

FALSAS COAUTORÍAS EN OBRAS MUSICALES: ¿SON LÍCITAS?

ALEJANDRO JIMÉNEZ*

RESUMEN

En el actual negocio de la música en América Latina, existe una controversia en torno a la inclusión de los *mánager*, A&Rs¹ y los llamados productores ejecutivos como falsos titulares de derechos de autor sobre obras musicales en calidad de coautores. Esta tendencia representa un desafío a los principios fundacionales del derecho de autor en el contexto colombiano, ya que dichos acuerdos entre autores y coautores podrían ser ilegales. En este trabajo se intentará abordar esta temática resolviendo la pregunta: ¿Es lícito incluir a no autores en la distribución de derechos sobre una obra musical? El objetivo de este escrito es analizar este fenómeno para dar una respuesta académica a un interrogante que puede afectar el ejercicio de los derechos de autor que tienen los artistas sobre sus obras musicales.

Palabras clave: industria musical; derecho de autor; derecho y música; negocio de la música; contratos; obras musicales; artistas & repertorio; derecho de autor colombiano; edición musical; contratos musicales; sociedades de gestión colectiva; productores ejecutivos.

* Músico y abogado son las profesiones del bogotano Alejandro Jiménez, quien ha sabido extraer lo mejor de ambos mundos para forjar una impecable carrera en Sony Music, en donde empezó como asistente legal y hoy es gerente general de un importante sello en Miami. En su trayectoria ha contribuido en los proyectos de artistas de la talla de Monsieur Periné, Andrés Cepeda y, recientemente, Christina Aguilera y Residente. Fue profesor del curso de derecho del entretenimiento y derecho e industria de la música en la Universidad de Los Andes por 10 años. Magíster en Propiedad Intelectual de la Universidad de Edimburgo. Afiliación Institucional: Sony Music. Contacto: a.jimenez@sonymusic.com; alejandrojimenez85@hotmail.com. Ciudad: Bogotá. País: Colombia. Fecha de recepción: 9 de marzo de 2023. Fecha de aceptación: 21 de abril de 2023. Para citar el artículo: Jiménez, Alejandro. "Falsas coautorías en obras musicales: ¿son lícitas?", en *Revista La Propiedad Inmaterial* n.º 35, Universidad Externado de Colombia, enero-junio 2023, pp. 43-59. DOI: <https://doi.org/10.18601/16571959.n35.02>

¹ Por sus siglas en inglés y en español, A&Rs son quienes en un sello discográfico lideran los procesos de Artistas y Repertorio, es decir, quienes se encargan de buscar nuevos artistas y canciones para ser incluidas en los fonogramas que comercializa el sello.

ARE FALSE JOINT AUTHORS IN MUSICAL WORKS LAWFUL?

ABSTRACT

In the ongoing Latin America music business there is a contemporary controversy around the inclusion of manager, A&Rs and so-called executive producers as the false right holders of co authorship over musical works. This trend represents a challenge to the founding principles of Copyright Law in the Colombian context since those agreements between real authors and non-authors could be an unlawful agreement. In this paper we will try to address this issue by solving the question: Is it lawful to include non-authors in the distribution of rights over a musical work? The purpose is to analyze this phenomenon in order to give an academic answer to a question that may affect the exercise of the rights artists have over their own work.

Keywords: Music Business; Copyright Law; Music Law; Music Industry; Contracts; Musical Works; Managers; A&R; Colombian Copyright Law; Music Publishing; Music Contracts; Collection Societies; Executive Producers.

INTRODUCCIÓN

La industria de la música ha vivido cambios sin precedentes en los últimos 20 años. Sus estructuras de comercialización han visto cómo la tecnología ha trastocado más de una vez los cimientos sobre los que descansaban sus modelos de negocio, al punto que les ha obligado a adaptarse a nuevos panoramas en espacios de tiempo cada vez más cortos. El advenimiento de la Internet como medio de comunicación global y la democratización del tráfico de contenidos marcó varios hitos en la forma como los creadores podían dar a conocer y comercializar sus obras al público, haciendo casi inmediata la publicación y acreditación de autoría de una obra con un alcance global. A pesar de que esta simplificación derivó en una democratización de las fuentes de acceso a la cultura, también simplificó los procesos de acreditación de autoría que respondían a necesidades de los sistemas legales de mantener un medio de información sobre quienes con sus habilidades creativas lograban erigir expresiones artísticas dignas de protección jurídica.

Antes, el registro de una obra era el sistema que los ordenamientos jurídicos establecían como medida declarativa de autoría. Ahora la mera publicación en un medio digital pareciera ser suficiente para acreditarse como autor frente a terceros. Basta con subir un video a YouTube o una grabación a Spotify para notar que la manera en que se asignan autorías o coautorías tan solo depende de la inclusión de uno u otro autor (o supuesto autor) en la casilla que se designa para tal fin en el proceso de ingesta del contenido en cada plataforma.

Es real que en la actualidad muchas de las obras musicales más populares del mercado latino han logrado destacarse en los listados de consumo más relevantes

del planeta. El Top 50 Global de Spotify o el top de creaciones de TikTok son ejemplos de cómo la música latina permea prácticamente todo el planeta. Sin embargo, cuando se hace un análisis detallado de las mentes que están detrás de estos súper hits, empiezan a aparecer nombres que llaman la atención por su falta de preparación o trayectoria dentro del gremio de autores y compositores.

