

RELACIÓN ENTRE EL DERECHO DEL CONSUMO Y EL DERECHO DE AUTOR EN EL MARCO DE LAS INDUSTRIAS CREATIVAS

Germán Darío Flórez-Acero*

Resumen

El presente capítulo busca reflexionar acerca de la profunda relación que tiene hoy en día el derecho de autor y el derecho del consumo. Para ello, parte de las nociones básicas del derecho de autor, para luego hacer un vínculo con el derecho del consumo, especialmente en lo que tiene que ver con los elementos principales del contrato de consumo y el concepto de consumidor. Además, trata la importancia de las industrias creativas en esta relación.

Palabras clave: derecho de autor, propiedad intelectual, derecho del consumo, derecho privado.

* Investigador del Grupo en Derecho Privado y Propiedad Intelectual de la Universidad Católica de Colombia. Abogado y profesor de la Universidad Católica de Colombia, Universidad Nacional de Colombia y Pontificia Universidad Javeriana (sede Cali). Director de la Mesa de Derecho de Autor del Centro de Pensamiento de la Universidad Nacional de Colombia. Master of law in Intellectual Property Queen Mary University of London. Árbitro del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Consejero de la firma 1493.

Abstract

This chapter seeks to reflect on the deep relation that copyright law and consumer law have today. In order to do so, he takes advantage of the basic notions of copyright, and then makes a relationship with consumer law, especially in relation to the main elements of the consumer contract and the notion of the consumer. There is also an allusion to the importance of the creative industries in this relation.

Key words: copyright, intellectual property, consumer law, private law.

Introducción

El presente capítulo es producto de la investigación del Grupo en Derecho Privado y Propiedad Intelectual de la Universidad Católica de Colombia. A partir de la expedición de la Ley 1480 de 2011 indiscutiblemente se marcó una nueva etapa en la protección de los consumidores en el contexto colombiano, ya que se instituyeron nuevas garantías y claridades para los consumidores en el marco de un país que en los últimos veinte años ha venido creciendo económicamente a un ritmo vertiginoso.

De hecho, Colombia se ha convertido en uno de los países que más ha crecido en el continente, a tal punto que ya es miembro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). En este proceso de pertenecer a la OCDE la Superintendencia de Industria y Comercio desempeñó un rol significativo y en especial su Delegatura para la Protección del Consumidor.

En las siguientes líneas se desarrollarán algunos aspectos sobre la protección del consumidor en Colombia, tomando en consideración los avances que han surgido desde la expedición de la Ley de Protección al Consumidor.

Por otro lado, la propiedad intelectual gana cada vez más espacio en la economía nacional, y específicamente el derecho de autor ha dado pie al nacimiento de las llamadas industrias creativas o del entretenimiento. Estos bienes de los cuales disfrutan cada vez un mayor número de consumidores, en definitiva deben aplicar las normas de consumo que cumplan con los estándares de calidad, idoneidad y seguridad para los usuarios.

El derecho de autor y la propiedad intelectual

La propiedad intelectual consiste en el reconocimiento de derechos que se les otorgan a los creadores de los diferentes tipos de obras amparadas por el derecho de autor y las prestaciones protegidas por los derechos conexos; y a las creaciones protegidas por la propiedad industrial. Algunas legislaciones, como la colombiana, incluyen en esta última categoría las variedades vegetales.

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

El derecho de autor protege todas las obras literarias y artísticas que se puedan reproducir por cualquier medio o forma conocida o por conocerse, se incluyen aquí las obras expresadas por escrito, las conferencias, sermones, composiciones musicales con o sin letra, obras dramático-musicales, obras coreográficas, obras cinematográficas y demás obras audiovisuales expresadas por cualquier procedimiento; obras de bellas artes, pinturas, esculturas, obras arquitectónicas, obras fotográficas, obras de arte aplicado, ilustraciones, mapas, croquis, programas de ordenador, antologías de composiciones diversas, bases de datos que puedan constituirse como una creación, etc. “Esto significa que pueden existir otras obras

protegidas, a pesar de no estar mencionadas en la ley, siempre y cuando cumplan los requisitos exigidos para ser obras, según su definición⁷⁶.

El derecho de autor protege las obras en sí mismas, es decir, el fruto del trabajo creativo del autor de una obra artística, científica o literaria susceptible de ser percibida. El derecho de autor *no* protege las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos⁷⁷.

El derecho de autor *no protege las ideas*. La protección del derecho de autor *recae* sobre las obras en sí mismas, esto es, el fruto del trabajo creativo del autor de una obra artística, científica o literaria susceptible de ser percibida por cualquier medio conocido o por conocer.

La protección de obras artísticas o literarias se realiza a través del derecho de autor, independiente de su mérito artístico o literario. De la misma manera el derecho de autor protege la obra sin importar cuál es su destinación. Esto significa que no importa qué tan valiosa o qué tan buena crítica reciba la obra. Esta se protege por el simple hecho de ser creada y de cumplir con el requisito de originalidad.

La originalidad consiste en que la obra no sea una copia de otra obra pre-existente y que en algunos casos tenga un mínimo de creatividad. Por ejemplo, un directorio telefónico, puede que no sea copia de otro, pero para el derecho de autor no goza de protección, ya que le falta el carácter de originalidad⁷⁸.

Las obras protegidas por el derecho de autor se salvaguardan desde el momento mismo de su creación⁷⁹: el derecho les otorga una protección automática sin tener en cuenta ningún tipo de formalidad, como el registro de la obra.

Para el derecho de autor, el autor es el titular primigenio de los derechos tanto morales como patrimoniales. Posteriormente los derechos patrimoniales pueden cederse, razón por la que el cesionario adquiere la calidad de titular derivado⁸⁰. A continuación se explicará el contenido de ambos derechos.

⁷⁶ "Dirección Nacional de Derecho de Autor", *Preguntas frecuentes*, acceso el 11 de julio de 2017, <http://www.derechodeautor.gov.co/html/preguntas.htm>

⁷⁷ ADPIC, artículo 9, Decisión Andina 351 de 1993, artículo 7 y Toda artículo 2.

⁷⁸ Adam Sterling, *World copyright law* (Londres: Sweet & Maxwell, 2009), 354.

⁷⁹ Uma Suthersanen, *Copyright law in cyberspace* (Londres: Edward Elgar, 2010), 98.

⁸⁰ Woolcott Olenka y Germán Flórez, *El derecho de autor y los TLC* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015), 123.

Derechos morales

Los derechos morales son aquellos que no tienen un contenido económico (derechos personales), los cuales repercuten en la obra y su relación de carácter intrínseco con el autor. En virtud de estos derechos se reconoce la autoría de la obra, dado que por ser el producto y resultado del ingenio y la creatividad de su autor no se pueden desconocer, debido principalmente a que existe un vínculo inequívoco e inalienable entre los dos. El autor no puede existir sin su obra ni la obra sin su autor. Además, por ser la obra producto y creación de su autor, los derechos morales son intransferibles, inembargables e irrenunciables y no tienen limitación en el tiempo⁸¹. Estos derechos están contemplados en la normativa⁸² y son:

Derecho del inédito. Facultad del autor de decidir si publica, divulga o no su obra, tenerla en su ambiente privado o comunicarla al público y en qué forma lo hará.

Derecho de paternidad. Derecho que tiene el autor para que se le reconozca la autoría de su obra en todo momento, es decir, se reivindique la autoría de la obra en todo acto en el que se utilice. El autor puede ser nombrado a través de su nombre o de su seudónimo⁸³.

Derecho de integridad. Es la facultad de impedir cualquier deformación de la obra que pueda perjudicar el honor y reputación del autor. Puede presentarse el caso en que un *software* encargado por una compañía para el registro sea modificado y utilizado para espiar a los trabajadores, lo cual puede eventualmente lesionar la reputación de su autor.

Derecho de arrepentimiento. Es la potestad que tiene el autor para retractarse de la publicación de su obra, permitiéndole en cualquier momento removerla de los espacios de circulación. El autor debe indemnizar a las personas que resultaren afectadas con esta actuación⁸⁴.

⁸¹ Delia Lipszyc, *Derecho de autor y derechos conexos* (Buenos Aires: Cerlalc, 1993).

