



**DIRECCIÓN NACIONAL
DE DERECHO DE AUTOR**

Unidad Administrativa Especial
Ministerio del Interior

**Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales, Bogotá D.C.
Sentencia del 26 de noviembre de 2020**

Rad.: 1-2018-88099
Ref.: Proceso Verbal
Demandante: Julián Alejandro Ortiz Rojas.
Demandado: Radio Cadena Nacional S.A.S. y otro.

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 día 27 de septiembre de 2018, el doctor Fredy Vivas Becerra actuando como apoderado judicial del señor JULIÁN ALEJANDRO ORTIZ ROJAS presentó demanda contra las sociedades ARC PRODUCCIONES S.A.S., identificada con el NIT 900.387.609-0 y RADIO CADENA NACIONAL S.A.S., identificada con el NIT 890.903.910-2.
2. Mediante el Auto 02 del 24 de octubre de 2018, notificado el 25 de octubre siguiente, este Despacho decidió admitir la demanda referida.
3. El día 03 de abril de 2019 la sociedad RADIO CADENA NACIONAL S.A.S. contestó la demanda.
4. Una vez finalizada la etapa escrita, sin que la sociedad ARC PRODUCCIONES S.A.S. hubiera contestado la demanda, el 11 de marzo de 2020 se llevó a cabo la audiencia inicial, a la cual no asistió la sociedad mencionada ni su apoderado.
5. En los días 11 y 12 de noviembre de 2020 se realizó la audiencia de instrucción y juzgamiento de manera virtual, y en ella se indicó que en el uso de tecnologías de la información y de las comunicaciones eventualmente pueden presentarse fallas que no son de control del Despacho, por ello, con el fin de facilitar la comprensión de la sentencia, esta se emitiría escrita, pues las posibles fallas en la conexión a internet podrían obstaculizar el derecho de contradicción y defensa de las partes.

CONSIDERACIONES

En el presente conflicto, el señor Julián Ortiz como demandante alega la infracción sobre derechos de índole patrimonial y moral sobre dos obras de su autoría. Adicionalmente, alega una infracción de tipo moral y patrimonial, al ser también el titular de los derechos conexos respecto de los fonogramas e interpretaciones de las dos canciones identificadas con los títulos “CIENTO POR CIENTO CARDENAL” y “PRIMERO CAMPEONI”, al haber sido el productor, artista interprete y ejecutante de ellas.

Para resolver las pretensiones del demandante, es necesario previo a ello determinar una serie de elementos, primero, las obras y/o prestaciones protegidas que al parecer fueron utilizadas sin la autorización previa y expresa de sus titulares; segundo, si hay legitimidad para reivindicar los derechos reclamados; tercero, si efectivamente existió una infracción a los derechos invocados; y finalmente, si se observan los supuestos de la responsabilidad civil con la consecuente obligación de reparar el eventual daño causado.

1. Sobre el objeto

De conformidad con la etapa de fijación de litigio llevada a cabo en la audiencia inicial del artículo 372 del CGP, se alcanzó un acuerdo entre las partes sobre dos puntos: primero, se determinó que no hay discusión sobre la autoría ni la titularidad de los derechos patrimoniales de autor y conexos sobre las obras, interpretaciones y fonogramas en discusión, pues se considera al demandante como autor y titular de tales derechos; segundo, se estableció que respecto a la canción denominada “PRIMERO CAMPEONI” no se había infringido el derecho moral consistente en mantener la obra inédita, pues el autor la publicó en internet a través de su perfil en el portal de la página web “www.soundcloud.com”.

Una vez aclarado lo anterior, es necesario precisar que a partir de las pretensiones del demandante es claro que su objetivo es la declaración de una infracción sobre derechos patrimoniales de autor y conexos, al igual que sobre derechos morales.

Por un lado, respecto a los derechos patrimoniales de autor y conexos el señor Ortiz afirma que no existió autorización previa y expresa para la radiodifusión por la emisora RADIO RED BOGOTÁ de las canciones “CIENTO POR CIENTO CARDENAL” y “PRIMERO CAMPEONI”, por lo tanto, considera que hubo una violación al derecho de comunicación pública.

Por otro lado, afirma que se materializó una infracción sobre sus derechos morales de paternidad e ineditud; el primero, por la falta de mención expresa a favor de su nombre o seudónimo como autor, interprete y productor de ambas canciones, y el segundo, al no haberse obtenido autorización expresa para la radiodifusión de las dos canciones ya referidas.

Antes de abordar el tema en particular, es prudente distinguir que existe una división entre el derecho de autor como tal y lo que se ha denominado por el uso corriente como derechos conexos, también denominados afines o vecinos.

En primer lugar, respecto de las obras, estas se encuentran definidas en el artículo 3 de la Decisión Andina 351 de 1993, como toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser reproducida o divulgada por cualquier medio, tal como **las composiciones musicales con letra o sin ella**, entre otras. De manera equivalente con las disposiciones de nuestra norma comunitaria, las composiciones musicales con letra o sin ella fueron señaladas en el listado no taxativo de creaciones protegidas del artículo 2 de la ley 23 de 1982, por lo que es indudable que encuentran protección en la legislación autoral.

En segundo lugar, respecto a los derechos conexos, hay que mencionar que, si bien estos guardan una relación cercana con el derecho de autor, no se les puede considerar como similares entre sí, ya que en las palabras del autor Henri Desbois, quien a su vez es citado por la doctrinante Delia Lipszyc en su obra *Derecho de Autor y Derechos Conexos*, el objeto de la protección en este son actividades que concurren a la difusión, más no a la creación de obras literarias y artísticas.

Los objetos de protección de los derechos conexos son tres, las interpretaciones y ejecuciones artísticas, cuyo titular primigenio son los artistas intérpretes o ejecutantes; la fijación de la interpretación o ejecución o cualquier otro sonido en un soporte material que se denomina *fonograma*, cuyo titular será el productor fonográfico y por último la emisión, cuyo titular es el organismo de radiodifusión. En el primer caso, existe una protección sobre la actividad artística personal, la cual, si bien como menciona Ricardo Antequera en la página 616 del tomo II de su libro “Derecho de Autor”, no es una obra *stricto sensu*, si surge del talento humano. Por otro lado, en los últimos dos casos, se protege una actividad industrial o “*netamente empresarial*” como ha referido el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en la interpretación prejudicial 6-IP-97 haciendo especial referencia al productor de fonogramas.

Dentro de los objetos protegidos en el marco de los derechos conexos y que interesan en el caso *sub examine*, se encuentran las interpretaciones y ejecuciones artísticas y los fonogramas.

Los fonogramas se encuentran definidos en el artículo 3 de la Decisión Andina 351 de 1993 como *“Toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una representación o ejecución, o de otros sonidos”*. Al respecto, el doctrinante Ricardo Antequera Parilli en el tomo II de su obra *“Derecho de Autor”* menciona: *“(…) aunque en la mayoría de los casos contiene la grabación de la ejecución de una obra sonora preexistente, puede consistir también en la grabación de otros efectos audibles, por ejemplo, el ruido de la selva o el canto de los pájaros”*.

En la presente discusión, se habla también de las interpretaciones o ejecuciones de artistas intérpretes y ejecutantes, por ello debe aclararse que el fonograma es el medio en el cual se encuentran fijadas tales prestaciones personales, y el cual una vez está en el comercio y es radiodifundido o comunicado al público mediante otro método, genera una remuneración equitativa tanto para el productor fonográfico como para los artistas intérpretes y ejecutantes cuyas prestaciones están fijadas.

En el caso concreto, se indican e individualizan específicamente las obras y prestaciones protegidas que aparentemente estarían siendo utilizadas por los accionados a través de la emisora RADIO RED, pues se encuentra a folios 50 y 51 del cuaderno 1 copia de dos certificados de registro de fonograma realizados ante la Oficina de Registro de la Dirección Nacional de Derecho de Autor. El primero con número de libro, tomo y partida 12-48-485 y fecha de registro 7 de febrero de 2013 el cual corresponde al título *“CIENTO POR CIENTO CARDENAL”* y el segundo con número de libro, tomo y partida 12-36-18 y fecha de registro 14 de febrero de 2011 cuyo título es *“PRIMERO CAMPEONI”*. Adicionalmente, se aporta copia en formato digital MP3 de dichas canciones en el folio 78 del cuaderno 1.

Una vez identificado el objeto de la presente controversia, este Despacho debe determinar si la parte aquí demandante está facultada para reclamar en la presente causa el derecho invocado, en ese sentido, se debe establecer que la prerrogativa que busca reivindicar corresponde a ella, como titular o en su defecto como representante de tal.

2. Sobre la legitimación

Normalmente, el legitimado para reivindicar un derecho respecto de una obra o prestación protegida, es en efecto, el titular de la misma ya sea este originario o derivado. En el presente caso se observa que los demandados no discuten la calidad de titular del señor JULIÁN ORTIZ como autor, productor y artista intérprete y ejecutante, lo cual quedó claro en la fijación del litigio llevada a cabo, sin embargo, el despacho una vez corroborado el expediente también pudo verificar tal situación.

Como fue ya referido, al proceso se aportaron con la demanda dos copias de certificados de registro de fonograma. En el identificado con número de libro, tomo y partida 12-48-485 correspondiente al título *“CIENTO POR CIENTO CARDENAL”* aparece el señor Julián Alejandro Ortiz Rojas aquí demandante, en calidad de productor al igual que como artista intérprete y ejecutante. De la misma manera, figura como coautor de la obra fijada en el fonograma, la cual lleva el mismo título.

Por otro lado, al examinar el certificado identificado con número de libro, tomo y partida 12-36-18 correspondiente al título *“PRIMERO CAMPEONI”*, figura como productor, artista intérprete y ejecutante y autor de la obra fijada en el fonograma, la cual también posee el mismo título.

De tal manera, la inscripción en el registro presume ciertos los hechos y actos que en ella consten según lo dispone el artículo 53 de la Decisión 351 de 1993, consecuentemente, es diáfano que existe legitimación para demandar por parte del señor Julián Ortiz.

3. Sobre la infracción derechos patrimoniales de comunicación pública y remuneración

Frente a la eventual infracción, es conocido que en el derecho de autor existe un doble contenido del cual se derivan dos tipos de prerrogativas, unas de carácter moral y otras de carácter patrimonial.

En el presente caso, primero haremos un análisis de las prerrogativas de carácter patrimonial tanto del derecho de autor como de los derechos conexos que aquí se reclaman y posteriormente, abordaremos el estudio de las prerrogativas de carácter moral.

En primer lugar, en relación con los derechos patrimoniales, es posible afirmar que estamos ante una infracción cuando un tercero ejerce el derecho exclusivo otorgado al titular (originario o derivado), respecto de una obra, sin la correspondiente autorización previa y expresa, o en su defecto, sin estar amparado en alguna de las limitaciones y excepciones previstas en el ordenamiento jurídico.

