



Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales, Bogotá D.C.
Sentencia del 10 de agosto de 2022

Rad: 1-2017-79460
Ref.: Proceso Verbal
Demandante: Ferney Botía y otro
Demandado: Omar Gómez y otros

Por medio de la presente providencia procede el Despacho a dictar sentencia en el proceso de la referencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 373 del Código General del Proceso (en adelante CGP).

ANTECEDENTES

1. El 14 de septiembre de 2017 los señores Ferney Botía Amaya y Luz Marina Chona, por intermedio de apoderado, interpusieron demanda en contra de Omar Gómez Carreño y la Fundación Sin Fronteras.
2. Mediante el Auto 02 del 3 de noviembre de 2017 este Despacho decidió admitir la demanda referida y ordenó notificar a los demandados. Decisión que se notificó por estado N° 105 del 7 de noviembre del mismo año.
3. En cumplimiento de esta última providencia, se notificó por aviso al señor Omar Gómez Carreño el 21 de diciembre de 2017 y mediante el Auto 05 del 28 de mayo de 2018 se ordenó emplazar a la Fundación Sin Fronteras y mediante el Auto 06 del 7 de septiembre de 2018 se ordenó nombrarle curador ad-litem.
4. El 1 de octubre de 2018 la curadora ad-litem contestó la demanda, la cual fue fijada en lista N°037 del 17 de octubre del mismo año, sin que los demandantes hubieran descrito el traslado.
5. El 8 de marzo de 2019 se realizó la audiencia de instrucción y juzgamiento, se tomó el interrogatorio del señor Omar Gómez Carreño, se abrió a la fase de conciliación, se fijó el litigio nuevamente y se profirió la sentencia. Contra esta decisión el demandante interpuso el recurso de apelación, el cual se concedió en el efecto suspensivo en tanto se negaron todas las pretensiones.
6. En la decisión del 9 de abril de 2021 el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil resolvió dejar sin valor y efecto la sentencia de primera instancia y la actuación surtida en segunda instancia, salvo la interpretación prejudicial, su solicitud y trámite. Así mismo, ordenó adoptar las medidas necesarias para vincular al proceso a la sociedad Continente Editores SA y una vez se logró su comparecencia, se continuó con el trámite de instancia.
7. Mediante el Auto 10 del 18 de agosto de 2021, este Despacho decidió obedecer a lo resuelto por el superior y resolvió integrar a la litis a la sociedad Continente Editores S.A., como litisconsorte, ordenar su notificación y suspender el proceso.
8. Mediante escrito radicado el 23 de septiembre de 2021, la apoderada de la parte actora acreditó la gestión de notificación al litisconsorte y se tuvo por notificado personalmente el 17 de septiembre de 2021, sin embargo, no contestó la demanda.

9. La audiencia de instrucción y juzgamiento se realizó los días 14 de julio y 4 de agosto de 2022 de manera virtual. En consideración a lo dispuesto en el inciso tercero, numeral 5 del artículo 373 del CGP, se anunció el sentido del fallo, señalándose que el uso de tecnologías de la información y de las comunicaciones eventualmente pueden presentar fallas que no son de control del Despacho y con el fin de facilitar la comprensión de la sentencia, se informó que esta se emitiría escrita pues las posibles fallas en la conexión a internet pueden obstaculizar el derecho de contradicción y defensa de las partes.

CONSIDERACIONES

La demanda presentada por los señores Ferney Botía y Luz Marina Chona pretende que se condene a los demandados al pago de perjuicios morales y al pago de un porcentaje sobre el valor recaudado por la *ejecución y divulgación* de la obra de su coautoría “*A Technical English Handbook*”. En cuanto al extremo pasivo, es de mencionar que no contestaron la demanda.