⁸² Artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993 y artículo 30 de la Ley 23 de 1982.

⁸³ Jorge Olarte y Miguel Rojas, *Manual de derecho de autor para alcaldías y gobernaciones* (Bogotá: Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2011), 2-3.

⁸⁴ Artículo 30, parágrafo 4 de la Ley 23 de 1982.

Derecho de modificación. Es el derecho que tiene el autor de ejecutar cambios y reformas a su obra. Este derecho lo puede ejercer el autor tanto antes como después de la publicación de la obra. Al igual que en el derecho de arrepentimiento, el autor debe indemnizar a los terceros afectados con dicha determinación.

Derechos patrimoniales

Los derechos patrimoniales o “de explotación” representan el derecho del autor de beneficiarse económicamente de su producción intelectual. Estos derechos, al contrario de los morales, pueden ser transferidos, ya sea mediante venta, donación, contrato u otras formas que se verán más adelante, además de estar limitados, incluso temporalmente. En resumen, estos derechos permiten al autor la autorización y prohibición de las obras respecto de cualquier tipo de utilización que estas puedan llegar a tener. Son los siguientes⁸⁵:

Derecho a reproducir la obra. Una obra puede ser reproducida una vez está fijada en algún soporte, de no ser así se infringe el derecho de reproducción. La obra se reproduce cuando se realizan copias de ella, ya sea de manera total o parcial y por cualquier medio. Algunos ejemplos de infracciones o desconocimiento del derecho de reproducción son: hacer una copia de un programa de ordenador sin la debida autorización del titular y sin estar amparado por la excepción de la copia de seguridad. Igualmente, cuando se alojan copias en el disco duro de un computador producto de la descarga de *software* en un sitio web, en principio, se está haciendo un acto de reproducción de la obra.

Derecho a la distribución. Es el derecho que tiene el autor de autorizar o prohibir la venta, el alquiler o el arrendamiento de la obra⁸⁶. En el caso del *software*, se encuentra que los titulares del derecho autorizan a ciertas cadenas comerciales para la distribución legal de los programas de ordenador. Asimismo, existe un gran número de páginas de Internet que se ocupa de distribuir distintos tipos de *software* (como la página de la compañía Apple). Por otro lado, hay lugares donde se comercializa el *software* de forma física sin autorización de sus titulares, infringiendo las normas de derecho de autor.

⁸⁵ Artículo 13 de la Decisión Andina 351 de 1993 y artículos 3 y 12 de la Ley 23 de 1982.

⁸⁶ El alquiler de la obra y la importación de copias autorizadas o no, incluyendo los medios electrónicos, son también actos de distribución y potestades del titular de derechos patrimoniales en virtud del artículo 5 de la Ley 1520 de 2012.

Derecho a la comunicación pública. El *software* puede ser comunicado⁸⁷ o difundido al público por cualquier medio o procedimiento (alámbrico o inalámbrico)⁸⁸; en este sentido, el derecho de comunicación pública abarca todos los actos por los que una cantidad indeterminada de personas accede a la obra sin que esta haya sido previamente distribuida.

Derecho de puesta a disposición. Este derecho es una forma de comunicación pública por medio de la cual las personas en general tienen acceso a la obra desde el lugar y el momento que cada una elija. Este derecho ha sido incorporado en la legislación colombiana a través de la expedición de la Ley 1520 de 2012. Un claro ejemplo de lo anterior son las páginas de Internet que ponen a disposición de sus usuarios programas de ordenador para que estos puedan bajarlos. Es necesario contar siempre con la autorización de los titulares del derecho.

Derecho a la transformación de la obra. Una obra se puede transformar, adaptar, traducir o arreglar⁸⁹. El titular puede autorizar estos actos o ceder el derecho, a cambio de una remuneración equitativa. Las traducciones son actos de transformación de la obra, una adaptación de obras preexistentes en la medida en que cambian su idioma o lenguaje original a otro; como el trabajo del traductor autorizado es también creativo –y en cierta medida original– se protege la traducción hecha con la obligación de citar siempre al autor y el título de la obra traducida.

Formas de transferencia de los derechos

La utilización de obras ofrece dificultades para lograr una equilibrada composición de los intereses en juego: autor, público y usuario. Los autores crean las obras y consecuentemente reivindican derechos sobre ellas; el público está siempre deseoso de poder disfrutarlas sin trabas, y el usuario (editor, productor, etc.), vínculo indispensable entre el autor y el público, pretende conducir su empresa en las mejores condiciones posibles⁹⁰.

⁸⁷ Artículo 12 literal c, Ley 23 de 1982.

⁸⁸ Artículo 12 literal b, Ley 1520 de 2012, por medio del cual se modificó el artículo 5 de la Ley 23 de 1982.

⁸⁹ Artículo 12 literal b, Ley 23 de 1982.

⁹⁰ Lipszyc, *Derecho de autor*, 269.

Dentro de esta amalgama de intereses, los autores generalmente son puestos en una situación desventajosa respecto al usuario, pues terminan imponiéndose formas contractuales de “adhesión”, sin discusión libre de las obligaciones ni contraprestaciones de cada tipo contractual. Por ello, el intervencionismo estatal frente a estos negocios jurídicos se hace necesario para salvaguardar a la parte con menos fuerza económica que, por lo común, son los autores. El carácter tuitivo de la reglamentación, de acuerdo con Lipszyc⁹¹, conduce a descartar la aplicación irrestricta del principio de la autonomía de la voluntad, el cual se ve restringido por la naturaleza imperativa de las normas.

En este escenario, el presente escrito pretende señalar algunas pautas de la transferencia de derechos patrimoniales de autor, partiendo de las generalidades, para luego llegar a la transferencia de dichos derechos en el ámbito universitario a la luz del marco normativo colombiano. A continuación se expondrán: (i) algunos aspectos generales de la transferencia de los derechos patrimoniales de autor; (ii) el contrato de cesión de derechos patrimoniales; (iii) la titularidad derivada en la legislación colombiana, en particular, frente al contrato de obra por encargo, el contrato laboral y el contrato laboral de funcionario público; y (iv) comentarios finales sobre los tipos de transferencia de derechos en el ámbito universitario.

Aspectos generales de la transferencia de los derechos patrimoniales de autor

Como se venía diciendo, las formas convencionales *inter vivos* de transferencia de los derechos de autor padecen múltiples limitaciones al principio de la autonomía de la voluntad, pues se reconoce al autor como parte vulnerable de la relación negocial, sujeto merecedor de la protección del ordenamiento jurídico. Dichas limitaciones se dan mediante el carácter imperativo y de orden público de las normas que rigen la materia.

De igual modo, se entiende que esta categoría de negocios jurídicos debe constar por escrito. Así lo señala el capítulo XIII de la Ley 23 de 1982, en particular el artículo 183, modificado por el artículo 30 de la Ley 1450 de 2011, según el cual “Los actos o contratos por 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

⁹¹ Lipszyc, *Derecho de autor*, 274.

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”.

Por otro lado, tanto el ordenamiento jurídico como la doctrina reconocen que un elemento de suma importancia en la regulación de este tipo de transferencias es el objeto contractual pactado⁹², frente al cual deben tenerse en cuenta algunas directrices o principios que, siguiendo el análisis propuesto por Lipszyc⁹³, permiten regular estas transferencias en favor de la parte débil de la relación contractual, por regla general el autor, así pueden señalarse las siguientes:

- a. Propender por las licencias o autorizaciones de uso, en lugar de cesiones totales de los derechos patrimoniales en el contrato.
- b. Tener en cuenta los principios de la interpretación restrictiva de los contratos de explotación de las obras y de la independencia de los derechos patrimoniales, así la autorización de uso se limita a aquel o aquellos expresamente mencionados en el contrato y a las modalidades previstas en este.
- c. La transmisión global de derechos sobre obras futuras resulta inadmisibles.
- d. Se consideran nulas las estipulaciones por las que el autor se comprometa a no crear alguna obra en el futuro.
- e. El contrato no puede extenderse a modalidades de utilización o medios de difusión inexistentes o desconocidos al tiempo de celebración de aquel.
- f. La validez del contrato también debe quedar subordinada a la condición de que en él se delimite el ámbito de vigencia espacial y temporal de los derechos autorizados, así como su destino.
- g. Aunque en un solo contrato se incluyan varias obras, debe entenderse que existen tantos contratos como obras independientes.
- h. El usuario está obligado a poner todos los medios necesarios para la efectividad de la explotación concedida, según la naturaleza de la obra y los usos vigentes en la actividad profesional, industrial o comercial de que se trate.