Siendo el objeto de análisis en la presente causa los derechos patrimoniales y específicamente aquel denominado “*comunicación pública*”, ya que se menciona en el escrito de acción que en la emisora denominada “RADIO RED BOGOTÁ” en la frecuencia 970 en AM, se ha realizado la radiodifusión pública de obras musicales y fonogramas cuyo titular es el aquí demandante.

Ahora bien, según lo establece el artículo 15 de la Decisión Andina 351 de 1993, se entiende por comunicación pública, todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. Este derecho patrimonial, el cual debe entenderse de manera amplia como un género, admite varias especies o modalidades, entre las que encontramos, la representación, la ejecución o la difusión por cualquier procedimiento conocido o por conocerse, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes.

Sobre la radiodifusión, el literal a) del artículo 164 BIS de la ley 23 de 1982, la define de la siguiente manera:

“La transmisión al público por medios inalámbricos o por satélite de los sonidos o sonidos e imágenes, o representaciones de los mismos; incluyendo la transmisión inalámbrica de señales codificadas, donde el medio de decodificación es suministrado al público por el organismo de radiodifusión o con su consentimiento; radiodifusión no incluye las transmisiones por las redes de computación o cualquier transmisión en donde tanto el lugar como el momento de recepción pueden ser seleccionados individualmente por miembros del público.”

Por otro lado, frente al derecho patrimonial de mera remuneración de los productores fonográficos y los artistas intérpretes o ejecutantes, es importante precisar que la infracción debe mirarse desde una óptica diferente, ya que no existe en este caso un derecho exclusivo de autorizar o prohibir, por el contrario, lo que existe es un derecho a recibir una remuneración equitativa por ciertos usos respecto de una obra o prestación protegida.

De tal manera, aparte del derecho exclusivo de comunicación pública explicado anteriormente, para el caso objeto de estudio, encontramos la existencia de un derecho de mera remuneración de titularidad del productor fonográfico y del artista interprete o ejecutante, el cual surge cuando un fonograma publicado con fines comerciales, o una reproducción de este, sean utilizados directamente para radiodifusión o para cualquier otra forma de comunicación al público, y que consiste en que el utilizador deberá abonar una remuneración equitativa y única destinada a ambos tipos de titulares, de acuerdo al artículo 173 de la Ley 23 de 1982.

Así las cosas, debe tenerse en cuenta que, por un lado, el señor JULIÁN ORTIZ tiene la facultad de oponerse a la comunicación pública de las dos obras que son objeto de controversia en su calidad de autor; por el otro, únicamente posee la facultad de exigir una remuneración por dicha forma de explotación, dejando descartada la posibilidad de que pueda prohibir el uso de los fonogramas e interpretaciones y ejecuciones fijadas allí, ambos de su titularidad.

Aclarado lo anterior, debemos establecer si en la emisora RADIO RED BOGOTÁ frecuencia 970 en banda AM se realizaron actos de comunicación pública de obras musicales cuya titularidad recae en el demandante, sin la autorización previa y expresa. Así mismo, si se realizó alguna utilización en forma de comunicación al público de los fonogramas y las interpretaciones y ejecuciones artísticas fijadas, cuyos derechos pertenecen también al accionante, sin que se hubiere abonado la correspondiente remuneración.

Para ello, debemos empezar por analizar los requisitos que la normatividad andina estipula en el artículo 37 literal d) y que han sido objeto de análisis por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en interpretación prejudicial 286-IP-2016 en la cual el colegiado dispuso que la condición del pago estaba sometida a los siguientes dos requisitos:

- *Que el fonograma haya sido publicado con fines comerciales.*

Es decir, no se encontrarán contemplados en este supuesto aquellos fonogramas que no se publiquen con el propósito de obtener un beneficio comercial.

- *Que el fonograma sea utilizado única y directamente para: (i) la radiodifusión; o, (ii) cualquier forma de comunicación al público.*

Entiéndase como comunicación pública al acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, puede tener acceso al fonograma.”

En relación con el primer requisito, la existencia de un fin comercial, el autor Antonio Cabanillas Sánchez en la segunda edición de la obra “Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual”, coordinada por Rodrigo Bercovitz, menciona a página 1573:

“La remuneración obligatoria interesa, pues, a esencialmente, a los discos industriales y las bandas de cintas comercializadas. Subsiste la remuneración obligatoria cuando un fonograma publicado con fines comerciales es registrado por el organismo de radiodifusión para ser difundido más tarde.

Con todo, no se olvide que el mayor número de fonogramas y copias son editados precisamente con fines comerciales, siendo los no comerciales una categoría estadísticamente marginal.

Los fines comerciales habrán de lograrse mediante la publicación, entiendo por tal la divulgación que se realice mediante la puesta a disposición del público de un número de ejemplares que satisfaga razonablemente sus necesidades estimadas con la naturales y finalidad de la misma, que es el concepto de publicación que ofrece el artículo 4 LPI; puesta a disposición del público que necesariamente habrá de ser en este caso a cambio de precio o cualquier otra contraprestación, habida cuenta los fines comerciales que con dicha publicación deben de pretenderse.”

En la anterior posición, si bien se habla del concepto de publicación el cual está consagrado en el Real Decreto Legislativo 1/1996, del 12 de abril, por el que se aprueba el texto de la Ley de Propiedad Intelectual de España, tal tiene una definición semejante a la del artículo 3 de nuestra Decisión 351 de 1993, el cual concreta este concepto como la “Producción de ejemplares puestos al alcance del público con el consentimiento del titular del respectivo derecho, siempre que la disponibilidad de tales ejemplares permita satisfacer las necesidades razonables del público, teniendo en cuenta la naturaleza de la obra.”

De lo anterior, es claro que los fonogramas que no persigan un fin comercial constituyen una peculiaridad, pues precisamente la actividad del productor fonográfico está orientada a obtener una retribución de carácter económico; así también lo menciona Antequera Parilli en la página 640 de su obra “Derecho de Autor” al afirmar que “... la razón de la tutela legal (al productor fonográfico) está en la protección a una actividad técnico-industrial-comercial, necesaria para la difusión a gran escala de las obras sonoras...”.

Considerando lo anterior, observamos a folio 46 a 49 del cuaderno 1, una serie de correos electrónicos intercambiados entre el demandante y el señor Leonardo Pedraza en los cuales este último encarga la elaboración al primero de la canción que sería

utilizada como cortinilla o entrada del programa radial. Recordemos que se debate el uso de dos canciones.

Respecto de la primera, es claro que el demandante, si bien afirmaba que el pago podía ser algo simbólico, también dejó claro que si se perseguía un lucro en el programa de una emisora privada debía reconocerse una contraprestación económica, poniendo como ejemplo un trabajo semejante que había realizado previamente para una emisora privada, en la cual, en palabras del autor, le “reconocieron” su trabajo.

Igualmente, afirma en tales correos el señor Julián Ortiz que no tenía problema en que se usaran sus canciones cuando eran actividades sin “una mira netamente lucrativa”, pero si era un programa para una emisora privada, debía obtener algún beneficio.

Esta versión es corroborada por el señor Leonardo Pedraza Cruz, quien buscó al demandante para hacer la canción que serviría como cortina al programa de radio. A folio 62 del cuaderno 1, en su declaración escrita, si bien sostuvo: *“nunca formalicé ni hablé de una cifra económica por la realización de este trabajo”*, también afirmó: *“No pactamos una cifra económica de cuantía en pesos colombianos, sin embargo, quedaron las puertas abiertas para retomar el tema en caso de que el programa se consolidara, ya que en ese momento era un proyecto que nacía.”*

En primer lugar, al respecto es necesario anotar que al no haber contestado la demanda la sociedad ARC PRODUCCIONES S.A.S. (en adelante ARC), en virtud del artículo 97 del CGP deberán presumirse ciertos aquellos hechos que sean susceptibles de confesión, como sucede con el que aquí se discute, referente a que el autor recibiría una remuneración al ser usada la canción en una emisora comercial con fines de lucro.

En segundo lugar, si bien en su contestación a la demanda la sociedad Radio Cadena Nacional S.A.S. (en adelante RCN) afirmó que no le constaba tal situación, tampoco solicitó la ratificación de la declaración realizada por parte del señor PEDRAZA, por lo tanto, en virtud de los artículos 188 y 262 del CGP, se debe dar valor probatorio a tal declaración.

En este punto, también es válido aclarar que, a diferencia de lo afirmado por el demandante, si existió una autorización dada por él en su calidad de coautor para que la obra “CIENTO POR CIENTO CARDENAL” fuera comunicada al público en la emisora RADIO RED 970 AM en el programa deportivo que llevaba el mismo nombre. Sobre ello, debe mencionarse que el accionante conocía perfectamente para que iba a utilizarse la obra, pues Leonardo Pedraza le explicó con qué fines sería utilizada, inclusive, en los correos ya referidos, el señor ORTIZ afirmó que la tendría lista para la fecha solicitada.

Ahora, algo diferente es que su autorización se haya dado esperando recibir una contraprestación económica posterior, lo cual, como se desprende del material probatorio, no ocurrió.

De otra parte, respecto a la segunda canción, la cual corresponde al título “PRIMERO CAMPEONI”, se afirma en los hechos de la demanda que tal fonograma fue publicado por su titular en el portal “SoundCloud” bajo “Todos los derechos reservados”. De la misma manera, en su declaración de parte el señor ORTIZ manifestó que tal fonograma ya se encontraba en plataformas digitales para monetización.

En suma, una vez apreciados los precedentes elementos, es claro para este Despacho que los fonogramas producidos e interpretados por el demandante tenían un fin de lucro. De tal manera, corroborado el fin comercial de los fonogramas en debate, debemos abordar el segundo requisito.

En relación con este, es menester identificar si efectivamente hubo un uso de los fonogramas o reproducciones de estos que haya constituido una radiodifusión o cualquier otra forma de comunicación al público.

Ahora, para corroborar el uso de tales fonogramas, el demandante aportó a folios 79 a 85 del cuaderno 1 copia de 750 transmisiones llevadas a cabo entre los años 2013 a 2017 por la emisora RADIO RED BOGOTÁ con dial 970 en banda AM del programa deportivo “Ciento por ciento Cardenal.”

En aquellas copias de las transmisiones, el despacho observó que efectivamente el fonograma que lleva también el título “CIENTO POR CIENTO CARDENAL” era usado como cortinilla de entrada al programa en y que el fonograma “PRIMERO CAMPEONI” era usado también de forma frecuente corroborando el dicho del demandante. En total, el primer fonograma se usó en las 750 transmisiones que fueran aportadas mediante grabación, mientras el segundo, se usó de forma aleatoria en un número igual a 374 oportunidades.

Sumado a lo anterior, sobre las actividades llevadas a cabo por las sociedades aquí demandadas, este juzgador encuentra a folio 35 del cuaderno 1 el certificado de existencia y representación legal de la sociedad RCN, en el cual figura que su actividad principal es “...programación y transmisión en el servicio de radiodifusión sonora”.