1. Del objeto de protección y la titularidad

Se encuentra acreditado en la presente causa que Ferney Botia Amaya y Luz Marina Chona Vera son autores de una obra literaria cuyo nombre es “*A Technical English Handbook*”, lo cual se puede constatar con el certificado de registro expedido por la Dirección Nacional de Derecho de Autor que obra en el expediente.¹ En este se indica que en el libro 10 tomo 241 partida 428 se encuentra inscrita la obra en comento en su calidad de inédita y tiene como autores a los hoy demandantes.

Esta obra, se enmarca en el literal a del artículo 4 de la Decisión Andina 351 de 1993 que establece que dentro de las creaciones protegidas por la normativa autoral se encuentran “*las obras expresadas por escrito, es decir, los libros, folletos y cualquier otro tipo de obra expresada mediante letras, signos o marcas convencionales*”. El libro de autoría de los demandantes tuvo un proceso editorial, tal como se aprecia del ejemplar aportado con la demanda,² por el consorcio Arauca Bilingüe 2013 y por Continente Editores S.A. El consorcio referido estuvo integrado por el señor Omar Gómez Carreño y la Fundación Sin Fronteras, como se observa en la carta de conformación que reposa en el expediente.³

Efectivamente el consorcio realizó “*(...)la fijación de la obra en un medio que permitía la obtención de copias de toda o parte de ella.*”, lo cual encaja en el concepto de reproducción del artículo 14 de la Decisión Andina 351 de 1993. También realizaron la distribución de los ejemplares reproducidos, toda vez que fueron entregadas tres mil copias a la Gobernación de Arauca, enmarcándose en el supuesto de hecho que consagra el literal c del artículo 3 de la ley 1915 que modifica el artículo 12 de la ley 23 de 1982.

Hay que mencionar que dichos usos se dieron en el marco de un negocio jurídico compuesto que tiene diferentes momentos; el primero correspondiente a la convocatoria y selección de los autores realizada en el marco del contrato denominado de Compraventa N° 435 de 2013, que se acreditó mediante el documento que contiene la evaluación que realizó el coordinador del proyecto y el profesional de apoyo.⁴ El segundo, el proceso de contratación de la persona jurídica que se encargaría de realizar la labor editorial de alistamiento del libro para posterior impresión y distribución, como se deduce de los documentos relativos a dicha actividad, observables en las páginas 46 a 51 del archivo “01_Cuaderno_1_escaneado” del expediente digital y, finalmente, el acuerdo entre

¹ Página 38 del archivo “01_Cuaderno_1_escaneado” del expediente digital.

² Página 54 del archivo “01_Cuaderno_1_escaneado” del expediente digital y Folio 53 del expediente físico.

³ Páginas 52 y 53 del archivo “01_Cuaderno_1_escaneado” del expediente digital.

⁴ Páginas 33 y 34 del archivo “01_Cuaderno_1_escaneado” del expediente digital.

el consorcio y los autores para que los mismos recibieran un valor unitario por cada libro reproducido, que se acredita del numeral séptimo del documento denominado cesión de derechos, firmado por los demandantes y que fue entregado a la Gobernación de Arauca como puede deducirse de los sellos visibles en las páginas 35 y 36 del mismo archivo.

De esta situación surgen dos grandes inquietudes, la primera es el alcance sobre la titularidad de los derechos patrimoniales, máxime si se tiene en cuenta que es el consorcio quien aparece indicado en el ejemplar como titular de los derechos junto con los autores, y la segunda es si la autorización que permitía dichos actos a los demandados se ve afectada por no cumplir con la obligación de pago que habían contraído con los autores de manera verbal, de acuerdo a lo manifestado en la demanda y en el documento denominado “Cesión de derechos patrimoniales” a folios 35 y 36. Siendo también relevante saber si la consecuencia de dicho incumplimiento se traduce en alguna infracción de los derechos de los autores de la obra y si esto materializa los daños de índole patrimonial y extrapatrimonial que solicitan los demandantes.