⁹² Diego Monje, *El contrato de compraventa consensual. Vicisitudes de la fisionomía* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2017).

⁹³ Monje, *El contrato*, 275.

- i. De conformidad con el principio de la interdependencia entre el derecho de autor y la propiedad del objeto material, la adquisición de este último no implica la cesión de alguno de los derechos reconocidos por la ley.
- j. Es necesario que el usuario esté legitimado para accionar por sí mismo contra los infractores de los derechos exclusivos que ha recibido del autor.
- k. Carácter *intuitu personae* de la contratación.

Esta serie de directrices pone de manifiesto la orientación proteccionista del sistema de derecho de autor, en favor de los titulares originarios o creadores de las obras. En consonancia con ello, se entiende incluida una obligación de respetar los derechos morales de autor en todo acto de disposición de los derechos patrimoniales de la obra, así como el autor tiene la obligación de responder ante el usuario por la autoría y originalidad de la obra.

Finalmente, se entiende que la contraprestación propia para el autor en esta categoría de contratos será la remuneración, que puede presentar variedades, así por ejemplo, proporcional a las ganancias por la explotación de la obra o por una suma global, más conocida como “remuneración a tanto alzado”, dependiendo del modelo de comercialización en cada negocio concreto.

El contrato de cesión de derechos patrimoniales de autor

Partiendo del marco general delineado previamente, a renglón seguido se abordará el contrato de cesión de derechos, como arquetipo de las formas de transferencia de derechos de autor. Para ello se tendrá en cuenta la legislación colombiana, en específico, la Ley 23 de 1982.

Una primera noción de este tipo contractual es la siguiente: es un acuerdo de voluntades en virtud del cual el autor o el titular transfiere uno o varios derechos patrimoniales de autor a otra persona (natural o jurídica) con unas condiciones, por un tiempo y en un lugar determinado o determinable⁹⁴. De aquí se identifican claramente dos partes: (i) el autor o el titular del derecho, conocido como “cedente”; y (ii) el tercero que percibe los derechos, conocido como “cesionario”

⁹⁴ María Constanza González, *Las letras al derecho: para conocer y negociar sus derechos como autor* (Bogotá: Cerlalc, s. f.).

y quien, una vez recibe la transferencia de estos, es considerado como titular derivado. En el contrato de cesión se deben definir cinco aspectos fundamentales:

- a. Los derechos objeto de cesión y su modalidad: existen tantos derechos como formas de explotación. Al momento de celebrar un contrato de esta naturaleza es esencial que el autor o el titular del derecho identifique claramente cuáles derechos desea ceder.
- b. El tiempo durante el cual se cederán o se otorgarán esos derechos: la cesión de los derechos se concede por un tiempo, al cabo del cual dichos derechos vuelven al autor o al titular.
- c. El espacio donde se podrán explotar los derechos cedidos: atendiendo a las necesidades de las partes y a la explotación que se hará de la obra. Al momento de suscribir el contrato, el autor deberá determinar el espacio en el que se podrán explotar los derechos concedidos.
- d. Si la cesión es exclusiva o no: dependiendo del acuerdo al que hayan llegado las partes sus efectos son diferentes: (a) si se pacta cesión exclusiva el cesionario es el único con la facultad para explotar la obra de conformidad con los derechos concedidos a través del contrato y durante el tiempo pactado. Esta exclusividad impide a todas las demás personas, incluso al cedente-autor, explotar la obra, aun siendo este último su creador, y (b) si se pacta cesión no exclusiva el cedente-autor puede realizar otros contratos de cesión –incluso sobre los mismos derechos objeto del contrato que firmó– y explotarlos por su propia cuenta.
- e. Remuneración: es común que en los contratos de cesión se fije un valor, una suma de dinero a cambio de la cesión de los derechos. En concordancia con el Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe (Cerlalc) algunas legislaciones establecen la presunción de onerosidad de la cesión, ello significa que siempre que se celebre un contrato de este tipo el cedente deberá recibir un pago, salvo que la ley o las partes dispongan otra cosa.

Ahora bien, el marco normativo colombiano traza algunos parámetros que deben tenerse en cuenta frente a este tipo contractual, así el artículo 182 de la Ley 23 de 1982 determina que “los titulares de los derechos de autor y de los derechos

conexos podrán transmitirlo a terceros en todo o en parte, a título universal o singular”.

Asimismo, el precitado artículo 183 *ejusdem*, modificado por el artículo 30 de la Ley 1450 de 2011 dispone que “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. [...] Será inexistente toda estipulación en virtud de la cual el autor transfiera de modo general o indeterminable la producción futura, o se obligue a restringir su producción intelectual o a no producir”.

Una vez el contrato de cesión de derechos se ha perfeccionado, las partes deben cumplir las correlativas obligaciones pactadas. El cesionario (persona natural, empresario, editor, productor) deberá: (i) pagar la suma de dinero pactada en la forma y en el lugar convenido en el contrato, (ii) utilizar la obra en las condiciones de tiempo, modo y lugar establecidas, (iii) respetar los derechos morales del autor y (iv) cumplir las demás obligaciones estipuladas en el contrato en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, siempre dentro de los límites de las normas de orden público como los precitados artículos de la Ley 23 de 1982. Y el cedente (autor, herederos o titulares derivados) deberá, por lo menos, garantizar la originalidad de la obra y responder reclamaciones que otras personas puedan hacer al respecto, así como permitir que el cesionario disfrute de los derechos cedidos pacíficamente.

En este punto, las reclamaciones que terceros puedan hacer sobre las obras, no deben entenderse solo acerca de la titularidad de la obra, sino también ante una eventual reclamación de un usuario por una violación del derecho del consumo. En el derecho del consumo responden tanto el productor –que en este caso sería el autor– como el distribuidor de un producto.

Así las cosas, estos contratos cada vez deben incluir más los principios y derechos que registra el Estatuto del Consumidor. Por ejemplo, la forma de publicar las obras como libros, películas, videojuegos, etc. Igualmente, los estándares de seguridad para los usuarios que las obras pueden propiciar. En este punto se ahondará más adelante.

Principio de protección de la obra independientemente de su mérito y balance con el derecho del consumo

Es importante resaltar que las obras protegidas por el derecho de autor se protegen independientemente de su mérito. Su protección se da en virtud de su originalidad y no se tiene en cuenta la calidad para su reconocimiento jurídico. La originalidad no se debe confundir con la novedad, ya que esta se refiere al sello personal que el autor le imprime a su obra y que la hace única⁹⁵. Esto quiere decir que independientemente de que la obra sea un Premio Nobel de Literatura o un ensayo universitario, para el derecho de autor esta tiene la misma protección.

Estas conclusiones se desprenden del mismo Convenio de Berna, el cual señala que la protección se efectúa independiente del modo o forma de expresión. Así, el artículo 2.1 del Convenio apunta textualmente que la obra se protege, “cualquiera que sea el modo o forma de expresión”, razón por la que la protección que realiza el derecho de autor no considera el mérito o el destino de la obra⁹⁶. Recuérdese que Colombia es parte del Convenio de Berna desde la promulgación de la Ley 33 de 1987. Sin embargo el país, unos años atrás (con la publicación de la Ley 23 de 1982) ya había ratificado de manera implícita el Convenio y, por ende, este principio de protección⁹⁷. Asimismo, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina argumentó que

El objeto específico y exclusivo de protección no son directamente las ideas del autor, sino la forma a través de la cual tales ideas son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a la obra literaria, artística o científica. A los efectos de su tutela, la obra, susceptible de reproducción o divulgación, debe ser una creación original. Por tanto, la protección no depende del mérito de la obra o de su destino, ni de la complejidad del trabajo intelectual o de los recursos para producirla, sino de que ella posea elementos demostrativos de una diferencia sensible, absoluta o relativa, que individualice el pensamiento representativo o la subjetividad de su autor, diferencia que deberá examinarse y valorarse como una cuestión de hecho en cada caso⁹⁸.