En el mismo sentido, se observa en el folio 43 del cuaderno 1, que el objeto social de la sociedad ARC, entre otros, es:

“5. Prestar los servicios de agencia de publicidad como son la creatividad y el desarrollo de campañas publicitarias, producción y realización de cine, radio, televisión, internet y demás medios; 6. Licitar, adquirir, operar y explorar licencias de radio difusión sonora, así como de televisión abierta, por cable y/o satelital, y en general de todo tipo de medios masivos de comunicación y sus actividades colaterales como la explotación de estudios de grabación y sonido; 7. La prestación de servicios de radio difusión sonora comercial en amplitud modulada (a.m.) y en frecuencia modulada (f.m.) a nivel zonal y nacional, así como también la prestación de asesoría en la explotación de frecuencias de radio, de licencias de televisión nacional y regional, de televisión por suscripción, bien sea por cable o satelital;”

Al respecto, se debe aclarar que según prueba por informe solicitada por este despacho al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -MinTIC, obrante a folio 35 a 44 del cuaderno 2, se informa que el concesionario de la emisora RADIO RED, identificada con el dial 970 kHz y distintivo HJCI, es la sociedad VITAL INVERSIONES S.A.

Así mismo, informa que en virtud el artículo 48 de la Resolución 415 de 2010 expedida por dicha entidad, es posible que los proveedores del Servicio de Radiodifusión Sonora Comercial puedan dar en arrendamiento las estaciones de radiodifusión hasta por el término de vigencia de la concesión. En el particular, la sociedad VITAL INVERSIONES S.A. acreditó ante el Ministerio que la emisora fue arrendada desde el día 19 de octubre de 2012 a la sociedad RADIO CADENA NACIONAL S.A. (RCN).

A su vez, esto fue manifestado igualmente por RCN, quien también argumentó que en su labor comercial subarrenda espacios en las emisoras a otras personas, por lo cual, el programa deportivo “Ciento por ciento Cardenal” era producido y estaba bajo la responsabilidad de ARC PRODUCCIONES S.A.S., situación que corroboró mediante un contrato suscrito por ambas sociedades el día 21 de enero de 2013 obrante a folios 175 a 178 del cuaderno 1.

La sociedad RCN respondió en su demanda el no estar obligada a pagar y entre los argumentos esgrimió que la emisora RADIO RED BOGOTÁ estaba al día en el pago de licencias y obligaciones por concepto de uso de obras musicales y fonogramas, para lo cual allegó dos comprobantes, obrantes a folios 172 a 174 del cuaderno 1, en los cuales las sociedades de gestión colectiva: Sociedad de Autores y Compositores de Colombia – SAYCO y Asociación Colombiana de Interpretes y Productores Fonográficos – ACINPRO, acreditan que la emisora RADIO RED – BOGOTÁ con dial 970 en frecuencia AM, se encuentra al día en el pago por concepto de comunicación pública de los derechos de autor y conexos que representan, hasta diciembre del año 2017 — recordemos que como lo mencionaron el demandante y también el representante de RCN, el programa inicio en el año 2013 y finalizó en el año 2017—.

Referente a ello, en el interrogatorio de parte llevado a cabo en la audiencia inicial, siendo las 10:34 a.m. el señor JULIÁN ORTIZ al responder la pregunta hecha por el Subdirector de Asuntos Jurisdiccionales en la cual se indagó si era miembro de alguna sociedad de gestión colectiva, este respondió negativamente.

Aunado a ello, en respuesta a prueba por informe decretada de oficio por este despacho, las referidas sociedades de gestión colectiva, en oficios obrantes a folios 160 a 164 y 182 a 186 del cuaderno 2, corroboraron tal situación afirmando que el señor JULIÁN ORTIZ no figuraba entre sus bases de datos.

De tal manera, es claro que la propiedad intelectual, y en particular, el derecho de autor y los derechos conexos, al ser una forma de propiedad la cual confiere una serie de prerrogativas a sus titulares, estos pueden escoger si la gestión de sus derechos la hacen de forma individual o a través de una de estas sociedades de gestión, sin que se considere obligatoria esta última. Tal posición ha sido recogida en múltiples oportunidades por nuestra Corte Constitucional en sentencias como la C-424 de 2005 o la C-912 de 2011.

Así, es claro que la gestión colectiva en nuestro país no es obligatoria —como también se desprende del artículo 44 de la Decisión 351—, de tal manera el señor JULIÁN ORTIZ aquí demandante no forma parte de las sociedades de gestión colectiva SAYCO ni ACINPRO ya que realiza la gestión de sus derechos de forma individual, por lo tanto, el pago que se realizó a las sociedades de gestión mencionadas no exime al eventual usuario de (i) pedir autorización previa expresa al usar las obras del autor y (ii) cancelar la remuneración correspondiente al comunicar al público los fonogramas de su titularidad.

Si bien existe una legitimación presunta en cabeza de las sociedades de gestión colectiva, la cual le permitiría de manera general a la sociedad RCN acreditar el cumplimiento de las obligaciones de pago de derecho de autor y derechos conexos, tal presunción se entiende desvirtuada precisamente por los mismos documentos que aportó como respuesta a las pruebas por informe las sociedades de gestión SAYCO y ACINPRO.

A la luz de lo anterior, luego de haberse efectuado un análisis jurídico y de las pruebas aportadas que obran en el expediente, esta Subdirección puede concluir que fueron realizados actos de comunicación al público de prestaciones y obras protegidas, en particular mediante la modalidad de radiodifusión, en la emisora RADIO RED BOGOTÁ 970 AM.

En particular, respecto de los fonogramas y las interpretaciones o ejecuciones fijadas en ellos, se observa que fueron radiodifundidos sin abonar la correspondiente remuneración a sus titulares, en este caso JULIÁN ORTIZ, quien como se ha mencionado en varias oportunidades, es tanto productor fonográfico como el artista intérprete y ejecutante.

Igualmente, respecto a las obras, se concluye que la titulada “PRIMERO CAMPEONI” fue comunicada al público en el programa de la emisora RADIO RED sin contar con una autorización previa y expresa.

En suma, se concluye que existe una infracción del derecho de comunicación pública sobre la obra PRIMERO CAMPEONI y del derecho de remuneración sobre ambos fonogramas, consecuentemente, las excepciones de mérito propuestas por RCN en la contestación de la demanda con la finalidad de desvirtuar esta situación no están llamadas a prosperar.

Por otra parte, referente a la obra “CIENTO POR CIENTO CARDENAL”, contrario a lo afirmado por el apoderado del accionante en los hechos de la demanda, se concluye que existió por parte del señor JULIÁN ORTIZ una autorización previa y expresa. Al respecto, este Despacho en fallo 1-2017-84682 del 6 de marzo de 2019, aclaró que la autorización expresa no necesariamente significa que la misma deba darse por escrito, pues si bien esta es la forma en que usualmente se otorgan autorizaciones o licencias, esta puede

otorgarse de formas diferentes. Así, expreso hace referencia a un consentimiento que sea claro, evidente o manifiesto, lo cual es corroborable de la lectura de los correos intercambiados entre el señor JULIÁN ORTIZ y el señor Leonardo Pedraza, así como de la declaración de parte del demandante.

Ahora, en el caso concreto, si bien existía una autorización dada por el demandante en su calidad de coautor para que su obra fuera incluida en el programa, tal estaba supeditada al cumplimiento de una contraprestación económica que nunca ocurrió.

Como se refirió por este Despacho en fallo 1-2017-79460 del 8 de marzo de 2019, en estos casos debe verificarse si un mero incumplimiento de la obligación de pago deviene en un acto infractor. En aquella oportunidad se manifestó:

“Desde esta perspectiva debemos mencionar que la infracción conceptualmente hablando es producto de la lesión del derecho, y este a su vez, tal como lo menciona el profesor español Pascual Martínez Espín en su obra “El daño moral contractual en la ley de propiedad intelectual”, es equivalente a la explotación usurpatoria de un derecho inmaterial absoluto, la cual se produce 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 usurpatoria de derechos contractuales, esto equivale al incumplimiento simple del contrato y por lo tanto no puede hablarse de una infracción a un derecho patrimonial de autor.

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.”

Así, teniendo precisado el concepto, es claro que la obra CIENTO POR CIENTO CARDENAL estaba desde un inicio —incluso antes de su concepción— destinada a ser radiodifundida a través de un programa deportivo en una emisora privada, y esta fue usada según los términos de lo que se acordó entre el coautor aquí demandante y el agente de dicha emisora, el señor LEONARDO PEDRAZA —quien, por cierto, también es coautor de dicha obra—. Así mismo, la canción solo fue utilizada en el marco de lo que se tenía precisado por las partes a través de las comunicaciones realizadas mediante correo electrónico, razón por la cual podemos afirmar que solo existe una discusión frente a la retribución al coautor JULIÁN ORTIZ 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 sobre el derecho patrimonial de autor de la obra CIENTO POR CIENTO CARDENAL.

3.1. Sobre la responsabilidad

Una vez verificada la infracción sobre ciertas prerrogativas de orden patrimonial, debemos determinar la responsabilidad que existe en el caso bajo examen.

La noción de responsabilidad civil en general se deriva de aquel principio que señala que toda persona es responsable cuando, en razón de haber sido la causa del daño que otra sufre, está obligada a repararlo. Al respecto los doctrinantes Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve, han mencionado que la responsabilidad civil supone siempre una relación entre dos sujetos, de los cuales uno ha sido la causa del daño y otro lo ha sufrido, siendo esta la consecuencia jurídica de dicha relación, o sea, la obligación del autor del daño de reparar el perjuicio ocasionado.

A pesar de que toda responsabilidad civil parte de la noción antes mencionada, de tiempo atrás se ha diferenciado principalmente entre la responsabilidad civil extracontractual y la contractual, cuya distinción radica en el tipo de derecho que es vulnerado. La lesión causada a un derecho subjetivo absoluto da lugar a la responsabilidad extracontractual

(Código Civil, Artículos 2341 a 2360), y la lesión a los derechos de crédito, que nacen de los contratos, a la responsabilidad contractual (Código Civil, Artículos 1602 a 1617).

Ahora bien, el fundamento de la responsabilidad puede ser subjetivo, caso en el cual no todo daño causado a otro hace responsable a su autor, ya que tiene un papel determinante el elemento subjetivo o interno del sujeto, es decir, se exige que el autor del daño haya obrado culposamente, de tal manera que los daños causados sin dolo o culpa no son objeto de reparación.

Teniendo claro lo anterior, podemos señalar los elementos que se deben dar para que exista responsabilidad civil subjetiva se exigen cuatro elementos: a) una conducta que sea la causa del daño; b) que la conducta haya sido dolosa o culposa; c) un daño o perjuicio; d) que entre el daño y la conducta exista un nexo causal. (Arturo Valencia, Álvaro Ortiz, Derecho Civil Tomo III, 2010, p. 182).

Si bien el Código Civil no menciona de manera expresa la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que, todo daño imputable a culpa de una persona debe ser reparado por ésta, consagrando así la responsabilidad por culpa *aquiliana* para las personas morales.

