

22 de abril de 2024
DM-COR-CAE-0248-2024

Señora
Nancy Vílchez Obando
Jefe de Área
Sala de Comisiones Legislativas V
Comisión Asuntos Económicos
Asamblea Legislativa

Estimada señora:

Me refiero a su oficio AL-CEPOECO-2451-2024 del 19 de marzo de 2024, mediante el cual traslada a este Ministerio el Proyecto de Ley 23702 “*Alivio de Costos para los Establecimientos Comerciales*”, que propone modificaciones a los artículos 50, 72 y 83 de la Ley sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos, Ley 6683 del 4 de noviembre de 1982.

En razón de las competencias otorgadas a este Ministerio de conformidad con la Ley 7638, Ley de Creación del Ministerio de Comercio Exterior y de la Promotora del Comercio Exterior de Costa Rica, se aborda el tema a partir de los compromisos comerciales internacionales en materia de derechos de propiedad intelectual.

I Consideraciones Generales

Costa Rica ha adquirido compromisos relativos a la protección de derechos de propiedad intelectual en el marco de sus compromisos ante la Organización Mundial del Comercio (OMC) y en trece acuerdos comerciales internacionales vigentes. Además, es suscriptora de instrumentos en dicha materia en el marco de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

La normativa nacional en materia de protección de los derechos de propiedad intelectual es consistente con los compromisos citados.

A- Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)

El Acuerdo sobre los ADPIC es parte de los instrumentos resultantes de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales, aprobados mediante Ley 7475 del 20 de diciembre de 1994. El párrafo primero del artículo 9 de ese instrumento, contempla la obligación de observar del artículo 1 al 21 del Convenio

Despacho Ministerial

Central Telefónica: 2505-4000 – Teléfonos: 2505-4062 / 2505-4064 - Fax: 2505-4080
Apartado Postal 297-1007 - Sitio web: www.comex.go.cr - Consultas: pep@comex.go.cr
Dirección: Plaza Tempo, sobre Autopista Próspero Fernández, costado oeste del Hospital Cima,
Escazú, San José, Costa Rica

de Berna para la Protección de las Obras Artísticas y Literarias¹ y su Apéndice. Así, estos dos instrumentos constituyen un marco multilateral consistente en materia de protección de los derechos de autor y conexos, a partir del cual se ha adecuado la normativa en los países miembros de la OMC.

Ambos instrumentos contemplan la posibilidad de que se incorporen limitaciones al pleno goce de los derechos de los titulares, siempre y cuando:

- se limiten a casos especiales;
- no atenten contra la explotación normal de la obra;
- no se cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos.

Estas condiciones acumulativas, que se conocen como la regla de los tres pasos, se encuentran reguladas en el artículo 9.2 del Convenio de Berna y el artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC.

El Grupo Especial de la OMC que conoció la diferencia relativa a ciertas disposiciones sobre la Ley sobre Derechos de Autor de Estados Unidos (en adelante el Grupo Especial), señaló la posibilidad de permitir pequeñas excepciones al uso de los derechos, siempre y cuando se configuraran las tres condiciones antes señaladas que, como ya se indicó, son de aplicación acumulativa². Se estimó que al considerar cada una de las tres condiciones, deben tenerse en cuenta los efectos actuales y potenciales sobre los titulares del derecho, pues de lo contrario se vulneraría profundamente el ámbito de protección de los derechos de propiedad intelectual.

En el caso analizado, se determinó que la excepción para uso diferente al doméstico no cumplía con los requisitos del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC y en consecuencia era incompatible con el punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y con el punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11 de la Convención de Berna.

Respecto a cada uno de los tres pasos, el Grupo Especial concluyó:

1- Aplicación a casos especiales: Las limitaciones deben estar claramente definidas y ser de aplicación y alcance estrictos.

2- No atentar contra la normal explotación de la obra: Deben examinarse, además de las formas de explotación que generan ingresos importantes o

¹ Con excepción del artículo 6 bis. Este instrumento fue igualmente aprobado por Costa Rica mediante Ley 6083 del 29 de agosto de 1977.

