

Fallos de la Dirección Nacional de Derechos de Autor y sus subreglas.

Luis Fernando De Jesús Rodríguez Bernal.

Facultad de Derecho, Universidad EAFIT

Maestría en Derecho

Dr. Jose Santiago Rendón

07 de diciembre de 2023

Tabla de Contenido.

Resumen	4
Método	5
Resultados	5
Justificación.....	6
Objetivos de la investigación	6
Objetivo General:	6
Objetivo Específico:.....	7
Parte I.....	8
Capítulo I.....	8
1. Conceptos generales.....	8
1.2. Responsabilidad Civil	18
2. Responsabilidad civil y los derechos de autor y conexos.....	34
2.1. Daño.....	37
2.2. Nexos Causales	38
Parte II	39
3. Dirección Nacional de Derechos de Autor – perspectivas de la responsabilidad civil	39
3.1. Creación y funciones	39
3.2. Primera Perspectiva – responsabilidad civil subjetiva	40
3.3. Segunda perspectiva – responsabilidad civil objetiva	42
4. Extractos Jurisprudenciales	42

5. Seguridad Jurídica – Sentencia C-836/01.	93
6. Subreglas Jurisprudenciales.....	94
7 . Conclusiones.....	108
Referencias.....	109

Resumen

El objetivo de este trabajo es identificar las subreglas fijadas por la Dirección Nacional de Derechos de Autor (de ahora en adelante DNDA) en sus sentencias, para determinar la existencia de una infracción a los derechos de autor y conexos y constatar la concreción del principio de Seguridad Jurídica en sus decisiones por infracción de derechos de autor y conexos en relación con obras artísticas, científicas y literarias, para lo cual se abordarán el estudio de sus pronunciamientos, reforzando así el reconocimiento de instancias alternativas a la ordinaria.

Palabras clave: Derecho de autor, DNDA, responsabilidad civil, conducta, culpa, responsabilidad objetiva.

Abstract: The purpose of this paper is to identify the sub-rules set by the DNDA in its rulings, to determine the existence of an infringement of copyright and related rights and to verify the concretion of the principle of legal certainty in its decisions for infringement of copyright and related rights in relation to artistic, scientific and literary works, for which the study of its pronouncements will be addressed, reinforcing this way, the recognition of alternative instances to the ordinary.

Introducción

De antaño es conocido que existe la idea en el imaginario social y entre abogados que acudir ante la jurisdicción es el mecanismo idóneo pero menos eficaz para la resolución de sus conflictos, sin embargo, no solo existen otros mecanismos o métodos de resolución de conflictos, si no también, otras autoridades competentes para ello, de lo que se pretende dar cuenta con el estudio de los pronunciamientos de la DNDA, puesto que debido a lo novedoso de su competencia para conocer

de estos asuntos, es poco conocida la posibilidad de acudir ante ella. Sin embargo, debe también señalarse que esta competencia otorgada no determina únicamente el alcance de su actuar, si no también el modo de su proceder, por lo que sus pronunciamientos deben estar sujetos al imperio de la Ley, y por tanto, conocer, cumplir y respetar distintas figuras, descendiendo particularmente en materia legal, judicial y jurisprudencial, por lo que será necesario estudiarse conceptos como los de derechos de autor, responsabilidad civil y precedente judicial, para comprender así la concreción del principio de seguridad jurídica.

Método

Respecto a la metodología usada, es la de una investigación jurídica, pero esta es de carácter mixto pues se aborda el estudio de la normativa, doctrina y los pronunciamientos de la DNDA.

Ahora bien, el objeto de estudio serán esos últimos, para lo cual se escogerán para su estudio aquellos pronunciamientos de mayor abundancia fáctica, legal y argumentativa e idoneidad para determinar el objetivo general y específico de esta investigación, tratándose entonces de una investigación de tipo cualitativo.

Resultados

Realizado el estudio y análisis anteriormente señalado, se evidenció el respeto de la DNDA por todos los preceptos constitucionales, legales y jurisprudenciales, así como de la normativa internacional común, como se da cuenta con el radical cambio de posición, respecto al tipo de responsabilidad que surge con ocasión de infracciones de derechos de autor y conexos.