Iniciemos el estudio de la titularidad mencionando que debido a que la creación intelectual implica actividades como pensar, sentir, estudiar, reflexionar entre otras, nuestro ordenamiento le reconoce el carácter de autor solo a la persona física, descartando que las personas morales o jurídicas ejerzan tal calidad, por lo tanto, las prerrogativas de índole patrimonial y moral inicialmente se encuentran en su cabeza, siendo conocido este fenómeno como titularidad originaria. Ahora, debido que las prerrogativas de índole patrimonial son de naturaleza transferible, es posible que, por causa de muerte, en virtud de un contrato o por disposición legal, la calidad de autor y de titular se escinda, pudiendo radicarse esta en una persona diferente del creador, constituyéndose en una titularidad derivada.

Para identificar quien tiene la calidad de titular originario, el artículo 8 de la Decisión Andina 351 y el artículo 10 de la Ley 23 de 1982 establecen una presunción de autoría. El primero de los artículos citados establece que “se presume autor, salvo prueba en contrario, la persona cuyo nombre, seudónimo u otro signo que la identifique, aparezca indicado en la obra”.

De otra parte, antes de la entrada en vigor de la Ley 1915 de 2018, que modifica la Ley 23 de 1982, el titular derivado de derechos tenía que probar su calidad acreditando mediante qué forma de transferencia adquirió los derechos. Ahora, el artículo primero de la reforma introduce una presunción iuris tantum, que permite en los procesos por infracción acreditar la calidad de titular en cabeza de la persona que hubiese divulgado la obra, sin distinguir entre persona natural y jurídica, siempre que su nombre, seudónimo o equivalente estuviese atado al acto de divulgación, tomando los elementos de la llamada presunción pretoriana introducida por del tribunal supremo francés el 23 de marzo de 1993 en el expediente 91-16.543.

Esta aparente contradicción entre los posibles beneficiarios de las presunciones encuentra solución en la imposibilidad del titular derivado de oponer la misma cuando la discusión radica efectivamente con el titular originario de los derechos en disputa o cuando este reclama como suya la obra en un juicio por fraude. Esta postura si bien no ha sido desarrollada aun por nuestra jurisprudencia y doctrina, ha sido ampliamente aplicada por el Tribunal Supremo Frances, en casos como “*Paris, Polo 5, sala segunda, 15 de febrero de 2013, SAS Zadig et Voltaire / SARL Sartore e Cie;*” en “*Paris, Polo 5, Sala segunda 19 de abril de 2013, SAS Chick Fashion / SARL Coup de Coeur,*” y “*Paris, Polo5, sala segunda, del 19 de abril de 2013, SARL Leyla Style / SRL The One*”.

Es decir, en el caso que nos ocupa el hecho que aparezca el consorcio Arauca bilingüe referenciado en el libro como titular de derechos en los ejemplares

reproducidos y distribuidos, no les impide a sus autores iniciar la reclamación de dichos derechos en contra de quienes conformaron el consorcio.

2. Inexistencia de cesión de derechos patrimoniales

En lo que concierne al documento titulado "*Cesión de derechos patrimoniales, de autor y autorización para la impresión y distribución*", visible en las páginas 35 y 36 del expediente digital, suscrito únicamente por los demandantes, debemos mencionar que la cesión de derechos como medio efectivo para la tradición, requiere la intervención y el acuerdo de dos partes, denominadas cedente y cesionario. El objeto de este contrato debe ser la transferencia de uno o varios derechos patrimoniales sobre la obra, perdiendo el cedente su calidad de titular exclusivo a favor del cesionario, desplazándose hacia el patrimonio de este los derechos negóciales del titular originario, convirtiéndose en titular derivado. Siendo esencial la acción de transferir para que se predique la existencia de la cesión.

