizar los derechos culturales, la Corte Constitucional, en la Sentencia T-599 de 2016, ordenó a la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV) garantizar la transmisión de las señales de los canales regionales en todo el territorio nacional –*must carry*–. Cumpliendo con el mandato de la Corte Constitucional, la ANTV expidió la Resolución 1022 de 2017, modificada por la Resolución 683 de 2018, mediante las cuales se exige a los operadores de televisión cerrada retransmitir, sin costo alguno, la señal de los canales de televisión abierta nacional y regional en ambos formatos (SD y HD) y de acuerdo con sus capacidades técnicas.

Los canales de televisión abierta Caracol y RCN continuaron su disputa legal en el marco de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) y demandaron al Estado colombiano ante esa organización. De acuerdo con sus argumentos, el *must carry* violaría la Decisión 351 de la CAN, por medio de la cual se establece un Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos.

El Dictamen N° 003 del 2017 de la Secretaría General de la Comunidad Andina determinó que el *must carry* violaba tres artículos de la Decisión 351 de la CAN (21, 39 y 42):

- El artículo 21 establece que las excepciones al derecho de autor no deben atentar contra la normal explotación de las obras.
- El artículo 39 establece que los organismos de radiodifusión gozan del derecho exclusivo de autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones.

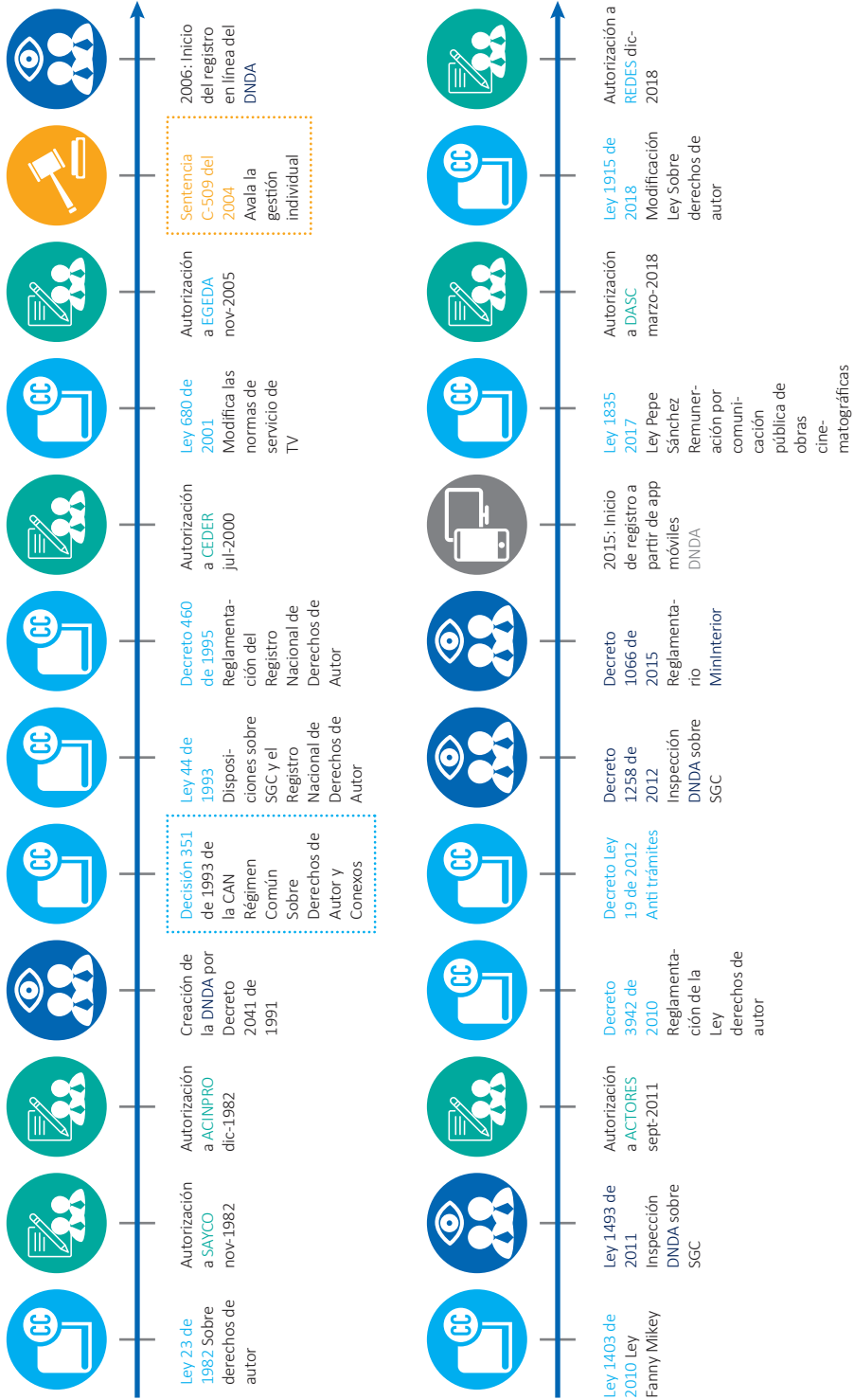
5 Aclaración provista en respuesta a los comentarios sobre la versión preliminar del estudio, que pedían aclarar que la controversia no versaba sobre los derechos de autor en general, sino exclusivamente sobre los derechos conexos de retransmisión.

- El artículo 42 establece que en los casos permitidos por la Convención de Roma, las legislaciones internas de los países miembros podrán establecer límites a los derechos de autor.

La Secretaría General de la Comunidad Andina recomienda derogar las disposiciones de los actos administrativos que van en contra de la normatividad comunitaria (Res. No. 2291 de 22/09/2014, Circular No. 10 de 23/04/2015 y Res. 1022 del 12/06/2017). Como Colombia no actuó, el Tribunal de Justicia CAN, en el momento en que se escribe este informe, estaba evaluando y determinará el presunto incumplimiento. Tanto el Estado colombiano como los canales de televisión abierta RCN y Caracol han expuesto sus argumentos en el proceso, por lo que está pendiente un fallo.

Como resultado, la DNDA ha dotado a seis SGC con personería jurídica y autorización de funcionamiento para realizar la gestión de los derechos patrimoniales relacionados con las actividades de creación reconocidas en la normativa nacional: la Sociedad de Autores y Compositores SAYCO, la Asociación Colombiana de Intérpretes y Productores Fonográficos ACINPRO, la Entidad de Gestión Colectiva de Derechos de los Productores Audiovisuales EGEDA, ACTORES Sociedad Colombiana de Gestión, Directores Audiovisuales Sociedad Colombiana DASC, el Centro Colombiano de Derechos Reprográficos CDR y la Red Colombiana de Escritores Audiovisuales, de Teatro, Radio y Nuevas Tecnologías REDES. Cada una de estas sociedades está a cargo de la gestión de derechos patrimoniales de diferente naturaleza y, por lo tanto, cada una expide diferentes tipos de licencias para el mismo tipo de derechos patrimoniales. Por ejemplo, mientras que ACINPRO protege los fonogramas y las interpretaciones musicales y expide licencias para la comunicación pública de los mismos, EGEDA administra los derechos de autor correspondientes a las obras audiovisuales y sus licencias autorizan ciertas modalidades de comunicación pública como la retransmisión y la comunicación pública en lugares abiertos al público; la autorización de EGEDA no exime del pago de la remuneración equitativa a ACTORES por la comunicación de las interpretaciones audiovisuales que se encuentran fijadas en las obras audiovisuales.

Diagrama 3. Desarrollo del marco normativo de la protección de derechos de autor en Colombia



Fuente: Elaboración propia. Figuras de referencia tomadas de galería de imágenes Power Point.

### ***Un mercado con relaciones horizontales y verticales***

La normativa para la protección de derechos de autor define cuatro tipos de roles en el mercado de derechos de autor y derechos conexos (ver Diagrama 4). En primer lugar, se otorga la propiedad sobre los derechos patrimoniales a los participantes de la producción de bienes sujetos a derechos de autor y conexos, es decir, a los titulares de derechos<sup>6</sup>. Su función consiste en producir bienes en el ejercicio de su actividad. En segundo lugar se encuentran aquellos agentes que hacen uso de los bienes en su cadena de producción con el objetivo de generar lucro en el ejercicio de su actividad, los usuarios. En tercer lugar están los gestores de derechos, que actúan como intermediarios entre los titulares de derechos y los usuarios. Sus acciones están encaminadas a garantizar la retribución para los titulares cuya participación en la producción de bienes es utilizada en otras cadenas de valor. Finalmente, están las entidades del Estado encargadas de vigilar e inspeccionar a los gestores de derechos.

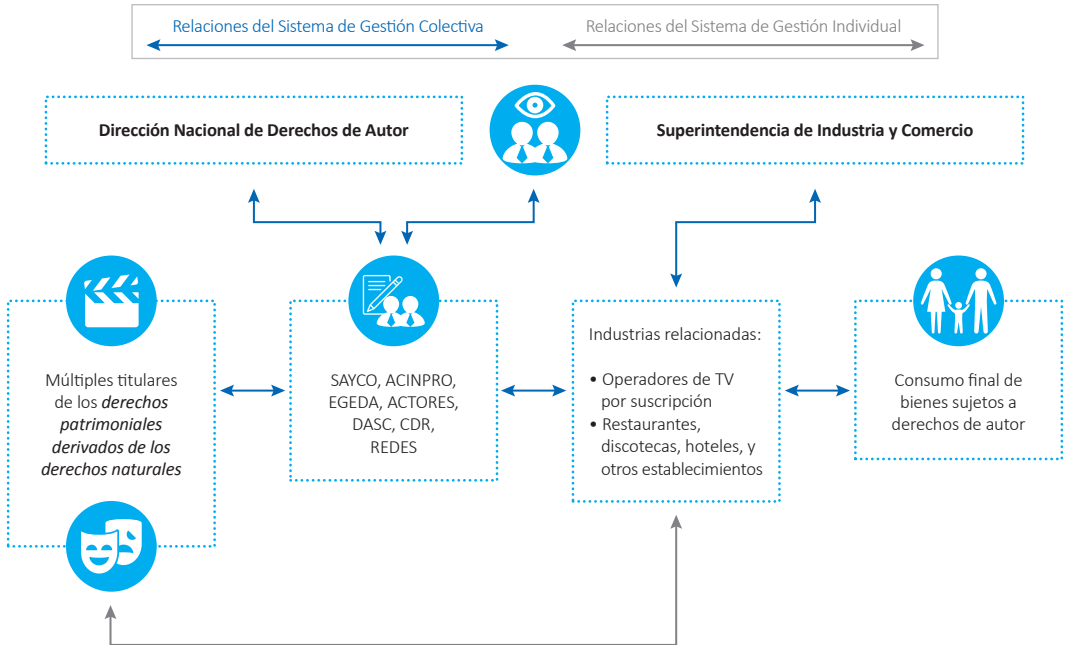
Mientras que las relaciones entre los titulares y los gestores de derechos y entre estos y los usuarios son relaciones horizontales, las relaciones entre la autoridad en derechos de autor y los gestores es vertical. El primer tipo de relación se caracteriza por representar los intercambios que existen en el mercado. En caso de que el uso de bienes sujetos a derechos de autor no requiera un intermediario como lo es el gestor, la relación entre titulares y usuarios sería una relación entre un productor y un consumidor como en cualquier mercado. En contraste, las relaciones verticales surgen como consecuencia de la solución de la falla de mercado por parte del gobierno. Dado que corresponde a la autoridad establecer la forma en la que deben operar los gestores, también le corresponde vigilar que el accionar de estos se realice dentro de lo establecido cuando desempeñen su función. En este sentido, las relaciones verticales responden a la presencia de una relación horizontal entre dos agentes del mercado.

Surgen tres relaciones adicionales de tipo vertical como consecuencia de las relaciones horizontales que se dan en el mercado de derechos de autor. Las dos primeras son las relaciones entre las SGC y sus afiliados y entre las SGC y los usuarios de bienes sujetos a derechos de autor. Al tratarse de relaciones en las que un sector de mercado con la misma actividad interactúa con otro sector (las SGC, los intérpretes, las emisoras de radio), estas deben ser vigiladas por la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) respecto al régimen de competencia. La SIC se ha pronunciado en particular sobre la posición de dominio

6 El artículo 4 de la Ley 23 de 1982 reconoce a los siguientes titulares de derechos: (i) el autor de su obra, (ii) el artista, intérprete o ejecutante, sobre su interpretación o ejecución, (iii) el productor sobre su fonograma, (iv) el organismo de radiodifusión sobre su emisión, (v) los causantes a título singular o universal de los titulares anteriormente citados, y (vi) la persona natural o jurídica que obtenga la producción de una obra científica, literaria o artística.

que gozan las SGC y, en el caso de la relación entre una SGC y sus afiliados, ha probado el dominio de esta posición<sup>7</sup>.

**Diagrama 4. Actores y las relaciones en el mercado de derechos de autor y conexos en Colombia**



Fuente: Elaboración propia. Figuras de referencia tomadas de galería de imágenes Power Point.

La tercera relación vertical es aquella en la que los agentes de un mismo sector interactúan entre ellos. En la mayoría de estos sectores, el gobierno ha delegado la función de diseñar la política pública que garantice la competencia dentro del sector y que la implemente con la aplicación de normas que aseguren la maximización del bienestar social. Por ejemplo, en el caso de los operadores de televisión paga, de la televisión abierta, de los operadores de internet y telefonía móvil, entre otros, la Comisión de Regulación de Comunicaciones es la entidad encargada, entre otras cosas, de establecer el régimen de regulación que propenda al bienestar social de los usuarios y promover y regular la libre competencia para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones<sup>8</sup>.

7 Caso SAYCO: Resolución 20964 de 2012 y Resolución 76278 de 2016.

8 Artículo 19, Ley 1341 de 2009.

### **3.2. DESEMPEÑO DE LA PROTECCIÓN DE DERECHOS DE AUTOR EN COLOMBIA**

#### ***Los instrumentos para la distribución de remuneraciones y el recaudo de regalías de las SGC impactan el mercado de derechos de autor***

La gestión de derechos de autor se hace en Colombia mediante tres mecanismos principales: las sociedades de gestión colectiva, los gestores individuales y otras formas asociativas. Como se mencionó, existen seis SGC reconocidas por la DNDA.

Las SGC surgen como una solución para la asimetría de información que existe en el mercado de derechos de autor, y con ellas se busca fortalecer los incentivos de remuneración para que los bienes sujetos a derechos de autor se sigan produciendo. El papel fundamental de las SGC es licenciar muchas obras de muchos autores para muchos clientes (Searle, 2015). Las SGC solucionan varias de las asimetrías de mercado existentes para las transacciones de derechos de autor entre los artistas y los usuarios de sus obras gracias a la especialización en gestión de derechos. En particular, las asimetrías de información que afectan los costos de búsqueda, negociación y ejecución de los contratos entre usuarios y autores (Watt, 2016).

Las SGC reducen los costos en los que deben incurrir los titulares para gestionar sus derechos y, en consecuencia, agregan mayor valor a la economía. Las SGC aumentan las probabilidades de incrementar la remuneración e incentivan la entrada al mercado de nuevos titulares. Las SGC, como actor intermediario entre usuarios y titulares, aminoran los costos de transacción al mejorar la supervisión del uso de bienes sujetos a derechos de autor y, por lo tanto, mejoran los ingresos por uso de obras. Al mismo tiempo, la reducción de costos frente a la gestión individual puede hacer que la decisión racional de un nuevo titular sea participar en el mercado creativo. Es decir, si el costo de supervisar de forma individual desmotiva el desarrollo de la actividad creativa de los autores, la reducción de este costo a través de las economías de escala que introducen las SGC puede volver rentable el desarrollo de su actividad.

Las SGC gozan de una posición de dominio como consecuencia del valor agregado que supone la reducción de costos de supervisión y recolección de regalías, resultando en una centralización del poder de negociación de los titulares. Luego, bajo este esquema de gestión, la vigilancia de las SGC por parte de la autoridad encargada de proteger la competencia debe buscar que estas no abusen de su poder de dominio frente a los titulares y frente a los usuarios. No obstante el control, la autoridad responsable de la política de derechos de autor debe diseñar el marco normativo que incentive la reducción de costos de gestión y el buen funcionamiento del mercado a través de las reglas de distribución de regalías en las SGC.

### ***El tipo de gestión de derechos incide en el resultado agregado de la economía***

Las reglas de distribución de regalías de las SGC juegan un papel fundamental en el mercado de derechos de autor. La reducción en costos de gestión depende de la capacidad de las SGC de representar el repertorio global. En este sentido, las reglas de distribución deben suponer un incentivo para que los titulares que deciden participar de la gestión colectiva perciban un beneficio no menor a aquel que reciben en otros modelos de gestión. De esta manera, las reglas de distribución pueden influir en los costos de gestión y, por lo tanto, en el valor que los usuarios pagan por las licencias. Además, las reglas de distribución también pueden aumentar el valor agregado de las actividades creativas al determinar reglas que atraigan a nuevos titulares para los que los costos de otros tipos de gestión no generarían remuneración positiva.

En contraste, los gestores individuales se caracterizan por presentar unos costos de gestión mayores que los de las SGC y generan un valor agregado total menor que el que se obtiene cuando las SGC gestionan el repertorio global. Aquellos titulares que gestionan sus derechos de manera individual tienen la certeza de recibir una remuneración suficientemente grande como para cubrir los costos de la gestión individual, pero el costo social es el aumento de los costos unitarios en la gestión colectiva. Los altos costos de la gestión pueden, además, desincentivar el desarrollo de actividades creativas a los autores que no logren una remuneración mayor a los costos de la gestión. Es decir que cada titular decide la forma en que se gestionan sus propios derechos comparando los ingresos que percibiría al gestionar de manera colectiva o de manera individual. Esto sugiere que las SGC deben utilizar la heterogeneidad de titulares en el mercado de derechos de autor como insumo para la construcción de reglas de distribución con el objetivo de maximizar el bienestar social (ver Recuadro 2).

#### **Recuadro 2. La protección de derechos de autor a través de las Sociedades de Gestión Colectiva maximiza el bienestar social**

Además de la conclusión de la teoría económica de la racionalidad, según la cual la protección de la propiedad intelectual, incluyendo los derechos de autor, es necesaria para incentivar la innovación, y por lo tanto el desarrollo de la actividad económica, es posible explicar la protección de la propiedad intelectual a partir de la teoría de juegos (Ramanujam, 2006). La ventaja de utilizar la teoría de juegos para explicar las relaciones entre los agentes del mercado de derechos de autor sobre la teoría racional es que permite analizar el resultado de la interacción estratégica de los agentes y cómo este varía frente a cambios normativos. A continuación

se presenta un juego estático para analizar cómo cambia el comportamiento de los autores cuando están ante la posibilidad de gestionar sus derechos de manera individual o colectiva y sus efectos en el agregado económico.