Justificación

La presente investigación busca determinar ¿Cuáles son las subreglas fijadas por la DNDA en sus decisiones desde el 2016 como autoridad administrativa en ejercicio de funciones jurisdiccionales establecidas por la Ley 1564 de 2012, para determinar la existencia o no de una infracción a los derechos de autor y conexos?

Lo anterior es pertinente y necesario, pues a partir de la bibliografía se infiere que no se ha realizado una línea jurisprudencial sobre los pronunciamientos de la DNDA como autoridad administrativa en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales establecidas por la Ley 1564 de 2012. Esto puede atribuirse a la relativamente reciente expedición de esa norma, por lo que resulta novedoso analizar estos pronunciamientos.

En lo concerniente a la utilidad, el presente proyecto servirá para identificar los presupuestos y requisitos para la eventual prosperidad de las pretensiones planteadas y, por otro lado, la verificación del principio de seguridad jurídica en las decisiones de la entidad. Se suma, que, debido a la congestión judicial, la naturaleza y complejidad propia de un proceso ordinario de responsabilidad civil, contractual o extracontractual, siendo más célere acudir a mediante este proceso ante la DNDA, buscándose, además, informar de esto a la comunidad de abogados y creadores de obras.

Objetivos de la investigación

Objetivo General: Determinar las subreglas fijadas por la DNDA en sus decisiones judiciales desde el 2016, para determinar o no la existencia de una infracción a los Derechos de autor y conexos.

Objetivo Específico: Constatar la concreción o no del principio de Seguridad Jurídica en las decisiones de DNDA en ejercicio de funciones jurisdiccionales por conflictos suscitados por infracción de derechos de autor y conexos en relación con obras artísticas, científicas y literarias.

Parte I

Capítulo I

1. Conceptos generales

Para estudiar las sentencias de la DNDA, será necesario conocer los conceptos relacionados con la responsabilidad civil y derechos de autor y conexos, al igual que la DNDA. Lo anterior permitirá conocer el contexto de estas decisiones y el alcance del principio de seguridad jurídica en ellas.

1.1 Propiedad intelectual. Dilucidados los conceptos anteriores, será necesario comprender los derechos sustanciales en litigio, por lo que se hará un breve recuento de los conceptos relacionados con *derechos de autor conexos* y su normativa, tornándose imperativo mencionar la *Propiedad Intelectual*.

La Propiedad Intelectual hace referencia a un conjunto de derechos que se predicen respecto a creaciones humanas, esto se puede deducir de la definición dada por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), pues indicó que se “...*refiere a las creaciones del intelecto: desde las obras de arte hasta las invenciones, los programas informáticos, las marcas y otros signos utilizados en el comercio*”¹.

Estas a su vez se agrupan en tres (03) distintas categorías, a conocerse, que serían la Propiedad Industrial, la Obtención de Variedades Vegetales y Derechos de Autor Y Conexos, siendo la

¹ (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2021)

resolución de conflictos de estos últimos competencia de la DNDA, y por tanto el objeto de desarrollo del presente estudio.

1.2. Derechos de Autor y Conexos. Estos últimos fueron definidos en el artículo segundo de la Ley 23 de 1982 como aquellos que “...*recaen sobre obras científicas literarias y artísticas las cuales se comprenden todas las creaciones del espíritu en el campo científico, literario y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión y cualquiera que sea su destinación*”.

Debe mencionarse que este aparte de la disposición tiene un sentido enunciativo, mas no limitativo, pues ejemplifica las obras objeto de protección por estos derechos, como lo serían:

Los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con letra o sin ella; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía, inclusive los videogramas; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas o las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía a; las obras de arte aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos croquis y obras plásticas relativas a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias.

Y con esa misma fórmula dicha normativa reitera, “...*toda producción del dominio científico, literario o artístico que pueda reproducirse, o definirse por cualquier forma de impresión o de reproducción, por fonografía, radiotelefonía o cualquier otro medio conocido o por conocer*”.