Como requisito de validez del contrato, el artículo 183 de la Ley 23 de 1982, modificado por la Ley 1450 de 2011, artículo 30 ordena que: "*Los actos o contratos por los cuales se transfieren, parcial o totalmente, los derechos patrimoniales de autor o conexos deberán constar por escrito*", y para efectos de publicidad y de oponibilidad frente a terceros exige ser inscrito en el Registro Nacional del Derecho de Autor.

Estudiando el documento aportado, este no tiene identificado claramente los cesionarios, los cuales no firman el instrumento, no fue registrado, por lo tanto, no es oponible a terceros, pero lo más importante desde la perspectiva que estamos estudiando, es que de su análisis no se concluye que la finalidad sea que los autores se desprendan de sus prerrogativas, para que estas salgan de su patrimonio y entren en el de otra persona. Razón por la cual, a pesar del título del documento, este despacho debe llegar a la conclusión que estamos es frente a una licencia.

3. Del alcance de la licencia – el no pago de la licencia no configura una infracción a los derechos patrimoniales de autor

Teniendo presente que nos encontramos ante una licencia, en cuanto a su alcance es claro que le permite al Consorcio Arauca Bilingüe 2013, a cambio de una contraprestación a ser pactada con posterioridad, reproducir, comunicar y distribuir la obra "*A Technical English Handbook*", sin ánimo de lucro en una sola edición de 3.000 ejemplares para ser entregados a la Gobernación de Arauca. Debemos resaltar que, acorde con los hechos de la demanda y los documentos relacionados con la autorización expresa de los titulares, en cuanto al objeto se puede afirmar que se cumplió, como se puede constatar con la publicación de la obra aportada con la demanda, el acta de liquidación del contrato de compraventa suscrito entre los demandados y la Gobernación de Arauca⁵ donde certifican el cumplimiento del ciento por ciento.

Siendo claro que no existió transferencia de derechos y que la autorización permitía los actos que se reclaman a los demandados, debemos estudiar en este momento si no cumplir con la obligación de pago implica que el actuar de los demandados deviene en infractor. En este punto es necesario precisar que los porcentajes que la Ley 23 de 1982 consagra y que se mencionan en la pretensión segunda, tienen como origen la existencia de una confrontación entre el derecho de autor y los derechos conexos que ostentan los artistas, intérpretes, ejecutantes, y productores fonográficos, y no el supuesto de hecho que se decide en el presente caso.

Desde esta perspectiva debemos mencionar que la infracción conceptualmente hablando es producto de la lesión del derecho, y este a su vez, es equivalente a la explotación usurpadora de un derecho inmaterial absoluto, la cual se produce

⁵ Páginas 48 y 50 del archivo "01_Cuaderno_1_escaneado" del expediente digital.

cuando un sujeto, contratante o no, se apropia de una facultad de la que no es titular o se extralimita en el ejercicio de los derechos concedidos. Mientras que, en los casos de lesión no usurpadora de derechos contractuales, equivale al incumplimiento simple del contrato y por lo tanto no puede hablarse de una infracción a un derecho patrimonial de autor.⁶

Nótese que no todo incumplimiento contractual genera necesariamente afectación o violación a los derechos de autor. Solo los que tienen que ver directamente con los actos asociados al derecho en sí mismo. Por ejemplo, en el caso de la reproducción, imprimir un mayor número de ejemplares a los contratados; en el caso de la comunicación, el uso de medios de difusión no convenidos; y en el caso de la traducción, hacerlo a un idioma diferente al pactado.

Siendo claro el concepto, podemos afirmar que al observar el “Acta de Liquidación contrato de compraventa N.º 435 de 2013” de fecha 24 de abril de 2015 relativo al programa de “fortalecimiento de la lengua extranjera (inglés) en las instituciones educativas en el departamento de Arauca” se lee a folio 47 que: “el interventor certifica que CONSORCIO ARAUCA BILINGÜE R/L Deyanira Walteros Mantilla, cumplió con la ejecución del 100% del contrato de compraventa No. 435 de 2013.” Que las cantidades entregadas de ejemplares fueron 3.000 unidades, el cual fue autorizado a través de la licencia, que estos tuvieron como destino a quien se pactó en el acuerdo, es decir la gobernación de Arauca, y el texto no fue transformado, adaptado o traducido, razón por la cual podemos afirmar que solo existen discusiones frente a la retribución a los autores por la licencia otorgada.