⁹⁵ Andrés Varela, *Concepto 1-2018-2570* (Bogotá: Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2018), 3.

⁹⁶ Vivian Alvarado, *El derecho de autor en los tratados administrados por la OMPI y el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio. (Acuerdos sobre los ADPIC)* (Bogotá: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y Comunidad Andina de Naciones, 2002), 5.

⁹⁷ Germán Flórez y Woolcott Olenka, *Protección al derecho de autor. Implicaciones del TLC entre Estados Unidos y Colombia* (Bogotá, Buenos Aires: Universidad Católica de Colombia, Astrea, 2015), 113.

⁹⁸ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación prejudicial 165-2004 del 6 de abril de 2005.

Por ende, es claro que las obras protegidas por el derecho de autor se realizan independientemente de las calidades que puedan tener, siempre y cuando sean originales. Sin embargo, y en relación con el objeto de estudio del presente capítulo, esto no quiere decir que las obras artísticas o literarias que se comercializan a través de los diferentes mercados ya sean análogos o digitales no tengan unas obligaciones de tipo legal, respecto a los derechos que tienen los consumidores⁹⁹.

Es que se tiene que considerar que, en las últimas décadas al hablar de obras protegidas por el derecho de autor, se alude necesariamente al concepto de industrias creativas o del entretenimiento¹⁰⁰. Las obras literarias o artísticas están destinadas a contribuir con el desarrollo de la humanidad a través de estas formas de expresión que son divulgadas por diferentes medios. Precisamente, los tratados internacionales de derecho de autor que tienen su génesis en el Convenio de Berna han buscado la protección internacional¹⁰¹ de las obras en el marco de un mercado global y una explotación económica de las mismas¹⁰². A pesar de la existencia de sistemas dualistas de derecho de autor y *copyright*, aun cuando se habla de derechos morales, siempre hay un contenido patrimonial que se expresa mediante las compensaciones o indemnizaciones de perjuicios por las infracciones a estos derechos, a tal punto que estas consecuencias patrimoniales pueden ser inclusive transigibles o arbitrables¹⁰³.

Esto lleva a analizar la relación entre derecho de autor y derecho del consumo desde una perspectiva económica, en la cual se debe lograr un balance entre los derechos que tienen los autores en virtud de su trabajo creativo y los que tienen los consumidores, en el entendido de que la explotación de estas obras forma parte del mercado y de la economía, y ante dos derechos que son de extrema relevancia para el desarrollo de la cultura y de la sociedad, es trascendental estatuir un diálogo armónico entre ambos derechos, que satisfaga a unos y otros en

.....
⁹⁹ Joseph P. Liu, "Copyright law's theory of the consumer". *Boston College Law Review*, n.º 24 (2003), 424.

¹⁰⁰ Xavier Greffe, *Gestión de las industrias creativas* (París: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2006), 9.

¹⁰¹ Alberto Cerda, "Evolución histórica del derecho de autor en América Latina". *Revista Ius et Praxis*, n.º 1 (2016), 28.

¹⁰² Christian Schmitz Vaccaro, "Evolución de la regulación internacional de la propiedad intelectual". *La propiedad inmaterial*, n.º 17 (2013), 63-92.

¹⁰³ Naima Parela, *Arbitrabilidad objetiva de los derechos de autor y los derechos conexos* (Kluwer Arbitration, 2014), 74-88.

el marco de las actuales dinámicas de los mercados, especialmente con la rápida distribución de obras protegidas por el derecho de autor en los medios digitales.

Las industrias creativas y la economía naranja

Para la Unesco las industrias culturales y creativas son: “Aquellos sectores de actividad organizada que tienen como objeto principal la producción o la reproducción, la promoción, la difusión y/o la comercialización de bienes, servicios y actividades de contenido cultural, artístico o patrimonial”¹⁰⁴.

En consecuencia, los retos inéditos que la economía digital está trayendo en el mundo y principalmente en las economías emergentes como las latinoamericanas, entre las que se encuentra Colombia, conllevan la generación de nuevas dinámicas y nuevos enfoques tendientes a la creación de políticas públicas que aprovechen el comportamiento de los mercados, en particular los intangibles, en torno a la explotación de las obras protegidas por el derecho de autor¹⁰⁵. No obstante, estas políticas no deberían pasar por alto los vínculos que pueden tener el derecho de autor y derechos conexos con otras ramas del derecho, como es el derecho de los consumidores.

Solo a manera de contextualización, según cifras de la primera década del presente siglo, las industrias creativas aportan alrededor de un 7 % del producto interno bruto del mundo¹⁰⁶. Tal como lo indica el Banco Interamericano de Desarrollo en sus estudios sobre economía naranja¹⁰⁷.

John Howkins fue quien introdujo el término de “economía creativa”, que comprende los sectores en los que el valor de sus bienes y servicios se fundamenta en la propiedad intelectual: “arquitectura, artes visuales y escénicas, artesanías, cine, diseño, editorial, investigación y desarrollo, juegos y juguetes, moda, música, publicidad, *software*, TV y radio, y videojuegos”¹⁰⁸. Según cálculos de Howkins,

¹⁰⁴ Unesco, *Industrias creativas* (París: Unesco, 2013), s. p.

¹⁰⁵ Alonso Cano, *Políticas para la creatividad. Guía para el desarrollo de las industrias culturales y creativas* (París: Unesco, 2010), 11.

¹⁰⁶ Cano, *Políticas*, 11.

¹⁰⁷ Iván Duque y Felipe Buitrago, *La economía naranja. Una oportunidad infinita* (Bogotá: Banco Interamericano de Desarrollo, 2013), 15.

¹⁰⁸ John Howkins, *The creative economy* (Londres: Allen Lane, Penguin Press, 2007), 86.

estos sectores representaron el 6,1 % de la economía global¹⁰⁹. De acuerdo con datos posteriores del Banco Mundial, la “economía naranja, para 2011, alcanzó 4,3 billones de dólares. Esta cifra se acerca al 120% de la economía de Alemania, pero también equivale a 2,5 veces los gastos militares del mundo”¹¹⁰.

Puntualmente, para 2012 el estudio “Impacto económico de las industrias creativas en las Américas”, comisionado por la Organización de los Estados Americanos y el Banco Interamericano de Desarrollo, mostró que las exportaciones de esta economía alcanzaron la cifra representativa de 646 mil millones de dólares¹¹¹.

Estas cifras muestran la importancia de establecer una conexión entre el derecho de autor y el derecho del consumo, ya que se advierte cómo el tamaño de la explotación de estos derechos está creciendo de manera exponencial en el mundo entero. Se reitera que esto no quiere decir que las obras se protejan por su mérito o su destino, lo cual es claro en la normatividad y en la teoría del derecho de autor. Con todo, este al igual que cuando se hizo en el Convenio de Berna en 1886, busca soluciones a las necesidades de los autores en el marco de la evolución del derecho de autor, lo que comprende el relacionamiento de este con la economía y necesariamente con el derecho del consumo.

Aspectos generales del derecho del consumo en Colombia y el derecho de autor

Se parte de la premisa establecida por el connotado doctrinante Luis Díez-Picazo que señala que las operaciones de consumo¹¹² están dadas por contratos entre profesionales y consumidores, y que por esto es legítimo hablar de contratos de consumo¹¹³. Para el autor, uno de los principales debates contemporáneos es la relación entre el derecho del consumo y el derecho civil y el derecho privado. Así, Díez-Picazo concluye en el marco del derecho español que:

¹⁰⁹ Howkins, *The creative*, 86.

¹¹⁰ Juan Sebastián Rojas, “¿Qué es la economía naranja?”. *Revista Portafolio*, 4 de mayo de 2015, <http://www.portafolio.co/economia/finanzas/economia-naranja-36832>

¹¹¹ Rojas, “Qué es la economía”, s. p.

¹¹² Sandra Dazza y Salvador Morales, *El concepto de patrimonio y su aplicación en España* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2017).