También podemos ver que se empiezan a destacar como autores de muchos éxitos globales personas que no parecen tener las condiciones técnicas para crear una obra artística que sea exitosa. Si bien no es un requisito legal para ser autor el hecho de tener un talento especial o calificación técnica alguna, sí despierta nuestro interés el hecho de que personas sin trayectoria artística alguna figuren como compositores de obras musicales.

Esta problemática nos lleva a preguntarnos, ¿quiénes son estos personajes? ¿Por qué figuran como autores en muchas obras musicales del mercado latino? ¿Bajo qué figura legal o acuerdo terminan apareciendo como autores de obras musicales cuando no parecen tener las habilidades para escribir canciones? En caso de existir estos acuerdos, ¿son lícitos?

El objetivo del presente escrito será resolver si es lícito o no la inclusión de falsos autores en los documentos que acreditan autoría respecto de una obra musical, llamados comúnmente bajo el anglicismo “*split*”². Esta respuesta se obtendrá mediante un análisis de las normas que rigen, por un lado, los requisitos para tener la calidad de autor y, por otro, los parámetros legales que deben cumplirse para asignar o transmitir un derecho exclusivo de un autor a un no-autor. Así mismo se considerarán las consecuencias penales que tiene el registro fraudulento de una obra en la Oficina de Registro de Obras Musicales en Colombia. Por último, se busca plantear recomendaciones a los diferentes actores de la industria musical para contrarrestar este fenómeno que menoscaba los intereses de la comunidad creativa.

En la práctica, el registro de obras musicales ante una oficina gubernamental en países que siguen los principios del *droit d'auteur* francés no es un requisito constitutivo de un derecho. Es decir, que para efectos de protegerse una obra musical solo se necesita la creación en sí misma. En estos casos, el registro cumple un papel netamente declarativo y, por tanto, las oficinas de derecho de autor no hacen ningún análisis de fondo acerca de las personas incluidas como autores en el proceso de registro. Así las cosas, se abre una ventana para que quienes hagan este trámite puedan incluir a las personas que quieran sin mayor escrutinio por parte de la autoridad competente.

En consecuencia, el sistema mismo de registro en América Latina, donde se sigue el sistema jurídico de tradición francesa (*droit d'auteur*)³, permite que las oficinas

2 *Split* es el documento donde los autores de una obra dividen porcentualmente su participación autoral en esa obra musical. Basados en estos porcentajes se asigna un coeficiente de propiedad a cada autor respecto de los ingresos provenientes de la explotación comercial de la misma.

3 Lipszyc, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Colombia: Cerlalc, 2017.

de derecho de autor registren obras atendiendo únicamente a la información que proporcionan los usuarios de su sistema de registro, lo cual permite que cualquier persona, autor o no, pueda figurar en el certificado de registro correspondiente⁴.

Esta fisura en el sistema permite que, como hoy, personas que no han hecho ningún aporte artístico sobre una obra musical, puedan figurar como autores de obras musicales en sus certificados de registro. Es así como podemos ver nombres de representantes de artistas o los *mánager*, productores ejecutivos o directores artísticos sin ninguna clase de habilidad musical, apareciendo en créditos de obras de gran popularidad.

Este fenómeno trastoca los cimientos mismos del derecho de autor y de la propiedad intelectual en sí misma, en la medida en que los privilegios que la ley concede a los creadores terminan en manos de individuos que no son autores. Independientemente de las consideraciones éticas de esta práctica, aquí buscaremos analizar este fenómeno a la luz del derecho colombiano y así definir su licitud y los posibles efectos jurídicos de este tipo de situaciones.

El actual sistema de protección a las obras musicales no deriva de una sola jurisdicción, de manera que es parte de un sistema multilateral que marca las pautas que deben seguir los Estados a la hora de promulgar leyes relativas a los derechos de los autores sobre sus creaciones musicales. De este modo, las estructuras actuales de protección en Colombia encuentran su fuente en discusiones y acuerdos del orden internacional, cuyas normas son de obligado análisis para poder entender la problemática aquí expuesta.

Para finales del siglo XIX, los sistemas de protección de obras se basaban, o bien en normas nacionales o bien en tratados bilaterales de protección sobre la reproducción de obras literarias⁵. Sin embargo, la Revolución industrial y la creciente conectividad entre naciones derivó en que cada industria cultural buscara un sistema estándar de protección que otorgara a los autores la garantía de que su trabajo iba a ser protegido de la misma forma en su país que en los territorios de las demás jurisdicciones. Esta coyuntura llevó a la creación del primer sistema multilateral de protección a la propiedad artística: el Convenio de Berna de 1886. Esta norma condensa los principios estándar bajo los cuales las partes contratantes se comprometen a promulgar normas locales de protección a las creaciones artísticas⁶.

En su artículo primero, el Convenio de Berna establece que su creación tiene como fin la protección de los derechos de “los autores sobre sus obras literarias y artísticas”⁷. Si bien no se define el concepto de autor, en la medida en que existen

4 La Ley 23 de 1982 señala: “Artículo 9°. La protección que esta Ley otorga al autor, tiene como título originario la creación intelectual, sin que se requiera registro alguno. Las formalidades que en ella se establecen son para la mayor seguridad jurídica de los titulares de los derechos que se protegen”.

5 Yu, Peter K. “Currents and crosscurrents in the International Intellectual Property Regime”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 38, 2004, pp. 323-443.

6 *Ibid.*

7 Convenio de Berna, Art. 1.

jurisdicciones que solo admiten a las personas naturales dentro de esta categoría, sí se establece la relación autor-obra como requisito fundamental para que se predique la existencia de un derecho circunscrito a este cuerpo normativo. En otras palabras, para ser destinatario de los derechos allí consignados se debe ser como mínimo autor de una obra artística o literaria.