² Sobre el particular, véase el documento WT/DS160/R.

Despacho Ministerial

apreciables, las formas de explotación que podrían adquirir importancia económica o práctica.

3- No causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos: Se refiere a la posibilidad de generar un detrimento económico o de otro tipo real o potencial.

B- Regulaciones en acuerdos comerciales

En forma amplia, los diferentes instrumentos comerciales que incorporan compromisos sobre derechos de propiedad intelectual reafirman los derechos y obligaciones contemplados en el Acuerdo sobre los ADPIC y los instrumentos de la OMPI. Además, incorporan disposiciones específicas en relación con la protección de derechos de autor y conexos.

En punto al tema de interés, el Tratado de Libre Comercio República Dominicana-Centroamérica-Estados Unidos (CAFTA-DR)³, dispone en los numerales 1 y 2 del artículo 15.5 la obligación de:

- asegurar que los autores, artistas, intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas, **tengan el derecho de autorizar o prohibir toda reproducción de sus obras, interpretaciones o ejecuciones, o fonogramas, en cualquier manera o forma, permanente o temporal**, incluyendo el almacenamiento temporal en forma electrónica.
- otorgar a los autores, artistas, intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas, **el derecho de autorizar la puesta a disposición del público del original o copias de sus obras, interpretaciones o ejecuciones y de sus fonogramas** mediante la venta u otro medio de transferencia de propiedad.

Estas mismas obligaciones se reflejan, por ejemplo, en los artículos 15.26 y 15.27 del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y la República de Corea⁴.

Por otra parte, el numeral 3 del indicado artículo 15.5 del CAFTA-DR dispone que, con el fin de garantizar que no se establezca ninguna jerarquía entre los derechos de autor y los derechos conexos, cuando se trate de obras contenidas en fonogramas, se requerirá tanto la autorización del titular de los derechos de autor, como la de los ejecutores o productores.

³ Aprobado por Ley 8622.

⁴ Aprobado por Ley 9671.

Despacho Ministerial

Adicionalmente, el artículo 15.5.10 literal a) del instrumento que se viene de citar, dispone que cada Parte delimitará las limitaciones o excepciones a los derechos exclusivos a **casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra, interpretación o ejecución, o fonograma, ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular del derecho**. Esta disposición reitera el sistema de tres pasos desarrollado en el Acuerdo sobre los ADPIC y que fue ampliamente expuesto en el apartado anterior⁵.

Por su parte, el artículo 15.6 de dicho instrumento dispone, en relación con la protección de los derechos de autor que, sin perjuicio de lo dispuesto en el Convenio de Berna⁶, los autores tienen el derecho exclusivo de **autorizar o prohibir la comunicación al público de sus obras, directa o indirectamente, ya sea por medios alámbricos o inalámbricos, incluyendo la puesta a disposición del público de sus obras**.

En relación con los derechos conexos, el artículo 15.7 del CAFTA-DR establece el compromiso de conferir a los artistas, intérpretes o ejecutantes el derecho de **autorizar o prohibir la radiodifusión y comunicación al público de:**

- **sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas**, excepto cuando la interpretación o ejecución constituya una ejecución radiodifundida; y la fijación por parte de terceros no autorizados de sus ejecuciones no fijadas, y;
- **de sus ejecuciones o fonogramas**, ya sea por medios alámbricos o inalámbricos.

Adicionalmente, se reitera que las limitaciones se aplican siempre que no perjudiquen el derecho del artista, intérprete o ejecutante o productor de fonogramas de obtener una remuneración equitativa.