¹¹³ Luis Díez-Picazo. *Estudios monográficos. El contrato de consumo* (Madrid: Agencia Estatal, Boletín Oficial de Estado, 2006), 11.

La naturaleza contractual de las operaciones de consumo y su necesaria inserción en el campo del derecho privado y en el derecho de contratos. Los contratos de consumo y su caracterización como genuinos contratos. Las relaciones del derecho de consumo y el derecho civil, y la opción entre leyes especiales e integración de las normas sobre contratos de consumo en el Código Civil, en la experiencia europea. La posibilidad y aún la necesidad de generalizar determinadas normas o principios que han nacido o que se encuentran ubicadas en el campo del derecho de consumo, a toda la materia de obligaciones y contratos¹¹⁴.

Esto reafirma la relevancia del vínculo entre el derecho del consumo y el derecho de autor, ya que el derecho de autor colombiano se enmarca en el Código Civil, tal como lo predica su artículo 671: “Las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores. Esta especie de propiedad se regulará por leyes especiales”¹¹⁵.

A pesar de lo anterior, algunos doctrinantes como la destacada profesora Marcela Castro argumentan cómo en el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y de las llamadas industrias creativas, se está ante verdaderos actos de comercio, los que se derivan de la explotación de las obras en el marco de estas industrias¹¹⁶. Con ellos concuerda el autor del presente capítulo.

El concepto de consumidor en Colombia

La legislación en Colombia determina que el consumidor es una persona natural o jurídica que adquiere un producto o servicio y que cumple con las siguientes dos condiciones: (i) ser el destinatario final del producto o servicio y (ii) que el producto o servicio se use en exclusiva para la satisfacción de una necesidad propia, privada o doméstica o inclusive empresarial, siempre y cuando esta necesidad no esté intrínsecamente ligada a su actividad económica.

Analizando la primera condición, se tiene que el consumidor sea efectivamente quien use el producto o servicio y no se esté frente a un caso en que haya una compra para la reventa, porque entonces en esa hipótesis se estaría ante un acto de comercio de acuerdo con lo que dicta el artículo 20 del Estatuto Comercial

.....
¹¹⁴ Díez-Picazo, *Estudios*, 11

¹¹⁵ Artículo 671, Código Civil colombiano.

¹¹⁶ Castro, *Derecho comercial*, 57.

nacional y lo que la doctrina reitera constantemente¹¹⁷. El mismo Código de Comercio en su artículo 23 excluye de los actos de comercio las relaciones de consumo y si se tiene en cuenta que el Código se expidió en los años setenta, entonces es claro¹¹⁸ que desde ese entonces se abogaba por una legislación que regulara este tipo de contratos¹¹⁹.

Ahora bien, la legislación civil que regía la materia en exclusión de la comercial era insuficiente para determinar el alcance de los derechos de los consumidores, que para entonces no eran totalmente claros; solo lo son hasta la expedición de la Ley 1480 de 2011 que reemplazó al desactualizado Decreto 3466 de 1982, que por la época en que fue expedido no tenía obviamente regulación sobre comercio electrónico, pero tampoco regulaba derechos de los consumidores como el de la garantía, cuando el producto o servicio era defectuoso¹²⁰. En este sentido la actual legislación en materia de consumo es mucho más precisa.

En lo que se refiere a la segunda condición, esta hace énfasis en que el producto sea utilizado para la necesidad propia o doméstica del consumidor. Así pues, el producto o servicio adquirido deberá necesariamente ser de índole personal. Sin embargo, cabe preguntarse qué pasaría si lo que se adquiere es un automotor que en principio es para uso personal, pero que la persona que lo adquirió solo lo utiliza para ir al trabajo. Acá se estaría ante la hipótesis de un bien obtenido para fines profesionales y no personales¹²¹.

Igualmente, este acápite de la Ley 1480 de 2011 hace mención de los bienes que tienen un fin empresarial pero que no están ligados intrínsecamente a la actividad económica del consumidor. Este literal alude a los bienes que son adquiridos típicamente por personas jurídicas y que también pueden considerarse consumidores en el contexto del derecho del consumo en Colombia¹²².

Esta especificación tiene su antecedente en un trascendental caso en derecho del consumo en Colombia, que fue resuelto por la Corte Suprema de Justicia

¹¹⁷ Castro, *Manual de derecho*, 54.

¹¹⁸ Castro, *Manual de derecho*, 54.

¹¹⁹ José Ignacio Narváez, *Introducción al derecho mercantil* (Bogotá: Legis, 2016), 104.

¹²⁰ "Abogado Colombia", *Un resumen útil del nuevo Estatuto del Consumidor. Ley 1480 de 2011*, <https://abogado-colombia.wordpress.com/2012/06/05/un-resumen-util-del-nuevo-estatuto-del-consumidor-ley-1480-de-2011/>

¹²¹ Julia Horne, *Cyberspace law. Consumer law in the XXI century* (Londres: Edward Elgar, 2010), 188.

¹²² Giraldo, Caycedo y Madriñán, *Comentarios*, 87.

en sentencia del 25 de mayo del 2005 en un litigio en el que la compañía de transporte aéreo Servicio Aéreo del Vaupés Limitada alegaba ser un consumidor y, por ende, aplicársele la normatividad que para ese entonces regía en materia de consumo. La Corte para decidir dicho caso aplicó las condiciones que debían tener los consumidores para estar en una relación de consumo y que más adelante se verán reflejados en la Ley 1480 de 2011. Estos requisitos señalados por la Corte Suprema consistían en que el consumidor tuviera: (i) la posición de destinatario o consumidor final del bien o servicio; y (ii) la adquisición o utilización de bienes o servicios con una finalidad ubicada por fuera del ámbito profesional o empresarial¹²³.

En este caso la compañía demandante alegaba tener una posición de debilidad contractual respecto a la demandada empresa aérea Kiev Aviant, razón por la cual esta situación la convertía en consumidora. Sin embargo, la Corte fue enfática al decir que:

[...] el hecho de que la relación entre las empresas demandante y demandada se haya presentado en el marco de su actividad profesional o empresarial, determina, en principio, que no haya lugar a presumir o entender que la sociedad actora se encontraba en una posición de debilidad económica, informativa, técnica o de cualquier otro orden; en todo caso, aun si se presentara cualquier asimetría o desequilibrio en una relación entre profesionales —que suele ocurrir—, ello no convertiría *per se* a la parte débil en consumidor, ni habilitaría la aplicación del régimen propio de ellos, toda vez que cualquier situación abusiva que pudiera darse o cualquier responsabilidad en la que pudiera incurrirse, como la derivada de productos defectuosos que aquí se ha invocado, no quedaría desamparada, sino que simplemente estaría sometida a las normas generales, que no a aquellas destinadas a los consumidores¹²⁴.

En este sentido, queda claro que ser la parte débil en una relación contractual no es sinónimo de ser consumidor. Para esto es obvio que los consumidores deben ser aquellos que cumplen con las dos condiciones arriba expuestas y que estos bienes o servicios son adquiridos para el uso propio, sin que tales bienes o servicios vuelvan a salir al mercado o sean utilizados de tal modo que formen

¹²³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, 3 de mayo de 2005. M. P. César Julio Valencia Copete.

¹²⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, 3 de mayo de 2005. M. P. César Julio Valencia Copete.

parte de la realidad económica de un empresario¹²⁵. Así las sociedades¹²⁶ también pueden ser consumidoras.

Ahora que se tiene claro quién es un consumidor se determinarán a continuación algunos principios que también son derechos en el marco del Estatuto del Consumidor de Colombia.

Derecho de información

Este principio declara que el consumidor tiene derecho a recibir todo tipo de información acerca del producto o servicio que está adquiriendo, de tal manera que no sea llevado al error sobre la calidad de los bienes o servicios que obtiene. A este respecto la información debe ser totalmente fidedigna y debe acercarse lo más posible que se pueda a la realidad, de modo que el consumidor tenga un criterio objetivo para que pueda adquirir los bienes o servicios que realmente está pensando que va a obtener¹²⁷.