A nivel regional, la Decisión 351 de la Comunidad Andina establece una definición de autor clara, que otorga tal categoría exclusivamente a la persona natural que “realiza la creación intelectual”⁸, excluyendo, por definición, a quien no realiza una creación propiamente dicha. Es decir, excluye de la protección de dicha norma a personas diferentes a las naturales y a quienes no crean en estricto sentido.

La Ley de Derecho de Autor en Colombia, Ley 23 de 1982, establece que los destinatarios de la protección allí consignada son los autores de “obras científicas literarias y artísticas, las cuales comprenden todas las creaciones del espíritu en el campo científico, literario y artístico”⁹. Además, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana ha señalado que los derechos de autor y conexos, “son aquellos que surgen en virtud de la relación entre personas naturales creadoras de obras originales, sean éstas literarias, artísticas o científicas, y que recaen exclusivamente sobre las expresiones de las mismas”¹⁰.

Esta definición de autor tiene fundamento en los modelos de protección de la propiedad artística que nacen con la Revolución francesa, donde el individuo es el elemento central de la protección sobre la obra como una expresión de su identidad creativa¹¹. Esta corriente, denominada *droit d'auteur* (derecho de autor), pone al individuo/autor en el centro de la protección como único ente capaz de crear obras artísticas en tanto que tiene “espíritu” o capacidad creativa. Esta característica resulta exclusiva de las personas naturales, en tal sentido que es excluyente y solo protege a aquellos individuos que cuentan con el talento especial de crear obras de su mismo intelecto.

Ahora bien, es cierto que autoría no es lo mismo que titularidad y es factible ser titular sin necesidad de ser autor. Por dar un ejemplo, es posible que una persona jurídica sea titular de los derechos (patrimoniales) sobre una obra, pero dicha titularidad supone un acto jurídico cuyo efecto es la transmisión de derechos entre el titular originario (cedente) y el derivado (cesionario). En consecuencia, el autor y titular originario solo puede ser la persona natural que cumple con la acción de crear una obra protegida por la ley. Quien no es autor, según esta definición, solo puede ser titular de un derecho si existe un acto jurídico que implique la transmisión del derecho. De lo contrario, no es titular de derecho alguno.

8 Decisión 351, Art. 3.

9 Ley 23 de 1982, arts. 2 y 4.

10 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1023 de 2012; 28 de noviembre de 2012.

11 Lipszyc, Delia; Villaba, Carlos & Uchtenhagen, Ulrich. *La protección del derecho de autor en el sistema interamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

En este orden de ideas, la definición de autor se circunscribe únicamente a quien tiene un papel activo en la creación de una obra. En el caso de una obra musical, de quien o quienes hagan un aporte intelectual en la toma de decisiones creativas en cada paso de la composición de la letra, la melodía, la armonía y el ritmo¹². Por tanto, el mero hecho de dar recomendaciones, o aportar recursos económicos o logísticos, no implica obtener la categoría de autor pues no existe un trabajo creativo intelectual genuino que implique el nacimiento de una relación autor-obra.

En un caso relacionado a *software*, en la sentencia del 29 de agosto de 2019, la Sala Civil del Tribunal de Bogotá, con interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, aceptó la calidad de autor de personas que no tienen el conocimiento técnico para crear una obra, en este caso un software. Para la Sala, es posible que personas diferentes a los programadores que escriben un código puedan ser autores originarios de este. De este modo, quienes dirigen la creación del software e instruyen sobre las funciones que debe tener, se aceptan como autores del mismo. Sin embargo, para el Tribunal quien “conceptualiza y diseña las funcionalidades de este”¹³, además de quien escribe el código, se considera autor. En ese sentido, ¿es este análisis aplicable a las creaciones musicales?

En el desarrollo de software y en el proceso de creación de una obra musical se persiguen propósitos distintos. Mientras que el software es un código que da instrucciones a una máquina para que cumpla cierta función, generalmente con una finalidad material¹⁴, la creación de una obra musical no tiene un fin diferente al estético. En tal caso, la conceptualización o funcionalidad que se requiere para que una máquina cumpla es el fin en sí mismo del software. La posterior codificación de este concepto, o su funcionalidad, es equiparable a esa misma idea, pues ese es el fin que persigue el código. En otras palabras, tiene el mismo valor la conceptualización del código que la escritura de este.

En el caso de la música, el concepto no es equiparable a la creación en sí misma. La melodía, la letra, el ritmo y la armonía son expresiones artísticas en sí mismas y no requieren de una funcionalidad o conceptualización previa para tener valor creativo. En el código, la funcionalidad o concepto es fundamental para que este sea escrito, mientras que en la música no existe tal rol. De manera pues que quien conceptualiza una obra musical en sentido abstracto u organiza un proceso creativo no tiene la calidad de autor o cocreador y, por lo tanto, no debería, en ningún caso, dársele calidad de tal, en el proceso jurídico de registro o acreditación de una obra.

En términos kantianos, el arte no cumple una función material sino todo lo contrario:

El arte no representa nada. El arte se conforma de la espontaneidad y un libre juego de facultades, sin que esto derivase en ningún caso a una función representativa, hasta

12 Lipszyc, *Derecho de autor y derechos conexos*, op. cit.

13 Tribunal de Bogotá. Sala Civil. Sentencia del 29 de agosto de 2019.

14 Kant, Immanuel. *Crítica del juicio*. Bogotá: Austral, 2013.

el punto de que cuanto más intenta significar una obra, peor es la obra. No hay una finalidad semántica con la obra, lo que vale es la inmediatez. El arte posee una finalidad sin fin consciente¹⁵.