Ahora, teniendo en cuenta que el incumplimiento del pago de una regalía constituye un incumplimiento contractual que no configura una lesión a los derechos patrimoniales ni morales de autor, precisamente porque este mero hecho no afecta el núcleo de ningún derecho autoral reconocido, ni se usurpa el carácter absoluto que recae sobre la disposición del bien inmaterial, no podemos llegar a conclusión distinta que no existe infracción a los derechos patrimoniales de autor. Es tan así que, pese a que la parte actora expuso en los hechos 9 y 11 de la demanda una presunta infracción a sus derechos de autor, aunado al alegato de su apoderada, no se observa que tales insinuaciones se hubieren proyectado en una pretensión⁷ en concreto. Pues como se evidencia, las pretensiones presentadas no estriban en una usurpación de sus facultades exclusivas como autores, sino en el no pago del dinero presuntamente acordado, debiendo delimitarse la decisión a lo pretendido en la demanda de conformidad con lo dispuesto en el artículo 281 del CGP.

Frente a los derechos morales, tampoco se observa la omisión de la mención de la paternidad de los autores sobre la obra, que la misma hubiese sido afectada en su integridad, o que esta se hubiese divulgado por los demandados sin autorización cuando aún conservaba su carácter inédito.

Es tan claro que el fondo del conflicto no es la usurpación de prerrogativas autorales sino la ausencia de pago, pues así se evidencia en la comunicación dirigida por el señor Ferney Botía Amaya a la representante legal del Consorcio Arauca Bilingüe, de fecha 16 de abril de 2015 y radicada en la gobernación de Arauca en la misma fecha⁸, en donde el aquí demandante, haciendo referencia al ítem 2.1 del acta de liquidación, solicita le sea cancelado el valor unitario pactado que le corresponde por cada ejemplar.

Así las cosas, debido que para los demandantes el hecho generador del daño material y extra patrimonial que reclaman en este proceso, es la utilización de la

⁶ tal como lo menciona el profesor español Pascual Martínez Espín en su obra “El daño moral contractual en la ley de propiedad intelectual”,

⁷ Devis Echandía, Hernando, Teoría General del Proceso. Editorial Buenos Aires 3ra Edición. Buenos Aires-1997. Pág. 219 “La pretensión tiene dos elementos esenciales: su objeto y su razón; es decir, lo que se persigue con ella, y la afirmación de que lo reclamado se deduce de ciertos hechos que coinciden con los presupuestos fácticos de la norma jurídica cuya actuación se pide para obtener esos efectos jurídicos.”

⁸ Páginas 44 del archivo “01_Cuaderno_1_escaneado” del expediente digital.4

obra en contravía de sus derechos como autores y, como ampliamente se ha argumentado a lo largo de esta decisión, no existe tal infracción, no es posible despachar de manera favorable las pretensiones incoadas, sin perjuicio obviamente de las acciones contractuales a las que tenga lugar para reclamar la suma de dinero aparentemente adeudada.

4. Sobre el supuesto del artículo 54 de la Decisión Andina 351 de 1993

En el presente caso, el Tribunal de Justicia de la CAN⁹ consideró que, a la luz de los hechos expuestos en la demanda, debía establecerse si la sociedad Continente Editores SA incurrió o no en el incumplimiento del artículo 54 de la Decisión Andina 351 de 1993, según la cual, ninguna autoridad ni persona natural o jurídica puede autorizar la utilización de una obra, interpretación, producción fonográfica o emisión de radiodifusión o prestar su apoyo si el usuario no cuenta con la autorización previa y expresa del titular del derecho, so pena de ser solidariamente responsable de la infracción. En palabras del Tribunal “(...) todo proceder o comportamiento dirigido a secundar, respaldar, proteger o permitir usos no autorizados de obras amparadas por el derecho de autor (...)” configuran el supuesto normativo.