Tal principio –que también es un derecho de los consumidores– alcanza mayor relevancia cuando se habla de los medios electrónicos, ya que las páginas web y aplicaciones por medio de las cuales se realiza el comercio electrónico deben ser lo más precisas posibles para determinar las características del producto, pues el consumidor en dichos casos no tiene un contacto directo con el mismo, haciéndose más fácil la posibilidad de que se presente una publicidad engañosa, la cual es entendida como aquella que no es acorde con la realidad, se informan características del producto que no son ciertas o que no pueden ser comprobadas¹²⁸.

De hecho, en lo que tiene que ver con el comercio electrónico, el Estatuto del Consumidor declara que los proveedores de servicios de Internet deben “Suministrar en todo momento información cierta, fidedigna, suficiente, clara y actualizada respecto de los productos que ofrezcan. En especial, deberán indicar

¹²⁵ Mosset Iturraspe y Ricardo Lorenzetti, *Defensa del consumidor* (Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 1993), 58.

¹²⁶ Duque, *Aprendizaje colaborativo en el estudio del derecho de sociedades* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2017), 112.

¹²⁷ Fernando Pico-Zúñiga, “El alcance de los principios generales del Estatuto del Consumidor colombiano”. *Vniversitas*, n.º 134 (2017), 291-326, <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj134.apge>

¹²⁸ José Miguel de la Calle, “Publicidad engañosa”, *Ámbito Jurídico*, 12 de mayo del 2012, <https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Educacion-y-Cultura/noti-120515-08-publicidad-enganosa.cshhtml>

sus características y propiedades tales como el tamaño, el peso, la medida, el material del que está fabricado, su naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, la forma de empleo, las propiedades, la calidad, la idoneidad, la cantidad, o cualquier otro factor pertinente, independientemente que se acompañen de imágenes, de tal forma que el consumidor pueda hacerse una representación lo más aproximada a la realidad del producto” (art. 50, Ley 1480 de 2011).

En ese sentido, la Superintendencia de Industria y Comercio ha proferido en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales varios casos trascendentales en diferentes sectores de la economía por la causal de publicidad engañosa, por ejemplo, el Caldo Doña Gallina¹²⁹, las cremas rejuvenecedoras Revertrex¹³⁰, los medicamentos para bajar de peso Redu Fat Fast¹³¹, la Cruz de Gólgota¹³² (de supuestos poderes mágicos) y la página de Internet www.lostiquetemasbaratos.com¹³³.

Estos son solo algunos casos en los que las autoridades han defendido los derechos de los consumidores y que precisamente se dan por información que no es fidedigna. De este principio se observa una primera aproximación a la relación con los derechos de autor, en los cuales muchas veces los usuarios no son informados sobre las verdaderas características de los productos o los espectáculos a los cuales asisten, haciéndolos caer en error, o peor aún en aquellos casos de plagio, haciéndolos caer en el total engaño, como los famosos casos de los años ochenta con las agrupaciones musicales Milli Vanilli y New Kids on the Block.

El tema del derecho a la información en el marco de los derechos de autor cobra tanta relevancia que en la actualidad la reforma a la Ley 23 de 1982, que fue aprobada por el Congreso de la República, trae una disposición que obliga a los titulares de derechos de autor que utilicen medidas tecnológicas de protección en sus obras a informar de ellas a los usuarios. A continuación se transcribe dicha norma:

.....
¹²⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 81944 de 2015.

¹³⁰ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 5985 de 2012.

¹³¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 2708 de 2016.

¹³² Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 43142 de 2012.

¹³³ Superintendencia de Industria y Comercio. Auto 47131 de 2015.

“Obligación de informar. Quien incorpore una medida tecnológica para controlar el acceso o los usos no autorizados de las obras, interpretaciones o ejecuciones, fonogramas o emisiones de los organismos de radiodifusión está obligado a informar sobre su existencia y alcance. El alcance de esta información, así como la responsabilidad de los titulares de derechos estará enmarcada dentro de los parámetros establecidos en la Ley 1480 de 2011 ‘por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones’ así como aquellas normas que la modifiquen o sustituyan”¹³⁴.

Inclusive el Estado debe informar a los consumidores de manera fidedigna a través de la articulación de los sistemas de información con la estrategia de Gobierno en Línea¹³⁵.

Principio y derecho de protección de los consumidores frente a riesgos contra su salud y seguridad

Este un elemento de los contratos de consumo y que proviene de la misma Constitución Política de Colombia, que en su artículo 78 indica que serán responsables aquellos que produzcan o comercialicen bienes que atenten contra la salud y la seguridad de los consumidores. Por su parte, el numeral 1 del artículo 1 de la Ley 1480 de 2011, también conocida como Estatuto del Consumidor¹³⁶, anota que uno de los objetivos de la regulación en materia de protección al consumidor es “la protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y seguridad”.

Este principio lleva a la protección especial que tiene el consumidor al adquirir bienes o servicios que no atenten contra su seguridad o no afecten su salud de manera que incluso puedan ocasionarle la muerte¹³⁷.

La doctrina estima la responsabilidad tanto del productor como del proveedor respecto de este principio, que se considera una “obligación de seguridad

¹³⁴ Artículo 15, Proyecto de Ley 2016 de 2018, aprobado en la Comisión Primera del Senado en abril de 2018, el cual se convirtió en el artículo 15 de la Ley 1915 de 2018.

¹³⁵ Paula Pérez, “Alineación de los sistemas de información con la estrategia de Gobierno en Línea”. *Revista Novum Ius* 11, n.º 1 (2017).

¹³⁶ Diana Mariño, *Protección al consumidor. Una aproximación desde las competencias de la Superintendencia de Industria y Comercio* (Bogotá: SIC, 2017), 78, [http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Publicaciones/Proteccion_al_Consumidor_en_Colombia_julio27_2017\(1\).pdf](http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Publicaciones/Proteccion_al_Consumidor_en_Colombia_julio27_2017(1).pdf)

¹³⁷ Javier Tamayo, *Responsabilidad por productos defectuosos* (Bogotá: Legis, 2016), 76.

de resultado, puesta a cargo del productor y el proveedor directamente por la Constitución y la ley, siendo indiferente la existencia de un vínculo contractual previo para que se estructure este supuesto de responsabilidad, que además puede calificarse como objetivo o sin culpa”¹³⁸.

Así, los productos o servicios nunca pueden en el marco del derecho del consumo tener la capacidad de ocasionar algún daño a los consumidores, porque aun cuando no se haya generado un contrato entre el productor o proveedor con los consumidores, la sola puesta a disposición de los productos que tengan la capacidad de producir ese riesgo, hace que las autoridades, que para el caso colombiano lideran la Delegatura de Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio, deban actuar de oficio en aras de proteger al consumidor.

Algunos ejemplos de estas actuaciones por parte de la autoridad encargada de la vigilancia de los derechos de los consumidores se observan en los casos de prohibición de venta de luces de bengala para niños, las velas de cumpleaños con pólvora, los juguetes con sistemas de pilas susceptibles de ser ingeridas o maniobradas por menores, las camionetas cuyo sistema de frenos en un serial falló, los dulces de yogur en forma cilíndrica y las bolas de hule que se usan en las piscinas, entre otros.

Esto muestra cómo el deber de seguridad de productos y servicios desempeña un papel preponderante en los contratos de consumo. Acá se encuentra de nuevo una relación directa con la propiedad intelectual, ya que precisamente algunos de los bienes intangibles son susceptibles de protección por el derecho de autor¹³⁹.

Este es quizá uno de los elementos más potentes en derecho del consumo, pues la comercialización de bienes o servicios ante todo busca preservar la salud y la seguridad de los consumidores. Es así como, tratándose de derecho de autor y derechos conexos, las obras comercializadas y distribuidas deben como primera medida tener en cuenta que se cumpla con este requisito de los contratos de consumo. Es por ello por lo que en algunas industrias como la de los videojuegos o la

¹³⁸ Brenda Espinosa, “La responsabilidad por producto defectuoso en la Ley 1480 de 2011. Explicación a partir de una obligación de seguridad de origen legal y constitucional”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 28 (2015), 367-99, DOI: 10.18601/01234366.n28.11

¹³⁹ Germán Flórez y Carolina Rojas Orjuela, *El derecho del consumidor en el comercio electrónico* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015), 65.

audiovisual existen unas categorías para el acceso a todo público, por edades y los recomendados para solo adultos por altos contenidos de violencia o pornografía.