Su teoría estética es anti-intelectualista: “La razón no es concluyente para emitir juicios, lo válido son las apariencias, la primera impresión sin atender a su forma o composición, sólo a las emociones que despierta ese primer momento que es apariencia, es arte, es juicio. Los instintos frente a la razón”¹⁶.

Y es que no puede perderse de vista que el software se protege vía derecho de autor por razones históricas muy distintas a la protección de las obras musicales. El software, al ser lenguaje binario, se equiparó a una obra literaria que define como aquellas obras que se expresan a través del lenguaje y por tanto implican el uso de un código con valor semántico. El lenguaje binario es el lenguaje en virtud del cual se le da una instrucción a una máquina. Sin embargo, este lenguaje no tiene un valor estético sino práctico al implicar una instrucción a un computador de tal suerte que cumpla una tarea, y no implica, en el sentido más simple, una expresión artística aun siendo protegido el software por las normas de la propiedad intelectual.

Además de definir el rol del autor, la ley también determina en qué circunstancias más de una persona es titular de derechos. En los casos donde el aporte de cada autor es indivisible o inseparable, la ley los define como “Obras en colaboración”¹⁷. Así mismo, en circunstancias donde la obra se crea por varios autores bajo la dirección o coordinación de una persona natural o jurídica, con un aporte individualizable, las define como “Obra colectiva”.

El primer caso parte del presupuesto del aporte creativo indivisible, que convierte a los creadores en coautores de la obra sin que el aporte de cada uno pueda ser separable de la creación como un todo. En el segundo caso, el aporte de cada autor es realizado bajo la coordinación de una obra natural o jurídica para efectos de crear una obra única que incluye los aportes individualizables y separables de cada autor. En este último, cada autor es dueño de su aporte individual gracias a que es una expresión individualizable de su propio proceso creativo-intelectual, y su aspecto patrimonial es transmisible a favor de quien dirige el mencionado proceso¹⁸.

En estos supuestos de creación colectiva se mantiene la premisa de que solo una persona física o natural puede ser titular originaria de derechos autorales sobre una creación musical. Esta persona debe hacer un aporte activo en el proceso creativo de la obra, sea individualizable o no.

En los ejercicios de composición musical colectiva, por regla general, varios autores y/o productores musicales establecen una dinámica de trabajo artístico

15 Cordero Galera, Tránsito. “La estética kantiana”. En: *El pensamiento ilustrado en la literatura española*. Universidad de Granada, Filología hispánica [en línea], s. f., p. 4. Disponible en: <https://www.ugr.es/~inveliteraria/PDF/Kant.pdf>

16 *Ibid.*

17 Ley 23 de 1982.

18 Ley 23 de 1982, Art. 20.

orientada a producir una o varias obras musicales. La complejidad de este proceso implica que el resultado final sea pocas veces individualizable en lo relativo al aporte que cada autor ha realizado en el resultado final. Así, en la práctica, los compositores mediante acuerdos privados establecen los porcentajes de propiedad o de titularidad sobre el trabajo musical resultante, de tal suerte que los rendimientos económicos de la obra sean distribuidos según ese acuerdo privado.

Estos documentos privados se denominan en la práctica “*splits*”, y no son otra cosa que un acuerdo de voluntades donde dos o más autores, al no poder dividir su aporte concreto sobre una obra musical, acuerdan un porcentaje de participación sobre la creación, aplicando las normas de la obra en colaboración.

Ahora bien, estos acuerdos privados parten del presupuesto normativo que establece que los llamados a ser titulares de derechos morales o patrimoniales sobre la obra musical son los autores bajo la definición que establece la ley para tal efecto. Sin embargo, en el marco de la creación de obras musicales en Colombia, es una práctica común que quienes participan en este proceso creativo sean acompañados o incluso convocados por miembros de los equipos de trabajo de artistas intérpretes o autores. Estos equipos se conforman generalmente por representantes artísticos o los *mánager*, abogados, ejecutivos discográficos (*labels*) o de compañías de administración de obras musicales (*publishers*).

No es común ver que estas personas se involucren en el desarrollo de letras o melodías, pues su rol es netamente administrativo o logístico. Incluso, en algunos casos, se limitan a dar únicamente sus opiniones sobre la calidad del resultado musical final. Son sujetos que no actúan como agentes creativos cuyo aporte intelectual derive en la toma de una decisión musical o literaria en cuanto al rumbo de una obra específica en su construcción y, por lo tanto, se convierten en actores marginales dentro del proceso creativo, que cumplen funciones específicas en la explotación del contenido musical, reiterando en que no tienen un rol creativo.

No obstante, varios individuos que no tienen un papel activo en la creación musical logran acordar con los autores de las obras la inclusión de sus nombres en estos denominados *splits*, como si fuesen autores en sentido originario o, en otras palabras, como si fueran destinatarios de la protección que concede la ley a los autores de una obra en colaboración. Estos acuerdos son contrarios al fundamento mismo de la protección artística consagrada en la Ley nacional y supranacional, ya que implican la asignación de la calidad de autor a quien no tiene un rol creativo en la construcción de una obra. Dicho esto, ¿son válidos civilmente estos acuerdos?