Puntualmente, en sentencia de 30 de junio de 1962, la Corte Suprema revaluó la doctrina sobre la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas, al punto de considerarla directa y no indirecta, por la conducta de sus agentes, causantes de daños a terceros, cualquiera que sea la posición jerárquica de aquellos dentro de la entidad jurídica.

En relación con ello, el señor Leonardo Pedraza es identificado en los hechos como panelista del programa radial a cargo de ARC. Ahora, dado que esta sociedad no contestó la demanda, dicha vinculación —la cual es corroborada por la declaración del sujeto en mención—, debe presumirse como cierta a la luz de la consecuencia procesal establecida en el artículo 97 del CGP.

Lo anterior tiene como efecto precisamente la eventual responsabilidad de la demandada por los actos realizados por el personal de la empresa, particularmente, su panelista en este caso.

Tomando en consideración lo mencionado anteriormente en torno a la responsabilidad civil de las personas jurídicas, se analizará si en el presente caso si las sociedades ARC y RCN, están obligadas o no a reparar el daño que le hayan podido causar a el demandante como titular de derechos de autor y conexos. Para tal fin, se tendrá que verificar si se configuran los ya mencionados elementos de la responsabilidad subjetiva, en tanto en este caso estamos ante un posible escenario de responsabilidad directa por el hecho propio.

Igualmente, se analizará si RCN es responsable solidariamente como afirma el accionante, o si por el contrario, deberá acogerse la excepción alegada por la demandada que busca desvirtuar esta situación.

3.1.1. El Daño

En este sentido, el daño es el elemento más importante en la responsabilidad civil, pues la reparación parte de la base de su existencia, de tal manera que solo puede predicarse que alguien es civilmente responsable cuando hay un daño resarcible. De antaño se ha señalado que el daño es la lesión o menoscabo de algún interés legítimamente protegido o de alguno de los derechos subjetivos de las personas (*Diego García, Manual de Responsabilidad Civil y del Estado, 2009, p. 13*).

En cuanto a la tipología del daño, podemos afirmar que este es material cuando nos encontramos ante la destrucción o menoscabo de alguno de los derechos patrimoniales de una persona, ya sea en forma directa o indirecta, e inmaterial o moral, cuando se

produce una lesión o afectación de orden interno a los sentimientos o al honor de las personas (*Arturo Valencia, Álvaro Ortiz, Derecho Civil Tomo III, 2010, p. 229*).

En el caso del derecho de autor, como ya lo hemos mencionado, el objeto de protección son las obras y la protección jurídica de estas se ve reflejada a través de una serie de derechos de carácter exclusivo. Así entonces, la infracción de alguna de estas prerrogativas materializa el daño, precisamente porque se le priva al titular de la facultad de ejercer el derecho que solo le corresponde a este, afectándole así sus intereses legítimos en relación con las obras, como lo sería, por ejemplo, recibir una remuneración proporcional por la explotación o utilización de las mismas.

En este sentido, al haber infringido la sociedad ARC accionada los derechos patrimoniales del señor JULIÁN ORTIZ como titular de derechos exclusivos, se le causó al mismo un daño de carácter material, ya que no solamente se le impidió ejercer su facultad exclusiva de autorizar o prohibir la utilización de su obra PRIMERO CAMPEONI, sino que se vio menoscabado su interés legítimo de obtener una remuneración por la utilización o explotación de la misma, el cual se manifiesta como lucro cesante por aquellos ingresos que debiendo entrar a su patrimonio en el curso normal de los acontecimientos, esto es, con la licencia correspondiente.

De la misma manera, se corrobora la existencia de un daño material en el patrimonio del demandante, producto de la falta de remuneración a la que tenía legítimo derecho cuando ambos fonogramas fueran utilizados para radiodifundirse.

3.1.2. Conducta

En lo que respecta al componente subjetivo de la responsabilidad civil, no basta que la acción generadora del daño se atribuya al artífice como obra suya (*imputatio facti*), sino que hace falta entrar a valorar si esa conducta es meritoria o demeritoria de conformidad con lo que la ley exige (*imputatio iuris*) (*Cas. Civil. Sent. 30 de septiembre de 2016*).

De esta forma, la culpa de la responsabilidad extracontractual no es un objeto de la naturaleza ni una vivencia subjetiva que pueda ser percibida o sentida, sino que surge de una situación concreta que es valorada a partir de sus posibilidades de realización (como capacidad, potencia o previsibilidad). El reproche civil no radica en haber actuado mal sino en no actuar conforme al estándar de prudencia exigible, el cual se aprecia teniendo en cuenta el modo de obrar del hombre medio, es decir, de aquel hombre que normalmente obra con cierta prudencia y diligencia (*Cas. Civil. Sent. 30 de septiembre de 2016*).

Tal como quedó establecido en el análisis correspondiente a la infracción, las obras y fonogramas fueron comunicados al público mediante radiodifusión en el programa ciento por ciento cardenal a través de la emisora RADIO RED BOGOTÁ dial 970 en frecuencia AM, sin cumplir con las obligaciones derivadas de tales usos.

Así entonces, no solo es posible afirmar que estamos ante un acto o conducta propia de la sociedad demandada, sino que dicha conducta tiene el carácter de culposa, en la medida que no se previó el daño habiéndose podido preverlo. En efecto, la protección de la propiedad intelectual no solo se encuentra reconocida en la Constitución sino en una serie de leyes especiales, por lo cual resulta evidente que una sociedad u organización que gestione sus negocios y asuntos de una manera diligente y prudente, está en la posibilidad de prever el daño que se causa a los intereses legítimos del autor o titular de una obra, al utilizar o explotar económicamente la misma en el ejercicio de sus funciones, actividades o servicios, sin hacer las averiguaciones y tomar las medidas correspondientes para obtener la correspondiente autorización o cancelar las respectivas remuneraciones a cargo.

El reproche es aún mayor al tener presente que ARC es una empresa cuya actividad comercial gira en torno a la utilización de este tipo de objetos protegidos por las leyes de derecho de autor y derechos conexos, y cuya actividad consiste en la difusión masiva de

estos contenidos, por lo que su actividad debe realizarse con una mayor atención y celo para no incurrir en situaciones como la que nos ocupa en este caso.

Por tal motivo, ante la desatención de la obligación de verificar la existencia de una autorización o de efectuar el pago correspondiente, puede afirmarse que existe una omisión consciente del deber de orientar la conducta según las normas preestablecidas, con el fin de frenar actos y conductas que atenten contra el derecho ajeno.

En este punto, tal como lo ha reiterado la Corte Suprema de Justicia, es oportuno mencionar que la inobservancia de reglas o normas preestablecidas de conducta es imprudencia *in re ipsa*, es decir, que implica un juicio automático de culpa cuando tiene una correlación jurídica con el daño resarcible, como es el caso que nos ocupa.

3.1.3. Nexos

Ahora, entre el hecho imputable a una persona física o jurídica y el daño causado, debe existir una relación de causalidad, es decir, que el daño debe ser efecto o resultado de aquel hecho, de tal manera que este último se configure como causa eficiente de la lesión o afectación al interés legítimo o derecho subjetivo de la víctima, por lo tanto debe ser actual o próximo, necesario o determinante y apto o adecuado para causar determinado daño (*Arturo Valencia, Álvaro Ortiz, Derecho Civil Tomo III, 2010, p. 261 y 262*).

Así las cosas, luego de hacer una valoración de las circunstancias y el material probatorio correspondiente al presente caso, se concluye que los hechos atribuidos al extremo pasivo de la litis, no son causas remotas sino actuales o próximas del daño causado al titular JULIÁN ORTIZ, en tanto el menoscabo o lesión al derecho subjetivo tutelado en este caso, fue consecuencia directa de los actos de comunicación al público de obras y fonogramas en el programa radial ya mencionado.

Por lo tanto, luego de haber encontrado que se cumplen todos los elementos indispensables requeridos para que exista responsabilidad en el presente caso, este Despacho encuentra a la sociedad ARC PRODUCCIONES S.A.S. civilmente responsable por el daño causado al accionante, de tal manera que se encuentra obligada a reparar el mismo.

3.2. Cuantificación del daño patrimonial

Respecto a la indemnización por la infracción al derecho patrimonial, debemos verificar si existen elementos probatorios que den cuenta de la existencia de un perjuicio de carácter material.

La demandante presentó con su escrito de acción un juramento estimatorio, el cual estimó los perjuicios patrimoniales causados en un valor igual a (\$60.915.000) SESENTA MILLONES NOVECIENTOS QUINCE MIL PESOS, sin embargo, tal juramento fue objetado de forma idónea por RCN, consecuentemente, acorde con el artículo 206 de nuestro estatuto adjetivo, se hizo el traslado por cinco días para que el demandante aportara o solicitara nuevas pruebas.

Sobre lo anterior, debe decirse que el efecto procesal de objetar el juramento estimatorio es precisamente quitarle su efecto probatorio, en tal sentido, este no podrá ser tomado como prueba de la cuantía que se pretende obtener como indemnización.

En el traslado de la objeción, el demandante aportó la copia de un artículo del periódico El Espectador denominado "Música hecha empresa" y una copia de las tarifas cobradas por Radio Red por concepto de cuñas radiales.

Sobre esta última manifestó: *"...dejo en consideración del despacho las tarifas relacionadas para, si lo juzga pertinente, realizar una nueva estimación. Si no es así, me atengo a lo relacionado en juramento estimatorio."*

Sobre las dos pruebas aludidas, debemos afirmar que, si bien son elementos que

guardan relación con el tema objeto de debate, las mismas no son idóneas para probar el perjuicio económico que eventualmente pudo haberse causado al señor JULIÁN ORTIZ pues ninguna de ellas es útil para demostrar la disminución que pudo haber sufrido en su patrimonio por la conducta de las accionadas.

Por otra parte, en relación con el tema específico, el despacho decretó de oficio en la audiencia inicial dos pruebas por informe a las sociedades de gestión colectiva SAYCO y ACINPRO, las cuales en respuestas obrantes a folios 160 a 164 y 182 a 186 del cuaderno 2, respectivamente, manifestaron lo siguiente:

En primer lugar, respecto a la pregunta realizada: *“Informe a este despacho si es posible identificar el valor a pagar al titular de los derechos de autor afiliado, a título de distribución, por comunicación pública en un organismo de radiodifusión en concreto.”*, ambos respondieron de forma positiva; en segundo lugar, respecto a la pregunta: *“¿Cuál sería tal valor unitario para el caso de la emisora RADIO RED BOGOTÁ, dial 970, frecuencia AM, durante la totalidad de los años 2013 a 2017?”*, cada uno de ellos remitió los correspondientes registros de reparto y el valor que correspondería a un titular de derechos de autor y conexos, como consecuencia de la comunicación pública en una emisora como RADIO RED BOGOTÁ en DIAL 970 en frecuencia AM, durante los años 2013 a 2017 —periodo durante el cual se transmitió el programa—.