Al respecto, el artículo 1568 del Código Civil expresa que una obligación es solidaria cuando por disposición contractual, legal o testamentaria puede exigirse a cada uno de los deudores u obligados el total de la obligación. Así lo explica la doctrina, en que surge una sola prestación, pero varias obligaciones, procurando con esto que el acreedor goce de una garantía más efectiva. Es decir, este acreedor puede exigir la prestación a cualquiera de sus deudores u obligados.¹⁰

En el caso sub judice, no se estableció la existencia de una infracción a los derechos de autor de los demandantes sobre la obra “A Technical English Handbook”, luego el supuesto de la norma no se configura.

Ahora bien, dado que el litisconsorte no contestó la demanda, su omisión implica presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión en que se funde la demanda. Concretamente, el hecho 11 señala que Continente Editores S.A., junto con el Consorcio Arauca Bilingüe 2013, editó, imprimió, publicó y entregó 3.000 ejemplares de la obra de los demandantes a la gobernación de Arauca. Pese a esta presunción, la evidencia aportada con la demanda, correspondiente a la obra publicada, acredita que quien imprimió el libro fue la sociedad Disonex S.A., y no el litisconsorte. Y si bien este realizó una gestión editorial del libro, a efectos de la responsabilidad solidaria del artículo 54 de la Decisión Andina 351 de 1993, tal gestión no constituye en sí misma la comisión de una infracción a los derechos de autor de los demandantes, ni tampoco se probó que la hubiera facilitado.

En todo caso, en virtud de la solidaridad del artículo 54 de la norma andina, la parte actora tenía la libertad de demandar a cualquiera de las personas que hubieren podido participar en ella.

5. Costas

El numeral 1 del artículo 365 del CGP, señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, las cuales están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho.

Así las cosas, este Despacho condenará en costas a los demandantes para que inmediatamente quede ejecutoriada la presente providencia, a través de la secretaría se realice la liquidación correspondiente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 366 del CGP.

⁹ TRIBUNAL ANDINO DE JUSTICIA. Interpretación prejudicial 161-IP-2019 del 4 de marzo de 2021.

¹⁰ VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. Derecho Civil. Tomo III – De las obligaciones. Editorial Temis S.A. Bogotá- 2015. Págs. 20 a 24

En lo referente a las agencias en derecho, de conformidad a lo establecido en el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, y teniendo en cuenta los criterios contenidos en el artículo 2 del mismo acuerdo, las tarifas fijadas en el artículo 5 de la misma norma, y que la cuantía de las pretensiones supera los 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la presentación de la demanda, se procederá a fijar como agencias en derecho el 3% del valor de estas, equivalente a la suma de Tres Millones Setecientos Ochenta Mil Pesos Moneda Corriente (\$3,780,000.00 m/cte) en favor del demandado Omar Gómez Carreño.

No hay agencias en derecho para el Curador ad litem conforme a lo establecido en el artículo 48 numeral 7 del CGP. Así tampoco para Continente Editores S.A., en liquidación, dado que no adelantó ninguna gestión desde su vinculación al proceso.

En mérito de lo expuesto, la Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: **Negar** la totalidad de las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en esta decisión.

SEGUNDO: **Condenar** en costas a los demandantes.

TERCERO: **Fijar** como agencias en derecho el 3% de las pretensiones de la demanda, equivalentes a la suma de en Tres Millones Setecientos Ochenta Mil pesos moneda corriente (\$3,780,000. m/cte.), en favor del demandado Omar Gómez Carreño.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CACB

CARLOS ANDRÉS CORREDOR BLANCO
Subdirector Técnico de Asuntos Jurisdiccionales