Según lo que establece el artículo 1502 del Código Civil colombiano, todo acto jurídico debe llenar ciertas condiciones indispensables para su existencia y validez. Para efectos de considerar un acto existente, se requiere (i) la voluntad del agente en un acto unipersonal y el consentimiento de ambas partes al tratarse de una convención, (ii) la posibilidad física de ejecutar la obligación, (iii) la determinación del

objeto y (iv) la forma solemne establecida por la ley para ciertos actos¹⁹. Llenando estas condiciones, el acto existe y produce efectos. Sin embargo, si llegaren a faltar no se perfecciona ni produce efecto alguno. Por otro lado, la validez de un acto que puede ser existente se determina por (i) la capacidad legal de los agentes; (ii) la ausencia de vicios del consentimiento (error, fuerza y dolo); (iii) la observancia de la plenitud de la firma solemne; (iv) la licitud del objeto; (v) la realidad y licitud de la causa y (vi) la ausencia de lesión enorme. La ausencia de cualquiera de estos requisitos puede dar lugar a que el acto sea declarado inválido o nulo.

Esta nulidad puede ser absoluta o relativa, según los elementos de los que carece el acto. Se produce nulidad absoluta cuando estamos frente a

la incapacidad absoluta de alguno de los agentes, es decir, de la que están afectados los dementes, los sordomudos, que no se pueden dar a entender y los impúberes (arts. 1504 y 1741); la ilicitud del objeto o de la causa (arts. 1518, 1524 y 1741) y la inobservancia, no de la totalidad de la forma solemne, que obsta para el perfeccionamiento de los actos solemnes, sino de ciertos requisitos sustanciales de forma. Esta nulidad absoluta puede invocar cualquier interesado o el ministerio público, en interés de la sociedad, y puede ser declarada de oficio por el juez cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; y no puede ser saneada por las partes, cuando provenga de objeto o de causa ilícitos (Ley 50 de 1936 art. 2).

Cuando un acto es declarado nulo absolutamente, no solo pierde eficacia hacia el futuro, sino que también extingue los efectos ya producidos del acto, siempre que deshacerlos sea posible en la práctica. Naturalmente, también se extinguen las obligaciones emanadas del acto²⁰.

Es entonces la acción de nulidad la llamada a aplicar cuando lo que se busca es atacar el acto jurídico que carece de las condiciones esenciales antes mencionadas. Esta, la acción de nulidad absoluta, tiene fundamento en el concepto de orden público, y tiene como finalidad “destruir el acto jurídico, por ilicitud de la causa o del objeto o por la omisión de ciertos requisitos o formalidades que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos”²¹. Como explica Suescún Melo, civilista colombiano, “los contratos afectados de nulidad absoluta son por lo general serios y las partes tienen en ellos voluntad e intención de obligarse. Existe la causa y el objeto, pero uno de estos elementos fue ilícito, o no siéndolo puede faltarle al contrato alguna formalidad esencial para su validez en consideración a su naturaleza o tratarse de una incapacidad absoluta”²².

Así pues, es posible que las partes hayan tenido la voluntad de contratar y que el acto jurídico tenga la apariencia de licitud, pero que no reúna los requisitos

19 Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen general de las obligaciones*. Bogotá: Temis, 2020.

20 *Ibid.*

21 *Ibid.*

22 Suescún Melo, Jorge. *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo* (2ª. ed.). Bogotá: Legis-Uniandes, 2003.

antes señalados. Incluso puede ocurrir que las partes desconozcan una posible ilegalidad en el acto pues tienen la genuina voluntad de contratar. No obstante, si este es contrario al orden público estará viciado y será nulo absolutamente con los efectos ya comentados.

Así y todo, ¿qué normas gozan de la característica de ser de orden público? Por un lado, en el concepto más tradicional de la jerarquía normativa, encontramos como cabeza de la pirámide la Constitución Nacional. Junto con ella se ubican los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, dentro de los cuales encontramos la Declaración Universal de Derechos Humanos. Por otro lado, la Convención Universal de Derecho de Autor, ratificada por la Ley 48 de 1975, y el Convenio de Berna de 1886, ratificado por la Ley 33 de 1987, son normas del sistema jurídico colombiano.

El convenio de Berna establece en su artículo tercero:

1) Estarán protegidos en virtud del presente Convenio: a) los autores nacionales de alguno de los países de la Unión, por sus obras, publicadas o no; b) los autores que no sean nacionales de alguno de los países de la Unión, por las obras que hayan publicado por primera vez en alguno de estos países o, simultáneamente, en un país que no pertenezca a la Unión y en un país de esta. 2) Los autores no nacionales de alguno de los países de la Unión, pero que tengan su residencia habitual en alguno de ellos están asimilados a los nacionales de dicho país en lo que se refiere a la aplicación del presente Convenio²³.

Vemos aquí cómo, en un contexto supranacional, se asigna únicamente al autor “por su obra” un régimen de protección que se consigna en este cuerpo normativo, de tal suerte que, además del alcance que las normas nacionales dan al derecho de autor, los instrumentos internacionales, como los arriba mencionados, establecen una relación inescindible entre el autor y su creación.

Igualmente, el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece:

1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

De este modo, la protección a los autores adquiere la categoría de derecho humano y las normas locales que llevan a la práctica la obligación de los Estados de proteger a los creadores tienen el carácter de orden público, porque establecen las pautas en las

23 Convenio de Berna, artículo 3.

que se salvaguardan los intereses morales y patrimoniales respecto de sus creaciones. En consecuencia, el alcance de la obligación del Estado colombiano de proteger el trabajo artístico consignado en la Declaración Universal de Derechos Humanos se circunscribe al concepto de autor establecido en las normas especiales en el tema.