Suponga que el universo de autores de un mismo tipo de obra está compuesto por dos agentes: autor A y autor B. Cada uno de los autores tiene el derecho de gestionar los derechos de autor de forma colectiva a través de una SGC o de manera individual. La única diferencia entre las dos formas de recaudo de la remuneración son los costos de gestión, mientras que en la economía siempre se recauda el mismo monto por concepto de remuneración a los autores. Los incentivos establecidos en la normativa se ven reflejados en los pagos que recibe cada autor cuando escoge alguna de las dos estrategias disponibles: gestionar de forma colectiva (SGC) o de manera individual (GI). El juego que representan estos pagos y estas estrategias es el siguiente:

		Autor A	
		SGC	GI
Autor B	SGC	$\frac{r}{2} - \frac{c}{2}, \frac{r}{2} - \frac{c}{2}$	$\frac{r}{2} - i, \frac{r}{2} - c$
	GI	$\frac{r}{2} - c, \frac{r}{2} - i$	$\frac{r}{2} - i, \frac{r}{2} - i$

Donde  $r$  corresponde al recaudo total de regalías por el uso de bienes sujetos a derechos de autor en la economía, tanto cuando se realiza por SGC, como cuando se hace de forma individual;  $c$  es el costo de gestionar los derechos de autor a través de una SGC e  $i$  es el costo de gestionar los derechos de autor de forma individual. El primer término de cada celda indica el pago que recibe el autor A dada su estrategia y la estrategia del autor B, mientras que el segundo término representa el pago del autor B.

De acuerdo con el juego, el pago para el autor A si escoge SGC, y dado que el autor B escoge GI, es  $\frac{r}{2} - c$ , mientras que el pago para el autor B es  $\frac{r}{2} - i$ . Para conocer cuál es la estrategia dominante, es decir, aquella que cada uno de los autores escoge sin importar la estrategia que adopta el otro, es necesario realizar supuestos sobre los costos de gestión  $c$  e  $i$ . Conocer las estrategias de cada uno de los autores permitirá identificar el equilibrio de Nash, el cual representa el resultado de las decisiones estratégicas de los autores.

**Escenario 1: la estrategia dominante depende de los costos de gestión de los derechos de autor**

En el caso en que el costo total de la gestión de los derechos de autor de las SGC es menor al costo de la gestión individual para cada autor, se tiene que  $c < i$ , lo cual implica que  $\frac{c}{2} < i$ . En este escenario existe una sola estrategia dominante para cada autor y, por lo tanto, un único equilibrio de Nash. La estrategia dominante para el autor A es SGC, donde recibe un pago de  $\frac{r}{2} - \frac{c}{2}$ , sin importar la decisión del autor B. Esto sucede porque en el escenario alternativo en el que A escoja GI, recibiría un pago de  $\frac{r}{2} - i$ , que es menor a  $\frac{r}{2} - \frac{c}{2}$ . Siguiendo esta misma lógica, se deduce que cuando  $c < i$ , la estrategia dominante del autor B es SGC, donde recibe un pago de  $\frac{r}{2} - \frac{c}{2}$ . El equilibrio de Nash en este escenario es SGC para ambos autores, donde cada uno recibe un pago de  $\frac{r}{2} - \frac{c}{2}$ .

El equilibrio de Nash en el que ambos autores deciden gestionar sus derechos de manera colectiva resalta dos características de la gestión colectiva. Primero, el resultado agregado de la economía, es decir, la suma de los pagos del autor A y del autor B, es mayor en el equilibrio de Nash que en cualquiera de los escenarios alternativos. En otras palabras, como los costos de gestión colectiva son menores a los costos de gestión individual y el recaudo de regalías por el uso de derechos de autor es el mismo, la remuneración neta para los autores es mayor cuando hay gestión colectiva. Segundo, este resultado, además de ser equilibrio de Nash, es óptimo de Pareto porque no es posible que alguno de los autores obtenga un pago mayor sin que el otro reciba uno menor. Esto sucede porque cuando ambos deciden gestionar sus derechos de manera colectiva, los costos se reducen a la mitad  $\frac{c}{2}$ , mientras que cuando cada uno gestiona los derechos de forma colectiva y el otro lo hace de manera individual, el costo de gestión colectiva aumenta de  $\frac{c}{2}$  a  $c$ . El equilibrio de Nash se mantiene porque hemos supuesto que el costo total de la gestión colectiva ( $c$ ) es menor que el costo individual ( $i$ ).

Estas conclusiones se mantienen en el caso en el que los costos agregados de la gestión individual son inferiores a los costos de la gestión colectiva ( $2i < c$ ), lo cual implica que los costos unitarios de la gestión individual son menores que los costos individuales de la gestión colectiva  $i < \frac{c}{2}$ . Sin embargo, el nuevo equilibrio de Nash es cuando ambos autores juegan la estrategia dominante GI y cada uno recibe un pago de  $\frac{r}{2} - i$ .

Se sabe que las regalías recolectadas por algunos autores son significativamente diferentes dependiendo de si sus derechos se gestionan de forma colectiva o de forma individual, porque la capacidad de recaudo puede ser mayor (menor) en alguna de las dos formas, bien sea por mayor (menor) capacidad de cobertura o por mayor (menor) poder de negociación. Luego, si

existe diferencia en las regalías percibidas y los costos son los mismos para todos los autores, la mejor estrategia para cada autor dependerá de su capacidad de negociación frente a los usuarios contra la capacidad de negociación frente a las SGC, que depende de las reglas de distribución. Es decir que los costos de la gestión colectiva o individual no son el único instrumento para definir los incentivos que maximicen el bienestar en la economía, sino que también lo son las reglas de distribución de cada SGC y, más importante, debe existir consistencia entre las reglas de distribución y la asignación de costos.

### ***Escenario 2: la gestión colectiva solo es más eficiente si representa a todos los autores***

Ahora, supongamos que  $\frac{c}{2} < i$ , pero que  $i < c$ , es decir, que los costos de la gestión colectiva solo son menores a los costos de la gestión individual para cada autor cuando ambos deciden gestionar de manera colectiva sus derechos y los costos totales de la gestión colectiva son inferiores a la suma de todos los costos de gestión individual. En este escenario no existe una estrategia dominante para ninguno de los dos autores y existen dos equilibrios de Nash. El primer equilibrio de Nash es cuando ambos autores deciden gestionar de manera colectiva. Este equilibrio de Nash, como en el primer escenario, también es óptimo de Pareto. El segundo equilibrio de Nash es aquel donde ambos autores eligen la gestión individual. Este equilibrio no es óptimo de Pareto, a diferencia del equilibrio de Nash donde ambos gestionan de forma colectiva, porque es posible que ambos autores mejoren su recaudo si deciden gestionar de manera colectiva.

Este escenario muestra que el resultado de la interacción estratégica de los autores puede llevar a resultados que no maximizan el bienestar social. Mientras que el total de remuneración en la economía es  $r - c$  cuando ambos gestionan de manera colectiva, la remuneración total es  $r - 2i$ , lo cual es menor que  $r - c$ . Esto quiere decir que el reto de la normativa sobre los derechos de autor es establecer incentivos apropiados para que la decisión racional y estratégica de los autores sea adelantar la gestión colectiva de manera conjunta. La normativa debería garantizar, en este caso, que el pago que cada autor percibe cuando escoge la gestión colectiva sea mayor al pago que reciben cuando escogen la gestión individual, sin importar la decisión del otro autor, lo cual ocurre cuando  $c < i$ . Es decir que los incentivos de la normativa deben incentivar que las SGC garanticen esquemas de distribución y costos de gestión que les permita representar el repertorio global de las obras de cada tipo, sin restringir la posibilidad de que cada autor pueda gestionar sus derechos de manera individual.

***Discusión: ¿qué representan los costos  $c$  e  $i$ ?***

El juego planteado permite modelar los efectos de diferentes marcos normativos en el resultado de las decisiones estratégicas de los autores a través de los parámetros de costos de los modelos de gestión. Por un lado, se encuentran los dos escenarios extremos (escenario 1), en los que los costos agregados e individuales de alguna de las formas de gestión de derechos (colectiva o individual) son menores que los costos agregados e individuales de la otra forma. Como resultado, en cada escenario, existe una estrategia dominante que es la misma para cada autor y que representa un equilibrio de Nash que es a su vez óptimo de Pareto.

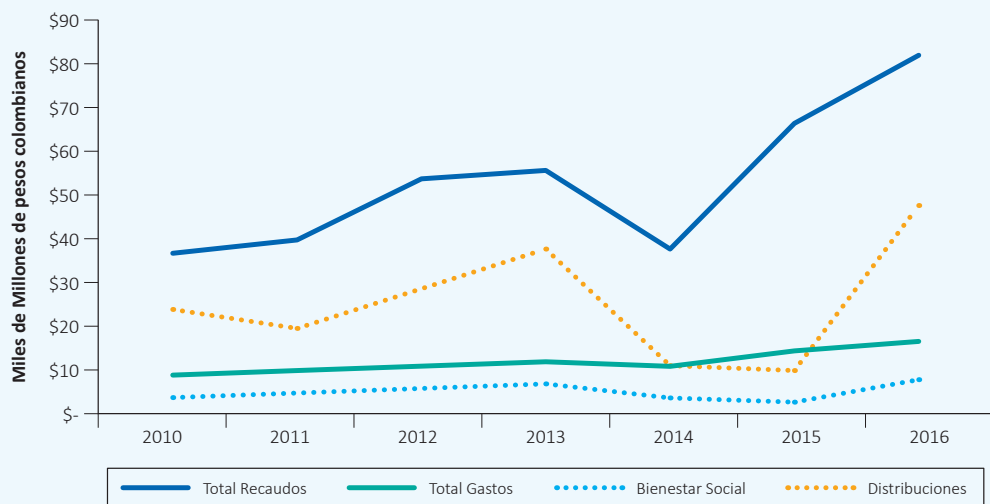
Estos resultados resaltan el hecho de que el máximo beneficio para la economía y, por lo tanto, para la sociedad, se encuentra cuando todos los autores de derechos tienen como estrategia la elección del modelo de gestión con menores costos de gestión y recauda un mismo monto de regalías. Es decir, el modelo que representa mayores ingresos netos para los autores. Esto implica que dos autores, para los que los bienes sujetos a derechos de autor son sustitutivos en alguna proporción, deberían recibir los mismos pagos, ya sea mediante la gestión colectiva o la gestión individual. Este escenario, de costos menores de gestión y pagos iguales entre derechos con alta tasa de sustitución, es mejor representado por el papel que desempeñan las SGC, donde las economías de escala permiten un costo unitario menor que el costo unitario cuando la gestión es individual ( $\frac{c}{2} < i$ ).

De acuerdo con los supuestos del escenario 1, la gestión de derechos de autor resulta en que la tendencia del crecimiento del recaudo de regalías está altamente correlacionada con el crecimiento de la remuneración para los autores y que los costos de la gestión se incrementan marginalmente respecto a los aumentos del recaudo, como es el caso de SAYCO (Gráfico A). Esto se debe a que existen unas reglas de distribución de regalías y una asignación de costos de gestión que son consistentes, de tal forma que garanticen un ingreso neto similar para los autores cuyo bien sujeto a derechos de autor tiene un alto grado de sustitución. Estas características resaltan el interés que la normativa sobre derechos de autor debe tener en promover incentivos que permitan que las SGC representen el repertorio global de la economía.

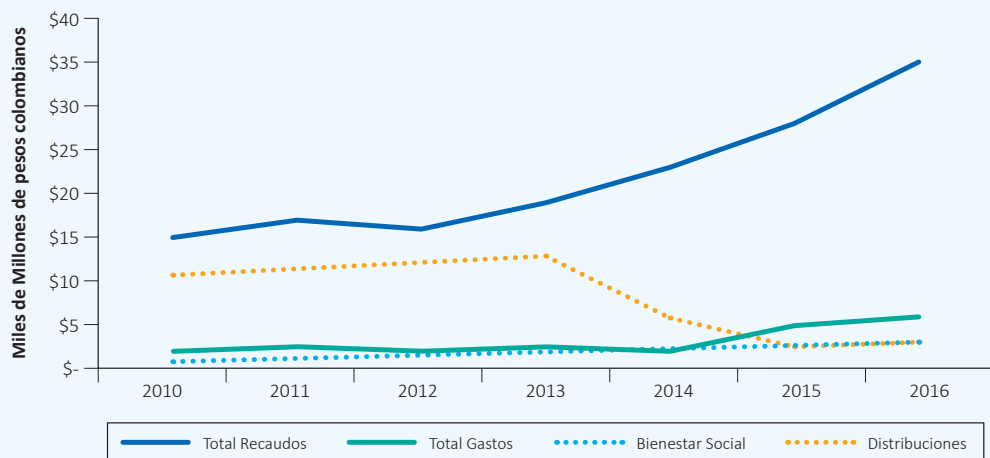
De otro lado, el escenario 2 representa una de las causas por las que el crecimiento de la remuneración puede no estar correlacionado con el crecimiento del recaudo de las regalías, como es el caso de ACINPRO en los últimos años (Figura 3). Este escenario muestra que es posible que exista una regla de distribución de regalías y una asignación de costos para la que no existe una estrategia dominante y en la que las decisiones de gestionar los derechos de manera colectiva o individual tienen probabilidad positiva de ocurrencia diferente a uno. En este

caso, como los autores no tienen información completa sobre las estrategias de los demás autores, es posible llegar a un escenario donde exista un volumen significativo de autores que gestionen sus derechos colectivamente y otro que lo haga de forma individual.

**Figura 2. Evolución de los recaudos, gastos, bienestar social y distribuciones de SAYCO**



**Figura 3. Evolución de los recaudos, gastos, bienestar social y distribuciones de ACINPRO**



Fuente: SIC con base en DNDA.

### ***La normativa colombiana ha regulado la operación de las sociedades de gestión colectiva***

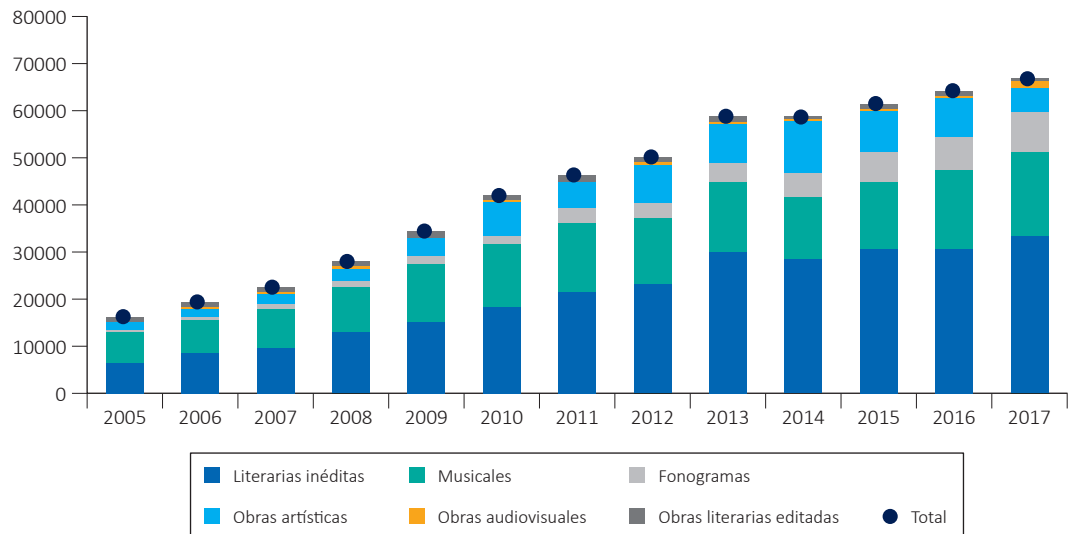
En Colombia, las SGC deben estar autorizadas para realizar la gestión de derechos de autor por parte de la DNDA. Entre los requisitos para su funcionamiento, además de contar con al menos 100 socios, también está el de tener estatutos que garanticen la gobernanza de la SGC por medio de una asamblea general compuesta por todos los miembros, un consejo directivo, un comité de vigilancia y un fiscal<sup>9</sup>. La expedición de la Ley 23 de 1982 otorgó naturaleza jurídica a las dos primeras SGC en Colombia: SAYCO en noviembre de 1982 y ACINPRO en diciembre del mismo año. Con su funcionamiento legal, ambas SGC empezaron a actuar como agentes intermediarios entre los autores y los usuarios de las obras. Hoy en día, ambas SGC se unieron para crear una ventana recaudadora llamada OSA (Organización Sayco Acinpro), la cual es la encargada de recolectar el pago por comunicación pública en diferentes establecimientos de comercio.

Entre las atribuciones que les otorga la ley a las SGC están la representación de sus socios, la negociación de las licencias para autorizar el uso del material protegido, el recaudo y la distribución de las remuneraciones provenientes de los derechos patrimoniales pagados por los usuarios, la celebración de convenios con otras SGC extranjeras y la representación de las SGC extranjeras con quienes existan contratos de representación.

El registro de obras ante la DNDA se triplicó en los últimos diez años: llegó a 670.000 obras. La mayor proporción de estas son obras literarias inéditas, seguida de las obras musicales, los fonogramas y las obras artísticas (ver Figura 4). Además de coincidir con la dinámica presentada respecto al valor de la industria cultural y al pago de derechos de autor, también concuerda con la implementación de mecanismos para garantizar la protección de derechos de autor, como la expedición de nuevas leyes que amplían la protección hacia más tipos de obras y la autorización para el funcionamiento de nuevas sociedades de gestión colectiva (SGC).

---

9 Ley 44 de 1993.

**Figura 4 - Obras registradas en la DNDA**

Fuente: elaboración propia con base en Dirección Nacional de Derechos de Autor.

***La normativa colombiana permite la gestión colectiva y la gestión individual, pero la autoridad de derechos de autor requiere mejores instrumentos de supervisión para la gestión individual***

La ley colombiana y su jurisprudencia permiten la gestión individual como modo de gestión de los derechos de autor. El primer antecedente que explícitamente reconoce el cobro por uso de derechos de autor mediante gestión individual es la Sentencia C-509 del 2004 de la Corte Constitucional. Posteriormente, el Decreto 1066 de 2015 del Ministerio del Interior reconoce la gestión individual como aquella que realiza el propio titular de los derechos de autor o conexos no afiliados a ninguna SGC. De acuerdo con este decreto, los repertorios gestionados individualmente deben ser explicitados en cada uno de los contratos que den licencia para usar las obras. Gracias a esta autorización, en años recientes empezaron a funcionar numerosas SGI. La DNDA, por su parte, estipuló tres condiciones para el desarrollo de su actividad: ser titular o representante legítimo (a través de un contrato), poder presentar acreditación de calidad de titular o representante y especificar en los contratos cuáles repertorios se están autorizando el uso de las obras<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Circular No. 22 del 20 de mayo de 2016 de la DNDA.

Los GI no cuentan con un marco normativo claro y detallado que regule su accionar. La poca regulación de esta modalidad de gestión de derechos de autor ha abierto un espacio para que estos nuevos actores entren al mercado sin los mismos deberes y obligaciones que contempla la ley para las SGC. Esto ha ocasionado distorsiones en el mercado: una atomización de la administración de los derechos de autor, incertidumbre para los usuarios frente al pago de obligaciones y por tanto inseguridad jurídica para la cadena en su conjunto.

La falta de un desarrollo normativo frente a la gestión individual y otras formas de asociación ha creado un vacío legal en el que no hay principios que garanticen la maximización del bienestar social en un contexto en el que conviven varios esquemas de gestión.