Estos informes allegados, representan la remuneración que un titular asociado a cualquiera de dichas sociedades de gestión hubiere recibido de haberse encontrado en las situaciones de hecho que se discuten en el presente fallo. Así, las sociedades efectúan una liquidación sobre ciertas condiciones particulares, para saber que valor debe cancelarse a cada titular cuando una de sus obras o prestaciones, es radiodifundida, como en el caso concreto, a través de una emisora comercial en banda AM. Por lo tanto, los informes allegados y su contenido son un material probatorio de gran valor a la hora de calcular el perjuicio causado.

Respecto a los valores aportados en los informes, se encontró que, por parte de SAYCO, los mismos son liquidados trimestralmente, fluctuando el valor de cada sonada entre dichos periodos; por parte de ACINPRO, los valores de cada sonada son liquidados de forma semestral, donde también fluctúa el valor de periodo a periodo. En este último, debe tenerse presente que el valor obtenido por sonada es distribuido en un porcentaje de 50% entre el interprete y el productor fonográfico, calidades que en este caso recaen sobre la misma persona por lo cual recibiría el 100%.

Ahora, para el caso concreto, se acreditó que la canción “CIENTO POR CIENTO CARDENAL”, —obra y fonograma— la cual sirvió de cortinilla de entrada al programa en sus transmisiones, fue usada un número total de 750 veces.

Por otro lado, la canción “PRIMERO CAMPEONI” —obra y fonograma— fue usada de forma aleatoria en la transmisión del programa en 374 oportunidades.

Para calcular el valor por comunicación pública y utilización del fonograma que le correspondería en este caso al titular, procederemos, primero, a hacer el cálculo respecto a PRIMERO CAMPEONI, determinando lo que debió haber recibido el demandante por concepto de comunicación pública de su obra en calidad de autor conforme a la información suministrada por SAYCO, la cual acredita el pago que se efectuó a los titulares cuyas obras fueron difundidas por la emisora RADIO RED BOGOTA en la época de los hechos aquí debatidos. Acto seguido, estudiaremos lo que debió haber recibido el demandante por concepto de utilización para radiodifusión del fonograma en calidad de interprete y productor, conforme a la información análoga suministrada por ACINPRO.

Luego de ello, se repetirá el mismo procedimiento respecto a CIENTO POR CIENTO CARDENAL, pero únicamente respecto al fonograma —recordemos que sobre esta obra se concluyó que, si bien no se había efectuado un pago, no existía una infracción al derecho patrimonial de comunicación pública—.

Sobre PRIMERO CAMPEONI debe recordarse que no se utilizó al igual que la otra canción de forma continua, sino aleatoriamente a través de las diferentes transmisiones del programa de radio desde febrero de 2013 y hasta abril de 2017, motivo por el cual, este despacho hará un promedio de uso trimestral y semestral de dicha canción teniendo en cuenta el número total de utilizaciones de esta, asignándole el valor por sonada correspondiente según los informes allegados a este proceso por SAYCO y ACINPRO.

3.2.1. Cuantificación del daño para obra PRIMERO CAMPEONI

Como se anticipó, esta canción fue usada de forma aleatoria en 374 oportunidades, por lo cual, haciendo un promedio entre los 18 trimestres de utilización, se obtiene que la misma fue usada 20,77 veces por trimestre, y si se obtiene el promedio entre los 9 semestres de uso, se obtiene que la misma fue usada 41,55 veces por semestre.

En calidad de obra, para el primer trimestre de 2013, se desconoce el valor por sonada correspondiente, sin embargo, al disponer de la información sobre el valor que se pagó por los restantes tres periodos, haremos un promedio de tales pagos para llegar a un valor del primer trimestre del año.

Este valor promediado es igual a \$708,23, por lo tanto, al haberse usado la obra PRIMERO CAMPEONI un número igual a 20,77 veces, el total para este periodo será igual a \$14.710.

Para el segundo trimestre del año 2013, según el informe allegado, el valor fue igual a \$925,70, por lo tanto, al haberse usado la obra un número igual a 20,77 veces, el total para este periodo será igual a \$19.226.

Para el tercer trimestre del año 2013, según el informe allegado, el valor fue igual a \$442,22, por lo tanto, al haberse usado la obra un número igual a 20,77 veces, el total para este periodo será igual a \$8.769.

Para el cuarto trimestre del año 2013, según el informe allegado, el valor fue igual a \$756,77, por lo tanto, al haberse usado la obra un número igual a 20,77 veces, el total para este periodo será igual a \$15.718.

Así, se obtiene un valor igual a \$58.423 para el año 2013.

Para el primer trimestre del año 2014, según el informe allegado, el valor fue igual a \$591,72, por lo tanto, al haberse usado la obra un número igual a 20,77 veces, el total para este periodo será igual a \$12.290.

Para el segundo trimestre del año 2014, según el informe allegado, el valor fue igual a \$689,55, por lo tanto, al haberse usado la obra un número igual a 20,77 veces, el total para este periodo será igual a \$14.321.

Para el tercer trimestre del año 2014, según el informe allegado, el valor fue igual a \$580,55, por lo tanto, al haberse usado la obra un número igual a 20,77 veces, el total para este periodo será igual a \$12.058.

Para el cuarto trimestre del año 2014, según el informe allegado, el valor fue igual a \$762,60, por lo tanto, al haberse usado la obra un número igual a 20,77 veces, el total para este periodo será igual a \$15.839.

Así, se obtiene un valor igual a \$54.508 para el año 2014.

Para el primer trimestre del año 2015, según el informe allegado, el valor fue igual a \$491,21, por lo tanto, al haberse usado la obra un número igual a 20,77 veces, el total para este periodo será igual a \$10.202.

Para el segundo trimestre del año 2015, según el informe allegado, el valor fue igual a \$833,23, por lo tanto, al haberse usado la obra un número igual a 20,77 veces, el total

para este periodo será igual a \$17.306.

Para el tercer trimestre del año 2015, según el informe allegado, el valor fue igual a \$633,47, por lo tanto, al haberse usado la obra un número igual a 20,77 veces, el total para este periodo será igual a \$13.157.

Para el cuarto trimestre del año 2015, según el informe allegado, el valor fue igual a \$1.154,25, por lo tanto, al haberse usado la obra un número igual a 20,77 veces, el total para este periodo será igual a \$23.973.

Así, se obtiene un valor igual a \$64.638 para el año 2015.

Para el primer trimestre del año 2016, según el informe allegado, el valor fue igual a \$890,29, por lo tanto, al haberse usado la obra un número igual a 20,77 veces, el total para este periodo será igual a \$18.491.

Para el segundo trimestre del año 2016, según el informe allegado, el valor fue igual a \$1.264,89, por lo tanto, al haberse usado la obra un número igual a 20,77 veces, el total para este periodo será igual a \$26.271.

Para el tercer trimestre del año 2016, según el informe allegado, el valor fue igual a \$844,03, por lo tanto, al haberse usado la obra un número igual a 20,77 veces, el total para este periodo será igual a \$17.530.

Para el cuarto trimestre del año 2016, según el informe allegado, el valor fue igual a \$675,17, por lo tanto, al haberse usado la obra un número igual a 20,77 veces, el total para este periodo será igual a \$14.023

Así, se obtiene un valor igual a \$76.315 para el año 2016.

Para el primer trimestre del año 2017, según el informe allegado, el valor fue igual a \$384,15, por lo tanto, al haberse usado la obra un número igual a 20,77 veces, el total para este periodo será igual a \$7.978.

Para el segundo trimestre del año 2017, según el informe allegado, el valor fue igual a \$617,55, por lo tanto, al haberse usado la obra un número igual a 20,77 veces, el total para este periodo será igual a \$12.826.

Así, se obtiene un valor igual a \$20.804 para el año 2017.

De esta manera, el total por comunicación pública de la obra PRIMERO CAMPEONI por el periodo comprendido entre 6 de febrero de 2013 y 28 de abril de 2017, de acuerdo con las emisiones acreditadas por el demandante, será igual a \$274.688.

3.2.2. Cuantificación del daño para fonograma PRIMERO CAMPEONI

Ahora, en calidad de fonograma, para el primer semestre de 2013, según el informe allegado por ACINPRO, el valor de la sonada correspondiente es igual a \$129,35, por lo tanto, al haberse usado el fonograma PRIMERO CAMPEONI un número igual a 41,55 veces, el total para este periodo será igual a \$5.374.

Para el segundo semestre del año 2013, según el informe allegado, el valor fue igual a \$228,29, por lo tanto, al haberse usado el fonograma un número igual a 41,55 veces, el total para este periodo será igual a \$9.485.

Así, se obtiene un valor igual a \$14.859 para el año 2013.

Para el primer semestre del año 2014, según el informe allegado, el valor fue igual a \$155,97, por lo tanto, al haberse usado el fonograma un número igual a 41,55 veces, el total para este periodo será igual a \$6.480.

Para el segundo semestre del año 2014, según el informe allegado, el valor fue igual a \$103,74, por lo tanto, al haberse usado el fonograma un número igual a 41,55 veces, el total para este periodo será igual a \$4.310.

Así, se obtiene un valor igual a \$10.790 para el año 2014.

Para el primer semestre del año 2015, según el informe allegado, el valor fue igual a \$83,20, por lo tanto, al haberse usado el fonograma un número igual a 41,55 veces, el total para este periodo será igual a \$3.457.

Para el segundo semestre del año 2015, según el informe allegado, el valor fue igual a \$39,65, por lo tanto, al haberse usado el fonograma un número igual a 41,55 veces, el total para este periodo será igual a \$1.647.

Así, se obtiene un valor igual a \$5.104 para el año 2015.

Para el primer semestre del año 2016, según el informe allegado, el valor fue igual a \$164,36, por lo tanto, al haberse usado el fonograma un número igual a 41,55 veces, el total para este periodo será igual a \$6.829.

Para el segundo semestre del año 2016, según el informe allegado, el valor fue igual a \$105,56, por lo tanto, al haberse usado el fonograma un número igual a 41,55 veces, el total para este periodo será igual a \$4.386.

Así, se obtiene un valor igual a \$11.215 para el año 2016.

Para el primer semestre del año 2017, según el informe allegado, el valor fue igual a \$7,04, por lo tanto, al haberse usado el fonograma un número igual a 41,55 veces, el total para este periodo será igual a \$292.

Así, se obtiene un valor igual a \$292 para el año 2017.

De esta manera, el total por comunicación pública del fonograma PRIMERO CAMPEONI por el periodo comprendido entre 6 de febrero de 2013 y 28 de abril de 2017, de acuerdo con las emisiones acreditadas por el demandante, será igual a \$42.260.

3.2.3. Cuantificación del daño para fonograma CIENTO POR CIENTO CARDENAL:

Respecto a CIENTO POR CIENTO CARDENAL en calidad de fonograma, para el primer semestre de 2013, según el informe allegado por ACINPRO, el valor de la sonada correspondiente es igual a \$129,35, por lo tanto, al haberse usado el fonograma CIENTO POR CIENTO CARDENAL un número igual a 88 veces, el total para este periodo será igual a \$11.382.