Estas normas en materia de derechos humanos son de orden público, al tener la misma categoría normativa que la Constitución Nacional, vía bloque de constitucionalidad. En cuanto a esto, el numeral segundo del artículo 27 señala que es un derecho humano gozar de protección sobre las creaciones intelectuales propias. Así pues, si pensamos que al hablar de derechos humanos estamos hablando de normas de orden público de carácter inalienable, debemos concluir entonces que no existe acuerdo privado alguno capaz de alterar la forma y goce de estos derechos (cita preámbulo 1948).

Cuando mediante acuerdo privado, libre y espontáneo las partes contratantes menoscaban un derecho de esta categoría, el acto será nulo por objeto ilícito pues es contrario a una norma de orden público. En ese sentido, ataca la protección jurídica que la ley concede a los autores, y la categoría de autor es exclusiva de aquellos que tienen un aporte creativo en la composición de una obra al ser reflejo de su intelecto o su espíritu.

Por consiguiente, en caso de que uno o varios autores acuerden dar la categoría de autor a una persona que no lo es convirtiéndolo en destinatario de derechos morales y patrimoniales, probablemente estarán haciendo un pacto nulo absoluto por ser contrario a las normas de orden público que establecen las condiciones que debe reunir un autor, que no es una distinta que la de ser quien crea una obra literaria, artística o científica. Si no se crea nada, no se puede ser considerado como autor, aun en el supuesto de que esto fuere pactado con los reales autores de la obra a través de un acuerdo particular de voluntades.

Como se indicó anteriormente, no debe confundirse la asignación falsa de autoría con la transmisión de los derechos patrimoniales que nacen en cabeza del autor, sea por vía contractual o hereditaria, o mediante una presunción de cesión establecida en la ley. Sin embargo, el componente moral de la obra (Ley 23 de 1982, art. 30), no puede ser cedido por acuerdo privado. De este modo, si bien es lícita la transmisión de derechos patrimoniales sobre una obra mediante acuerdo privado, no es lícita la transmisión total de los derechos morales y patrimoniales mediante este tipo de contratos. Si la voluntad del autor es ceder total o parcialmente sus derechos patrimoniales, esto puede hacerse mediante un acuerdo privado que cumpla los requisitos que la ley establece para tal efecto, a saber:

Art. 183. Los derechos patrimoniales de autor o conexos pueden transferirse por acto entre vivos, quedando limitada dicha transferencia a las modalidades de explotación previstas y al tiempo y ámbito territorial que se determinen contractualmente. La falta de mención del tiempo limita la transferencia a cinco (5) años, y la del ámbito territorial, al país en el que se realice la transferencia.

Los actos o contratos por medio de los cuales se transfieren parcial o totalmente los derechos patrimoniales de autor o conexos, deberán constar por escrito como condición de validez. Todo acto por el cual se enajene transfiera, cambie o limite el dominio sobre el derecho de autor, o los derechos conexos, así como cualquier otro acto o contrato que implique exclusividad, deberá ser inscrito en el Registro Nacional del Derecho de Autor, para efectos de publicidad y oponibilidad ante terceros.

En efecto, para que sea válida la transmisión de un derecho patrimonial, se debe cumplir con ciertas condiciones de forma (constar por escrito), pero también de fondo, pues se debe establecer su duración, ámbito territorial y el alcance de los derechos concedidos. En el caso de los *splits* bajo análisis, no se refiere a un pacto de transmisión de un derecho con las características aquí explicadas, sino a la asignación de una propiedad originaria (moral y patrimonial) a quien no goza de la calidad de autor. Vale decir que la ley autoral provee de mecanismos para que el autor pueda transmitir a un tercero sus derechos exclusivos de carácter patrimonial, siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos específicos en el acto, así la práctica de simplemente asignar falsos autores en los *splits* no reúna dichos requisitos.

Esta calidad de autor es concedida desde la creación misma de la obra. La ley colombiana no establece ningún procedimiento o trámite necesario para que la creación del autor sea protegida. No obstante, la Dirección Nacional de Derecho de Autor (DNDA) cuenta con una oficina de registro que permite al autor o autores de una obra registrar su creación a efectos de dar publicidad a su calidad de autor sobre su obra. Ahora bien, en la problemática objeto de estudio donde un autor acuerda con un no autor la asignación falsa de esta categoría, ¿qué implicaciones jurídicas tiene, en Colombia, el registro de esta falsa categoría de autor?

El Código Penal colombiano establece:

Artículo 270. Violación a los derechos morales de autor. Incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses y multa de veinte y seis punto sesenta y seis (26.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes a quien:

[...]

2. Inscriba en el registro de autor con nombre de persona distinta del autor verdadero, o con título cambiado o suprimido, o con el texto alterado, deformado, modificado o mutilado, o mencionando falsamente el nombre del editor o productor de una obra de carácter literario, artístico, científico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.

El tipo penal establecido en el artículo 270 protege no solamente el aspecto moral de los derechos de los autores, sino también el carácter público del registro de

autores de la Dirección Nacional de Derecho de autor, pues de conformidad con lo dispuesto en la Ley 44 de 1993 en su artículo 4:

El registro de las obras y actos sujetos a las formalidades del artículo anterior tiene por objeto: dar publicidad al derecho de los titulares y a los actos y contratos que se transfieran o cambien ese dominio amparado por la ley; dar garantía de autenticidad y seguridad a los títulos de derechos de autor y derechos conexos y a los actos y documentos a que se refiere.