Dar certidumbre jurídica frente a las nuevas formas de gestión de derechos de autor, respetando la normativa vigente y las sentencias de la Corte Constitucional, es una labor urgente en la institucionalidad de los derechos de autor. Ambos, la centralización o descentralización, pueden ser esquemas de gestión adecuados, siempre y cuando la regulación establezca los criterios con los cuales deben operar y que estos se encuentren en línea con el objetivo de maximizar el bienestar social con incentivos que promuevan la producción de bienes creativos. En particular se debe buscar que los incentivos en ambos tipos de gestión produzcan los resultados adecuados para garantizar que el consumo de contenido para los ciudadanos se dé.



## 4. FORMACIÓN DE PRECIOS EN EL MERCADO DE DERECHOS DE AUTOR

La formación del precio de una licencia no se determina de la forma tradicional en la que opera el mercado. Teóricamente, la formación de precios de cualquier bien responde a la interacción entre la oferta y la demanda del mercado. Sin embargo, en el mercado de derechos de autor, la necesaria intervención de los gestores de derechos, ya sea colectivo o individual, requiere un esquema institucional y normativo que determine la forma en la que los precios se determinan. Los precios son el resultado de la interacción entre oferentes y demandantes, sujetos a las restricciones que dictan la regulación del mercado de derechos de autor y la regulación que protege el derecho de la competencia.

La política de protección al derecho de autor ha desarrollado los mecanismos a través de los cuales se deben determinar los valores por el uso de bienes sujetos a derechos de autor.

Los criterios para definir los valores de las tarifas y los actores que tienen potestad para intervenir en los mecanismos de concertación responden a la necesidad de garantizar la maximización del bienestar social. La maximización del bienestar social en el mercado de derechos de autor se da cuando el valor de las tarifas garantiza que el consumo de los bienes sujetos a derechos de autor se satisface y no hay afectación de la competencia en los mercados en los que los bienes son insumos de las cadenas de valor (Baumol, 2004).

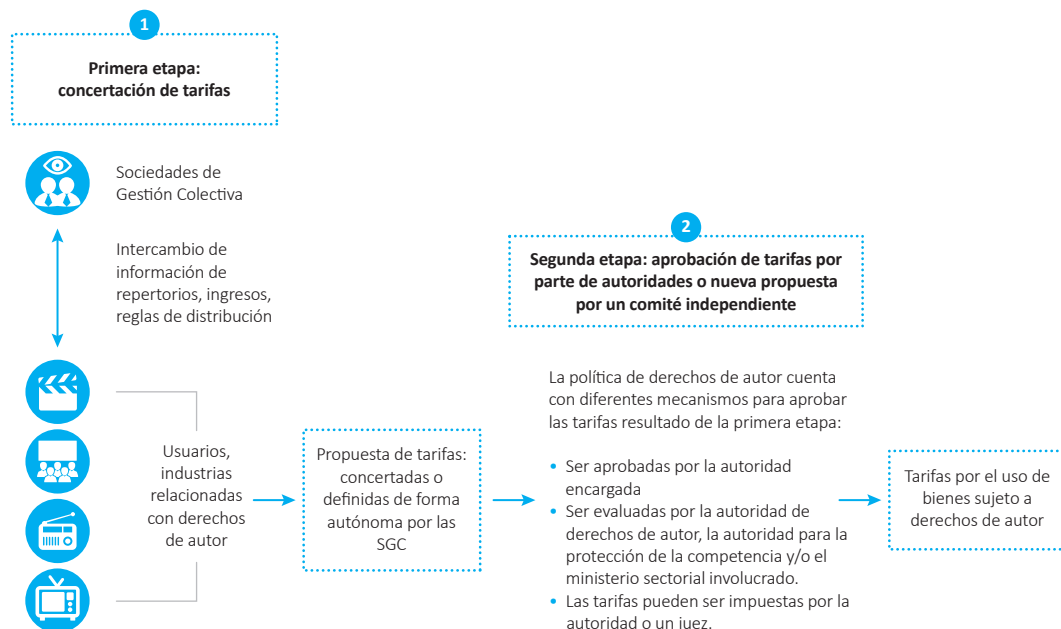
Este capítulo presenta un marco conceptual en el que se explica cómo funcionan los mecanismos para determinar los precios de las licencias de las SGC. Es decir que no se responde a la pregunta de cuál es el valor que se debería cobrar por una licencia, sino a la de cuáles son los mecanismos empleados para determinar el precio de la licencia. La primera sección compara el mecanismo de formación de precios con el de otros países; la segunda presenta las tarifas por el uso de derechos de autor en Colombia, resaltando cómo estos responden al criterio universal de valor económico del bien sujeto a derechos de autor en las cadenas de valor.

## 4.1. MECANISMOS DE FORMACIÓN DE PRECIOS

### *El valor de las licencias por derechos de autor es determinado en dos etapas*

Los procesos de los mecanismos de precios en el mercado de derechos de autor cumplen dos etapas (ver Diagrama 5). La primera es de negociación entre las SGC y los usuarios o asociaciones de usuarios. En esta el intercambio de información sobre el uso de los bienes sujetos a derechos de autor en la cadena de valor de cada industria y de los mecanismos de distribución de regalías entre los autores resulta en unas tarifas. La segunda etapa consiste en la intervención del Estado para resolver los conflictos que pudieron haber surgido con las tarifas durante el proceso de negociación.

**Diagrama 5. Formación de tarifas en dos etapas en el mercado de derechos de autor**



Fuente: Elaboración propia. Figuras de referencia tomadas de galería de imágenes Power Point.

Los mecanismos de fijación de precios pueden clasificarse según tres características relacionadas cada una con las etapas mencionadas. Ver Tabla 4 sobre criterios en diferentes países.

- La primera es el nivel de transparencia presente entre la negociación de las SGC y los usuarios. Consiste en qué tanta información de las SGC conoce los usuarios y qué tanta información de los usuarios conoce las SGC durante la etapa de negociación de tarifas. Aunque en algunos países no es obligación de las SGC ni de los usuarios compartir la información relacionada con la distribución de regalías y el uso de bienes sujetos a derechos de autor en las cadenas de valor, en otros, como por ejemplo Alemania, es obligatorio que ambas partes compartan la información solicitada por el otro.
- La segunda es la intensidad de la participación del Estado en el establecimiento de las tarifas. Por un lado, la participación de la autoridad designada puede limitarse al acompañamiento durante el proceso de negociación entre las partes, y su último objetivo es apoyarlas para que lleguen a un acuerdo negociado y satisfactorio para ambas. En este caso, la participación del Estado es baja y poco intensiva, ya que sus conceptos sobre las tarifas no son preceptivos. En el otro extremo, las autoridades encargadas deben validar las tarifas presentadas por las SGC después de cumplidos los procesos de negociación con los usuarios; si alguna de las partes no se encuentra satisfecha, la autoridad puede resolver qué tarifas regirán y puede definir su valor con su equipo de trabajo o con comités especializados e independientes dispuestos por ley para esta tarea. En este escenario, el Estado tiene una participación muy activa, porque sus decisiones sobre los valores de las tarifas son de obligado cumplimiento.
- El tercer aspecto a tener en cuenta sobre el mecanismo de precios es la forma en la que se determinan las tarifas. La mayoría de las metodologías en la normativa de derechos de autor para el establecimiento de tarifas incluye cuatro grupos de variables. El primero, y el más común, es el valor económico que genera el uso de las obras sujetas a derechos de autor en las cadenas de valor de los diferentes usuarios. El segundo grupo incluye aquellas variables relacionadas con la actividad en la que se utilizan las obras: el tamaño del mercado final al que llegan los contenidos, la zona geográfica, entre otras. El tercer grupo comprende aquellos criterios en los que los aspectos incluidos por las SGC de otros países pueden guiar la fijación de tarifas en el mercado doméstico. El cuarto grupo abarca las obras según su interés religioso, social y cultural. En la normatividad sobre derechos de autor de cada país, la enumeración de estos aspectos no es exhaustiva; generalmente se sigue el principio de valor económico generado por la actividad.

**Tabla 4. Características de los procesos de mecanismos de precios para varios países y Colombia**

Característica	Colombia	Hungría	Rumanía	Polonia	Bulgaria	Letonia	Eslovenia	Croacia	Austria	Alemania	República Checa	Estonia	Lituania
La negociación entre las SGC y los usuarios (o asociaciones) se lleva a cabo a través de entidades del Estado relacionadas con la propiedad intelectual o derechos de autor.		Sí	Sí										
Las tarifas propuestas por las SGC ante las entidades encargadas de su aprobación son resultado de un proceso de negociación previo entre las SGC y los usuarios.	Sí	Sí		Sí	Sí								
Existe un mediador que interviene en caso de que la negociación no sea exitosa entre las SGC y los derechos de retransmisión por cable. Sus propuestas no son de obligatoria acogida.			Sí	Sí		Sí	Sí	Sí					
Existe un mediador que interviene de manera opcional para todas las disputas relacionadas con las tarifas. Sus propuestas no son de obligatoria acogida.		Sí			Sí				Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Existe un comité de arbitraje independiente que impone las tarifas en caso de que la negociación y la mediación no sean suficientes para llegar a un acuerdo.			Sí		Sí		Sí		Sí				
La normativa sobre derechos de autor establece procedimientos para que los juzgados (civil o administrativo) determinen una decisión final a la que no corresponde reposición en caso que no se llegue a un acuerdo en los anteriores procedimientos.	Sí	Sí	Sí	Sí		Sí	Sí			Sí			Sí

Fuente: Elaboración propia con base en la Ley 23 de 1982 y decreto 1066 de 2015 para Colombia. Para el resto de los países, ver Matanovac-Vuckovic, 2015.

En la literatura de derechos de autor se observa que en la mayoría de casos el ingreso económico de la actividad en la que intervienen bienes sujetos a derechos de autor es el principal

aspecto a tener en cuenta para determinar las tarifas (Matanovac-Vuckovic, 2015). Incluso varios casos relacionados con el tema han sido resueltos de esta forma por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Entre otros, destacan el caso Tournier, Kanal 5 Ltda, y OSA. La Tabla XX presenta los dos primeros. Lo de Kanal5 es interesante porque trata sobre la existencia de abuso de posición dominante cuando se establecen tarifas diferenciadas para empresas que desarrollan la misma actividad económica.

**Tabla 5. Dos casos sobre la prevalencia del criterio económico en los mecanismos de precios**

Caso	Situación que presuntamente evidencia abuso de posición dominante	Argumentos que soportan el abuso de posición dominante	Argumentos que desacreditan la existencia de abuso de la posición dominante
<p><b>Caso Tournier Directiva C-395/97</b></p>	<p>Se demandó a Jean-Louis Tournier, director de SACEM, SGC de autores, compositores y editores de música en Francia, por exigir el pago de remuneraciones excesivas, inequitativas o indebidas por la comunicación pública en una discoteca en Juan-les-Pins.</p>	<p>Se presentan tres argumentos sobre el abuso de posición dominante:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. La tarifas son inequitativas y reflejan la explotación de la posición dominante en tanto que las diferencias de las tarifas frente a otros Estados miembros son altas, e incluso frente a otras cadenas de valor, como la comunicación pública a través de televisión o radio.</li> <li>2. Se considera que existe una restricción a la competencia a través de la práctica concertada de que las sociedades de gestión de derechos de propiedad no ofrecen licencias parciales o licencias fuera de su jurisdicción geográfica.</li> <li>3. El pago del material físico a través del cual se reproduce material sujeto a derechos de autor ya incluye el pago de remuneración a los autores, incluso si el material físico fue adquirido en otro lugar geográfico.</li> </ol>	<p>Los argumentos para cada uno de los tres puntos son los siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Para determinar si las tarifas son inequitativas y responden al abuso de posición dominante, se deben realizar comparaciones entre estados de negocios tipo donde se tengan en cuenta los parámetros. En cuando a otras cadenas de valor en las que participa el mismo material, la Comisión señala que “para determinar el carácter excesivo de las remuneraciones, podría ser también pertinente una comparación con los porcentajes aplicado a otras formas de explotación de la música. Sin embargo, en tal caso habría que tener en cuenta la importancia de la música en la forma de gestión afectada; sería importante, por ejemplo, apreciar cuál es la proporción de ingresos del empresario debidos a la música”.</li> <li>2. No existe una restricción a la competencia en cuanto que los contratos recíprocos firmados entre las SGC responde a que (i) garantizan la igualdad de condiciones de autores extranjeros y nacionales en un mismo territorio y (ii) evitan que las SGC foráneas incurran en los costos que implican añadir sus redes de contratos con los usuarios nacionales y sus propios controles sobre el terreno.</li> <li>3. El pago de remuneración por la comunicación pública de obras protegidas en un lugar, no implica que no se deba reconocer la remuneración por la comunicación pública en otro lugar, aun cuando se realice a través de soportes de sonido que ya se encuentran en el mercado común.</li> </ol>

Caso	Situación que presuntamente evidencia abuso de posición dominante	Argumentos que soportan el abuso de posición dominante	Argumentos que desacreditan la existencia de abuso de la posición dominante
<p><b>Caso Kanal 5 Ltda</b> <b>Asunto C-52/07</b></p>	<p>Kanal 5 Ltda. Y TV 4 AB demandan a Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) por abuso de posición dominante, reflejada en el diferencial entre tarifas aplicadas a canales de televisión públicos y a canales de televisión privados por la difusión de música por televisión.</p> <p>Se acude al artículo 82 de la Comisión Europea (CE), el cuál define el abuso de posición dominante, particularmente el numeral c que establece el abuso de posición dominante cuando se aplican condiciones diferentes a transacciones equivalentes, resultando en desventaja competitiva.</p>	<p>Se solicita concepto al Tribunal de Justicia sobre tres aspectos:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. ¿Constituye abuso de la posición dominante que se establezca una función para determinar la remuneración con base en los ingresos por la difusión de música?</li> <li>2. ¿Constituye un abuso de la posición dominante una fórmula de remuneración en función de los ingresos cuando es posible identificar y cuantificar tanto la música transmitida como la audiencia?</li> <li>3. ¿Influye en la respuesta sobre el abuso de posición dominante el hecho de que la fórmula de remuneración no se aplique de modo similar a las empresas de servicio público, con quienes se acuerda un importe fijo previamente?</li> </ol>	<p>El Tribunal de Justicia declaró que:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Las tarifas establecidas por STIM mantienen una “relación razonable con el valor económico de la prestación realizada por STIM” y que las tarifas deben examinarse en relación con el valor de la utilización de obras musicales protegidas con la finalidad de difusión por televisión en los intercambios económicos.</li> <li>2. La aplicación de los sistemas de tarifas pueden tener un carácter abusivo cuando exista otro método que permita identificar y cuantificar de forma más precisa la utilización de esas obras y cuando mediante dicho método pueda alcanzarse el objetivo de proteger los derechos de autor sin aumentar desproporcionadamente los gastos de la gestión de los contratos y control del uso de las obras protegidas por derechos de autor.</li> <li>3. La aplicación de diferentes tarifas de acuerdo con la naturaleza de las sociedades de televisión puede considerarse abuso de la posición de dominio si se determina que la televisión pública compite con la privada en el mismo mercado y si el uso de las obras constituyen una participación en la generación de ingresos publicitarios o relativos a causa de la generación de valor en una cadena de valor de la misma naturaleza.</li> </ol>

El segundo tipo de variables son las que más se tienen en cuenta al establecer la metodología para fijar las tarifas de acuerdo con la actividad que hace uso de los bienes sujetos a derechos de autor. Un ejemplo transnacional se encuentra en la Directiva de Retransmisión por Cable y Satélite de la Unión Europea (Directiva 93/83/CEE), que establece criterios como la audiencia, la audiencia potencial y el idioma de los contenidos para que todas las SGC de la Unión las contemplen al determinar tarifas y no se dificulte la integración de retransmisión por diferencias en las tarifas cobradas por las SGC de cada país.

## 4.2. EL PRECIO DEL USO DE DERECHOS DE AUTOR EN COLOMBIA

La fijación de tarifas en Colombia sigue tres principios. El primero, de acuerdo con el artículo 48 de la Decisión 351 de la CAN y el artículo 2.6.1.2.7 del Decreto 1066 de 2015, es la proporcionalidad, según la cual se debe atender al uso que se hace del derecho de autor y a la tarifa cobrada. El segundo es la transparencia, que de acuerdo con el artículo 2.6.1.2.4 del Decreto 1066 de 2015, hace referencia a la obligación que tienen todas las SGC de publicar sus reglamentos tarifarios. El tercero es la concertación, el cual, según el artículo 73 de la Ley 23 de 1982, exige que la fijación de tarifas sea resultado del consenso entre las SGC y los usuarios. La Tabla 5 presenta los criterios de las SGC de acuerdo con los reglamentos de tarifas.

En general el mecanismo tiene tres características que indican que la intervención del Estado es baja y poco intensiva en comparación con otros países como se observa en la comparación de la Tabla 4. Primero, el esquema de mecanismos de precios solo tiene en cuenta la primera etapa, es decir, aquella donde las SGC determinan las tarifas concertadas con los usuarios, y la única obligación de la autoridad en materia de derechos de autor, la DNDA, es verificar que esas tarifas acordadas e indicativas que pueden diferir de las finalmente cobradas sean publicadas en las páginas web de la SGC. Segundo, la DNDA no tiene incidencia alguna sobre las tarifas determinadas por las SGC, pues se supone que son resultado de un proceso teórico de negociación con los usuarios. Tercero, la participación del Estado en la fijación de tarifas es tan baja, que no existen mecanismos para solicitar su revisión por alguna de las partes diferente a la denuncia judicial, donde la DNDA puede desempeñar el papel de juez (con la dificultad para garantizar imparcialidad, pues la DNDA es la entidad encargada de vigilar e inspeccionar las SGC).

La ausencia de validación o de acompañamiento en el proceso de concertación por parte de alguna autoridad reduce el proceso de fijación de tarifas al primer momento de concertación. Después de este momento, de acuerdo con el artículo 242 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 2.6.1.2.6 del Decreto 1066 de 2015, el único medio para solicitar la revisión de tarifas es acudir a mecanismos alternativos de solución o a jueces civiles (o a la DNDA, en cumplimiento de la función de un juez civil).