Cada país tiene diferentes clasificaciones¹⁴⁰. Esto es un ejemplo de cómo contenidos del derecho de autor podrían poner en peligro la seguridad de los consumidores, y es importante considerar que el derecho del consumo establece una responsabilidad solidaria entre productor y comercializador¹⁴¹, razón por la cual el propio autor podría verse afectado por las infracciones a los derechos de los consumidores en cuanto a su salud o seguridad.

Así lo corroboró la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de abril de 2009, al decir que “recae una obligación de seguridad a favor de los consumidores, esto es, que el conjunto de prestaciones a su cargo no se agota con el deber de poner en circulación cosas con la calidad e idoneidad requeridas, sino que incorpora, también, la garantía de que el consumidor no sufrirá en su persona o sus bienes ningún daño por causa de estas”¹⁴².

Derecho a obtener productos y servicios de calidad e idoneidad

La Ley 1480 de 2011 consciente de las falencias en los productos y servicios que estaban ingresando al país, principalmente de naciones asiáticas como China, determinó que todos los productos que se ofrecieran en el mercado doméstico debían cumplir con unos estándares mínimos de calidad, propios de una economía ascendente como la colombiana¹⁴³.

Dicha ley define calidad como la “Condición en que un producto cumple con las características inherentes y las atribuidas por la información que se suministre sobre él”¹⁴⁴. Esto quiere decir que las características deben ser concordantes con

¹⁴⁰ Diana Forero, Andrés Chavarro y Pedro Adrián Zuluaga, *Sistemas de clasificación de salas de cine* (Bogotá: Ministerio de Cultura, 2009), 68.

¹⁴¹ Espinosa, “La responsabilidad”, 367-99.

¹⁴² Espinosa, “La responsabilidad”, 367-99.

¹⁴³ Daniel Ossa Gómez, *La responsabilidad en el Estatuto del Consumidor. Las garantías de calidad, idoneidad y seguridad de los productos* (Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, 2013), 14, <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwi0hsD36MPXAhUE7CYKHeypDGUQFggkMAA&url=https%3A%2F%2Faprendeenlinea.udea.edu.co%2Frevistas%2Findex.php%2Fred%2Farticle%2Fdownload%2F20040%2F16934&usg=AOvVaw02FyVC7Ps216Wyp3tikuTJ>

¹⁴⁴ Artículo 5, Ley 1480 de 2011.

la información que se le brinda al consumidor. De ahí la relevancia de dicho precepto en el Estatuto.

En lo que atañe al derecho de autor aplicado a estos derechos tiene bastante alcance, porque muchas veces se puede ver cómo obras editoriales tienen comentarios muy positivos de periódicos, que casualmente son de la misma casa editorial del libro, y al final, este libro no resulta ser tan bueno como se pensaba. Valdría la pena revisar este tipo de conductas que afectan al consumidor.

Precisamente, el principio de protección de la obra independientemente de su mérito o calidad, tal como ya se explicó, hace que de nuevo deban aclararse las dos categorías jurídicas ante las que se está en estos casos. Se reitera, una cosa es la protección al derecho de autor y otra la protección a los derechos de los consumidores.

En consecuencia, puede que una obra no tenga la calidad adecuada en el mercado, sin embargo, su protección por parte del derecho de autor permanecerá intacta. No obstante, y tal como se señaló con el elemento de idoneidad, hay una relación muy cercana acá con el fenómeno de la publicidad engañosa y también con la garantía, que consiste en la “Obligación temporal, solidaria a cargo del productor y el proveedor, de responder por el buen estado del producto y la conformidad del mismo con las condiciones de idoneidad, calidad y seguridad legalmente exigibles o las ofrecidas. La garantía legal no tendrá contraprestación adicional al precio del producto”¹⁴⁵. Así, si por ejemplo un servicio de *streaming* de música o películas no funciona para un consumidor, será el distribuidor o el productor en su defecto quien tendrá que responderle por las fallas del servicio y ofrecerle una garantía. Entonces, el consumidor de contenidos digitales tiene una protección por parte del derecho del consumo¹⁴⁶.

Es el elemento en los contratos de consumo. El Estatuto lo define en el artículo 5 como la aptitud del producto para satisfacer la necesidad o necesidades para las cuales ha sido producido o comercializado. Esto es, el derecho que tiene el consumidor de adquirir bienes o servicios que se complementen con sus expectativas respecto del producto. Para la doctrina la idoneidad se refiere a “que un bien sirva para lo que está hecho: un radio debe recibir señal de emisoras y oírse

¹⁴⁵ Artículo 5, Ley 1480 de 2011.

¹⁴⁶ Sergio Cámara, *La nueva protección del consumidor de contenidos digitales* (Logroño: Universidad de la Rioja, 2014), 81, http://www.unirioja.es/dptos/dd/civil/docs/2014_Camara_contenidos_digitales.pdf

adecuadamente, un camión debe soportar cargas para transportar o una lavadora debe dejar la ropa limpia y sin deterioros”¹⁴⁷.

En su relación con el derecho de autor es claro que los consumidores tienen unas expectativas respecto al bien que adquieren, que es una obra protegida por el derecho de autor. Por ejemplo, si un estudiante de física compra un libro especializado en física cuántica, que es protegido como una obra literaria, y el libro no trata el tema en ninguno de sus capítulos, se está ante un caso de un producto que no es idóneo, a pesar de que está protegido por el derecho de autor, pero va en contra de las normas de consumo. Por ende, en este ejemplo, el autor y el editor tienen la protección del derecho de autor, pero infringen las normas de consumo y tendrán que responder por la calidad del producto por falta de idoneidad.

Otra de las conductas relacionadas con la idoneidad es la publicidad engañosa. El Estatuto la define en su artículo 5 como “Aquella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión”. En cuanto al derecho de autor, es posible que el mismo título de la obra o sus canales de publicidad para su comercialización lleven al consumidor a cometer un error o a ser engañado con respecto al contenido de la obra. Piénsese por ejemplo en un filme que se promociona como la verdad sobre secretos ocultos de la iglesia y que, una vez vista la película, corresponda a situaciones que ya hayan sido publicadas por periodistas o en libros.

En este ejemplo como en el anterior, se está ante una obra protegida por el derecho de autor, pero que viola los derechos del consumidor. Valdría la pena preguntarse si no debiera el derecho de autor tener especiales provisiones para este tipo de situaciones, en las que se lograra un equilibrio entre derechos de los autores y derechos de los consumidores¹⁴⁸. Algo similar a lo que sucede en el derecho marcario con la causal de irregistrabilidad marcaría cuando el signo a registrar viola los derechos de autor, contenidos en la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina de Naciones.

Así las cosas y retornando a la relación derecho de autor, se observa cómo los vínculos entre los profesionales que serían los autores y los distintos miembros de

¹⁴⁷ Alejandro Giraldo, “Los conceptos de calidad, idoneidad y seguridad en el Estatuto del Consumidor”. *Revista Contexto* (2014), 57.

¹⁴⁸ Severine Dusollier, *The relations between copyright law and consumers' rights from a European perspective* (Bruselas: Parlamento Europeo, 2010), 1-39.

las cadenas de valor en cada una de las industrias: musical, editorial, del *software*, audiovisual, etc., y los consumidores confluyen en los contratos de consumo emanados de la ley.

En Colombia el derecho del consumo adquirió una gran preponderancia a partir de la Ley 1480 de 2011, que sentó los principios, derechos y deberes del consumidor. El estatuto nacional es el “reflejo de una concepción objetiva de la materia, en el sentido de que las disposiciones orgánicamente introducidas se refieren a un acto económico, el consumo, alrededor del cual se encuentran las relaciones jurídicas entre personas en su rol de consumidores y empresarios, o en la forma de asociaciones”¹⁴⁹.

Estos elementos muestran el fuerte nexo entre el derecho de autor y el derecho del consumo, y cómo a medida que van creciendo las industrias creativas, es necesario lograr una comunicación fluida entre estas dos ramas del derecho tan valiosas para la sociedad.