Para el segundo semestre del año 2013, según el informe allegado, el valor fue igual a \$228,29, por lo tanto, al haberse usado el fonograma un número igual a 91 veces, el total para este periodo será igual a \$20.774.

Así, se obtiene un valor igual a \$32.156 para el año 2013.

Para el primer semestre del año 2014, según el informe allegado, el valor fue igual a \$155,97, por lo tanto, al haberse usado el fonograma un número igual a 84 veces, el total para este periodo será igual a \$13.101.

Para el segundo semestre del año 2014, según el informe allegado, el valor fue igual a \$103,74, por lo tanto, al haberse usado el fonograma un número igual a 97 veces, el total para este periodo será igual a \$10.062.

Así, se obtiene un valor igual a \$23.163 para el año 2014.

Para el primer semestre del año 2015, según el informe allegado, el valor fue igual a \$83,20, por lo tanto, al haberse usado el fonograma un número igual a 88 veces, el total para este periodo será igual a \$7.321.

Para el segundo semestre del año 2015, según el informe allegado, el valor fue igual a \$39,65, por lo tanto, al haberse usado el fonograma un número igual a 88 veces, el total para este periodo será igual a \$3.489.

Así, se obtiene un valor igual a \$10.810 para el año 2015.

Para el primer semestre del año 2016, según el informe allegado, el valor fue igual a \$164,36, por lo tanto, al haberse usado el fonograma un número igual a 95 veces, el total para este periodo será igual a \$15.614.

Para el segundo semestre del año 2016, según el informe allegado, el valor fue igual a \$105,56, por lo tanto, al haberse usado el fonograma un número igual a 77 veces, el total para este periodo será igual a \$8.128.

Así, se obtiene un valor igual a \$23.742 para el año 2016.

Para el primer semestre del año 2017, según el informe allegado, el valor fue igual a \$7,04, por lo tanto, al haberse usado el fonograma un número igual a 42 veces, el total para este periodo será igual a \$295.

Así, se obtiene un valor igual a \$295 para el año 2017.

De esta manera, el total por comunicación pública del fonograma CIENTO POR CIENTO CARDENAL por el periodo comprendido entre 6 de febrero de 2013 y 28 de abril de 2017, de acuerdo con las emisiones acreditadas por el demandante, será igual a \$90.166.

En tal sentido, una vez realizada la liquidación completa conforme a las pruebas por informe allegadas, se obtiene que, por concepto de comunicación pública de la obra y utilización del fonograma PRIMERO CAMPEONI, se obtiene un total de \$316.948 (Trescientos dieciséis mil novecientos cuarenta y ocho pesos) y por concepto de utilización del fonograma CIENTO POR CIENTO CARDENAL se obtiene un total de \$90.166 (Noventa mil ciento sesenta y seis pesos).

Lo anterior, arroja un total de \$407.114 (Cuatrocientos siete mil ciento catorce pesos).

En ese orden de ideas, puede apreciarse que, entre el valor probado y la suma originalmente estimada, la cual era de \$60.915.000 (Sesenta millones novecientos quince mil pesos), hay una diferencia de \$60.507.886 (Sesenta millones quinientos siete mil ochocientos ochenta y seis pesos).

3.3. Solidaridad

En primer lugar, respecto a la responsabilidad de la sociedad RCN, el apoderado manifestó en sus alegatos que en los términos del artículo 54 de la Decisión 351 su representada jamás prestó el apoyo para la comisión de la infracción. Así, debe traerse a colación la disposición referida, la cual dispone que *“Ninguna autoridad ni persona natural o jurídica, podrá autorizar la utilización de una obra, interpretación, producción fonográfica o emisión de radiodifusión o prestar su apoyo para su utilización, si el usuario no cuenta con la autorización expresa previa del titular del derecho o de su representante. En caso de incumplimiento será solidariamente responsable.”* (Subrayado propio).

Analizando la disposición anterior, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en sentencia 24-IP-98 concluyó que el vocablo “apoyo” consiste en *“amparo, respaldo, asistencia, cooperación y colaboración, razón por la cual debe considerarse que la prestación de apoyo no sólo incluye actos positivos o de acción, sino también actos*

negativos o de omisión”, por lo tanto, tales hechos omisivos también se encuentran dentro del supuesto de hecho del referido artículo 54.

En segundo lugar, el artículo 2347 del código civil consagra la responsabilidad por el hecho ajeno de la siguiente manera:

“Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado.

Así, los padres son responsables solidariamente del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa.

Así, el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado.

Así, los directores de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos mientras están bajo su cuidado, y los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices, o dependientes, en el mismo caso.

Pero cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho.”

Sobre esta disposición, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 15 de marzo de 1996 con radicado 4637 y reiterada en sentencia del 18 de noviembre de 2019, dispuso lo siguiente:

«(...) algunas personas son tenidas por civilmente responsables de los daños que con culpa otras ocasionan a terceros, en la medida en que existan de por medio lazos de dependencia familiar, educativa, profesional o empresarial que por su naturaleza les permitan a las primeras, de hecho o por derecho y aun de manera apenas ocasional, dirigir la actividad de las segundas, ello en el entendido que si a alguien se le imputa responsabilidad de esta clase en concepto de agente indirecto del perjuicio cuya indemnización se reclama, es debido a la “culpa” que revela la deficiente orientación o el control insuficiente de conductas ajenas que son de su incumbencia.

(...)

es una situación de hecho en la cual, para su adecuada configuración en vista de la finalidad que se propone alcanzar aquella regla de la codificación civil, basta con que aparezca, caracterizado de modo concluyente desde luego en términos probatorios, que en la actividad causante del daño el dependiente, autor material del mismo, puso en práctica una función determinada para servicio o utilidad del principal, y además, que en el entorno circunstancial concreto y con respecto al desempeño de dicha función, haya mediado subordinación del dependiente frente al principal, toda vez que si no existe una razonable conexión entre la función y el hecho dañoso o si en este último no se descubre aquella implementación de la actividad ajena en interés del empresario de quien por reflejo se pretende obtener la correspondiente reparación, es evidente que el sistema de responsabilidad que se viene examinando no puede operar y para la víctima desaparece, al menos como prerrogativa jurídicamente viable, esa posibilidad de resarcimiento»

Así, en el caso bajo examen, en la audiencia inicial siendo las 11:07 a.m. el señor Javier Márquez Vargas, representante judicial y gerente jurídico de RCN mencionó:

“¿Nosotros que hacemos con la frecuencia? Tratamos de explotarla comercialmente, dando acceso y autorización para que terceras personas realicen y hagan en ese espacio un programa determinado previa conversación y aceptación por la parte de programación de la compañía.”

De igual manera, a las 11:11 a.m. afirmó:

“Es un contrato de arrendamiento en el cual nosotros prácticamente programamos la estación y la comercializamos o a su vez, sub arrendamos espacios como el caso concreto de ARC Producciones.

¿Como la comercializamos? Autorizamos la realización de espacios para que a su vez un tercero la programe y la explote.”

A partir de lo anterior, se puede concluir que, al haber una previa aceptación por la programación de la compañía, una labor de autorización, hay también una verificación al

menos general del programa que será radiodifundido, así mismo, a partir de la declaración es claro que RCN obtiene un beneficio económico donde ARC se encuentra subordinada a este.

Por otra parte, siendo las 11:14 a.m. al indagar el despacho al representante judicial y gerente jurídico de RCN lo siguiente:

“Ustedes aportan con la contestación de la demanda un paz y salvo de unas sociedades de gestión colectiva y en el mismo se hace mención a Radio Cadena Nacional y a Vital inversiones ¿Usted me puede mencionar como se da este fenómeno?”

El interrogado contestó:

“En el contrato de arrendamiento, nosotros como arrendatarios nos obligamos a pagar los derechos de autor y conexos. Como nos obligamos a eso y nosotros tenemos un contrato marco con ACINPRO y con SAYCO, pues cualquier obra que se pase en el medio, supuestamente, supuestamente no; debe estar amparada en ese contrato.

Nosotros pagamos a estas sociedades de gestión cifras considerables por la utilización de estos derechos.” (Subrayado propio).

De la respuesta del señor Márquez Vargas, es claro que a pesar de esgrimir que la sociedad ARC era la única responsable civilmente en este caso y que era “completamente autónoma”, se confiesa que RCN estaba a cargo del pago de los derechos de autor y conexos de la emisora, es decir, de la obligación derivada por la comunicación pública en la emisora RADIO RED 970 AM la cual fue arrendada por VITAL INVERSIONES S.A. a RCN.

Así mismo, si bien en el contrato allegado, celebrado entre RCN y ARC, se establece la responsabilidad de esta última frente a las eventuales reclamaciones que pudieran surgir en virtud del contrato celebrado entre las dos partes, RCN jamás vinculó en la presente controversia a la sociedad que alega tenía la responsabilidad exclusiva, aun cuando pudo haber invocado la figura del llamamiento en garantía, lo cual no obsta para que pueda iniciar una acción en tal sentido posteriormente.

En el mismo sentido, es diáfano que al estar a cargo la sociedad RCN del pago por concepto de derechos de autor y conexos, tuvo un control u orientación insuficiente de conductas, que si bien son ajenas, resultan de su incumbencia y las cuales, bajo la autoridad y cuidado cuya posición le confiere, podría haber evitado.

Por otra parte, si como mencionó el apoderado de RCN en sus alegatos de conclusión, en el eventual caso de que su representada fuera declarada responsable, las sociedades SAYCO y ACINPRO asumieron el compromiso de sufragar aquellas obligaciones que no estuvieran comprendidas dentro del contrato celebrado con ellas, RCN pudo haber invocado la responsabilidad de aquellas sociedades mediante la figura del llamamiento en garantía, actuación que no hizo, sin que esto implique que no pueda iniciar una acción posterior con tal fin.

Finalmente, es diáfano que en el caso analizado RCN es responsable solidariamente por las infracciones cometidas en esta controversia, en particular, sobre los derechos de autor y conexos que posee el señor JULIÁN ORTIZ y los cuales se vieron vulnerados por cuenta de la utilización de su obra y prestaciones en el programa deportivo “Ciento por ciento Cardenal”.

4. Sobre la infracción de derechos morales de paternidad e inédito

Para hacer el análisis en el caso bajo estudio sobre los derechos morales de divulgación y paternidad y su eventual infracción, debemos traer a colación que en el caso convergen tres sujetos de protección en la misma persona natural, quien es el demandante. Tales sujetos son el autor, el artista intérprete y ejecutante y el productor fonográfico.

Debemos advertir que los productores fonográficos únicamente poseen prerrogativas de carácter patrimonial y no de índole moral, pues estas últimas recaen únicamente para

los autores y artistas intérpretes y ejecutantes. Por lo anterior, el análisis se circunscribirá a la calidad de autor y artista; consecuentemente no habrá lugar a hablar de una infracción de derechos morales sobre un productor y se negarán las pretensiones del demandante en este sentido.