**Tabla 6. Criterios y tarifas de algunas SGC en Colombia para ciertas actividades económicas**

Sociedad de gestión colectiva	Televisión abierta	Televisión por suscripción o TV cerrada	Emisoras	Hoteles - áreas públicas	Restaurantes, eventos y espectáculos
<p><b>Sayco - Sociedad de Autores y Compositores</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Televisión abierta: 3.75% de los ingresos brutos operacionales provenientes de cuotas de abonados.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Televisión por suscripción o abonados: 3.75% de los ingresos brutos operacionales provenientes de cuotas de abonados.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Sobre el valor de los ingresos operacionales brutos: 3.75%, 3%, 2.5% dependiendo de la categoría.</li> <li>Canon mínimo: según la ubicación geográfica de las emisoras.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Ambientación musical: 3.75% de los ingresos operacionales brutos. Canon mínimo: dos (2) smmlv.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Ambientación musical: 3.75% de los ingresos operacionales brutos. Canon mínimo: dos (2) smmlv.</li> </ul>
<p><b>Acinpro - Asociación Colombiana de Intérpretes y Productores Fonográficos</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Canales nacionales privados corresponde a 50 SMMLV</li> <li>Canales nacionales públicos: 13 SMMLV</li> <li>Canales regionales corresponde a 11 SMMLV</li> <li>Canales locales con ánimo de lucro: 15 SMMLV</li> <li>Canales sin ánimo de lucro: depende de la categorización del municipio.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>3.5% de los ingresos operacionales.</li> <li>Base de concertación cuando no se puedan certificar ingresos y acuerdo con la clasificación del operador o canal.</li> <li>Canales comunitarios: el 35% de un SMMLV.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Emisoras comerciales: 3.75% de los ingresos brutos operacionales. Base de concertación cuando no se puedan certificar ingresos y acuerdo con la ubicación geográfica de la emisora.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Comerciales y publicidad: tarifa base de concertación varía entre 4.5 y 5 SMMLV anuales dependiendo del medio de difusión del fonograma (radio, televisión, internet, pantallas o paquetes de medios).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Eventos y espectáculos: 5% de los ingresos registrados con ocasión de la venta de boletería. En caso de no aplicar, se fijan tarifas mínimas de acuerdo con aforo.</li> </ul>
<p><b>Egeda - Entidad de Gestión Colectiva de Derechos de los Productores Audiovisuales de Colombia</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>No se cobra cuando se emite desde el emisor primario. En caso contrario aplican las mismas tarifas que para la televisión por suscripción.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Retransmisión: \$943 por mes y por cada abonado, suscriptor o vivienda conectada a la red de distribución. La tarifa es \$471,5 para televisión comunitaria cerrada.</li> </ul>		<ul style="list-style-type: none"> <li>Tarifas fijas por cada plaza hotelera disponible y por cada mes, dependiendo de la categoría (estrellas) de cada hotel.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Establecimientos abiertos al público: \$2.011,8 por mes y plaza disponible con acceso a obras audiovisuales.</li> </ul>

Sociedad de gestión colectiva	Televisión abierta	Televisión por suscripción o TV cerrada	Emisoras	Hoteles - áreas públicas	Restaurantes, eventos y espectáculos
<p><b>Actores - Sociedad Colombiana de Gestión</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Televisión abierta: 4% de los ingresos de explotación de la cadena, vinculados o derivados de la explotación del repertorio de la entidad.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Televisión por suscripción: 4% de los ingresos de explotación del operador de cable o satélite, vinculados o derivados de la explotación del repertorio de la entidad.</li> <li>• Salas de cine: 4% de los ingresos netos de taquilla y resto de ingresos de explotación.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Tarifa para zonas comunes de \$11.000 mensuales por aparato de televisión.</li> <li>• Tarifa mensual por habitación disponible depende de la categoría del hotel.</li> <li>• El rango está entre 1.000 pesos para hoteles de 1 estrella y 6.000 para hoteles de 5 estrellas.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Establecimientos abiertos al público: \$11.000 por cada aparato receptor de TV.</li> </ul>		

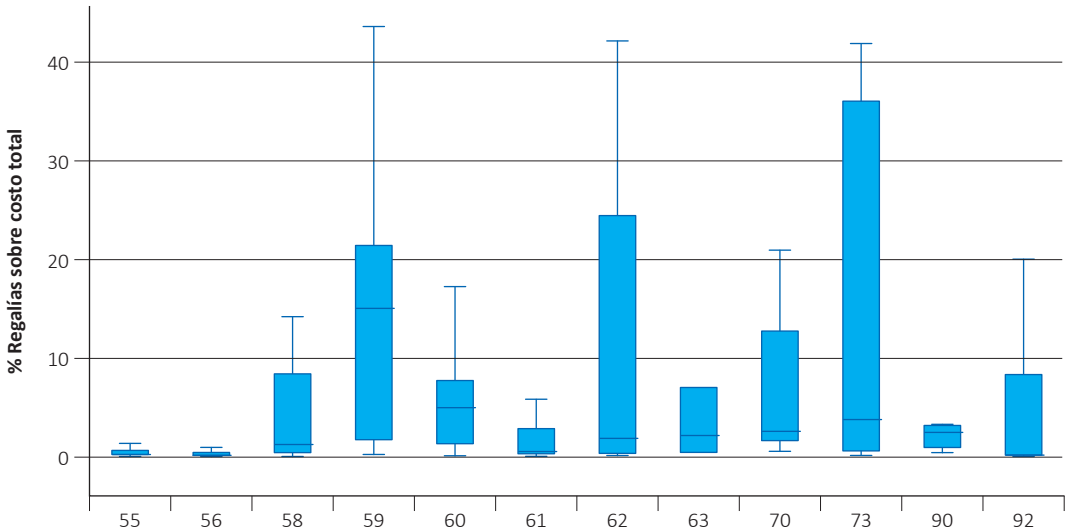
Fuente: Elaboración propia con base en los reglamentos de tarifas de las páginas web.

Al analizar la Encuesta Anual de Servicios (EAS) elaborada por el DANE se aprecia la diferencia de rangos de pago entre cada uno de los sectores. Algunos de estos, que intuitivamente utilizan con mayor intensidad los derechos de autor –los bares y restaurantes, las telecomunicaciones, las actividades creativas–, tienden a tener un rango de pago mucho más estrecho y menor que otras actividades menos intensas en derechos de autor como los juegos de azar y apuestas, la publicidad y los estudios de mercadeo, las actividades de servicios de información y las de gestión empresarial (ver Figura 5). Varias razones podrían explicar esto: un trato diferencial hacia esos sectores, una capacidad de negociación mayor de aquellos sectores que usan más intensivamente los derechos de autor o por la misma composición del segmento regalías de la EAS, que puede variar de acuerdo con las industrias analizadas<sup>1</sup>.

Una excepción, sin duda alguna, son las actividades cinematográficas, de video, producción de programas de televisión, grabación de sonido y edición de música, que se encuentran entre las actividades de rango más amplio en el pago. Esto se puede explicar porque los derechos de autor no son un insumo más dentro de la cadena de valor, como en los otros sectores, sino que corresponden al insumo principal, sin el cual los servicios del sector no se podrían prestar. Esto les termina otorgando una valoración mayor.

---

1 La encuesta define las regalías como los pagos causados marcas, patentes, derechos de autor, derechos al uso del nombre comercial, licencias, SAYCO, ACINPRO y otros. Desafortunadamente, para esta encuesta es imposible desagregar los datos para aislar el pago por concepto de derechos de autor.

**Figura 5. Pago de regalías como proporción del costo total por sector**

55. Alojamiento  
 56. Actividades de comidas y bebidas  
 58. Actividades de edición  
 59. Actividades cinematográficas, producción de programas de tv y grabación de música  
 60. Actividades de programación, transmisión y difusión<sup>2</sup>  
 61. Telecomunicaciones<sup>3</sup>  
 62. Desarrollo de sistemas informáticos  
 63. Actividades de servicios de información  
 70. Actividades de administración empresarial  
 73. Publicidad y estudios de mercado  
 90. Actividades artísticas y de entretenimiento  
 92. Actividades de juegos de azar y apuestas

Fuente: elaboración propia con base en Encuesta Anual de Servicios, DANE.

Ahora bien, a pesar de que las tarifas deberían ser proporcionales, de acuerdo con los reglamentos de las SGC, esta encuesta muestra que para la mayoría de sectores hay una diferencia entre la proporción pagada por las empresas de acuerdo con sus ingresos. A continua-

- <sup>2</sup> De acuerdo con el DANE, esta división incluye actividades de creación de contenidos o la adquisición del derecho de distribución de contenidos, como programas a través del servicio de radiodifusión sonora, la televisión y de programas de entretenimiento, noticias, debates y similares, para posteriormente difundirlos. También se incluye la transmisión de datos, normalmente integrada con la transmisión de señales de radio y televisión. La transmisión se puede realizar utilizando diferentes tecnologías, por aire, vía satélite, a través de una red de cable o de internet. Esta división también incluye la distribución a terceros de programas que en principio son de difusión restringida (formato limitado, tales como noticias, deportes, educación o programación orientada a los jóvenes) sobre una base de suscripción o tarifa por convenio con un tercero, para su posterior transmisión al público.
- <sup>3</sup> De acuerdo con el DANE, incluye las actividades de suministro de servicios de telecomunicaciones y actividades de servicios conexos, es decir, transmisión de voz, datos, texto, sonido y video. Actividades de telecomunicaciones alámbricas, inalámbricas, satelital y otras actividades de telecomunicaciones.

ción, se ilustran tres ejemplos de los sectores de comidas y bebidas, alojamiento y del sector actividades de programación, transmisión y difusión, en donde se ve que las empresas que están por encima de la media de ingresos de su sector terminan pagando rangos más altos por regalías en proporción a los costos de prestación de los servicios que las empresas que están por debajo de la media (ver Figura 6). Esto podría deberse a la falta de control por parte de las SGC respecto de los establecimientos relativamente más pequeños.

Es posible hacer una comparación aproximada de las tarifas nominales y las tarifas efectivamente pagadas en los sectores que utilizan más intensamente los derechos de autor. Frente a lo primero se deben consultar los reglamentos tarifarios de las SGC. Respecto a lo segundo, la misma Encuesta Anual de Servicios da algunas luces sobre el consumo de material de derechos de autor por parte de las empresas.

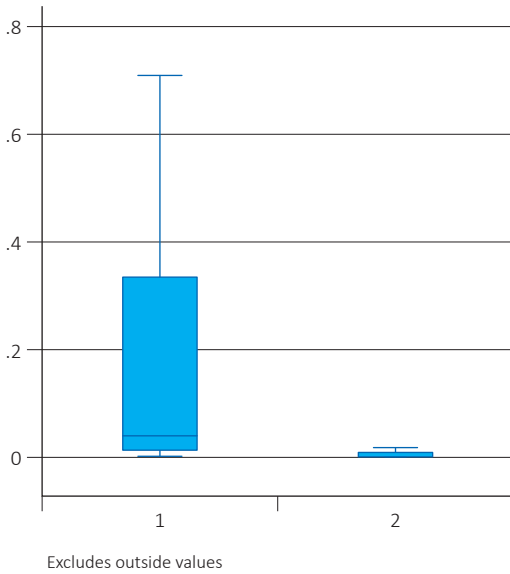
La comparación de tarifas reportadas en los reglamentos de las SGC y las efectivamente pagadas. En el sector “Telecomunicaciones” de la División 61 del CIU, a la cual pertenece la actividad de televisión por suscripción, hay mayor margen en el proceso de concertación de tarifas si se compara con los otros sectores. Cuando se suman los cobros de los reglamentos tarifarios de las SGC, estas actividades pagarían 13.25% de sus ingresos brutos operacionales. Sin embargo, las tarifas pagadas promedio reportadas en la Encuesta Anual de Servicios del DANE son de 1.20%. El proceso de negociación entre las SGC y las empresas, posterior a la expedición de los reglamentos tarifarios, parece en principio favorecer esta industria altamente intensiva en derechos de autor. Aunque debe observarse que parten de la mayor tarifa en los reglamentos comparando con otros sectores.

Las emisoras de radio que tiene como insumo esencial las autorizaciones de uso de las Obras, pagan una tarifa muy cercana a la establecida en los reglamentos, que además el tarifa efectiva más alta en comparación con los otros sectores.

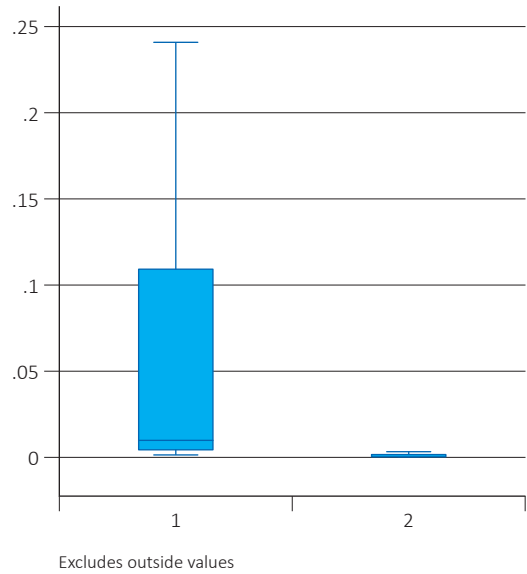
Para los sectores de restaurante, *catering* y bares y alojamiento hay un margen de negociación mucho menor. Mientras que las tarifas nominales contemplan un pago de 0.66% y 0.55% de los ingresos respectivamente, las tarifas efectivamente pagadas en promedio son de 0.80% y 1.20%. Es decir: hay un pago efectivo más alto que el contemplado en las tarifas. Esto puede deberse a que no solamente hay un menor margen de negociación, sino a que el pago por regalías consignado por esa encuesta no solo contempla derechos de autor, sino también otros pagos como marcas, licencias y derechos de uso del nombre comercial.

**Figura 6. Diferencia del pago de regalías entre empresas por debajo y encima de la media de ingresos para tres sectores**

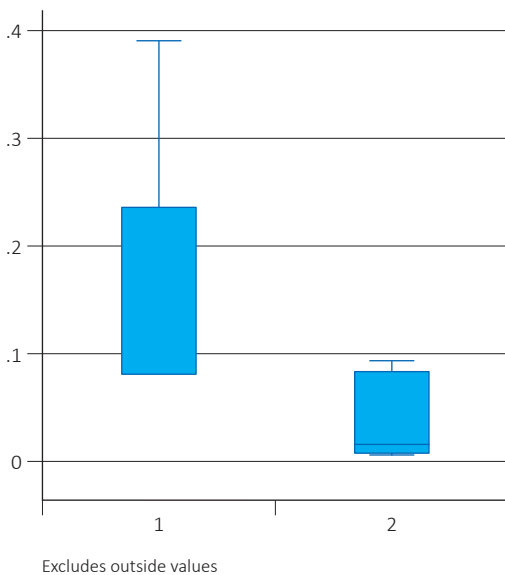
*Sector alojamiento*



*Sector de bares y restaurantes*



*Sector actividades de programación, transmisión y difusión*



1. Empresas con ingresos más altos que la media del sector

2. Empresas con ingresos más bajos que la media del sector

Fuente: elaboración propia con base en Encuesta Anual de Servicios, DANE.

**Tabla 7. Pago de derechos de autor hipotético y efectivo**

Sector/SGC	Valor de la licencia como proporción de los ingresos según reglamento tarifario					Regalías promedio / Ingresos promedio en la EAS-DANE	Diferencia entre (e) y (f)
	SAYCO	ACINPRO	EGEDA	Actores	Total	(f)	(g)
	(a)	(b)	(c)	(d)	(e)	(f)	(g)
<b>Telecomunicaciones (Televisión por suscripción)</b>	3.7%	3.5%	2.0%	4.0%	13.2%	1.2%	11%
<b>Emisoras de radio</b>	3.0%	0.7%	NC	NC	3.7%	4.0%	-0.2%
<b>Restaurantes</b>	0.1%	0.2%	0.2%	0.0%	0.6%	0.8%	-0.1%
<b>Alojamiento</b>	0.1%	0.1%	0.1%	0.0%	0.5%	1.2%	-0.3%

Fuente: Elaboración propia con base en los reglamentos tarifarios de Sayco, Acinpro, Egeda y Actores, en la Encuesta Anual de Servicios del DANE y en supuestos sobre agentes representativos para cada sector (ver Apéndice 1). NC: significa no contemplado.

La interpretación de esta tabla y de los anteriores gráficos debe hacerse con sumo cuidado por la falta de información pública sobre el mercado de derechos de autor. En primer lugar, y como se mencionó, porque el concepto de regalías de la Encuesta Anual de Servicios no incluye exclusivamente los derechos de autor, sino además otros conceptos. En este caso se consideraron estos cuatro sectores, por lo que su relativa intensidad en el uso de derechos de autor debería reflejarse en el pago de regalías.

En segundo lugar, porque no en todos los casos los reglamentos tarifarios contemplan para las actividades de los sectores un pago como proporción de los ingresos por los servicios prestados. A pesar de que ese es el caso para la transmisión por televisión en el reglamento de SAYCO y ACTORES, el cálculo de esta proporción se hizo para las otras casillas con base en el cálculo de lo que pagaría un agente representativo. El cálculo de cada una de las casillas respeta los parámetros que se establecerían para ese agente representativo en los reglamentos tarifarios vigentes. Los agentes representativos se elaboraron de acuerdo con lo que sería una empresa promedio en cada uno de los sectores. En el Anexo 1 se detalla el procedimiento que se siguió para la construcción de esos agentes representativos y de la tabla.

### ***Ventanilla única: fijar tarifas y recaudar***

La normativa sobre derechos de autor establece la posibilidad de constituir una ventanilla única como instrumento para garantizar el recaudo de las remuneraciones por uso de derechos de autor<sup>4</sup> (ver Diagrama 6). El recaudo de las remuneraciones por uso de derechos de autor a través de una única entidad reduce los costos de transacción, complementando la función de las SGC en el sentido de bajar los costos de gestión y de transacción. El pago por el uso de una Obra puede llevarse a cabo mediante una única transacción conjunta, en lugar de transacciones aisladas para cada tipo de derecho al que está sujeta la Obra según su uso en la cadena de valor de las industrias culturales. Esto, además, facilita la integración de repertorios completos o parciales.

**Diagrama 6. Marco normativo para la entidad recaudadora**



Fuente: Elaboración propia. Figuras de referencia tomadas de galería de imágenes Power Point.

<sup>4</sup> Artículo 27 de la Ley 44 de 1993 y Ley 1915 de 1993.

Es importante mantener una división conceptual entre los objetivos de fijación de tarifas y de recaudo. Una entidad o solución de recaudo como la ventanilla única reduciría costos, pero no necesariamente tendría efectos en la fijación de tarifas. El recaudo y la fijación son dos objetivos distintos que pueden o no estar unidos en una ventanilla única. En el caso de integrar la fijación de tarifas, que tienen un marco legal diferente, hay que tener en cuenta que la tarifa total para una Obra corresponde a la suma de las tarifas por cada uno de los titulares de derechos de autor que participan en la cadena de valor de las Obras. Esas tarifas individuales para cada uno de los componentes deben resultar de procesos de negociación que consideramos son más convenientes para los sectores económicos usuarios que para las empresas individuales.

Por supuesto, la ventanilla única, que asimilamos al concepto de entidad recaudadora, también podría ser el espacio en el que se definan las tarifas por el uso de las Obras. Aunque el Decreto 3924 de 2010 estableció que las entidades recaudadoras no podrían ejercer esa función, el Decreto 1258 de 2012 derogó ese aparte. Más aún, la Ley 1915 de 2018 le permite a las entidades recaudadoras negociar con los distintos usuarios si así lo desean. El desarrollo de ese mecanismo requiere que las SGC y los GI negocien con los usuarios para cada sector los diferentes componentes de la tarifa por uso de las Obras.

Por ejemplo, la Organización Sayco y Acinpro (OSA) desempeña ambas funciones en el mercado de establecimientos abiertos al público. Dado el alto número de estos, la centralización de ambas funciones permite ahorrar costos en ese mercado. OSA, como ventanilla única, cuenta con una plataforma web que permite realizar la liquidación y pago en línea de los derechos y ha establecido el manual de tarifas con base en (i) la ubicación del establecimiento, (ii) la categoría que refleja la incidencia de las Obras en la actividad económica del establecimiento, (iii) la capacidad de atención de clientes (tamaño) y (iv) el estrato socioeconómico.

La negociación de tarifas facilitado por una ventanilla única tiene dos alternativas:

1. Negociación individual de cada SGC con cada tipo de usuarios para luego registrar una tarifa consolidada que se recaudará a través de la ventanilla por cada tipo de Obra.
2. Negociación previa entre SGC para fijar una distribución de recaudos por cada tipo de Obra y luego negociar la tarifa agregada con cada grupo de usuarios.