Por otra parte, el Acuerdo por el cual se establece una Asociación entre Centroamérica, por un lado, y la Unión Europea y sus Estados miembros por otro (AACUE)⁷, reafirma los derechos y obligaciones contemplados en el Acuerdo sobre los ADPIC y en instrumentos de la OMPI de los cuales las Partes son parte. Adicionalmente, las Partes reconocen la importancia de la actuación de las sociedades de gestión y del establecimiento de acuerdos entre ellas.⁸

II- Consideraciones específicas sobre la propuesta

⁵ El artículo 15.34 del TLC Centroamérica Corea, también contempla esta disposición.

⁶ Específicamente, los artículos 11(1)(a.i), 11bis(1)(i) y (II), 11ter(1)(ir), 14(1)(ii), y 14bis(1).

⁷ Aprobado por Ley 9154.

⁸ Sobre el particular, artículo 236.

Despacho Ministerial

A- Reforma al artículo 50

El artículo 50 de la Ley 6683, dispone actualmente:

“Artículo 50°.- La autoridad no permitirá la realización de audiciones o espectáculos públicos, sin que el usuario exhiba el programa en el que se indiquen las obras que serán ejecutadas y el nombre de sus autores. Igualmente, deberá exhibir el recibo que demuestre haber cancelado la remuneración de los titulares de derechos de autor, cuando corresponda. Si la ejecución se hiciera con fonogramas, el programa también contendrá los nombres de los intérpretes.

Cuando corresponda, el usuario exhibirá, además, el recibo por concepto de derechos conexos.”

La referencia que hace este artículo a “*cuando corresponda*”, tanto en relación con el derecho de autor, así como en relación con los derechos conexos, pretende dejar claro que no en todos los casos procede el pago. Al respecto, es válido citar lo indicado por la Procuraduría General de la República en la Opinión Jurídica 084-2008 del 16 de setiembre de 2008:

*“De lo anterior se desprende que según la regulación actual, para la realización de audiciones o espectáculos públicos debe presentarse **“cuando corresponda”** y **no en todos los casos**, el recibo que demuestre haber cancelado la remuneración a los titulares de los derechos de autor, pero la norma no califica en ningún momento quienes son esos titulares o en qué supuestos debe cancelarse el monto correspondiente. La obligación ahí contenida es genérica y deriva del propio artículo 47 de la Constitución Política, así como de las disposiciones internacionales y legales que obligan a garantizar el reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de la propiedad intelectual. (...)*” (El destacado no es del original).

La propuesta de reforma elimina el último párrafo y adiciona una referencia al artículo 83 de la Ley sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos, para indicar:

*Artículo 50- La autoridad no permitirá la realización de audiciones o espectáculos públicos, sin que el usuario exhiba el programa en el que se indiquen las obras que serán ejecutadas y el nombre de sus autores. Igualmente, **cuando corresponda a lo señalado en el artículo 83 de la presente ley**, deberá exhibir el recibo que demuestre haber cancelado la remuneración de los titulares de derechos de autor y de derechos conexos **según sea el caso**. Si la ejecución se hiciera con fonogramas, el programa también contendrá los nombres de los intérpretes.”* (El destacado no es del original).

Despacho Ministerial

La referencia al artículo 83 en la norma propuesta, restringe el cumplimiento de obligaciones asumidas por Costa Rica, ya que eliminaría el pago por concepto de derechos de autor cuando se trate de fonogramas. Consecuentemente, la norma propuesta podría ir en detrimento de los derechos consagrados en compromisos comerciales internacionales, que indican que no existe jerarquía entre el derecho de autor y los derechos conexos, de manera que cuando en una misma obra converjan ambos, se requiere la autorización de los diferentes titulares y el pago correspondiente.

B- Reforma al artículo 72

El artículo 72 actualmente dispone:

“Es libre la ejecución de fonogramas y la recepción de transmisiones de radio o televisión, en los establecimientos comerciales que venden aparatos receptores electrodomésticos o fonogramas, para demostración a su clientela.”