La autenticidad de lo señalado en el registro es un aspecto fundamental de este procedimiento administrativo y su fraude no solo menoscaba el derecho moral del autor, sino también la fe pública depositada en este registro. De esta forma, en caso de tratarse de una conducta dolosa que persiga el menoscabo de la fe pública del registro y los derechos autorales del titular, se configuraría un tipo penal.

Así las cosas, la calidad de autor no puede asignarse falsamente sin menoscabar normas de orden público que protegen la calidad de autor de la persona natural que es capaz de crear obras artísticas, literarias o científicas, como lo mencioné anteriormente. Aun con el consentimiento del autor o los autores, si no se es autor, solo se puede ser titular derivado sobre los derechos patrimoniales sobre la obra mediante su cesión por acto entre vivos o por asignación sucesoral. Es decir, sería contrario a derecho un acuerdo entre un autor y un no autor en virtud del cual se asigne al no autor la calidad de autor.

De esta manera, los *splits* o acuerdos entre autores que buscan asignar la calidad de autor a un no-autor son un pacto nulo absoluto por objeto ilícito al ir en contra de los principios de protección al derecho de autor consagrados en tratados internacionales en materia de propiedad intelectual y derechos humanos.

El derecho de autor de tradición continental europea permite que la titularidad se reconozca desde la creación misma de la obra, lo cual quiere decir que se es autor desde el momento en el que se crea sin necesidad de registro alguno. En consecuencia, el registro tiene efectos eminentemente declarativos y no constitutivos de derechos y, por tanto, admite prueba en contrario. Por esto, resulta fundamental para la industria de la música generar consciencia entre los creadores que cualquier persona que no cree, en sentido literal una obra musical, no puede estar dentro de los documentos de acreditación de titularidad o los llamados *splits*.

El permitir que cualquier persona se incluya en dichos documentos resulta en un menoscabo a los cimientos mismos del derecho de autor que buscan proteger las obras del espíritu de los autores. Así mismo, desdibujan el incentivo que representa el derecho de autor para los artistas de invertir su tiempo en actividades creativas a cambio de una suerte de derechos exclusivos que son únicamente para quienes crean en el sentido más restrictivo del concepto. Esto solo para quienes tienen un rol activo y creativo en la creación de la obra musical.

Por otro lado, los efectos de estos pactos pueden exceder el plano civil y entrar en el penal. El Código Penal colombiano establece pena de prisión para quien incluya falsamente el nombre de un no-autor en el registro de una obra artística. Lo anterior gracias a que el sistema de Colombia protege el aspecto moral de este derecho, al punto de la asignación fraudulenta a un no-autor en un registro artístico, que puede implicar una conducta punible.

En otros términos, fijar falsamente en un *split* de una obra musical el nombre de un autor para luego registrarlo es un claro ejemplo del supuesto hecho establecido en el tipo de penas que podría incurrir en prisión, al ser una asignación falsa a tal calidad. En este tipo penal los verbos rectores señalan que la mera inscripción con el nombre del autor cambiado será suficiente para incurrir en este delito. Por tanto, el registro de una falsa persona como autora podría implicar un delito penal si dicha conducta es dolosa.

Con base en lo anterior, la respuesta al interrogante de si las falsas coautorías son lícitas a la luz del derecho colombiano es que probablemente no lo son. Como se explicó, incluir falsamente el nombre de un tercero en el registro de la obra musical, incluso con el consentimiento de los demás autores, implica un acuerdo contrario a la ley.

En ese sentido, resulta fundamental que los diferentes operadores jurídicos conozcan sobre estas prácticas que afectan los cimientos de la propiedad intelectual como incentivo para que artistas inviertan su tiempo en procesos creativos. Debe destacarse que la propiedad intelectual supone una barrera de acceso al arte para la comunidad²⁴⁻²⁵ y ser permisivo frente a que cualquiera incluya su nombre en el crédito de una obra implica que pierda asidero esta carga que asume la sociedad. Y es que debe ser un asunto que debe extraerse de las prácticas de la industria de la música porque implica que la sociedad le dé los beneficios que tienen los creadores a personajes que no solo no tienen ningún talento creativo, sino que, aprovechando la coyuntura de protección de derechos autorales, le quitan a los creativos partes de los derechos que la ley les concede. Se debe aclarar que es posible legalmente que estos personajes sin habilidades creativas gocen de un derecho patrimonial; sin embargo, para gozar de este derecho deben celebrar un contrato para tal fin, como ya se ha mencionado en varias ocasiones en el presente escrito.

Existen diversos caminos que pueden atajar la proliferación de estos ilícitos acuerdos. En primer lugar, la política pública debe incluir en su agenda este fenómeno. Recordemos que la música es parte de la identidad cultural de una nación y eliminar estas trabas adicionales de acceso al arte es una responsabilidad de las diferentes ramas del poder público.

Por un lado, el legislativo debe actualizar el alcance que tienen los tipos penales de cara a los supuestos de hecho que implican una afectación a los bienes jurídicos protegidos por los derechos morales de autor, estableciendo que el fraude en el

24 Netanel, Neil W. *Copyright's paradox*. Oxford, 2008.

25 Lessig, Lawrence. *Code: and other laws of cyberspace, version 2.0*. Basic Books, 2011.

registro se tipifica incluso cuando los demás autores prestan su consentimiento para incluir falsamente un no autor en el trámite de registro. De este modo, se debe actualizar la normativa en cuanto a la expresa prohibición de que terceros no autores se incluyan en los créditos de obras musicales.