Aunque en las diferentes entrevistas los usuarios opinaron que la segunda opción sería la mejor alternativa, pues implicaría una única negociación, es claro que los usuarios también tendrían que reconocer la totalidad de derechos de autor y derechos conexos involucrados en las Obras. Esto último no es sencillo de resolver hoy en día, pues persisten desacuerdos legales.

Tampoco es fácil acordar una tarifa conjunta entre las SGC, incluso si no existieran los desacuerdos legales con los usuarios, debido a las dificultades conceptuales para definir el peso o la participación de cada componente de los derechos de autor y derechos conexos en el valor final de las obras. En el desarrollo de este estudio, diversos agentes opinaron que se debería tener una metodología objetiva para la definición de esos pesos o ponderaciones, como por ejemplo un índice de costos o precios. La dificultad radica en la intangibilidad de las Obras. Nuestro equipo considera que la incertidumbre en la fijación de precios termina siendo, justamente, un motor esencial para las industrias culturales. La negociación es un mecanismo que reemplaza la competencia entre oferentes. Reemplazar la negociación por un mecanismo técnico podría hacer más vulnerable el modelo de fijación de tarifas por la potencial asimetría entre los grupos de interés que participan en este mercado. Dado que no existe algo que se pueda llamar el precio de paridad o precio objetivo en un mercado de intangibles, su valoración es vulnerable a influencias no técnicas.

Más aún, la falta de consenso en el proceso de negociación de un tipo de derecho de autor podría poner en riesgo el recaudo de las remuneraciones de los otros, que ya tienen una base menos inestable. Por eso consideramos que lo más conveniente es fortalecer los mecanismos de negociación de tarifas sin reemplazarlos por modelos técnicos y al mismo tiempo consolidar los modelos de recaudo donde ya funcionan, el primero de los escenarios.

Reiniciar con un modelo totalmente nuevo implica riesgos mayores. Por el contrario, es conveniente avanzar mejorando y consolidando lo que existe. Por ejemplo, actualmente el punto más débil de la fijación de tarifas es la vez donde más expertos y documentación existe. Se requiere documentar y consolidar un estatuto legal de la fijación de tarifas por cada tipo de Obra y componente de derechos de autor y derechos conexos. Documentar donde las tarifas ya se encuentran claramente definidas y aceptadas, y documentar el estado actual de los desacuerdos legales. Esta es una tarea que debe ser liderada por una comisión externa seleccionada conjuntamente por los usuarios y las SGC, sin la participación de las autoridades. Se trata de poner los acuerdos y desacuerdos sobre la mesa. De hecho, muchos de los comentarios que la versión preliminar de este estudio recibió iban en la dirección de pedir que se hiciera claridad sobre cada uno de estos elementos. Más que rebasar el alcance por su alto componente legal, consideramos que lo importante es rodear ese proceso de una legitimidad que parta de los usuarios y las SGC.



## 5. REGULACIÓN DE LA COMPETENCIA

El proceso para fijar la remuneración por derechos de autor es de interés tanto por el uso de las Obras que estas remuneraciones propician, como por los efectos que pueden tener en la competitividad de los sectores que utilizan las Obras como insumo en su cadena de valor.

### 5.1. PROPIEDAD INTELECTUAL Y DERECHO DE LA COMPETENCIA

El mercado de derechos de autor, por definición, es cambiante. Su estabilidad de muy largo plazo puede ser incluso una mala señal, pues la creatividad y la transformación son inherentes a su naturaleza. En esas condiciones, el marco normativo debe ser igualmente dinámico y adaptable. Hay necesidad de compaginar la normativa de los derechos de autor y la normativa de protección a la competencia. Ambas buscan promover los incentivos adecuados para el desarrollo de un mercado dinámico que permita (i) la producción de nuevos bienes y (ii) la existencia de tantos canales de distribución como las preferencias de la demanda lo exijan. Este planteamiento reconoce de manera explícita la presencia de dos relaciones en los mercados de derechos de autor que en adelante trataremos en forma diferenciada. La primera es la relación entre los autores y los gestores (Autores-Gestores); la segunda es la relación entre los gestores y las industrias relacionadas que usan obras sujetas a derechos de autor (Gestores-Usuarios).

Combinadas, ambas normativas permiten promover un sistema que incentive el desarrollo de un mercado dinámico, con los canales de distribución necesarios para la demanda, y que al mismo tiempo solucione las fallas de mercado actuales: (i) la imposición de barreras para la entrada de otros actores al mercado, (ii) el aumento artificial de los precios, y (iii) el uso indebido de las obras protegidas. Uno de los mayores retos dentro de los marcos institucionales es promover la creatividad y al mismo tiempo proteger el bienestar de los consumidores.

El objetivo de las entidades que velan por la competencia es maximizar el bienestar social, asegurándose del adecuado funcionamiento de los mercados. El intercambio de bienes y servicios en un mercado de libre competencia garantiza la maximización del bienestar social. La principal razón por la cual los mercados pueden no cumplir con esta premisa son las asimetrías de información y la alteración de los precios que de estas se desprende. El poder de mercado de algún agente particular obedece a la presencia de esas asimetrías: en ese caso, la capacidad de ese agente de incidir en los precios atenta contra la maximización del bienestar social. Es decir, la influencia sobre el precio de algún bien es la materialización de las ineficiencias del mercado, y la presencia de algún agente con capacidad de influir sobre el precio debe ser objeto de análisis para determinar la falla de mercado que dota al agente de esa capacidad.

La tarea de determinar la fuente de la capacidad de un agente para influir en el precio de un bien o servicio supone una definición adecuada del mercado relevante. Los mercados relevantes se determinan de acuerdo con dos aspectos: el primero es el bien que es objeto de intercambio, incluyendo sus características y la posibilidad de sustituir el consumo de este bien por otros similares; el segundo es el espacio geográfico donde se desarrolla el intercambio entre los agentes. De esta manera, el análisis de las interacciones de los agentes en un mercado busca determinar si el comportamiento del precio de un *bien específico* en un *espacio geográfico específico* responde a la acción de algún agente o grupo de agentes que gozan de una capacidad *relativamente mayor que otros* para influir unilateral y significativamente en el proceso de formación del precio del bien.

El desarrollo de los análisis de prácticas anticompetitivas en los mercados de derechos de autor presenta una dificultad particular en la definición del mercado relevante (Max Planck Institute, 2013). Esta responde a la naturaleza del bien que se transa. Los derechos de autor son bienes intangibles cuyo propietario goza de exclusividad sobre su uso. Como consecuencia, definir el mercado relevante presenta las siguientes dificultades:

- I. Dificultad para determinar el grado de sustituibilidad por el lado de la demanda: dado que la utilidad que perciben los consumidores por el uso *final* de bienes sujetos a derechos de autor depende de las preferencias de cada uno, la heterogeneidad de los gustos impide identificar cuáles bienes son sustitutos de algún bien particular. En otras palabras, la subjetividad que establece el valor de un bien sujeto a derechos de autor no es una fuente confiable para determinar sus bienes sustitutos.
- II. Dificultad para determinar el grado de sustituibilidad por el lado de la oferta: la existencia de múltiples canales de distribución de bienes sujetos a derechos de autor

dificulta la identificación del grado de sustituibilidad entre los canales a través de los cuáles el consumidor puede acceder a los bienes.

- III. Recursos escasos para determinar los niveles de sustituibilidad por el lado de la demanda y de la oferta: la heterogeneidad de preferencias y canales de distribución requieren un seguimiento exhaustivo de los bienes y las cantidades que efectivamente se transan en el mercado. Por lo tanto, contar con información confiable para establecer los grados de sustituibilidad en el mercado de un bien en particular acarrea costos de acceso a la información y la disponibilidad de suficiente capital humano para recolectarla y analizarla.

## 5.2. FALLAS DEL MERCADO

Las diferencias entre el mercado de derechos de autor y otros mercados no recaen en las características del bien, en este caso una Obra, sino en la formación de los precios. El hecho de que el uso de las Obras sea inmaterial no impide que otras personas vuelvan a consumir o a usar las Obras. La disponibilidad de una Obra es ilimitada, a diferencia de otros bienes en los que existe rivalidad entre consumidores por la limitación material. Normalmente, la competencia lleva los precios a igualarse al costo marginal de producción, que incluye los costos de materiales, la rentabilidad del capital, los salarios y los impuestos. Puesto que las Obras inmateriales prácticamente no tienen costos marginales directos, los precios de estas se acercarían a cero. Los usos no autorizados de las Obras, por ejemplo, no afectan su disponibilidad. Si no se interviene para hacer valer las autorizaciones de uso que otorgan los autores, se tendría un uso de las Obras ilimitado y no remunerado. Es decir, en el caso de los derechos de autor, el mercado falla en la formación de precios vía la competencia. El principal problema de lo anterior es que no se incentivaría la producción de Obras creativas y se generaría una pérdida para el bienestar social.

Otra opción es fijar las remuneraciones a los titulares de los derechos pensando en mantener el incentivo a la creatividad. Esta es una solución indeseable por tres motivos: i) no existen condiciones objetivas que le permitan a un planeador central o de gobierno determinar la cantidad de Obras que deberían crearse, y se tendría que limitar las remuneraciones a la disponibilidad de recursos; ii) no se puede garantizar una oferta de Obras lo suficientemente grande como para satisfacer las preferencias heterogéneas y cambiantes de los usuarios; y iii) la producción de pocos tipos de obras creativas puede transformarse en una restricción para el crecimiento económico.

Los dos extremos son: i) no intervenir el mercado, dejando que las remuneraciones tiendan a cero y se elimine el incentivo a la creatividad; ii) fijar las tarifas desde el gobierno, corriendo el riesgo de que se cometan los errores que trae consigo la centralización en la asignación de incentivos.

En estas condiciones se puede entender la protección de los derechos de autor como una de las ramas de la propiedad intelectual. Proteger las industrias creativas de los resultados inconvenientes de un funcionamiento sin regulación es una necesidad de la sociedad. También entender el rol del derecho de la competencia en el mercado de derechos de autor ante la necesidad de regular con intervenciones marginales que eviten la centralización y el ejercicio del poder monopólico en la definición de precios e incentivos.

### **5.3. AFECTACIÓN DE LA COMPETENCIA**

Las Sociedades de Gestión Colectiva (SGC) son monopolios natos por dos características inherentes a su naturaleza. Primero, porque requieren el permiso del gobierno para funcionar; segundo, porque se presume que representan a los autores de un repertorio amplio<sup>1</sup> de cada uno de los tipos de Obras. La capacidad de los gobiernos de otorgar permisos de funcionamiento a las SGC supone que también se cuenta con la capacidad de vigilar el no abuso de su posición dominante en la fijación de tarifas. Esto indica que el reconocimiento y la defensa de los derechos de autor por parte del gobierno no son, en ninguna manera, contrarios a la defensa del derecho de la competencia y, por lo tanto, el mismo gobierno debe garantizar la competencia en el mercado de derechos de autor y de las industrias relacionadas con los contenidos sujetos a derechos de autor.

La participación de las SGC en las relaciones de intercambio entre los autores de los bienes y los consumidores finales implica también nuevos retos para la protección de la competencia porque, tanto en la relación de las SGC con los autores que representan como en la que estas mantienen con las industrias relacionadas, el poder monopólico de las SGC interviene en los procesos de formación de precios y de distribución de regalías. Esto quiere decir que las SGC tienen una posición de dominio en ambos lados del mercado porque cada una gestiona diferentes derechos de autor.

---

<sup>1</sup> Varios comentarios a la versión preliminar insistieron en precisar que en el ordenamiento legal colombiano no existe el concepto de repertorio global o presunción de repertorio global. Es decir, que tener un amplio repertorio no implica la representación de la totalidad de las obras. Esta situación es consistente con la existencia de los Gestores Individuales (GI).

En Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) ha reconocido la posición de dominio que tienen las SGC frente a sus asociados y, mediante la Resolución 76278 del 2016, sancionó a SAYCO por abuso de esta posición dominante: le impuso una multa de 1.378 millones de pesos colombianos. Dicha sanción fue consecuencia de la violación del régimen de protección de la competencia por haber abusado de su posición de dominio en la representación de los derechos de autor en dos hechos: el primero, buscar subordinar la gestión colectiva de todos los derechos de autor y conexos de algunos titulares a la gestión de la comunicación pública de las obras; el segundo, impedir que los titulares optaran por modalidades de gestión alternativas, como la gestión individual de derechos de autor.

Es importante aclarar que frente al ejercicio de posición de dominio en los mercados en donde se otorgan licencias, la SIC no ha emprendido ninguna acción sancionatoria. No obstante, los usuarios sí han presentado múltiples quejas sobre las SGC por presuntos abusos tarifarios. Estas quejas se han traducido en demandas, procesos judiciales y denuncias en la prensa<sup>2</sup>. Estos abusos han sido recurrentes en otras partes del mundo. El Max Plank Institute para la Propiedad Intelectual y la Competencia (2013) realizó un informe para la OMPI que incluye un capítulo con una extensa documentación de fallos en varios países (Letonia, Italia, Irlanda, España, Lituania, Finlandia, Hungría, México, Croacia y Bulgaria) en los que se evidencia cómo las autoridades encargadas de vigilar el derecho a la competencia han sancionado a SGC por abusos tarifarios u otro tipo de atropellos de poderes dominantes.

En ese sentido, el reconocimiento de poderes de mercado frente a los derechos de autor no implica que los autores cuenten con una posición dominante por la exclusividad de uso sobre su obra. Es el monopolio que tienen las SGC en la representación de los titulares (derivado de la dificultad que presentan los autores para gestionar la remuneración por su participación en la producción de los bienes) el que da paso a la vigilancia de la SIC.

La SIC debe balancear la vigilancia en los aspectos violatorios de la competencia en el espectro amplio en el mercado en el que actúe. Por ejemplo, del lado de los usuarios de las Obras, debería vigilar la violación de normas cuando afectan diferencialmente a los participantes en un mercado. Terreno en el que se debe profundizar el gobierno al considerar las reformas institucionales para tener claridad sobre el ámbito de actuación de las diferentes autoridades.

---

2 Ver, por ejemplo, El Universal de Cartagena *Pilas con Sayco*, publicado el 14 de noviembre de 2011 <http://www.eluniversal.com.co/opinion/columna/pilas-con-sayco-NSEU133817>.  
Corrillos. *Así se le pone el tatequieto a los cobros de Sayco y Acinpro*, publicado el 28 de julio de 2016 <http://corrillos.com.co/2016/04/28/asi-se-le-pone-el-tate-quieto-a-los-abusos-de-sayco-acinpro/>

En el frente de la vigilancia sobre el establecimiento de tarifas debe tener como último objetivo garantizar el no abuso de la posición dominante que gozan las SGC frente a las industrias que utilizan contenidos sujetos a derechos de autor y derechos conexos. Principalmente en lógica del bienestar de la sociedad en su conjunto. Las tarifas buscan garantizar un recaudo suficiente para que los autores encuentren motivación en participar en los procesos creativos, pero a la vez como un equilibrio no deben desestimular el uso en las industrias en las que los contenidos son un insumo. Al desincentivar el uso cuando se fijan tarifas superiores al valor que las industrias están dispuestas a pagar (el cual se encuentra positivamente correlacionado con el valor que los usuarios finales están dispuestos a pagar por disfrutar de esas obras), se reduce el bienestar social en la economía.

En el mercado de derechos de autor existen tres distorsiones principales amparadas por la normativa de derechos de autor en Colombia.

- I. Discriminación de precios por parte de las SGC: en Colombia las SGC establecen las tarifas de referencia y luego se hace una negociación individual con cada usuario. Situación que lleva, por definición, a la existencia de tarifas diferentes para un mismo repertorio para usuarios de una misma industria. Esto es inusual en comparación con otros mercados de derechos de autor y derechos conexos, en los que la negociación incluye a todos los usuarios de una misma industria, de tal forma que las tarifas negociadas rigen para todos los usuarios comparables. Esta situación es además la mayor fuente de tensiones entre las SGC y los usuarios en Colombia.
- II. Asimetrías en el poder de negociación de algunas SGC: la posibilidad que tiene SAYCO de recurrir a la fuerza pública para que esta fiscalice el pago de derechos de autor crea una asimetría en el poder de negociación entre las SGC y con las industrias relacionadas con los bienes sujetos a derechos de autor y derechos conexos. Como consecuencia, los procesos de concertación de tarifas se limitan a una ronda de negociación en la que el arreglo al que se llega no es óptimo, en el sentido de que ambas partes podrían estar mejor si tuvieran la oportunidad de negociar en un mayor número de iteraciones y en igualdad de condiciones en caso de fallar la negociación.
- III. Coexistencia de gestores individuales (GI) con las SGC: esta coexistencia genera distorsiones en el mercado porque reduce la posibilidad de las industrias usuarias de adquirir una parrilla de derechos de autor universal incrementando los costos de transacción. Un arreglo institucional en el que los gestores individuales representen autores ante las sociedades de gestión colectiva (y no necesariamente frente a las industrias usuarias) respetaría el derecho a la asociación y garantizaría la universalidad de los repertorios representados por las SGC.

## 5.4. MERCADOS RELEVANTES

La tarea de determinar la fuente de la capacidad de un agente para influir en el precio de un bien o servicio exige la definición adecuada del mercado relevante. Los mercados relevantes se determinan de acuerdo con dos aspectos. El primero es el bien que es objeto de intercambio, incluyendo sus características y la posibilidad de sustituir el consumo de este bien por otros similares. El segundo es el lugar en donde se desarrolla el intercambio entre los agentes. De esta manera, el análisis de las interacciones de los agentes en un mercado busca determinar si el comportamiento del precio de un bien determinado en un espacio geográfico específico responde a la acción de algún agente o grupo de agentes que gocen de una capacidad relativamente mayor que otros para influir unilateral y significativamente en los precios.

Tomando como base los dos elementos de un mercado relevante, espacio geográfico y bien (y sus sustitutos), se puede explicar cómo el mercado de derechos de autor no es unívoco. El espacio geográfico es únicamente el delimitado por la jurisdicción colombiana. No obstante, hay múltiples bienes con que responden a la lógica del uso y al tipo de obra que se protege. Los bienes de este mercado son entonces las licencias que autorizan un uso (comunicación pública, reproducción, etcétera) de una obra protegida (fonograma, obra musical, audiovisual o editorial) en un determinado espacio (televisión, radio o establecimientos abiertos al público).

El desarrollo de los análisis de prácticas anticompetitivas en los mercados de derechos de autor presenta un nivel de dificultad particular para definir el mercado relevante (Max Planck Institute, 2013). Esta dificultad responde a la naturaleza del bien que se transa. Los derechos de autor son bienes intangibles cuyo propietario goza de exclusividad sobre el uso del bien. Como consecuencia, determinar el mercado relevante presenta las siguientes dificultades:

- I. Dificultad para determinar el grado de sustitución por el lado de la demanda.
- II. Dificultad para determinar el grado de sustitución por el lado de la oferta.
- III. Recursos escasos para determinar los grados de sustitución por el lado de la demanda y de la oferta.

Esto indica que, además de la dificultad que implica el número de agentes que intervienen en la creación de los bienes sujetos a derechos de autor, las múltiples industrias que los utilizan y la imposibilidad de determinar tasas de sustitución entre el uso de bienes sujetos a derechos de autor, la definición del mercado producto enfrenta el problema de no considerar una relación entre productor y consumidor, sino también de incluir a las SGC como un tercer participante en las relaciones de intercambio de bienes sujetos a derechos de autor.