La propuesta normativa viene a adicionar el indicado artículo para indicar:

“Artículo 72- Es libre la ejecución de fonogramas y la recepción de transmisiones de radio o televisión en los establecimientos comerciales **y actividades que utilicen estos elementos como ambientación del negocio y cuyo modelo de negocio no se base en la generación de ganancias a partir de la utilización de obras musicales.”**

Tales como: cafeterías, sodas, restaurantes (sin salón de baile ni karaoke), hotel, motel, farmacias, ferreterías, boutiques, salones de belleza, zapaterías, tiendas, galerías, joyerías, pulperías, minisúper, licoreras, supermercados, bancos, barberías, spa, estéticas, gimnasios, boliches, billares, consultorios profesionales, clínicas privadas, hospitales privados, balnearios, embarcaciones marítimas; autobús turístico y similares; perifoneo; aeropuerto, estadios, asociaciones, ferias, turnos y festejos, carnavales, topes, cabalgatas y fiestas ecuestres, exposición de ganado, plazas de toro.”

Tal y como se indicó con anterioridad, si bien es posible establecer excepciones a los derechos de autor y conexos, dichas excepciones deben cumplir con la llamada regla de los tres pasos, que se encuentra consagrada en diversos acuerdos internacionales.

Despacho Ministerial

Así, a efecto de considerar la excepción propuesta, es menester valorar si cumple con la regla de los tres pasos. Para ello, lo resuelto por el Grupo Especial en la ya mencionada diferencia DS160⁹ ofrece claridad.

1- Aplicación a casos especiales: La propuesta sugiere que es libre la ejecución de fonogramas y la recepción de transmisiones de radio o televisión en los establecimientos comerciales y actividades que utilicen estos elementos *como ambientación del negocio y cuyo modelo de negocio no se base en la generación de ganancias a partir de la utilización de obras musicales.*

La indicada disposición es sumamente amplia, y no define en forma clara las actividades de ambientación, pues al hacer una lista la genera en forma ejemplificativa.

En este sentido, el Grupo Especial destacó que la primera condición del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC, consiste en que las excepciones prescritas en la legislación nacional deben estar claramente definidas y ser de aplicación y alcance estrictos. En el caso bajo estudio, la amplitud de establecimientos que estarían exentos del pago fue un elemento determinante para considerar la incompatibilidad de la exención con el paso uno, señalando al respecto:

*“6.133 Las informaciones de hechos que se nos han presentado indican que una mayoría considerable de los establecimientos de servicios de comidas y bebidas y aproximadamente la mitad de los establecimientos de comercio minorista están comprendidos por la exención contenida en la parte B) del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos. **Por consiguiente, concluimos que la exención no es un "determinado caso especial" en el sentido de la primera condición del artículo 13.**”* (El destacado no es del original.)

2- No atentar contra la normal explotación de la obra: En el caso del proyecto de ley, se están excluyendo diversas categorías de establecimientos que actualmente están sujetos a la obligación de pago, por considerar que se utiliza la música a manera de ambientación.

En torno a este tema, el Grupo Especial indicó:

*“6.206 Recordamos que una mayoría considerable de establecimientos de servicios de comidas y bebidas y casi la mitad de los establecimientos de comercio minorista pueden beneficiarse de la exención empresarial. **Esto constituye una importante fuente potencial de regalías para el ejercicio de los derechos exclusivos (...)**”*

⁹ Diferencia relativa a algunas disposiciones de la Ley de Derechos de Autor de Estados Unidos.

Despacho Ministerial

6.211 *Habida cuenta de estas consideraciones, llegamos a la conclusión de que la exención empresarial prevista en la parte B) atenta contra una explotación normal de la obra en el sentido de la segunda condición del artículo 13.*” (El destacado no es del original.)