Conclusiones

El derecho de autor y el derecho del consumo tienen una relación cada vez más cercana en el contexto nacional. Los nuevos desarrollos en lo que tiene que ver con las industrias del entretenimiento y las normas que protegen al consumidor, hacen que estas dos áreas del derecho tengan que comunicarse constantemente, de tal manera que productos o servicios nacidos de las obras de derecho de autor cumplan con los elementos esenciales del contrato de consumo: calidad, idoneidad y seguridad.

De igual forma, los avances tecnológicos y la cada vez mayor influencia de redes sociales en el comercio electrónico hacen que la comercialización de obras protegidas por el derecho de autor sea más común cada día, e industrias como la musical, de los videojuegos o la audiovisual tienen un mayor número de consumidores con el paso del tiempo. Estos consumidores al gozar de las prerrogativas que establece el Estatuto del Consumidor deben contar con las garantías cuando adquieren bienes o servicios que parten del derecho de autor.

Este es un tema que hasta el momento ha sido poco explorado por el derecho, pero que sin duda dará de qué hablar en los próximos años.

.....
¹⁴⁹ Chamie, “Principios”, 1-12.

Bibliografía

- Alvarado, Vivian. *El derecho de autor en los tratados administrados por la OMPI y el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio. (Acuerdos sobre los ADPIC)*. Bogotá: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2002.
- Cámara, Sergio. *La nueva protección del consumidor de contenidos digitales*. Logroño: Universidad de la Rioja, 2014, http://www.unirioja.es/dptos/dd/civil/docs/2014_Camara_contenidos_digitales.pdf
- Cano, Alonso. *Políticas para la creatividad*. París: Unesco, 2010, http://www.lacult.unesco.org/docc/prueba_06_largo.pdf
- Castro, Marcela. *Derecho comercial. Actos de comercio, empresas comerciales y empresarios*. Bogotá: Universidad de los Andes, Temis, 2016.
- Cerda, Alberto. “Evolución histórica del derecho de autor en América Latina”. *Revista Ius et Praxis* 22, n.º 1 (2016): 28.
- Chaime, José Félix. “Principios, derechos y deberes en el derecho colombiano de protección al consumidor”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 24 (2013): 1-12, <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3481/3467>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 3 de mayo de 2005. M. P. César Julio Valencia Copete.
- Dazza, Sandra y Salvador Morales. *El concepto de patrimonio y su aplicación en España*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2017.
- De la Calle, José Miguel. “Publicidad engañosa”. *Ámbito Jurídico*, 29 de febrero de 2012, <https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Educacion-y-Cultura/noti-120515-08-publicidad-enganosa.cshtml>
- Díez-Picazo, Luis. *Estudios monográficos. El contrato de consumo*. Madrid: Agencia Estatal, Boletín Oficial de Estado, 2006, https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2006-10001100028_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Contratos_de_consumo_y_derecho_de_contratos
- Duque, Iván y Felipe Buitrago. *La economía naranja. Una oportunidad infinita*. Bogotá: Banco Interamericano de Desarrollo, 2013, <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/3659/La%20economia%20naranja%3A%20Una%20oportunidad%20infinita.pdf?sequence=4>
- Duque, María Victoria. *Aprendizaje colaborativo en el estudio del derecho de sociedades*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2017.
- Dusollier, Severine. *The relations between copyright law and consumers' rights from a European perspective*. Bruselas: Parlamento Europeo, 2010, <https://christianengstrom.files>

wordpress.com/2010/12/consumers-rights-and-copyright-by-prof-s-dusollier-namur_en_november-2010.pdf

- Espinosa, Brenda. “La responsabilidad por producto defectuoso en la Ley 1480 de 2011. Explicación a partir de una obligación de seguridad de origen legal y constitucional”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 28 (2015): 367-99.
- Flórez, Germán y Carolina Rojas Orjuela. *El derecho del consumidor en el comercio electrónico*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015.
- Flórez, Germán y Olenka Woolcott. *Protección al derecho de autor. Implicaciones del TLC entre Estados Unidos y Colombia*. Bogotá, Buenos Aires: Universidad Católica de Colombia, Astrea, 2015.
- Forero, Diana, Andrés Chavarro y Pedro Adrián Zuluaga. *Sistemas de clasificación de salas de cine*. Bogotá: Ministerio de Cultura de Colombia, 2009.
- Giraldo, Alejandro. “Los conceptos de calidad, idoneidad y seguridad en el Estatuto del Consumidor”. *Revista Contexto* (2014): 57.
- Giraldo, Alejandro, Carlos Germán Caycedo Espinel y Ramón Eduardo Madriñán Rivera. *Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor: Ley 1480 de 2011*. Bogotá: Legis, 2012.
- González, María Constanza. *Las letras al derecho: para conocer y negociar sus derechos como autor*. Bogotá: Cerlalc, s. f.
- Greffe, Xavier. *Gestión de las industrias creativas*. París: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2006.
- Horne, Julia. *Cyberspace law. Consumer law in the XXI century*. Londres: Edward Elgar, 2010.
- Howkins, John. *The creative economy*. Londres: Allen Lane, Penguin Press, 2007, http://200.91.225.128/Intrane1/desarrollo/CONCEPTOSWEB/arch_conceptos/1-2018-2570.pdf
- Iturraspe, Mosset y Ricardo Lorenzetti. *Defensa del consumidor*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 1993.
- Lipszyc, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. París: Unesco, 1993.
- Liu, Joseph P. “Copyright law’s theory of the consumer”. *Boston College Law Review*, n.º 24 (2003): 424.
- Mariño, Diana. *Protección al consumidor: Una aproximación desde las competencias de la Superintendencia de Industria y Comercio*. Bogotá: Superintendencia de Industria y Comercio, 2017, [http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Publicaciones/Proteccion_al_Consumidor_en_Colombia_julio27_2017\(1\).pdf](http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Publicaciones/Proteccion_al_Consumidor_en_Colombia_julio27_2017(1).pdf)
- Monje, Diego. *El contrato de compraventa consensual. Vicisitudes de la fisionomía*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2017.
- Narváez, José Ignacio. *Introducción al derecho mercantil*. Bogotá: Legis, 2016.

- Olarte, Jorge Mario y Miguel Rojas. *Manual de derecho de autor para alcaldías y gobernaciones*. Bogotá: Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2011.
- Ossa, Daniel. *La responsabilidad en el Estatuto del Consumidor. Las garantías de calidad, idoneidad y seguridad de los productos*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, 2013, <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwi0hsD36MPXAhUE7CYKHeypDGUQFggkMAA&url=https%3A%2F%2Faprendeenlinea.udea.edu.co%2Frevistas%2Findex.php%2Fred%2Farticle%2Fdownload%2F20040%2F16934&usg=AOvVaw02FyVC7Ps216WyP3tikuTJ>
- Parela, Naima. *Arbitrabilidad objetiva de los derechos de autor y los derechos conexos*. Kluwer Arbitration, 2014.
- Pérez, Paula. “Alineación de los sistemas de información con la estrategia de Gobierno en Línea”. *Revista Novum Ius* 11, n.º 1 (2017).
- Pico-Zúñiga, Fernando Andrés. “El alcance de los principios generales del Estatuto del Consumidor colombiano”. *Vniversitas*, n.º 134 (2017): 291-326, <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj134.apge>
- Rojas, Juan Sebastián. ¿Qué es la economía naranja? *Revista Portafolio*, 4 de mayo de 2015, <http://www.portafolio.co/economia/finanzas/economia-naranja-36832>
- Schmitz, Christian. “Evolución de la regulación internacional de la propiedad intelectual”. *La propiedad inmaterial*, n.º 17 (2013): 63-92.
- Sterling, Adam. *World copyright law*. Londres, 2009.
- Suthersanen, Uma. *Copyright law in cyberspace*. Londres: Edward Elgar, 2010.
- Tamayo, Javier. *Responsabilidad por productos defectuosos*. Bogotá: Legis, 2016.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación prejudicial 165-2004, 6 de abril de 2005.
- Varela, Andrés. *Concepto 1-2018-2570*. Bogotá: Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2018.
- Woolcott, Olenka y Germán Flórez. *El derecho de autor y los TLC*. Bogotá, Buenos Aires: Universidad Católica de Colombia, Astrea, 2015.