La definición de la literatura económica sobre el mercado relevante se ha basado tradicionalmente en dos elementos: el producto y el lugar en donde se transa el bien. El primero se refiere a un bien o a cualquiera de sus sustitutos que pueden hacerle competencia cuando un consumidor haga su elección de compra. El segundo se refiere a un espacio geográfico en donde cualquier consumidor puede encontrar el bien y sus posibles sustitutos. Esta definición ha sido adoptada por las principales agencias para la protección de la competencia en el mundo. En el caso de Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) define el mercado relevante como el “mercado que afectará la competencia como consecuencia de la operación de integración proyectada. Está compuesto por el mercado producto y el mercado geográfico”.

En el caso de los bienes sujetos a derechos de autor, el mercado geográfico está delimitado nacionalmente, de acuerdo con la legislación colombiana. El usuario de derecho de autor no necesariamente debe desplazarse físicamente a un lugar para traer el permiso del uso del derecho de autor a su industria, sino que debe obtener la autorización del propietario o del administrador de los derechos mediante un contrato que esté acorde con la legislación nacional.

La definición del mercado producto requiere un análisis más detallado que la del mercado geográfico: no solo se deben definir los submercados existentes en el mercado de derechos de autor, sino también de los medios a través de los cuales los consumidores acceden al bien creado. Es decir, además de existir un mercado por cada agente que interviene en el proceso de creación del bien, también debe tenerse en cuenta *el valor agregado del bien creado* en la cadena de valor del medio a través del cual se llega al consumidor final.

Esta segmentación primaria del mercado de derechos de autor aún no cumple con la función de determinar el mercado producto, porque no tiene en cuenta el grado de sustitución entre bienes sujetos a derechos de autor. En el caso de estos bienes, la definición de un bien o de sus sustitutos necesita un poco más de elaboración. Lo que se transa realmente no son los derechos como tal, sino las licencias que autorizan a los usuarios a utilizar las obras protegidas. Teniendo en cuenta que los derechos de autor comprenden varios tipos de creaciones artísticas, literarias y científicas, y varias posibilidades de usos, no se debería hablar de un único mercado de derechos de autor, sino de una multiplicidad de mercados.

La dificultad para determinar el grado de sustitución entre el uso de diferentes bienes sujetos a derechos de autor en una misma actividad económica se debe a que el grado de sustitución en la cadena de valor agregado depende de las preferencias de los usuarios finales y no solo del uso de *cualquier* obra musical. Así, por ejemplo, el grado de sustitución entre el uso de una u otra obra musical en la producción audiovisual de una obra depende del valor

---

agregado de cada una de las obras musicales, el cual, a su vez, depende de la preferencia del consumidor final por el disfrute de la obra audiovisual con una u otra obra musical. Es decir, el costo marginal de una obra musical en la producción de una obra audiovisual difiere de acuerdo con las preferencias agregadas de los consumidores, las cuales no son plenamente identificables.



## 6. IMPACTO DEL CAMBIO TECNOLÓGICO

### ***El cambio tecnológico como proceso inherente al mercado de derechos de autor***

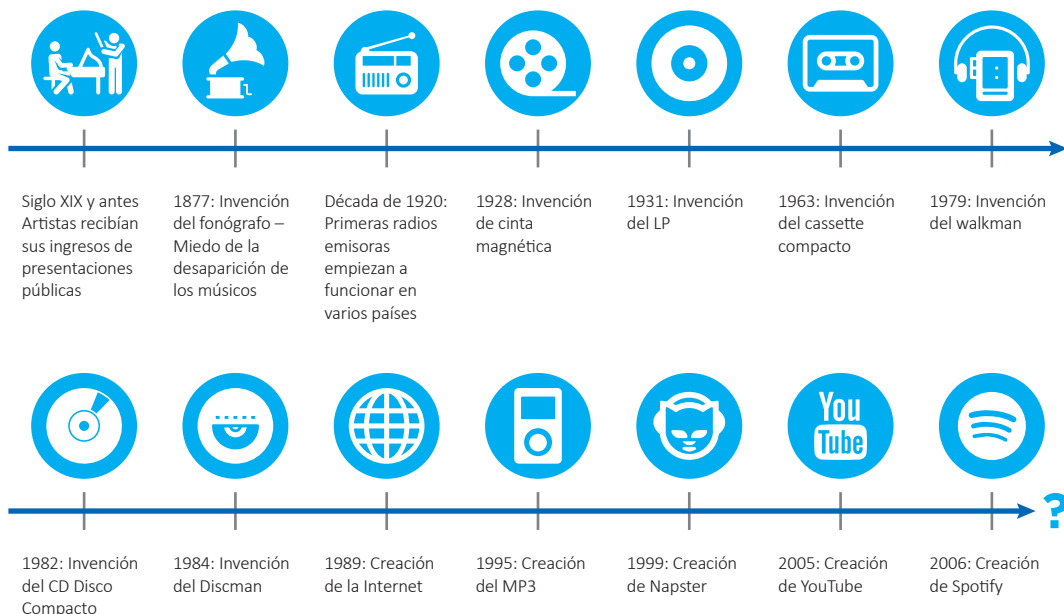
Estamos en una época de aceleración del cambio tecnológico que está modificando radicalmente los modelos de negocio. Esta transformación, a su vez, le da una mayor profundidad al mercado y por lo tanto incentiva la oferta de obras desde el ecosistema creativo. No obstante, estos efectos positivos, no se puede pensar que el rol del gobierno y el marco legal puedan ser pasivos. Es necesario mantener una aproximación de actualización permanente y proactiva.

El cambio tecnológico es necesario e inherente a este mercado e históricamente ha tenido efectos positivos en los derechos de autor: ha modificado las fuentes de los ingresos de las industrias creativas. Tanto en la producción literaria, en la fonográfica y en la audiovisual, estos cambios han reducido los costos fijos y variables de la producción y reproducción de las obras. Esto ha permitido una mayor difusión, pero al mismo tiempo ha facilitado la reproducción ilegal.

Sin embargo, entre más medios modernos surjan, mejores deben ser las definiciones y los mecanismos de remuneración a las industrias creativas. De allí que a lo largo de la historia las legislaciones sobre los derechos de autor se hayan adaptado a estos cambios tecnológicos y hayan otorgado más derechos a los autores, permitiendo que se beneficien de las nuevas fuentes de ingresos creadas por la tecnología (Okamoto, 2006).

Con la adaptación del marco legal se han mantenido los incentivos para que los autores puedan continuar realizando su trabajo creativo y se ha contribuido a la supervivencia del ecosistema creativo. El Diagrama 7 resume la transformación que ha sufrido la industria fonográfica y musical y cómo los artistas han obtenido nuevas formas de remuneración.

### Diagrama 7. Disrupción tecnológica en la industria fonográfica y musical



Fuente: Elaboración propia. Figuras de referencia tomadas de galería de imágenes Power Point.

La industria fonográfica es un excelente ejemplo para analizar cómo los cambios tecnológicos han afectado la producción musical. Los músicos y cantantes de toda la historia anterior al siglo XIX percibían sus ingresos a partir de sus presentaciones musicales en vivo. La invención del fonógrafo en 1878 provocó en un principio falsos temores por la eventual desaparición de los músicos, dado que su trabajo podía reproducirse sin su presencia. Con la mejora de este invento, y luego de la aparición del gramófono y del tocadiscos, las leyes en los distintos países fueron reconociendo la autoría a las personas que creaban las piezas reproducidas por esas máquinas y los artistas obtuvieron así un nuevo ingreso derivado del derecho a autorizar la reproducción de su obra. De hecho, la grabación en acetatos permitió la supervivencia de Obras que de otra manera podrían haber sido olvidadas.

La radio, que se popularizó a principios del siglo XX, empezó a difundir públicamente música y sonido en varios países en la década de los años veinte. Al igual que en el anterior proceso, se pensó que la radio acabaría con los músicos y con la reproducción fonográfica, pues se trataba de un medio gratuito para emitir música. Las leyes relacionadas con los derechos de autor avanzaron: reconocieron el beneficio que obtenían las estaciones de radio por su venta de espacios publicitarios y les exigieron que remuneraran a los artistas propietarios de

las piezas musicales que difundían a cambio de que autorizaran la transmisión de sus Obras. No obstante, el público siguió adquiriendo la música fonogramada por la facilidad de reproducirla en cualquier momento.

A lo largo del siglo XX, la tecnología nueva fue haciendo obsoletos los viejos dispositivos. Se fue perfeccionando el modo en que los inventos creaban nuevas formas de reproducir, almacenar y difundir la música. Ese siglo, y los inicios del presente, vieron nacer y morir los acetatos (LP), los casetes, los discos compactos, los walkmans y los discmans. Cada uno de estos inventos creó una nueva fuente de ingreso para los autores, con bienes y servicios a menores precios para los consumidores, lo que ayudó a difundir la música y que los artistas pudieran ser conocidos ampliamente.

Hoy en día Internet es el cambio tecnológico que transforma la industria fonográfica y musical. A pesar de que Internet se hizo masiva desde 1990, solo una década más tarde empezó a modificar la producción y reproducción de música. Napster comenzó a funcionar en junio de 1999 como la primera red *peer-to-peer* que permitió que dos personas compartieran archivos MP3 gratis. Sin embargo, a partir del año 2000, este tipo de tecnología adquirió enorme popularidad y se crearon diversas redes similares como Ares, Kazaa, Emule, LimeWire, entre otros. Estas plataformas violaban el principio de remuneración de los derechos de autor, pero difundieron piezas musicales nunca antes transmitidas masivamente. Los dispositivos MP3 de fácil almacenamiento de archivos digitales aumentaron la demanda de música digital tanto de sitios tipo iTunes, como de plataformas *peer-to-peer*. Sin embargo, las leyes y las autoridades encargadas de proteger los derechos de autor persiguieron a los desarrolladores de los sitios que violaban los derechos de autor y les cobraron millonarias multas.

Paradójicamente, esos cambios tecnológicos contribuyeron a crear soluciones para remunerar a los artistas a través de los sitios web. Hoy en día, además de las redes *peer-to-peer*, Internet ofrece páginas como YouTube o Spotify, en las cuales los productores y autores pueden publicar sus obras directamente a cambio de remuneración por las reproducciones individuales. A su vez, estos sitios obtienen ingresos por cuenta de espacios publicitarios o por la afiliación paga de suscriptores que prefieren evitar la publicidad. Aunque esas remuneraciones pueden ser muy pequeñas (\$0.0038 USD por reproducción en Spotify o \$0.0006 USD por reproducción en YouTube a principios de 2018)<sup>1</sup>, estas plataformas contribuyen a la difusión de la música de los artistas y a su popularidad. Así, gracias a los bajos costos en los que tienen que incurrir los usuarios para acceder a la música (tiempo en el que hay que ver publicidad o módicos costos de suscripción), la reproducción legal se masifica. La populari-

---

1 What Streaming Music Services Pay. Updated 2018. Digital Music News. Disponible en <https://www.digitalmusicnews.com/2018/01/16/streaming-music-services-pay-2018/>

dad abre paso a más ingresos por presentaciones en vivo, y por el uso de nombre en marcas comerciales de ropa, elementos deportivos, musicales, entre otros.

El uso extendido de dispositivos móviles conectados permanentemente a Internet –*smartphones* o *tablets*–, además, ha vuelto irrelevante el almacenamiento de música MP3 que antes tenían los iPod y los dispositivos MP3, y ha desincentivado el uso de las plataformas *peer-to-peer*, con el consiguiente aumento del uso de redes de música y videos.

Los desarrollos más recientes tienen que ver con plataformas que permiten poner a disposición obras fonograbadas directamente por sus autores sin la intervención de servicios conexos y sin buscar una remuneración por derechos de autor diferentes a la popularidad que abre la puerta al posterior lucro por presentaciones en vivo. Este esquema, además, ha provocado la explosión de una oferta que simplemente busca participar en los procesos creativos, así no representen un potencial real de ingresos. Hoy día, el indicador para los artistas más famosos dejó de ser el número de álbumes vendidos, para ser el número de reproducciones en las plataformas digitales.

A pesar de las oportunidades que trae consigo el *streaming* musical, los retos son tan grandes que no se puede afirmar que sea un modelo consolidado. Por ejemplo, en cuanto a los artistas, es un modelo muy difícil si no está asociado a otras alternativas, como las presentaciones en vivo. El número de *streams* que debe tener una canción para que genere un ingreso mensual equivalente al salario mínimo de los Estados Unidos es muy alto: en Apple, 200.000; 366.000 en Spotify y más de dos millones en YouTube, para mencionar los tres responsables del 90% del *streaming* de música en el mundo<sup>2</sup>. Estas cifras se refieren a los autores individuales; los artistas representados por disqueras tienen otro poder de negociación. A pesar de la baja remuneración para los artistas, Spotify, que es el líder del mercado en cuanto a generación de ingresos, no ha producido utilidades desde su creación y ha acumulado pérdidas superiores a 3.000 millones de dólares. La revista *Fortune*<sup>3</sup> calcula que el 79% de los ingresos de Spotify se destina al pago de regalías, a lo que se deben sumar las multimillonarias demandas pendientes de diferentes disqueras y sociedades de autores a escala global. Las regalías y los gastos para mantener su posicionamiento determinan que este sea un negocio aún en desarrollo: con el tiempo, seguramente, mostrará matices más tradicionales, como los de las disqueras, en contraste con la idea original de ser un medidor de popularidad de los artistas<sup>4</sup>.

2 Streaming Music Royalties are Even Worse Than We Thought — At Least According to This Indie Label <https://www.digitalmusicnews.com/2019/01/30/2018-streaming-music-price-bible/>

3 Citada en este artículo de la BBC <https://www.bbc.com/mundo/noticias-43621944>

4 Are Artists Finally Profiting From the Streaming Era? <https://www.theinger.com/tech/2018/3/16/17126048/il-pump-record-industry-revenue-streaming-era>

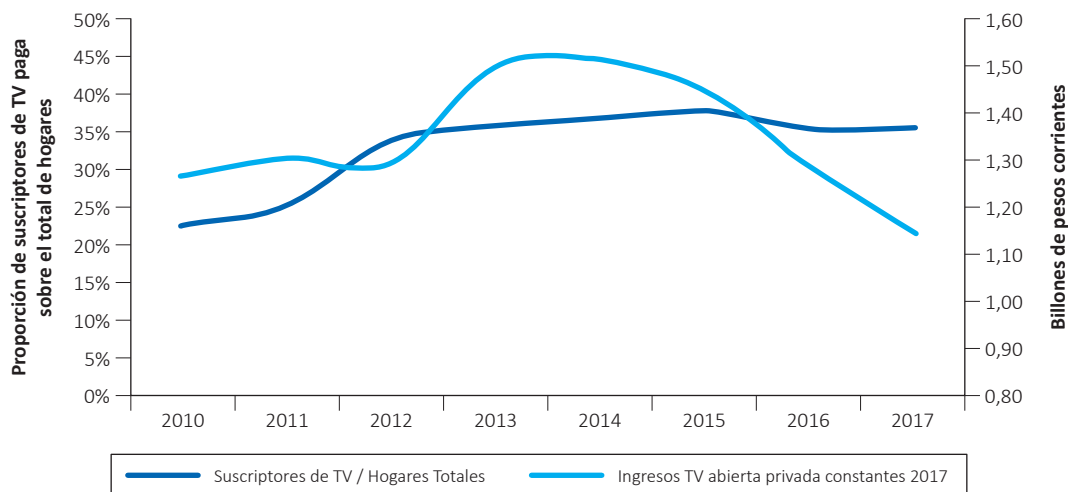
### ***El mercado de televisión también se ha transformado, y este cambio ha afectado los modelos de negocio***

En el mercado de televisión, como en las otras industrias creativas, el cambio tecnológico ha incidido en la industria audiovisual en Colombia. La televisión por suscripción (ya sea satelital o cableada) se ha popularizado en el país. Las nuevas tecnologías han permitido que la televisión llegue a municipios a los que no había podido llegar la televisión abierta.

La televisión abierta, por su parte, ha perdido ingresos en sus operaciones normales de venta de espacios publicitarios, debido en parte a que las plataformas digitales de la Internet entraron a competir fuertemente en el negocio de la publicidad (DNP, 2016). Estas plataformas ofrecen no solamente un nuevo escenario para la publicidad, sino que además han adaptado finamente la publicidad a las características socioeconómicas de las poblaciones objetivo gracias a los algoritmos de la web.

La Figura 7 muestra cómo los ingresos de la televisión abierta privada en Colombia se han reducido en años recientes. Se compara con la relación entre hogares suscritos a servicios de televisión paga (satelital y cableada), dividido por los hogares totales (según proyecciones del DANE). Mientras que la proporción de hogares suscritos a un servicio de televisión paga muestra una tendencia creciente que pasa del 23% en 2010 al 36% en 2017, los ingresos de la televisión abierta alcanzaron su pico en 2014, con 1,35 billones de pesos, y cayeron a 1,15 billones de pesos en 2017.

Esta tendencia ha empujado a los canales de televisión abierta a exigir recursos a los operadores de televisión por el uso de sus canales. RCN y Caracol Televisión adquirieron licencias hace 20 años para operar como los únicos canales privados de televisión. Durante la primera década de vigencia de las licencias funcionaron exitosamente, pero luego los cambios tecnológicos, así como la menor posibilidad de acceso a la señal abierta en las áreas urbanas por la interferencia y las deficientes definiciones de normas de construcción para mantener antenas comunales en los edificios, llevaron a estos canales a su dependencia de los operadores de televisión por suscripción para poder llegar a las audiencias. Precisamente la controversia alrededor del *must carry* llevó a los canales privados a demandar al Estado colombiano ante el Tribunal Andino de Justicia, dado que la legislación colombiana considera como una excepción a la remuneración a los derechos de autor al pedir la inclusión obligatoria en la parrilla de los operadores por suscripción. Ese litigio tiene múltiples aristas e interpretaciones que no son fáciles de equilibrar por los potenciales costos asociados a una u otra posición.

**Figura 7. Proporción de hogares suscritos a TV paga frente a ingresos de TV abierta privada**

Eje izquierdo: Proporción de suscriptores de TV paga sobre el total de hogares. Eje derecho: Billones de pesos corrientes. Fuente: Cálculos propios con base en datos del DANE y la ANTV.

Independientemente de cómo se resuelva el litigio, es posible analizar la manera en que las personas sintonizan los canales privados nacionales en el horario de mayor cobro por la pauta publicitaria (de 7 a 10 pm) para ilustrar en qué medida los dos modelos de televisión están encadenados.