3- **No causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos:** Como se indicó en secciones precedentes, el término intereses puede abarcar tanto ventajas económicas como otras que subyacen al titular. Sobre el particular, estimó el Grupo Especial:

*“6.227 A nuestro juicio una manera de considerar los intereses legítimos -aunque incompleta y, por consiguiente, limitada- es el valor económico de los derechos exclusivos conferidos por el derecho de autor a sus titulares. Es posible calcular en términos económicos el valor de ejercer esos derechos, por ejemplo mediante el otorgamiento de licencias. **Esto no quiere decir que los intereses legítimos se limiten necesariamente a este valor económico.** (...)*

6.249 *Por consiguiente al examinar el perjuicio a los intereses legítimos de los titulares de derechos causado por la exención empresarial, **debemos tener en cuenta no sólo la pérdida de ingresos reales en relación con los restaurantes a las que habían otorgado licencias las organizaciones de administración colectiva en el momento en que la exención entró en vigor, sino también la pérdida de ingresos potenciales en relación con otros restaurantes de dimensiones semejantes que probablemente difundirían música y que en ese momento no disponían de licencias.***” (El destacado no es del original).

Si se considera lo resuelto en la OMC por el Grupo Especial, la propuesta de artículo contiene una excepción que pareciera no cumplir con la regla de tres pasos contemplados en diferentes instrumentos internacionales.

C.- Reforma al artículo 83

El artículo 83 de la Ley 6683, que desarrolla disposiciones en materia de derechos conexos, dispone actualmente:

“Cuando un fonograma, publicado con fines comerciales, o una reproducción de ese fonograma, se utilice directamente para la radiodifusión o para cualquier forma de comunicación no interactiva, en locales frecuentados por el público, el usuario obtendrá autorización previa del productor y le pagará a este una remuneración única y equitativa.

Despacho Ministerial

El productor, o su representante, recaudará la suma debida por los usuarios referidos en el párrafo anterior, y la repartirá con los artistas, en las proporciones contractualmente convenidas con ellos.”

La reforma propuesta modifica la referencia a “locales frecuentados por el público” para referirse a “**locales cuyo modelo de negocio se base en generar ganancias gracias a la reproducción de fonogramas**”. Adicionalmente, elimina el último párrafo que refiere a la función de recaudar las sumas correspondientes y repartirlas con los artistas, en las proporciones contractualmente convenidas con ellos, función que realizan las llamadas sociedades de gestión colectiva.

Esta norma no puede ser considerada en forma independiente, sino de manera conjunta con el artículo 82 literal f) de la ley de interés, que dispone:

“Sin perjuicio de los derechos conferidos a los titulares de derechos de autor, los productores de fonogramas tienen el derecho exclusivo de autorizar o prohibir: (...)

f) La ejecución pública por cualquier medio o forma de utilización.”

Este derecho se concreta con la norma del artículo 83 que prevé la autorización del titular de derecho para locales frecuentados por el público.

El tema del pago por derechos de autor y conexos ha sido abordado tanto por la Sala Constitucional como por la Procuraduría General de la República, coincidiendo en que se trata de una retribución económica derivada de los derechos patrimoniales que subyacen a los titulares. Igualmente, se ha estimado legítimo que estos pagos se realicen a través de sociedades de gestión colectiva.

En este sentido, resulta de interés el dictamen C-034-2013 del 7 de marzo de 2013 de la Procuraduría General de la República:

“De ahí que no resulte un factor determinante para establecer la procedencia de este tipo de cobros, el que la entidad pública no persiga un fin de lucro en su actividad, pues aún el aprovechamiento que se haga por motivos de Interés Público de un bien que entra dentro del ámbito de propiedad de un particular, en este caso, los derechos patrimoniales sobre la obra intelectual, exige la correspondiente retribución económica.”

La Sala Constitucional por su parte, ha manifestado que las sociedades de gestión colectiva tienen naturaleza de asociaciones y es válido que tengan como uno de sus fines la defensa de los derechos de propiedad intelectual de sus asociados,

Despacho Ministerial

coadyuvando a su protección como recaudadoras de los derechos¹⁰. Igualmente, ha aclarado que el cobro por comunicación pública de las obras es consecuencia del ejercicio de los derechos patrimoniales que tienen los titulares, siendo ese cobro consistente con los artículos 47, 121 inciso 18 de la Constitución Política, sin que se trate de materia impositiva¹¹.