4.1. Sobre el derecho a mantener la obra inédita

El derecho de divulgación, también denominado comúnmente como “derecho de ineditud”, se encuentra consagrado en la normativa andina, la cual no sobra recordar es de aplicación directa y preferente. Específicamente, la Decisión Andina 351 de 1993 en su artículo 11, literal a), dispone que *“El autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de conservar la obra inédita o divulgarla”*. En el mismo sentido está consagrado dicho derecho en nuestra ley nacional, específicamente en el artículo 30, literal c) de la ley 23 de 1982 el cual consagra que *“El autor tendrá sobre su obra un derecho perpetuo, inalienable, e irrenunciable para conservar su obra inédita o anónima hasta su fallecimiento, o después de él cuando así lo ordenase por disposición testamentaria;”*

A partir de la lectura es claro que este derecho está consagrado a favor de los autores, sin embargo, respecto de los intérpretes y ejecutantes, si bien no existe tal derecho moral consagrado en la legislación andina, pues el artículo 35 de la Decisión 351 solamente consagra el derecho de paternidad y de integridad respecto de estos, nuestra norma nacional en el artículo 174 estableció que: *“Los artistas, intérpretes o ejecutantes tienen los derechos morales consagrados por el artículo 30 de la presente Ley.”*, estando dentro de estos claramente incluido el derecho de divulgación.

Ahora, sobre el referido derecho, la doctrinante Delia Lipszyc en su obra derecho de autor y derechos conexos, en la página 161 ha referido:

“Como la divulgación de la obra consiste en hacerla accesible al público, no puede considerarse como tal la comunicación a terceros de la obra inédita hecha en forma privada, entre familiares o amistades del autor o a posibles utilizadores a fin de contratar la explotación y ni siquiera lo es la lectura o el recitado de una obra durante los ensayos. Poner la obra en conocimiento de otras personas, por sí solo, no equivale a divulgación; esta requiere del consentimiento del autor y de un público, de un número de personas indeterminadas que permita considerar que la obra ha salido del círculo privado del autor.”

En relación con el derecho moral de divulgación, quedó determinado en la fijación del litigio llevada a cabo en la audiencia inicial que solo se examinará respecto a la obra “CIENTO POR CIENTO CARDENAL”, pues la obra “PRIMERO CAMPEONI” fue publicada por el mismo autor en internet.

En relación con la obra “CIENTO POR CIENTO CARDENAL”, como refiere la ley y la doctrina, el autor tiene la facultad de conservarla inédita o divulgarla, esto quiere decir que el acto en el cual dicha obra sale de su círculo privado debe estar mediado por su consentimiento.

Sobre el particular, podemos observar en el material probatorio recaudado que fue JULIÁN ORTIZ quien facultó al señor Leonardo Pedraza para que hiciera uso en el programa deportivo de su obra “CIENTO POR CIENTO CARDENAL”. Como el mismo mencionó en el interrogatorio de parte realizado en la audiencia inicial siendo las 10:27 a.m., él fue quien envió la canción, la cual fue aprobada para que apareciera en dicho programa radial.

Dado lo anterior, no podría hablarse de una vulneración al derecho moral que hacemos referencia sobre “CIENTO POR CIENTO CARDENAL” como obra cuando fue el mismo titular quien facultó a un tercero para que su creación fuera conocida por un número indeterminado de personas, en el caso particular, oyentes del programa deportivo que formaba parte de la programación de la emisora RADIO RED BOGOTÁ.

De conformidad con lo precedente, este Despacho no accederá a las pretensiones de la demandante en relación con este derecho.

4.2. Sobre el derecho de paternidad

Respecto al derecho moral de paternidad, la Decisión Andina 351 en su artículo 11, literal b), dispone que el autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de *“reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento”*.

De igual forma, el artículo 30, literal a) de la ley 23 de 1982 dispone que el autor tendrá sobre su obra un derecho perpetuo, inalienable, e irrenunciable para *“Reivindicar en todo tiempo la paternidad de su obra y, en especial, para que se indique su nombre o seudónimo cuando se realice cualquiera de los actos mencionados en el artículo 12 de esta Ley;”*

De otro lado, respecto a la paternidad como facultad de orden moral de los artistas, la Decisión 351 en el artículo 35 literal a) consagró que estos tienen el derecho de *“Exigir que su nombre figure o esté asociado a cada interpretación o ejecución que se realice;”*.

Ahora, como ya se refirió respecto al derecho de divulgación, la ley nacional hace una remisión expresa en el artículo 171 de la Ley 23 de 1982, disponiendo que *“Los artistas, intérpretes o ejecutantes tienen los derechos morales consagrados por el artículo 30 de la presente Ley.”*

Sobre el particular, el doctrinante Ricardo Antequera Parilli en la página 217 de su obra *“Estudios de derecho de autor y derechos afines”* afirma que en este caso al hacer una remisión explícita, se reconocen a los artistas los mismos derechos morales de los autores, así como sus particularidades.

La doctrina también ha señalado que es aquel derecho que protege el vínculo que une al autor con su creación. Delia Lipzsys, en la página 165 de su libro *“derecho de autor y derechos conexos”*, enseña que este es *“(…) el derecho del autor a que se reconozca su condición de creador de la obra”*; y sobre los artistas en la página 377 señala que *“es el derecho que tiene el intérprete a que su nombre sea unido a su interpretación (también se lo denomina derecho a la identificación del artista).”*

Descendiendo sobre el conflicto, el demandante afirmó en los hechos del escrito de demanda que nunca se había reconocido su calidad como autor y artista intérprete y ejecutante de las dos canciones que fueron usadas en la emisora RADIO RED BOGOTÁ, específicamente en el programa deportivo Ciento por ciento Cardenal.

Sobre tal hecho, teniendo presente que el mismo es susceptible de confesión y que en el conflicto ARC no contestó la demanda, conforme al artículo 97 del CGP debe presumirse como cierto.

Adicionalmente, para sustentar su afirmación, como ya fue referido, el accionante aportó a folios 79 a 85 del cuaderno 1 del expediente copia de 750 grabaciones de las transmisiones de dicho programa, durante las cuales no se hace en ninguna oportunidad mención sobre la calidad de autor y artista intérprete y ejecutante del acá demandante.

Ahora, si bien este Despacho es consciente de que puede resultar irrazonable para el desarrollo de un programa o para la programación de una emisora, que se haga la correspondiente mención de las calidades de autores y artistas sobre cada canción de la cual se hace uso al aire, la demandada no acreditó el cumplimiento de dicha mención de ninguna otra forma.

En conclusión, es diáfano que ARC como productor del programa radial *“Ciento por ciento Cardenal”* no cumplió en ningún momento con la obligación de efectuar un reconocimiento en cualquier forma a la calidad de autor y artista intérprete y ejecutante que ostentaba el señor JULIÁN ORTIZ, constituyendo así una infracción a su derecho moral de paternidad.

4.3. Sobre la responsabilidad

Del análisis realizado en el acápite de los derechos patrimoniales, es claro que la conducta de la sociedad ARC estuvo encaminada a desconocer las prerrogativas del señor Julián Ortiz, no solo en su esfera patrimonial, sino también en la moral, pues como se observó, las acciones u omisiones de una persona pueden tener consecuencias las cuales se pueden materializar en un daño, no solo de carácter patrimonial sino también extrapatrimonial o moral. En el caso *sub judice*, al haberse utilizado en el programa radial las dos obras y las correspondientes interpretaciones y ejecuciones del demandante, sin haberse otorgado el reconocimiento a su derecho de paternidad de ninguna forma, es patente que se infringió el derecho moral, ocasionando *per se* un daño al señor JULIÁN ORTIZ en ese aspecto subjetivo que protege dicho derecho, y es el vínculo intrínseco existente entre el autor y su creación, o entre el artista y su correspondiente interpretación y/o ejecución.

En suma, la omisión por parte de ARC es causa directa del daño extrapatrimonial causado al demandante, como consecuencia, estará obligado a indemnizar o reparar tal daño.

4.4. Reparación del daño extrapatrimonial

Ahora, refiriéndonos a las pretensiones consecuenciales, debemos recordar que en el derecho de autor cada grupo de derechos tiene finalidades distintas, dependiendo de la tipología de estos se puede derivar el perjuicio patrimonial o extrapatrimonial.

Para el caso de los derechos morales, que es el que ocupa este acápite, siguiendo a Pascual Martínez Espín, en su obra titulada *El daño moral contractual en la ley de propiedad intelectual*, podemos afirmar que *“el daño que puede derivar de la lesión de un derecho moral puede ser de carácter patrimonial o moral, (...) existirá un daño moral cuando la lesión de un derecho moral no tenga repercusiones sobre el patrimonio del autor”*.

Aunado a lo anterior y como ha sido mencionado en anteriores pronunciamientos de esta Subdirección, como el fallo 1-2017-67118 del 5 de septiembre de 2018 y el 1-2018-2166 del 10 de junio de 2019, *“...la infracción a un derecho moral supone un daño extra patrimonial, pues esto es lo que busca proteger el legislador con la consagración de tales prerrogativas, adicionalmente, una infracción a un derecho moral también puede generar daños materiales, cuando dicha infracción tenga repercusión sobre el patrimonio del autor, sin embargo, como la finalidad de estos derechos no es la protección económica del creador, mientras el primero debe ser alegado, el segundo debe ser probado de manera independiente.”*

De la relación causa efecto que debe existir entre los actos y omisiones y el daño ocasionado, en el presente caso resulta claro, conforme todo el acervo probatorio, así como de los hechos que deben presumirse ciertos producto de la falta de contestación de la demanda por la sociedad ARC, que la sociedad fue la causante de los daños extrapatrimoniales derivados de la infracción al derecho moral de paternidad y por lo tanto está obligada a reparar.

De cara a este punto, es necesario mencionar que dentro del ordenamiento jurídico civil colombiano, no existen parámetros normativos que permitan determinar objetivamente el monto para restaurar el daño extrapatrimonial. Sin embargo, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado reiteradamente la postura en la cual el juez es el encargado de tasar el valor de estos perjuicios, tal como se menciona en la sentencia del 18 de septiembre de 2009 con Magistrado Ponente William Namén Vargas:

“(...) la determinación del monto del daño moral como un valor correspondiente a su entidad o magnitud, es cuestión deferida al prudente arbitrio del juzgador según las circunstancias propias del caso concreto y los elementos de convicción.”

Como se observa, es deber del juzgador determinar el mencionado monto de acuerdo a su arbitrio. Sin embargo, no puede interpretarse como un mero capricho, sino como una

facultad fundada en unos criterios razonables, tal como lo expresó la Corte en la misma sentencia antes referida:

“Superadas algunas corrientes adversas y, admitida por esta Corte la reparación del daño moral sin más restricciones para fijar su cuantía que las impuestas por la equidad, conforme al marco concreto de circunstancias fácticas, a partir de la sentencia de 27 de septiembre de 1974, es su criterio inalterado, la inaplicabilidad de las normas penales para su tasación, remitiéndose al arbitrium iudicis, naturalmente, ponderado, razonado y coherente según la singularidad, especificación, individuación y magnitud del impacto, por supuesto que las características del daño, su gravedad, incidencia en la persona, el grado de intensidad del golpe y dolor, la sensibilidad y capacidad de sufrir de cada sujeto, son variables a la valoración del juez.”