**Tabla 8. Modos de acceso a los canales nacionales privados de televisión en horario AAA**

	Modo de acceso a través de		Total
	Señal abierta	Suscripción	
<b>Preferencias por tipos de canales</b>			
Prefiere no ver canales nacionales privados	39.5%	37.5%	<b>84.1%</b>
Prefiere ver canales nacionales privados	17.5%	12.6%	<b>80.0%</b>
Ve canales nacionales privados y otros canales	43.1%	49.9%	<b>86.5%</b>
<b>Total</b>	<b>15.3%</b>	<b>84.7%</b>	<b>100%</b>

Fuente: Elaboración propia con base en los datos del Estudio de Audiencias de Televisión Pública en Colombia, realizado por la Universidad de Antioquia (2017)<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> La tabla 7 se construyó a partir de los datos del Estudio de Audiencias de Televisión Pública en Colombia (2017) hecho por la Universidad de Antioquia y financiado por la ANTV. Ese estudio hizo una encuesta que incluía preguntas respecto a las preferencias de canales de los

Los canales nacionales de televisión privada son importantes en la parrilla de los operadores de televisión por suscripción en el horario AAA. El 85% de las personas que sintonizan cualquier canal de televisión en ese horario lo hacen a través de operadores de televisión por suscripción. De ese grupo, el 62.5% puede sintonizar canales nacionales privados a esa hora, ya sea exclusivamente o en combinación con otros canales de la parrilla. Sin embargo, es importante recalcar que hay una mayor proporción de personas que acceden a canales nacionales privados a través de la señal abierta y que prefieren ver solamente canales nacionales privados (17.5% frente a 12.6%).

### ***Efecto esperado de los cambios tecnológicos recientes***

Los cambios tecnológicos han tenido un impacto amplio en el mercado de derechos de autor y es muy probable que hacia el futuro sigan afectando este mercado y el funcionamiento de las SGC. A modo de prospectiva se pueden pensar tres escenarios que modificarían este mercado.

Un primer escenario prevé la posible desaparición de las SGC en la medida en que modelos *on demand* como Netflix y Spotify dan mayor certeza a los autores sobre el uso de sus obras y son fácilmente transformables a modelos de negocio en los que hay varios titulares. Estas plataformas han eliminado los costos de vigilancia del uso de su material y ahora los autores tienen información directa de cuántas veces se ha reproducido su material y cuánto les pagan las plataformas por cada una de sus obras. En este escenario, la función de las SGC en su forma actual y su intermediación pierden relevancia: la era digital provee herramientas para conectar directamente la oferta creativa con su demanda; ya no son necesarios los intermediarios. Por supuesto es un escenario que debe ser corregido por los desarrollos que va teniendo el modelo de negocio, como se mencionó anteriormente. En un caso extremo, la gestión individual de los derechos de autor reemplazaría a la gestión colectiva de los mismos.

Un segundo escenario contempla la sostenibilidad de las SGC si estas se adaptan a los cambios. Una de las dificultades que no ha podido superar el cambio tecnológico son los vacíos legales frente al uso de material protegido en las distintas legislaciones de los diferentes países. Las SGC, como entidades legalmente establecidas, podrían aprovechar esto en sus

---

televidentes, de los horarios en que ven televisión y del modo de acceso a la televisión. Con el fin de simplificar el análisis, se hicieron agrupaciones de las dos variables principales: 1. La preferencia de canales, que era una pregunta con cuatro opciones de respuesta y hasta tres posibles elecciones, y que se agrupó en tres grupos, y 2. El modo de acceso a la televisión, que era una pregunta con seis opciones de respuesta y se agrupó en dos. Después de haber realizado dicha agrupación, se seleccionó, únicamente para efectos de la tabla, a los televidentes que declararon ver televisión en el horario de 7 a 10 de la noche de lunes a viernes. Con esas seis agrupaciones y ese horario, se diseñó la tabla comparativa.

respectivos ordenamientos legales para negociar a través de plataformas digitales el uso del material protegido a su cargo en el mundo y así llenar los espacios vacíos que aún existen respecto al uso de las obras en determinadas jurisdicciones. Otra manera en que las SGC pueden adaptarse es involucrándose directamente en ese cambio y creando plataformas que puedan decirles en tiempo real cuál es el material protegido que se ha usado y cuántas veces. Esto les daría mayor certeza a los autores sobre el uso de sus creaciones en los casos en los que no pueden hacer una vigilancia directa a través de las plataformas digitales existentes (comunicación pública en establecimientos abiertos al público, por ejemplo) y los incentivaría para que sigan recurriendo a las SGC para la administración de sus derechos.

Un tercer escenario asume la aparición de nuevos modelos de negocio atados al cambio tecnológico. En este los artistas se preocupan menos por el pago de regalías de derechos de autor y más por la popularidad que adquieren gracias a estas plataformas. De cierta manera, este es el escenario actual, con plataformas como YouTube, Spotify y SoundCloud, cuyos costos de implementación tecnológica han venido decreciendo de manera dramática en los últimos cinco años. Estas plataformas ya se encuentran disponibles en código abierto y los costos de los servidores son extremadamente bajos y de altísima capacidad (Amazon, Google o Microsoft, por ejemplo). Más aún, los nuevos desarrollos de registros distribuidos (Distributed Ledger Technologies) que soportan las aplicaciones descentralizadas que aparecieron con bitcoin y el ecosistema de las criptomonedas representan una oportunidad para manejar el registro de Obras y la gestión de derechos de autor, cerrando el paso a los gestores no autorizados. Estas alternativas deben ser consideradas seriamente por su alta accesibilidad actual para su desarrollo e implementación. DLT podría resolver un viejo problema asociado a los múltiples intentos de catálogos de Obras como el Global Repertoire Database cerrado en 2014, problema consistente en la dificultad de poner un sello digital a las licencias de uso.

Es importante tener en cuenta, no obstante, que a pesar de que estas soluciones pueden permitir el manejo de las licencias de uso y la remuneración a los artistas por las reproducciones, estas actualmente generan ingresos muy bajos para la gran mayoría de ellos. El tema tecnológico no es el único problema. La oferta de contenido de las industrias creativas se ha incrementado exponencialmente y, a pesar de que la demanda ha tenido un alto dinamismo y ha aumentado el valor de mercado, muchos segmentos están viendo transformaciones dramáticas en sus modelos de negocio por efecto del exceso de oferta o saturación. El mercado, necesariamente, se seguirá acomodando ante el cambio tecnológico y la amplitud de alternativas.

Los modelos de gestión colectiva actuales, entonces, deben adaptarse muy pronto con innovación tecnológica en una transición natural y complementaria. Lo importante de estas

---

nuevas plataformas digitales es que se han vuelto las principales herramientas a través de las cuales los artistas y sus obras se vuelven mundialmente virales. Esto les ha permitido aumentar otros ingresos, como los de las presentaciones en vivo e incluso de publicidad. Estos elementos deben ser vinculados al modelo de gestión. Las cuentas de artistas en las plataformas atraen miles de usuarios, lo que las ha convertido en poderosas ventanas publicitarias para ciertas marcas que desean que estos artistas usen sus productos, por supuesto limitadas a los artistas con mayor reconocimiento. Los modelos de gestión de hoy deben hacer aproximaciones más holísticas y apoyarse en la innovación. Por supuesto, en el contexto de ese tercer escenario que, como los otros dos, puede no presentarse.



## 7. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Hay diversos espacios para mejoras regulatorias del mercado de derechos de autor y derechos conexos.

- Las autoridades podrían llenar los vacíos institucionales alrededor de los gestores individuales (GI), que hoy representan una fuente adicional de tensión entre los modelos de gestión y los usuarios.
- Hay posibilidades de mejorar el marco regulatorio de los mecanismos de formación de tarifas, de tal manera que se pueda promover la protección de los derechos de autor y derechos conexos, al mismo tiempo que se garanticen unas condiciones justas de competencia.
- Debido a las transformaciones que los modelos de negocio han tenido y seguirán teniendo en el corto y mediano plazo, el escenario actual de alta conflictividad entre los participantes del mercado podría agudizarse.
- Esta situación de mayor conflictividad deja como única alternativa la necesidad de plantear mecanismos más consistentes de fijación y recaudo de tarifas.
- Este estudio considera que la única alternativa realista, por no ser vulnerable a los grupos de presión, es la negociación sectorial de criterios paramétricos que permitan fijar las tarifas. Aunque las entidades de gobierno deben facilitar los procesos de negociación y emitir las regulaciones necesarias para alejar las amenazas de demandas por colusión, las decisiones sobre qué parámetros aplicar y sus valores deben dejarse enteramente al acuerdo entre las partes.
- Adicionalmente, como está definido en la regulación actual, los parámetros y valores acordados para las tarifas serán la referencia para los cobros a empresas individua-

les que podrán seguir siendo parte de los acuerdos confidenciales. No obstante, se debe considerar una reforma legal para que esos acuerdos paramétricos sean el único mecanismo objetivo a partir del cual se liquiden las pretensiones en los litigios ante la jurisdicción civil. Estos litigios hoy no tienen ningún estándar, lo que origina una mayor conflictividad. Una reforma en este sentido forzaría a las partes a fortalecer los mecanismos de negociación en el sector y a la vez minimizaría los litigios, pues se tendría certeza de que de todas maneras esos parámetros serán la base de liquidación.

Teniendo en cuenta la necesidad de mantener la armonía entre la normativa de los derechos de autor y la de protección a la competencia, se hacen las siguientes recomendaciones para el caso del mercado de derechos de autor en Colombia.

- No existe un modelo normativo de derechos de autor y de protección a la competencia más deseado que otro. El papel de la política pública debe ser el de garantizar que los esquemas normativos de derechos de autor y conexos y del derecho a la competencia sean congruentes y permitan el desarrollo de este mercado y de las industrias relacionadas usuarias.
- Promover instrumentos pedagógicos sobre el reconocimiento de los derechos de autor y derechos conexos por parte de las industrias que utilizan las Obras. Si bien las industrias culturales y los gremios que utilizan intensivamente obras protegidas reconocen las obligaciones derivadas de los derechos de autor, muchos pequeños empresarios y nuevos emprendedores las desconocen. El objetivo de los instrumentos pedagógicos consiste en hacer conscientes a los usuarios que las obras que utilizan son un insumo importante en sus modelos de negocio y que aportan valor a sus cadenas de producción o a los servicios que ofrecen. En ocasiones, cuando los usuarios tienen claro las obligaciones, ignoran que el pago tiene como objetivo retribuir a los creadores por sus obras y en realidad creen que es un impuesto. Esta percepción impide el reconocimiento del valor agregado que dan las obras protegidas a las distintas industrias. Esta labor podría estar a cargo de la Dirección Nacional de Derechos de Autor o de las mismas SGC. Igualmente se necesita buena pedagogía sobre los diferentes componentes de derechos de autor y derechos conexos involucrados en las Obras dependiendo de su uso.
- Dotar de mecanismos de negociación a las SGC y a los usuarios y asociaciones de usuarios, de tal forma que la iteración no se vea interrumpida por asimetrías en el poder de negociación, y que por el contrario cuenten con el aval de las autoridades. Una forma de garantizar mecanismos fidedignos de negociación es que la DNDA y

la SIC convoquen conjunta y periódicamente a las SGC y GI y a los usuarios para que hagan rondas de negociación de los parámetros que se utilizarían para el cobro por derechos de autor en diferentes sectores. Como autoridades competentes, la DNDA y la SIC actuarían como árbitros, garantizando la imparcialidad, la transparencia y la disponibilidad de la información. Además, en ese espacio participarían otras autoridades competentes como el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y el DANE, con el fin de promover la representatividad de los distintos gremios usuarios de derechos de autor y derechos conexos, así como también de los titulares y los autores de las Obras.

En el frente institucional se recomienda:

- Compaginar la regulación de la relación vertical de las SGC de la regulación de las relaciones horizontales (SGC con afiliados *versus* SGC con industrias usuarias). Esta distinción se podría hacer en la norma, asignando explícitamente cada una de estas esferas a autoridades distintas. Respecto a las relaciones entre las SGC y sus afiliados, la DNDA ha promovido lineamientos de buen gobierno corporativo y ha hecho varias publicaciones al respecto. La idea es fortalecer la capacidad de vigilancia y control de la DNDA para que pueda sancionar las conductas que atentan contra dichas prácticas. Las relaciones de las SGC y las industrias usuarias deberían estar mediadas por autoridades que garanticen el cumplimiento de los reglamentos tarifarios en los contratos, de modo que complemente así la labor de la SIC en este mercado respecto a la vigilancia de las condiciones de competencia.
- Los reglamentos determinan las relaciones horizontales y, como tal, deben estar sujetos a aprobación externa: no pueden ser aprobados por las mismas SGC y los GI. Una vez se hayan negociado parámetros generales entre las SGC, los GI y los usuarios para el cobro, se debe contar con la autorización de la DNDA como entidad encargada de la vigilancia y el control para que sus reglamentos puedan operar. No se trata de definir sino de validar y sancionar la vigencia para que se convierta en un instrumento legal. El papel de las autoridades consistiría en verificar que dichos reglamentos respeten los parámetros de negociación acordados entre las SGC y los GI con los usuarios. Un mecanismo de apoyo para hacer cumplir los acuerdos colectivos entre las partes.
- Publicar el repertorio de obras que representa cada SGC y GI. A pesar de que actualmente se debe especificar en los contratos cuáles son las obras representadas por las SGC y GI, esto implica que dicha información se obtiene cuando los usuarios empiezan a incurrir en los costos de negociación. Que la información de las obras representadas deba ser publicada y actualizada periódicamente en sitios de fácil acceso

como las páginas web, ayudaría a los usuarios a tomar decisiones anticipadamente sobre las obras que utilizarán y ahorraría costos de transacción frente a contratos que no se concretan. De igual manera, esta práctica impediría que organizaciones que pretenden pasarse por administradores de determinados repertorios engañen a los usuarios. Lo anterior crea un ambiente de mayores certeza y seguridad jurídica para los usuarios y para las SGC y GI. Se sugiere que las SGC consideren la creación de un mecanismo conjunto de información sin que este necesariamente implique la fijación de tarifas.

- Extender la función de vigilancia a las sociedades de gestión individual y otras formas de gestión de derechos de autor. El Decreto 1066 del 2015 reafirmó los derechos consagrados por las sentencias 509 del 2004 y 429 del 2005 de la Corte Constitucional para autorizar formas de gestión de derechos de autor distintas a la colectiva. No obstante, el desarrollo normativo se ha quedado corto en el establecimiento de deberes para los nuevos tipos de gestión, lo que ha dado como resultado la creación de nuevas organizaciones de gestión que no tienen el mismo control y vigilancia que las SGC. Una tarea pendiente es definir y clasificar claramente cuáles son las formas alternativas de gestión de derechos de autor y cuál es el papel y la naturaleza de cada una de ellas. Esta actualización normativa contribuiría a generar condiciones de seguridad jurídica y financiera para los usuarios.

En el frente de la fijación de tarifas:

- La promoción de parámetros concertados en los procesos de negociación puede generar mejores condiciones para promover las industrias culturales dada una mayor certidumbre sobre las remuneraciones y unos menores costos por procesos judiciales.
- Los parámetros deben ser sometidos a revisiones técnicas por la entidad que vigile las relaciones horizontales. Dichas revisiones técnicas no solamente garantizarían el mantenimiento de las condiciones objetivas negociadas entre las SGC y los GI con los usuarios, sino que también evaluarían el fortalecimiento de las condiciones de negociación. No se trata que la autoridad defina los parámetros sino que contribuya al fortalecimiento técnico de lo que se acuerde entre las partes. La autoridad ayudaría además a recoger información estadística del mercado de derechos de autor y derechos conexos que alimente el seguimiento de los parámetros y sirva de insumo para posteriores negociaciones.

- 
- Promover la iteración de las negociaciones para reducir la asimetría de poder de negociación, pero limitando el tiempo de esta y promoviendo instancias de conciliación bipartita (amigable composición). La revisión periódica (anual o similar) de los parámetros ayudaría a mitigar la afectación de alguna de las partes, afectaciones estas producidas por los cambios tecnológicos o nuevas formas de uso de los derechos de autor.
  - Fortalecer la ventanilla única como una meta orientada al recaudo y a la facilitación de las negociaciones de tarifas. Sin embargo, no se recomienda que funcione como un mecanismo de fijación de tarifas.
  - Por último, se propone la realización de un taller de trabajo con todos los agentes de este mercado que permita trazar una ruta a seguir. Es evidente que la conflictividad ha aumentado y que se corre el riesgo de perder tiempo en un momento decisivo para las industrias culturales en el contexto del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, que además hace un claro énfasis en la economía naranja.



## BIBLIOGRAFÍA

- Agencia Nacional de Televisión ANTV (10 de mayo de 2017). Resolución 1022 de 2017. Disponible en <https://www.antv.gov.co/index.php/component/jdownloads/send/1137-sentencia-t-599-de-2016/4439-resolucion-1022-de-2017>
- Cavalli, Jean (1986). Génesis del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas del 9 de septiembre de 1886. Dirección Nacional de Derechos de Autor (DNDA).
- Comunidad Andina (1993). Decisión 351 de la Comisión de la Comunidad Andina. Disponible en <http://derechodeautor.gov.co/decision-andina>
- Comunidad Andina—Secretaría General (21 de diciembre de 2017). Dictamen No 003 del 2017. Disponible en: [http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Dictamenes/DICTAMEN003\\_2017.doc](http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Dictamenes/DICTAMEN003_2017.doc)
- Congreso de Colombia (28 de enero de 1982). Ley sobre derechos de autor (Ley 23 de 1982).
- Congreso de Colombia (8 de agosto de 2001). Ley 680 de 2001. Disponible en [https://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-3686\\_documento.pdf](https://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-3686_documento.pdf)
- Congreso de Colombia (19 de julio de 2010). Ley Fanny Mikey (Ley 1403 del 2010). Disponible en <http://derechodeautor.gov.co/documents/10181/182597/ley140319072010.pdf/98eed1e3-ddbe-47dd-b070-ad60d0c58967>
- Congreso de Colombia (9 de junio del 2017). Ley Pepe Sánchez (Ley 1835 del 2017). Disponible en <http://derechodeautor.gov.co/documents/10181/182597/LEY+1835+DEL+09+DE+JUNIO+DE+2017.pdf/103b7a05-35d3-4b94-9969-5476a0653492>
- Corte Constitucional, Sala Plena (25 de mayo de 2004). Sentencia C-509/04. [MP. Eduardo Montealegre Lynett] Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-509-04.htm>
- Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión (1 de noviembre de 2016). Sentencia T-599/16. [MP. Luis Ernesto Vargas Silva] Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-599-16.htm>