Por otro lado, las entidades administrativas encargadas del registro, en este caso la Dirección Nacional de Derecho de Autor (DNDA), debe asegurarse de que sus funcionarios cuenten con la formación y herramientas necesarias para evitar que se den estos registros fraudulentos, incluso abriendo líneas de atención al público para informar sobre casos de registros viciados.

Finalmente, pero no menos importante, la rama judicial, o la entidad que cumpla funciones jurisdiccionales en temas de derecho de autor, debe ser especialmente meticulosa en el análisis de las pruebas que indiquen que una persona que no tiene un rol activo en la composición de una obra musical pueda declararse ilegal con respecto a acuerdos que asignen falsas coautorías.

La industria no puede ser ajena a esta práctica, especialmente los artistas, las sociedades de gestión colectiva, los editores musicales (*publishers*) y los sellos discográficos. Por un lado, los autores que saben de situaciones de esta naturaleza deben presentar las acciones correspondientes para que los acuerdos de falsa coautoría queden sin efecto y sean reconocidos por los potenciales daños causados por ingresos dejados de percibir. Igualmente, las sociedades de gestión colectiva deben hacer esfuerzos sistemáticos para identificar a falsos coautores y no permitir su afiliación como autores. Los editores y sellos deben asegurarse de que en sus procesos contractuales se audite correctamente la realidad sobre el proceso creativo para evitar que ejecutivos, productores ejecutivos, los *mánager* o cualquier otro tercero no creativo figuren en el *split* de una obra musical.

Finalmente, la Academia también tiene su parte en esta discusión y debe asegurarse de capacitar a músicos y abogados en la correcta administración de derechos sobre obras musicales. Si bien los derechos patrimoniales son transmisibles por acto entre vivos y por causa de muerte, la inclusión fraudulenta de no autores afecta patrimonialmente a la comunidad artística, pues se vuelve un vehículo de entrada para que sus ingresos sean asignados a falsos autores. Los artistas deben cerrar filas en negarse rotundamente a que un no autor se incluya en el *split* de una canción.

Así mismo, abogados asesores deben recomendar a sus clientes que no acudan a tal práctica tan cuestionable cuando quieran hacer cualquier clase de negocio sobre un derecho patrimonial. No solo por su potencial nulidad sino por el hecho de ir en contravía de la lógica jurídica que se esconde detrás del derecho de autor contemporáneo: proteger a los artistas e incentivar el trabajo creativo en la comunidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Biederman, Donald E.; Pierson, Edward P.; Silfen, Martin E.; Glasser, Janna; Biederman, Charles J.; Abdo, Kenneth J. & Sanders, Scott D. *Law and business of the entertainment business*. Praeger, 2007.
- Boyle, Alan & Chinkin, Christine. *The making of international law. Foundations of public international law*. Oxford, 2007.
- Carrier, Michael A. "Copyright and innovation: The untold story". *Wisconsin Law Review*, 2012.
- Código Civil colombiano. Ley 57 de 1887; 15 de abril de 1887.
- Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, 1886. OMPI.
- Cordero Galera, Tránsito. "La estética kantiana". En: *El pensamiento ilustrado en la literatura española*. Universidad de Granada, Filología hispánica [en línea], s. f. Disponible en: <https://www.ugr.es/~inveliteraria/PDF/Kant.pdf>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1023 de 2012. 28 de noviembre de 2012.
- Davies, Nigel. "The digital music revolution. How will traditional rights operate in the on-line music world?". *Entertainment Law Review*, vol. 16, n.º 6, 2005, pp. 137-143.
- Decisión 351 de la Comunidad Andina. Régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos. Lima, Perú, 17 de diciembre de 1993.
- Edwards, Lilian & Waelde, Charlotte (ed.). *Law and the Internet* (3ª ed.). Hart Publishing, 2009.
- Fisher, William. "Digital music: problems and possibilities". En: Harvard Law School, 2000.
- Gillieron, Philippe. Collecting societies and the digital environment. *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 37, n.º 8, 2006, pp. 939-969.
- Howell, Claire. "The Hargreaves Review: digital opportunity: a review of intellectual property and growth". *Journal of Business Law*, 2012.
- Kant, Immanuel. *Crítica del juicio*. Bogotá: Austral, 2013.
- Lessig, Lawrence. *Code: and other laws of cyberspace, version 2.0*. Basic Books, 2011.
- Ley 23 de 1982. Sobre derechos de autor. 28 de enero de 1982. *D. O.* n.º 35.949.
- Lipszyc, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Colombia: Cerlalc, 2017.
- Lipszyc, Delia; Villalba, Carlos & Uchtenhagen, Ulrich. *La protección del derecho de autor en el sistema interamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.
- McQueen, Hector; Waelde, Charlotte; Laurie, Graeme & Brown, Abbe. *Contemporary intellectual property: law and policy* (2ª ed.). Oxford, 2011.
- Netanel, Neil W. *Copyright's paradox*. Oxford, 2008.

- Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen general de las obligaciones*. Bogotá: Temis, 2020.
- Rowland, Diane; Kohl, Uta & Charlesworth, Andrew. *Information technology law*. London-New York: Routledge, 2012.
- Salmon, Richard. “The digital music business: income and royalty payments”. *Entertainment Law Review*, 2009.
- Suescún Melo, Jorge. *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo* (2ª. ed.). Bogotá: Legis-Uniandes, 2003.
- Tribunal de Bogotá. Sala Civil. Sentencia del 29 de agosto de 2019.
- Williams, Allan; Calow, Duncan & Lee, Andrew. *Digital Media Contracts*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Yu, Peter K. “Currents and crosscurrents in the international intellectual property regime”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 38, 2004, pp. 323-443.