De esta manera, es posible decir que la cuantificación del daño debe hacerse de forma equilibrada, fundada en motivos probados, teniendo en cuenta tanto la extensión del golpe emocional producido por el hecho dañino, como las circunstancias particulares que lo rodearon, las cuales son las que distinguen cada caso de otros similares, así como también debe tenerse en cuenta la afectación de la persona, el grado de fuerza del dolor infligido y la facultad de cada sujeto de soportar dicho dolor.

Descendiendo sobre el mismo, en relación con la incidencia del daño en la persona, este despacho pudo constatar que el desconocimiento de la paternidad de la demandante sobre las obras e interpretaciones usadas se materializó, pues como se observó en el interrogatorio de parte, el señor JULIÁN ORTIZ manifestó sentir molestia y sufrimiento al ver que se hacía uso de sus creaciones sin que se le diera el crédito correspondiente, el cual, según su dicho, pudo haberle servido también como fuente de futuros trabajos o encargos. A pesar de lo anterior, de su declaración también dejó entrever el haber superado tal situación y por el contrario, no se pudo acreditar en el proceso que tal experiencia hubiera afectado de forma permanente o profunda al demandante.

Así las cosas, en relación con la décimo segunda pretensión, considera este despacho que tal solicitud es proporcional y cumple con el principio de reparación integral, pues si bien el dinero es una forma de mitigar el sufrimiento causado por un daño de carácter moral, tal no es suficiente para reparar completamente esta afectación, motivo por el cual, se considera que la forma más adecuada para mitigar el daño causado, es dar el crédito correspondiente al aquí demandante, en su calidad tanto de autor como artista intérprete y ejecutante, posibilidad que no tuvo y debió soportar durante el tiempo que duró la transmisión del programa “Ciento por ciento Cardenal”.

Por lo anterior, esta Subdirección ordenará a ARC PRODUCCIONES S.A.S. y a RADIO CADENA NACIONAL S.A.S. realizar dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, una publicación en la emisora RADIO RED BOGOTÁ, dial 970 AM, donde se mencione al señor JULIÁN ALEJANDRO ORTIZ ROJAS como autor, intérprete y ejecutante de las obras musicales tituladas “CIENTO POR CIENTO CARDENAL” y “PRIMERO CAMPEONI” aclarando que las mismas fueron usadas al interior del programa radial “Ciento por ciento Cardenal”. Dicha publicación también deberá realizarse en la página web donde conste la información de la emisora en comentario por un término de 30 días calendario.

Adicionalmente, como consecuencia de las pretensiones novena y décima, y al tener en cuenta el transcurso del tiempo en el cual el señor JULIÁN ORTIZ vio negada la posibilidad de ser reconocido como autor y artista intérprete y ejecutante, se condenará a ARC PRODUCCIONES S.A.S. a pagarle a la demandante, dentro de los diez (10) días calendario siguientes a la ejecutoria de este fallo, la suma de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por concepto de perjuicio extrapatrimonial, el cual, al vencimiento de dicho plazo, devengará un interés legal civil moratorio del 6% anual, hasta el momento en que se satisfaga la obligación.

La anterior suma encuentra sustento en la envergadura o magnitud de la infracción, pues la paternidad no solo fue desconocida respecto a una obra, en el caso bajo examen se desconoce la autoría del demandante sobre dos de sus creaciones en las cuales fungió como autor de letra y compositor. Aunado a ello, se afectó su derecho de paternidad al omitirse el crédito correspondiente como artista intérprete y ejecutante de tales obras.

Finalmente, debe resaltarse el hecho de que la paternidad se vio especialmente afectada en el particular, pues la difusión de sus creaciones e interpretaciones se hizo de forma masiva mediante radiodifusión, llegando así a múltiples personas quienes no tuvieron la oportunidad de saber quién fue el autor y artista intérprete y ejecutante.

4.5. Solidaridad

Respecto a la solidaridad, aplicaran los mimos supuestos abordados por este despacho anteriormente en el acápite relativo al daño patrimonial, como resultado, RCN será responsable solidariamente respecto a la indemnización del daño extrapatrimonial causado al demandante.

5. Multa por exceso en el juramento estimatorio

Ahora, frente a la aplicación de la sanción a la que hace referencia el artículo 206 del CGP, al exceder la cantidad estimada en más del cincuenta por ciento (50%) a la que se encontró probada, se procederá a condenar a quien hizo el juramento estimatorio, en este caso el accionante, a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada. Es decir, una suma igual a los \$6.050.788 (SEIS MILLONES CINCUENTA MIL SETECIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS).

6. Sobre las costas

Una vez resuelto lo anterior, es momento de pronunciarse respecto de las costas. El numeral 1 del artículo 365 del CGP, señala que se condenará en este concepto 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. De tal forma, este Despacho condenará en costas a los demandados, para que una vez 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.

En lo referente a las agencias en derecho, de acuerdo con lo señalado por el artículo 5 del Acuerdo No. PSAA16-10554, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, y considerando criterios como la cuantía y naturaleza del proceso, así como la calidad y la duración de la gestión realizada por el apoderado de la parte demandante en reconvención, se procederá a fijar como monto de estas el cinco por ciento (5%) de lo concedido fruto de pretensiones pecuniarias, esto es \$898.155 (OCHOCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL CIENTO CINCUENTA Y CINCO PESOS M/CTE).

En mérito de lo expuesto, Carlos Andrés Corredor Blanco, Subdirector Técnico 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: Declarar que la sociedad ARC PRODUCCIONES S.A.S., identificada con el NIT 900387609-0, a través de la emisora identificada como RADIO RED BOGOTÁ, con frecuencia 970 kHz en banda AM, individualizada con número de identificación 51342 del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones-MINTIC y con distintivo HJCI, efectuó la radiodifusión sonora sin autorización previa y expresa de la obra "PRIMERO CAMPEONI", infringiendo así el derecho patrimonial de comunicación pública del señor JULIÁN ALEJANDRO ORTIZ ROJAS.

SEGUNDO: Declarar que la sociedad ARC PRODUCCIONES S.A.S. a través de la emisora RADIO RED BOGOTÁ ya identificada, si bien comunicó al público la obra "CIENTO POR CIENTO CARDENAL" cuyo coautor es el señor JULIÁN ALEJANDRO ORTIZ ROJAS, este acto se realizó con autorización previa y expresa del demandante, razón por la cual no es procedente la declaratoria de infracción.

TERCERO: Declarar que la sociedad ARC PRODUCCIONES S.A.S. a través de la emisora RADIO RED BOGOTÁ ya identificada, comunicó al público los fonogramas titulados “CIENTO POR CIENTO CARDENAL” y “PRIMERO CAMPEONI” y las interpretaciones y ejecuciones fijadas en ellos, sin abonar la respectiva remuneración a JULIÁN ALEJANDRO ORTIZ ROJAS como titular, infringiendo así tales derechos conexos.

CUARTO: Declarar que la sociedad ARC PRODUCCIONES S.A.S. infringió el derecho moral de paternidad del señor JULIÁN ALEJANDRO ORTIZ ROJAS en su calidad de autor de las obras “CIENTO POR CIENTO CARDENAL” y “PRIMERO CAMPEONI”.

QUINTO: Declarar que la sociedad ARC PRODUCCIONES S.A.S. infringió el derecho moral de paternidad del señor JULIÁN ALEJANDRO ORTIZ ROJAS en su calidad de artista intérprete y ejecutante de las obras “CIENTO POR CIENTO CARDENAL” y “PRIMERO CAMPEONI” fijadas en los fonogramas que llevan los mismos títulos.

SEXTO: Condenar a la sociedad ARC PRODUCCIONES S.A.S. a pagar a favor del demandante JULIÁN ALEJANDRO ORTIZ ROJAS dentro de los diez (10) días calendario siguientes a la ejecutoria de este fallo, la suma de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por concepto de perjuicio extrapatrimonial, el cual, al vencimiento de dicho plazo, devengará un interés legal civil moratorio del 6% anual, hasta el momento en que se satisfaga la obligación.

SÉPTIMO: Declarar que no se infringió ningún derecho moral del señor JULIAN ALEJANDRO ORTIZ ROJAS como productor fonográfico; que no existió una infracción al derecho moral de divulgación o ineditud del demandante sobre las obras “CIENTO POR CIENTO CARDENAL” y “PRIMERO CAMPEONI” ni de sus correspondientes interpretaciones o ejecuciones; y por lo tanto, **negar** las pretensiones del demandante en este sentido.

OCTAVO: Negar las excepciones de mérito restantes propuestas por RADIO CADENA NACIONAL S.A.S.

NOVENO: Condenar a la sociedad ARC PRODUCCIONES S.A.S. a pagar a favor del demandante JULIÁN ALEJANDRO ORTIZ ROJAS dentro de los diez (10) días calendario siguientes a la ejecutoria de este fallo, la suma de \$407.014 (CUATROCIENTOS SIETE MIL CIENTO CATORCE PESOS M/CTE) por concepto de perjuicio material derivado de la infracción a los derechos patrimoniales de autor y conexos del demandante, de conformidad con lo mencionado en la parte considerativa de esta sentencia.

DÉCIMO: Declarar solidariamente responsable a la sociedad RADIO CADENA NACIONAL S.A.S., identificada con NIT 890.903.910-2.

UNDÉCIMO: Ordenar a ARC PRODUCCIONES S.A.S. y a RADIO CADENA NACIONAL S.A.S. realizar dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, una publicación en la emisora RADIO RED BOGOTÁ, dial 970 AM, donde se mencione al señor JULIÁN ALEJANDRO ORTIZ ROJAS como autor, intérprete y ejecutante de las obras musicales tituladas “CIENTO POR CIENTO CARDENAL” y “PRIMERO CAMPEONI” aclarando que las mismas fueron usadas al interior del programa radial “Ciento por ciento Cardenal”. Dicha publicación también deberá realizarse en la página web donde conste la información de la emisora en comentario por un término de 30 días calendario.

DUODÉCIMO: Condenar al señor JULIÁN ALEJANDRO ORTIZ ROJAS a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada como cuantificación de daños y perjuicios y la probada en la presente causa, esto es la suma de \$6.150.788 (SEIS MILLONES CINCUENTA MIL SETECIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS M/CTE).

DECIMOTERCERO: Condenar en costas a las sociedades demandadas.

DECIMOCUARTO: Fijar agencias en derecho en favor del demandante por el 5% de lo concedido fruto de las pretensiones pecuniarias, esto es, (\$898.155) OCHOCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL CIENTO CINCUENTA Y CINCO PESOS M/CTE.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CACB

CARLOS ANDRÉS CORREDOR BLANCO
Subdirector Técnico de Asuntos Jurisdiccionales