- DANE (2014). Base de datos. Encuesta de Consumo Cultural. Disponible en <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/cultura/consumo-cultural/encuesta-de-consumo-cultural>
- DANE (2017). Base de datos. Cuenta Satélite de Cultura Nacional. Disponible en <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/cuentas-nacionales/cuentas-satelite/cuenta-satelite-de-cultura-en-colombia/cuenta-satelite-de-cultura-nacional>
- Departamento Nacional de Planeación DNP (2016). El futuro del sector audiovisual en Colombia: Necesidad de política pública y reformas normativas en el marco de la convergencia tecnológica y las tendencias del mercado. Disponible en [https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/Publicaciones/Informe%20convergencia%20dyd%20rev\\_STEL%2018-01-2017CEVC.pdf](https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/Publicaciones/Informe%20convergencia%20dyd%20rev_STEL%2018-01-2017CEVC.pdf)
- Dirección Nacional de Derechos de Autor DNDA (2011). Orientaciones sobre el Mercado del Licenciamiento del Derecho de Autor y los Derechos Conexos. Disponible en <http://derechodeautor.gov.co/documents/10181/331998/Circular+mercado+de+licenciamiento+version+II+-+Actualizada+a+04+de+agosto+de+2011.pdf/21087606-3134-467c-9b52-65c8f4edbc17>
- Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, Munich (Diciembre de 2013). Copyright, Competition and Development. World Intellectual Property Organization. Disponible en [https://www.wipo.int/export/sites/www/ip-competition/en/studies/copyright\\_competition\\_development.pdf](https://www.wipo.int/export/sites/www/ip-competition/en/studies/copyright_competition_development.pdf)
- Ministerio de Gobierno (29 de agosto de 1991). Decreto 2041 de 1991. Disponible en <http://derechodeautor.gov.co/documents/10181/187670/DECRETO++2041+DE+1991.pdf/c1dccc3d-2718-44dc-b604-bbf999ed38f6>
- Ministerio de Gobierno (21 de marzo de 1995). Decreto 460 de 1995. Disponible en <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=10576>
- Ministerio de Comercio, Industria y Turismo- Superintendencia de Industria y Comercio (3 de noviembre del 2016). Resolución 76278 de 2016, por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia.
- Okamoto, Kaoru (2006). Copyright and the Technological Development, National Graduate Research Institute for Policy Studies, Japan. Disponible en [https://www.accu.or.jp/appreb/10copyr/pdf\\_ws0610/c2\\_10.pdf](https://www.accu.or.jp/appreb/10copyr/pdf_ws0610/c2_10.pdf)
- Organización Mundial del Comercio (1994). Acuerdo de la Ronda Uruguay: ADPIC Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio. Disponible en [https://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file\\_id=305906](https://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=305906)
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (1961). Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión. Disponible en <https://wipolex.wipo.int/es/details.jsp?id=12656>

- 
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (1979). Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) (1996). Disponible en <https://wipo.int/es/treaties/textdetails/12214>
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (1980). Glosario de Derechos de Autor y Derechos Conexos. Disponible en [ftp://ftp.wipo.int/pub/library/ebooks/wipopublications/wipo\\_pub\\_816\\_efs-ocr-sp-image.pdf](ftp://ftp.wipo.int/pub/library/ebooks/wipopublications/wipo_pub_816_efs-ocr-sp-image.pdf)
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (1996). Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor. Disponible en <https://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=12740>
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (1996). Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT). Disponible en <https://wipo.int/es/details.jsp?id=12743>
- Pabón Cadavid, Jhonny Antonio (2009). Aproximación a la historia del derecho de autor: antecedentes normativos. Universidad Externado de Colombia. Disponible en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/457/3624>
- Rodríguez, R. (2012). El derecho de autor en Colombia desde una perspectiva humanista. Revista Prolegómenos. Derechos y Valores, 15, 30, 141-159. Disponible en <https://www.redalyc.org/pdf/876/87625443008.pdf>
- Watt, Richard (2016). Collective Management as a Business Strategy for Creators: An Introduction to the Economics of Collective Management of Copyright and Related Rights. World Intellectual Property Organization. Disponible en [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo\\_pub\\_emat\\_2016\\_3.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_emat_2016_3.pdf)



# ANEXO 1. SUPUESTOS PARA LA COMPARACIÓN DE LAS TARIFAS NOMINALES DE LOS REGLAMENTOS TARIFARIOS DE LAS SGC

Este anexo está construido de tal manera que cualquier persona pueda obtener la misma proporción entre ingresos asociados al servicio y el pago por regalías, teniendo en cuenta los mismos supuestos para los agentes representativos y las variables contempladas en los reglamentos tarifarios.

## 1. CONSTRUCCIÓN DE LOS AGENTES REPRESENTATIVOS

Este ejercicio se hizo para los sectores que en los reglamentos tarifarios contemplan parámetros particulares y un cálculo de tarifa.

### A. Prestador de servicios de TV por suscripción

Con la información del Reporte de Industrias del Sector TIC (2017), publicado por la Comisión de Regulación de las Comunicaciones (CRC)<sup>1</sup>, se puede caracterizar lo que sería un operador de televisión por suscripción promedio. De acuerdo con ese informe, el total de usuarios de televisión hacia finales del 2017 fue de 5.568.655 y el ingreso promedio mensual por conexión fue de 47.059. Teniendo en cuenta que en 2017 la ANTV autorizó a 59 operadores de televisión por suscripción<sup>2</sup>, el operador representativo tenía en promedio 94.384

1 Disponible en [https://www.crc.com.gov.co/recursos\\_user/reporteindustria2017.pdf](https://www.crc.com.gov.co/recursos_user/reporteindustria2017.pdf)

2 Disponible en <https://www.antv.gov.co/index.php/informacion-sectorial/informes-de-la-tv/send/5-informes-de-la-tv/7947-informe-sectorial-de-la-television-2017>

suscriptores. A partir de estas cifras se puede estimar que ese operador de televisión por suscripción tiene un ingreso de 4.441.615.858.

## **B. Sector restaurante, *catering* y bares**

Dado lo complejo que es definir la posible estructura de un restaurante promedio, para evitar cualquier arbitrariedad en los criterios se tomó en cuenta el estudio Operación Restaurante Colombia<sup>3</sup>, en el que participaron el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, FONTUR y la Asociación Colombiana de la Industria Gastronómica. Este estudio censó 56 restaurantes y los caracterizó en rangos de acuerdo con sus características. Los datos importantes para esta simulación son los siguientes: que el 50% de los restaurantes censados tiene entre 50 y 99 sillas y el 47% registró ventas entre 50 y 99,9 millones. Dado que estos dos datos constituyen la mayoría de proporción en sus criterios, para construir el agente representativo se escogieron las medianas de los rangos.

El restaurante representativo tiene una capacidad de 75 personas y un ingreso mensual asociado a su servicio de 75 millones de pesos. Teniendo en cuenta que algunos de los reglamentos tarifarios incluyen en los parámetros ubicaciones precisas y estratos socioeconómicos, se escogió como lugar representativo un edificio de estrato 3 en el barrio Chapinero central. Esta selección fue puramente arbitraria, pues escoger un sitio promedio no era posible. Se consideró, además, que el establecimiento promedio tiene cuatro televisores, computadores, amplificadores y equipos de sonido<sup>4</sup>.

## **C. Alojamiento**

Para construir el agente representativo en este caso, se utilizó la última versión pública del Informe de Indicadores Hoteleros de Cotelco<sup>5</sup>, además del último dato de ocupación hotelera publicada por el DANE, que corresponde a 55.8%<sup>6</sup>.

Para el informe de Cotelco se recibieron respuestas de 400 hoteles, lo que representa 27.405 habitaciones. Con este dato, el tamaño del hotel promedio es de 68 habitaciones. Así mismo, el informe da como tarifa promedio de habitación \$224.327. Con esta información se

3 Disponible en <https://imgcdn.larepublica.co/cms/2014/07/28221803/Operaci%C3%B3n-Restaurantes-Final-Marzo.pdf?w=auto>

4 En los reglamentos tarifarios no importa el número de estos dispositivos, excepto el de los televisores, que es relevante en el cálculo de la tarifa de actores.

5 Disponible en [https://docs.cotelco.co/04cd39a9aa3ee381639adfa29acf16b767880dda/?\\_dwn=ok](https://docs.cotelco.co/04cd39a9aa3ee381639adfa29acf16b767880dda/?_dwn=ok)

6 Disponible en [https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/mmh/pres\\_mmh\\_nov18.pdf](https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/mmh/pres_mmh_nov18.pdf)

puede calcular que el ingreso promedio asociado al servicio hotelero es de \$255.000.000 por mes. El hotel representativo tiene 3 estrellas.

## 2. CONSTRUCCIÓN DE LAS CASILLAS

		Tarifas nominales			
		A	B	C	D
		SAYCO	ACINPRO	EGEDA	ACTORES
<b>Actividades de programación y transmisión de televisión</b>	1	3.75%	3.50%	2.00%	4.00%
<b>Telecomunicaciones</b>	2	3.00%	0.72%	No contemplado	No contemplado
<b>Restaurantes, catering y bares</b>	3	0.19%	0.21%	0.20%	0.06%
<b>Alojamiento</b>	4	0.15%	0.15%	0.17%	0.08%

- 1A. El reglamento de SAYCO contempla para todas las actividades de emisión de TV un pago de 3.75% de los ingresos brutos operacionales.
  - 2A. Se escoge como agente representativo emisoras de categoría tipo B. Es decir, las que utilizan en su programación habitual entre el 30% y el 80% de música. Para ese caso se contempla un pago del 3% de los ingresos brutos operacionales.
  - 3A. Con los parámetros del restaurante representativo, al hacer el cálculo con las pautas definidas por SAYCO en su reglamento tarifario el pago por derechos de autor sería de \$1.711.219 al año (\$142.602 al mes). Con esos ingresos, la proporción sería del orden del 0.19%.
  - 4A. Con los parámetros del hotel representativo, de acuerdo con el reglamento tarifario el hotel pagaría el 0.14% de su ingreso.
- 
- 1B. Se utiliza como base la tarifa establecida para la televisión por suscripción en el reglamento tarifario de ACINPRO (3.50%).
  - 2B. Para una emisora de Bogotá que tiene un dial FM, se cobran 3.5 SMMLV. Suponiendo ingresos de \$400.000.000, para la emisora el pago sería del 0.72%.
  - 3B. En la página de Acinpro no hay un reglamento tarifario para este segmento y para el cálculo se remite a la página de la Organización Sayco y Acinpro OSA. Si se escoge como el mismo *agente representativo* la tarifa calculada por OSA (<http://www.osa.gov.co>).

org.co/simulador-de-tarifas), esta es de \$1.876.800 al año (\$156.400 al mes). Con los parámetros ya establecidos, el restaurante paga por derechos de autor el 0.21% de sus ingresos<sup>7</sup>.

- 4B. En la página de Acinpro no hay un reglamento tarifario para este segmento y para el cálculo se remite a la página de la Organización Sayco y Acinpro OSA. Si se escoge el *hotel representativo*, la OSA (<http://www.osa.org.co/simulador-de-tarifas>) calcula una tarifa de \$4.709.000 al año o \$392.416 por mes. Es decir, el 0.15% de los ingresos de acuerdo con los parámetros del *agente representativo*.
- 1C. Según el reglamento tarifario, la tarifa vigente es de \$943 por cada suscriptor. Con los parámetros del agente representativo, se paga el 2% de los ingresos provenientes de la actividad.
- 2C. Dado que en este concepto se prevé la telecomunicación radial, el reglamento tarifario no tiene en cuenta las obras audiovisuales en este segmento.
- 3C. La tarifa calculada por el reglamento es de \$2.011,8 por plaza y por mes, por lo que para el restaurante representativo sería de \$150.885. El pago constituye el 0.2% del ingreso mensual.
- 4C. Según el reglamento tarifario, se debe pagar \$6.444 pesos por cada plaza y mes para el hotel representativo. Con esos parámetros, el cobro sería del 0.17% de los ingresos brutos operacionales.
- 1D. Según el reglamento tarifario, hay una tarifa fija del 4% para cualquier formato de televisión.
- 2D. No hay parámetros incluidos en los reglamentos tarifarios.
- 3D. Con un costo de \$11.000 por televisor, el restaurante representativo pagaría \$44.000, lo que constituye el 0.06% de los ingresos operacionales mensuales.
- 4D. La tarifa vigente para un hotel 3 estrellas es de \$2.970 por cada plaza y mes. El hotel representativo debe pagar el 0.08% del total de los ingresos.

---

7 En este caso se utilizó el aplicativo de la Organización Sayco y Acinpro OSA para realizar el cálculo a falta de un reglamento tarifario de Acinpro para este sector. Es importante mencionar, sin embargo, que la OSA funciona como ventanilla única de pago para esas dos organizaciones, por lo que en principio ese monto se debería dividir entre las dos organizaciones. Esto también permite contrastar lo calculado por ese aplicativo con lo calculado siguiendo la fórmula y los parámetros del reglamento tarifario de SAYCO para ese mismo *agente representativo*.





## DIRECTORIO DE PERSONAS CONSULTADAS PARA ESTE ESTUDIO

Entidad o Empresa	Nombre	Correo electrónico
Agencia Nacional de Televisión	Fabiola Téllez	fabiola.tellez@antv.gov.co
Agencia Nacional de Televisión	Mariana Viña	mariana.vina@antv.gov.co
Comisión de Regulación de Comunicaciones	Alejandra Arenas Germán Darío Arias	
Dirección Nacional de Derecho de Autor	Andrés Varela Algarra	andres.varela@derechodeautor.gov.co
Dirección Nacional de Derecho de Autor	Jhon Jairo Hernandez	jhon.hernandez@derechodeautor.gov.co
Dirección Nacional de Derecho de Autor	Miguel Angel Rojas Chavarro	miguel.rojas@derechodeautor.gov.co
DNP	Paola Bonilla	pabonilla@dnp.gov.co
DNP	Oscar Salazar	osalazar@dnp.gov.co
Superintendencia de Industria y Comercio	Juan Pablo Herrera Saavedra	mrueda@sic.gov.co
Superintendencia de Industria y Comercio	María Carolina Corcione	mccorcione@sic.gov.co
MinCIT	Giovani Bataglin Suárez Burgos	gbsuarez@mincit.gov.co
MinCIT	Luz Mary Martínez Moliona	lmmartinez@mincit.gov.co
MinCIT	Mónica Leonel	Mleonel@mincit.gov.co
MinTIC	Jorge Guillermo Barrera Medina	jbarrera@mintic.gov.co
MinTIC	Gloria Patricia Perdomo Rangel	gperdomo@mintic.gov.co
Acinpro	Lucero Moya	bogota@acinpro.org.co
Actores	Santiago Cabrera	direccionejecutiva@actores.org.co
Egeda	Vivian Alvarado Baena	vivian.alvarado@egeda.com
Sayco	César Augusto Ahumada Avendaño	cahumada@sayco.org.co
Sayco	Ricardo Gómez Duran	ragomez12@hotmail.com
CDR	Nathalia Gomez Vargas	ngomez@cdr.com.co
DASC	Mario Mitrotti	contacto@directorescolombia.org
América Móvil / Claro	Juan Carlos Archila	juan.archila@claro.co
Claro	Santiago Pardo	santiago.pardo@claro.com.co
Claro	Adriana Güiza	adriana.guiza@claro.com.co

Entidad o Empresa	Nombre	Correo electrónico
Claro	María Teresa Castañeda	maria.castaneda@claro.com.co
Claro	Hilda Pardo	Hilda.Pardo@claro.com.co
Directv	Juan Camilo Castro	juan.castro@directvla.com.co
Directv	Paula Vergara	pauver@directvla.com.co
Directv	Rafael González	rafgon@directvla.com.co
Emcali	Ramiro Torres	ratorres@emcali.com.co
ETB	Ilia Obando	ILIA.OBANDOO@ETB.COM.CO
ETB	Norma Quiroz	norma.quirozv@etb.com.co
ETB	Angela Estrada	angela.estradao@etb.com.co
ETB	Mariela Arango	mariela.arangoh@etb.com.co
Movistar	Natalia Guerra	natalia.guerra@telefonica.com
Movistar	Martha Ruiz	martha.ruiz@telefonica.com
Movistar	Maria Fernanda Bernal	maria.bernalc@telefonica.com
Tigo-Una	Felipe Garzón	felipe.garzon@telefonica.com
Tigo-Una	Carlos Téllez	Carlos.Tellez@TigoUna.com
Tigo-Una	Ana Marina Jiménez	ana.jimenez@tigoune.com
Acodres	Guillermo Enrique Gómez París	presidencia@acodres.com.co
Andesco	Alberto Solano	alberto.solano@andesco.org.co
Andi	Santiago Pinzón Galán	spinzon@andi.com.co
ASJET	Eduardo Chomali	eduardo@tel.lat
Asobares	Adriana Plata	direccion.ejecutiva@asobares.org
Asobares	Andrea Chaparro Chaves	juridica@asobares.org
Asomédios	Tulio Angel	tangel@asomédios.com
Asomédios	Isabella Gaitán Riascos	igaitan@asomédios.com
Asotic	Gale Mallol	galemallol@asotic.com.co
Asotrans	Marino Quintero Tovar	marinoquin@yahoo.com
CCIT	Alberto Yohai	ASYOHAI@CCIT.ORG.CO
Cotelco	Gustavo Toro	apico@cotelco.org
Cotelco	Claudia Barreto	cbarreto@cotelco.org
Cotelco	Camilo Rojas Chitiva	c.rojaschitiva@gmail.com
Universidad Externado de Colombia	Ernesto Rengifo	propintel@uexternado.edu.co

Entidad o Empresa	Nombre	Correo electrónico
Universidad Externado de Colombia	Diego Guzmán	diego.guzman@uexternado.edu.co
Fenalco	María Cristina Camejo	mariacamejo@fenalco.com.co
Fenalco	María José Pérez Muñoz	mariaperez@fenalco.com.co
Consultor	Teresa Hoyos Lopez	hoyoslopeztere@gmail.com
Consultor	Santiago Márquez	smarquez@marqueztobledo.com
Consultor	Diego López	dlopez@uniandes.edu.co
Consultor	Marcel Tangarife	mtangarife@tangatiferres.com.co
Consultor	Jairo Ruge	jairoeruge@hotmail.com
Abogado PI	Liza Erazo	lerazo@erazomunoz.com
Abogado PI	Carlos Conde	magnoconde@gmail.com
Abogado PI	Alicia Lloreda	aloreda@lloredacamacho.com
Abogado PI	Tatiana Carrillo	tcarrillo@lloredacamacho.com
Abogado PI	María Fernanda Castellanos	mcastellanos@bc.com.co
Abogado PI	Mauricio Jaramillo	mjaramillo@gomezpinzon.com
Abogado PI	Alvaro Correa	alvaro.correa@bakermckenzie.com
Abogado PI	Fernando Triana	tum@tumnet.com
Abogado PI	Juan Moure	juan.moure@olartemoure.com
Abogado PI	Eduardo Varela	eduardovarela@cavelier.com
Abogado PI	Juanita Acosta	juanita.acosta@dentons.com
Abogado PI	Mauricio Patiño	mauricio.patino@ppulegal.com
Abogado PI	Ernesto Cavelier	ernesto.cavelier@phrlegal.com
Abogado PI	Ximena Castellanos	xcastellanos@castellanosyco.co
Abogado PI	Margarita Castellanos	mcastellanos@castellanosyco.co
Abogado PI	Ian Raisbeck	ian.raisbeck@roclaw.co
Abogado PI	Tatiana López Romero	Tatiana.lop.rom@gmail.com
Abogado PI	Danilo Romero	Danilo.RomeroRaad@hklaw.com
Abogado PI	Juan David Gutierrez	juadagut@gmail.com
Abogado PI	Natalia Barrera	nbarrerasilva@yahoo.co
Abogado PI	Pablo Márquez	pablo@marqueztobledo.com
Abogado PI	Fernando Zapata López	fezalo@hotmail.com



El mercado de derechos de autor y derechos conexos es uno de los pilares de la economía naranja. En él se trazan licencias o autorizaciones de uso de los bienes intangibles como son la creación literaria, científica o artística reconocidos por las leyes de Colombia y por la mayoría de las legislaciones alrededor del mundo.

Este estudio se aproxima al entendimiento de las principales problemáticas del mercado de derechos de autor en Colombia, haciendo énfasis en las industrias musical y audiovisual. Los análisis del estudio se centran en la relación, compleja e intrínseca, que existe entre los bienes sujetos a derechos de autor y las remuneraciones por su uso.

ISBN: 978-958-52187-1-0



9 789585 218710