Se puede concluir que, por la naturaleza de los derechos que se regulan, y su intrínseca relación con el desarrollo tecnológico e informático, el legislador acude a esta fórmula, puesto que de formularse de manera más rígida no sería eficiente jurídica ni materialmente, al no poder protegerse la totalidad de obras, dado la alta variedad, surgimiento y desprotección de los medios de expresión.

Coincidente es la Corte Suprema de Justicia, al definir el objeto de los derechos de autor, esto, mediante Sentencia SC3179/21², al afirmar que:

Lo que el derecho de autor salvaguarda es la forma en que, de forma concreta, esa idea, siempre que sea original, es expresada de una determinada forma, con independencia del soporte que se utilice para ello, pues allí estará contenida la impronta personal del autor.

Y en esa misma Sentencia reitera lo dicho de antaño respecto a estos derechos, pues señaló:

De esa manera, el derecho comparado ilustra con claridad que la protección que otorga el derecho de autor no abarca, por sentido lógico, las ideas, porque éstas son fuente de creación, que propician el desarrollo del conocimiento y como tales, circulan libremente en la sociedad, sirviendo de motor para el desarrollo de las naciones. El autor de una obra no puede, entonces, monopolizar un tema literario, o una idea artística, política o publicitaria, o un conocimiento científico o histórico.

Y esa es la razón que explica que frente a una misma idea, existan cientos o miles

² Radicación en. 11001-31-03-007-2008-00601-01

de obras que tratan sobre esta, sin que ello signifique violación de los derechos de autor frente al genuino pensador de la idea, pues, se reitera, lo que protege el derecho es el estilo, el lenguaje, las formas utilizadas para expresar el pensamiento humano [...] Además, derivado del principio de que se trata, la doctrina ha considerado que no son objeto de protección del derecho de autor, por no ser consideradas obras en sí mismas, las fórmulas matemáticas, físicas o químicas, los descubrimientos científicos, las reglas de un juego de mesa o de azar y los planes financieros o de negocios, por más novedosos que ellos sean.

Por su parte, la doctrina más reciente y relevante en el tema define estos derechos como “... *la rama del Derecho que regula los derechos subjetivos del autor sobre las creaciones que presentan individualidades resultantes de su actividad intelectual, que habitualmente son enunciadas como obras literarias, musicales, teatrales, artísticas, científicas y audiovisuales*” (Lipszyc, 2017, p. 15).

Ahora, relevante resulta el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 10 feb/60, en el que se consideró que “...*hay algo moral y algo patrimonial: lo primero llamado derecho moral, es inalienable, irrenunciable, imprescriptible; lo segundo, al contrario, como ocurre con todo derecho patrimonial*”.

Dicho lo anterior, se puede concluir que estos derechos tienen carácter dual, por lo que será necesario definir sus características, con la finalidad de diferenciarlos.

1.2.1. Clasificación. Los derechos patrimoniales y extrapatrimoniales de autor fueron definidos mediante la Ley 23 de 1982, en sus artículos 12 y 30 respectivamente.

1.2.1.1. Derechos Morales de Autor. Cómo se mencionó, el derecho de autor tiene un carácter dual, reconociéndose legalmente los derechos morales de autor en el artículo 30 de la Ley 23 de 1982.

El autor tendrá sobre su obra un derecho perpetuo, inalienable, e irrenunciable para:

- A. 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.
- B. A oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra, cuando tales actos puedan causar o acusen perjuicio a su honor o a su reputación, o la obra se demerite, y a pedir reparación por esto;
- C. A Conservar su obra **inédita** o anónima hasta su fallecimiento, o después de él cuando así lo ordenase por disposición testamentaria;
- D. A **modificarla**, antes o después de su publicación;
- E. A **retirarla** de la circulación o suspender cualquier forma de utilización, aunque ella hubiere sido previamente autorizada. (negrillas y subrayas propias)

Y en igual sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia, en providencia, SC9720/15, reiteró lo dicho en la sentencia CSJ31403/10, concluyendo respecto a estos derechos que:

Protegen la personalidad del autor en relación con su obra, otorgando prerrogativas amplias y exclusivas, con características de perpetuidad, irrenunciabilidad, inalienabilidad e inembargabilidad. Incluyen el derecho a reivindicar en todo momento la paternidad de la obra, en especial para que siempre se mencione o indique el nombre de su creador en cualquier utilización que de ella se haga, y aún

para ocultarlo totalmente (anónimo) o para velarlo bajo un seudónimo; la facultad para decidir sobre la divulgación de la obra o que ella permanezca inédita; a oponerse a cualquier alteración, mutilación o difamación que desvirtúe la naturaleza de la obra o atente contra su propia honra; a retirarla del acceso público aún después de haberlo autorizado, previa compensación económica por los daños que pueda ocasionar a quienes inicialmente les había concedido derechos de utilización.

Así, el conjunto de los derechos morales estaría conformado por el derecho de paternidad, integridad, ineditud, modificación y retracto.

En esa misma sentencia, la Corte Suprema menciona lo dicho por la Corte Constitucional en la providencia C-276/96, que señaló:

(i) Derecho de paternidad: Corresponde a la posibilidad que tiene el autor de reivindicar en cualquier tiempo la condición de creador de la obra, como cuando se omite la mención de su nombre o seudónimo, o se hace referencia a otro nombre o seudónimo. Este derecho incluye la facultad de exigir que la mención se realice en la forma especial que el autor hubiese elegido (ya sea a través de un nombre abreviado, o con algún agregado o seudónimo).

(ii) Derecho de integridad: Atañe a la facultad dada al autor en virtud de la cual puede oponerse a cualquier tipo de deformación, modificación o mutilación de la obra, con la que se transgreda la integridad de la obra o se cause un perjuicio al autor

(iii) Derecho de ineditud: Incorpora la posibilidad del autor de decidir si quiere o no dar a conocer su obra al público.

(iv) Derecho de modificación: En los casos en que la obra ya hubiese sido publicada, el autor mantiene la facultad para introducir cambios, ya sea para aclararla, corregirla, adicionarle conceptos, perfeccionarla, etc.

(v) Derecho de retracto: Constituye la posibilidad que se otorga al autor para retirar su obra del público, aún después de haber autorizado su divulgación. También incluye la autorización para suspender una forma de utilización previamente autorizada. En este tipo de eventos, es posible que se prevea una compensación por los daños que pueda ocasionar a las personas (naturales o jurídicas) que gozaban de los derechos de explotación. En caso de coautoría, este derecho –al igual que el de modificación– deberá ser ejercido de común acuerdo por sus creadores.

Coincidente es la doctrina internacional más relevante en el tema, al mencionar estos Derechos. Al respecto, Delia Lyzpsic, en su obra Derecho de Autor y Derechos Conexos, menciona:

El derecho de paternidad.

El derecho de paternidad artística es el derecho del autor a que se reconozca su condición de creador de la obra. Protege la íntima vinculación existente entre este y el fruto de su actividad espiritual, a la que se alude, inequívocamente, con las expresiones “paternidad” o “paternidad artística”, que son comúnmente utilizadas por las legislaciones. (Lipszyc, 2017, p. 116)

El derecho de divulgación.

El derecho de divulgación consiste en la facultad del autor de decidir si dará a conocer su obra y en qué forma, o si la mantendrá reservada en la esfera de su intimidad. También comprende el derecho a comunicar públicamente el contenido esencial de la obra o una descripción de esta. (Lipszyc, 2017, p. 112)

El derecho al respeto y a la integridad de la obra.

El derecho al respeto y a la integridad de la obra permite impedir cualquier cambio, deformación o atentado contra ella... El autor tiene derecho a que su pensamiento no sea modificado o desnaturalizado, y la comunidad tiene derecho a que los productos de la actividad intelectual creativa le lleguen en su auténtica expresión. (Lipszyc, 2017, p. 117)

Derecho de modificar la obra

Aun cuando la obra haya sido divulgada, el autor conserva el derecho de modificarla. Es una consecuencia lógica del derecho de crear...". (Lipszyc, 2017, p. 119).