Siempre sobre esta línea, el voto 8626-2011 señaló que el artículo 47 constitucional, lleva aparejada la protección respecto de la creación, lo que a su vez conlleva la posibilidad del autor de determinar la retribución que deben pagar los usuarios por el uso de la obra¹². Indica además, que esto abarca a la entidad de gestión colectiva que puede actuar como recaudadora de los derechos patrimoniales de sus afiliados; en la dimensión de representación y defensa de un núcleo de intereses comunes de una colectividad.

Se trata entonces de una forma legítima de ejercer el derecho patrimonial que subyace a los titulares. Si bien es posible establecer excepciones, como ya hemos reiterado, estas deben cumplir con la regla de los tres pasos. El referir a *“locales cuyo modelo de negocio se base en generar ganancias gracias a la reproducción de fonogramas”*, deja por fuera en forma imprecisa un amplio número de actividades.

III Conclusiones

Conforme lo que se viene de indicar, el Proyecto de Ley 23702 “Alivio de Costos para los Establecimientos Comerciales”, podría generar inconsistencias con instrumentos de la OMPI y, al menos, las siguientes normas contenidas en diversos instrumentos comerciales internacionales:

- Artículos 9.1 y 13 del Acuerdo sobre los ADPIC.
- Artículos 15.1, 15.5, 15.6, 15.7 del CAFTA-DR.
- Artículos 233, 234, 235 y 236 del AACUE.
- Artículo 9.5 del Tratado de Libre Comercio entre la República de Costa Rica y la República del Perú.¹³
- Artículos 16.3, 16.7 y 16.8 del Tratado de Libre Comercio Centroamérica-México¹⁴.

¹⁰ Voto 4883-2006 de las 15:29 horas del 5 de abril de 2006.

¹¹ Ver sobre este tema los votos 8095-2006 de las 10:12 horas del 8 de junio de 2006, 6275-2006 de las 15:46 horas del 10 de mayo de 2006, 7309-2007 de las 11:21 horas del 25 de mayo de 2007.

¹² Sobre este tema, considerar también el Voto 172-95 del 10 de enero de 1995.

¹³ Aprobado por Ley 9133.

¹⁴ Aprobado por Ley 9162.

Despacho Ministerial

- Artículo 2 del Tratado de Libre Comercio entre los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio y los Estados Centroamericanos¹⁵.
- Artículo 9.6 del Tratado de Libre Comercio entre la República de Costa Rica y la República de Colombia¹⁶.
- Artículos 15.2, 15.25, 15.26 y 15.27 y 15.34 del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y la República de Corea.
- Artículos 233, 234, 235 y 236 del Acuerdo de Asociación entre Centroamérica y el Reino Unido¹⁷.

En virtud de las posibles inconsistencias identificadas con instrumentos comerciales internacionales, este Ministerio sugiere no continuar con la promoción del presente proyecto de ley.

Nos encontramos en la mejor disposición para aclarar cualquier consulta que pueda surgir, para lo que pongo a disposición al equipo técnico del Ministerio.

Atentamente,

INDIANA
TREJOS
GALLO
(FIRMA)

Firmado
digitalmente por
INDIANA TREJOS
GALLO (FIRMA)
Fecha: 2024.04.22
14:12:07 -06'00'

Indiana Trejos Gallo
Ministra a.i
DESPACHO DEL MINISTRO

[DM-00306-24-S](#)

¹⁵ Aprobado por Ley 9232.

¹⁶ Aprobado por Ley 9238.

¹⁷ Aprobado por Ley 9775.

Despacho Ministerial

Central Telefónica: 2505-4000 – Teléfonos: 2505-4062 / 2505-4064 - Fax: 2505-4080
Apartado Postal 297-1007 - Sitio web: www.comex.go.cr - Consultas: pep@comex.go.cr
Dirección: Plaza Tempo, sobre Autopista Próspero Fernández, costado oeste del Hospital Cima,
Escazú, San José, Costa Rica