El derecho de retracto o arrepentimiento

El derecho de retracto o arrepentimiento es la facultad que tiene el autor de retirar la obra del comercio cuando ya no se ajuste más a sus convicciones intelectuales o morales, después de haber contratado su divulgación y de suspender una forma de utilización ya autorizada, previa indemnización de daños a los titulares de derechos de explotación. (Lipszyc, 2017, p. 120)

1.2.1.2. Derechos Patrimoniales de Autor. Los derechos patrimoniales de autor fueron reconocidos mediante el artículo 12 de la Ley 23 de 1982, estableciéndose como “...*el derecho exclusivo de realizar o de autorizar uno cualquier de los actos siguientes: A. Reproducir la obra; B. Efectuar una traducción, una adaptación, un arreglo o cualquier otra transformación de la obra, y C. Comunicar la obra al público mediante representación, ejecución, radiodifusión o por cualquier otro medio*”. Pudiéndose concluir que este otro conjunto se encuentra comprendido por los derechos de reproducción, transformación y comunicación.

Sobre estos, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SC9720/15³, concluyó:

Son todos aquellos que se relacionan con la explotación de la obra, con las retribuciones por su uso y difusión. En ese sentido, otorgan exclusividad al autor para reproducir, comunicar públicamente y transformar su obra. Abarca el derecho de distribución que comprende la venta, el arrendamiento o el alquiler; y el de importación, todos los cuales pueden ser transferidos por el autor a otras personas naturales o jurídicas.

En concordancia con dicha posición, la Corte Constitucional, en Sentencia C – 069/19, indicó:

(i) Derecho de reproducción: Comprende la facultad exclusiva de explotar la obra original o derivada, a partir de la fijación por cualquier medio o procedimiento. En el caso de que se trate de la explotación económica de la obra transformada, se requiere la autorización previa de su autor.

³ Radicación n° 1100131030422009-00788-01

(ii) Derecho de comunicación pública: Incluye la posibilidad de que un grupo de personas pueda tener acceso al contenido de la obra, reunidas o no en un mismo lugar, sin que se hubiese realizado previamente una distribución de ejemplares a cada una de ellas.

(iii) Derecho de transformación: Se trata de la atribución para crear obras derivadas de la original, bien sean traducciones, adaptaciones, compilaciones, etc. En todo caso, este tipo de cambios están supeditados a la autorización expresa del autor, en virtud de sus derechos morales. Una vez se realiza la transformación con autorización expresa del autor (o si es del caso de sus herederos), se crea un nuevo titular del derecho de autor sobre la adaptación o modificación de la obra, la cual no podrá ser difundida sin mencionar el título de la creación originaria y su autor.

(iv) Derecho de distribución: Abarca la posibilidad de poner a disposición del público la obra, sus copias o ejemplares. Para tal efecto, se podrán utilizar cualquiera de las modalidades de venta, alquiler, préstamo o cualquier otro que permita su explotación económica. El autor de la obra tiene la posibilidad de restringir las modalidades y tipos de distribución que pueda ser utilizado por el tercero que adquiera los derechos patrimoniales de la obra.

Referente a estos la autora citada Delia Lipszyc, señaló que son “*facultades de carácter patrimonial concernientes a la explotación de la obra que posibilitan al autor la obtención de un beneficio económico y constituyen el llamado derecho patrimonial*” (Lipszyc, 2017, p. 15).

1.2. Responsabilidad Civil

Respecto a la figura de la responsabilidad civil, la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia SC1819/19⁴, analizó esta institución, considerando relevante la fuente de la infracción y concluyendo la existencia de diferentes regímenes, partiendo del criterio de la existencia o no de un contrato, puesto que indicó:

...De la responsabilidad civil.

Tradicionalmente ha sido concebida en una dimensión dual, esto es, contractual y extracontractual.

La primera se estructura por la existencia de una relación jurídica preexistente entre las partes, es decir, cuando el menoscabo deviene de la inejecución o ejecución defectuosa o tardía de una obligación pactada en un contrato existente y válido.

La segunda surge de incumplir el mandato legal y genérico de no causar daño a otro, previsto en el artículo 2341 del Código Civil. Se produce sin previo pacto y por virtud de un encuentro fortuito entre los relacionados con el daño; en otros términos, de un hecho jurídico que puede ser una conducta punible (hecho jurídico humano voluntario ilícito) o un ilícito civil (hecho jurídico humano involuntario ilícito), siempre al margen de un incumplimiento obligacional previo y vinculante.

⁴ Radicación n° 08001-31-03-003-2010-00324-01

La función esencial de ambos tipos de responsabilidad es la reparación de un perjuicio causado injustamente; sin embargo, en sistemas jurídicos como el nuestro, cada uno de ellos tiene su propio ámbito normativo, tanto en lo puramente sustancial como en algunos aspectos de orden procesal. Así, mientras la contractual tiene su fuente legal en los preceptos 1602 a 1604 del Código Civil, que pueden calificarse de rectoras en esta precisa materia, además de los términos pactados por las partes del acuerdo, la convención o el contrato, sin perjuicio de las reglas sobre la materia; en la extracontractual, en cambio, su marco regulatorio lo contienen los artículos 2341 a 2358 ejusdem.

En lo doctrinal se encuentra relevante pronunciamientos como el del autor Javier Tamayo Jaramillo, quien concluyó que “...*la responsabilidad es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños, que, con esa conducta ilícita, ha producido a terceros*” (Jaramillo, 2007, p. 20), mientras que autores internacionales, como Giovanna Visintini, exponen que “...*el término “responsabilidad civil” evoca la idea de un daño sufrido por alguien y la obligación de reparar a cargo de alguien más. La sanción que sigue a la comprobación de la responsabilidad*” (Visintini, 2015, p. 13).

Coincidentes son estas opiniones al afirmar que la responsabilidad civil se configura ante la existencia de un daño ocasionado injustamente a un tercero, el cual da lugar a la obligación de restaurar la situación del afectado a la instancia anterior a la ocurrencia del hecho dañoso, concluyéndose, así como elementos comunes a los regímenes de responsabilidad civil, el daño, la culpa y el nexo de causalidad.

Estudiados estos conceptos, se concluye la necesidad verificar que estos elementos confluyan, a fin de predicar la existencia de la obligación de resarcir los daños ocasionados, sin distinción del

régimen que se aborde. Dichos elementos han sido estudiados ampliamente por la doctrina, cuyos pronunciamientos se condensan a continuación.

1.2.1. Elementos de la Responsabilidad Civil. Entonces, para que se configure la responsabilidad civil será necesario la conjugación de sus elementos, a saber, el daño, la culpa y el nexo de causalidad.

Desde ya, se advierte que estos elementos son comunes al concepto general de Responsabilidad Civil que, como mencionó la Corte Suprema de Justicia, tienen distinta naturaleza, de lo que derivan diferencias entre los Regímenes de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual, siendo factor determinante la existencia o no de un contrato.

1.2.1.1. Regímenes de responsabilidad civil.

1.2.1.1.1. Responsabilidad civil extracontractual. El artículo 2341 de nuestro Código Civil define la responsabilidad extracontractual como la obligación que surge de ocasionar un daño a un tercero, pues prescribe que “... *El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido*”.

De dicha descripción se puede inferir que será necesario demostrar la existencia de un daño, cometido con dolo o culpa, cuya relación con el daño se demuestre. La doctrina dominante distingue como elementos coincidentes y necesarios de todo tipo de Responsabilidad:

La responsabilidad (R) será la incógnita o problema jurídico que el operador de derecho deberá identificar o resolver para determinar si alguien es o no responsable

de reparar un daño. Se debe verificar si se realizó una Conducta, con dolo o culpa (C), en los casos de responsabilidad subjetiva. Debe probarse que se sufrió un daño cierto, personal, y antijurídico (D) y finalmente, verificarse si existe un nexo causal entre la conducta y el daño (N)(Posada, 2011, p. 16), formulándose con estos elementos la ecuación “ $R=(C+ c + D+ N)$ ” (Posada, 2011, p. 16).

Sin embargo, la anterior se refiere a la responsabilidad subjetiva, por lo que; y de conformidad con la interpretación prejudicial del veintiuno (21) de septiembre de dos mil veintidós (2022) que estableció que tratándose de conflictos con ocasión de derechos de autor y conexos, la responsabilidad civil será objetiva, prescindiéndose del elemento culpa. Ahora, tratándose de los derechos de autor, se requerirá de una infracción (I) de estos, el daño (D) producido con esta y el nexo causal (N) entre estos, estableciéndose la fórmula:

$$R = I + D + N.$$

El Daño.

El daño será el punto de partida para el estudio de la responsabilidad, puesto que ocasionado este surgirá la obligación de reparar.

Al respecto, señaló el doctrinante Obdulio Velásquez Posada, este es:

Toda forma de afrenta a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad o de una situación; el perjuicio lo constituye el conjunto de elementos que aparece como las diversas consecuencias que se derivan del daño para la víctima del mismo. (Posada, 2011, p. 231)

Este puede ser entendido entonces, como el detrimento a la integridad, patrimonial o extrapatrimonial de un tercero, el cual debe ser resarcido por quien da lugar al mismo, y dando lugar esta distinción a su clasificación.

Clasificación del daño.

Este detrimento, a su vez, puede ser clasificado acorde a criterios de certeza, actualidad, previsibilidad y conexidad, y acorde al tipo de derecho que se afecte, corresponderá a daños patrimoniales o extrapatrimoniales.

Daños Patrimoniales.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 24011/05, señaló:

La ley penal consagra dos clases de daños: i) los materiales que están integrados por el daño emergente y el lucro cesante y ii) los morales a su vez divididos en objetivados y subjetivados. Los primeros son de contenido patrimonial, mientras que los segundos afectan a la persona en esferas distintas a aquel.

Desde antaño, la Corte Constitucional ha entendido al patrimonio como:

El conjunto de bienes, créditos y derechos de una persona y su pasivo, deudas u obligaciones de índole económica. Es el conjunto de los derechos y de las cargas apreciables en dinero, de que una misma persona puede ser titular u obligada y

que constituye una universalidad jurídica⁵, por lo tanto, los daños patrimoniales serán aquellas afectaciones que se prediquen en relación con los bienes, créditos y derechos de carácter económico de una persona.

A su vez, se pueden clasificar, atendiendo a criterios de actualidad; como daño emergente y lucro cesante, los cuales se definen a continuación.

Daño emergente y lucro cesante.

Las figuras del daño emergente y lucro cesante están consagradas en el artículo 1614 de nuestro Código Civil, el cual las define como:

Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento.

La posición doctrinal al respecto no dista de dicha definición, pues Javier Tamayo Jaramillo, entiende que:

Hay daño emergente cuando un bien económico (dinero, cosas, servicios) salió o saldrá del patrimonio de la víctima; por el contrario, hay lucro cesante cuando

⁵ T – 553-93

un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima⁶.

Daño cierto e incierto.

Atendiendo a la certeza del daño, se clasificará el daño como cierto o incierto, puesto que como mencionó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia 5502/21:

El juez debe llegar a la convicción de su existencia, presente o futura, por medio del análisis crítico del acervo probatorio... debe entenderse bien que la certidumbre, dentro del campo de lo hipotético, no puede ser absoluta, por la que hay que conformarse con una certeza relativa, o sea, con una consideración fundada razonable.

Daño actual y daño futuro.

Tomando como punto de referencia la Sentencia condenatoria, el daño será actual, de existir al momento de proferirse la providencia, y será futuro, de no existir en ese momento, pero al contarse con la certeza que existirá, identificándose como un daño futuro; esto, de acuerdo con la afirmación de la doctrina, de acuerdo con la cual “...*El daño es presente al momento del fallo o su liquidación. El daño futuro es aquel que todavía no existe, pero existencia futura no ofrece dudas al operador jurídico*” (Posada, 2011, p. 245).

⁶ (Jaramillo, 2007)

Daño previsible e imprevisible.

Será determinante definir este carácter del daño, pues dependiendo del régimen en el que nos encontremos, solo se indemnizarán los daños con carácter previsible, como en el caso del régimen contractual, mientras que en el régimen extracontractual se resarcirá incluso los daños imprevisibles.

Dicho esto, debe señalarse que el carácter de previsibilidad se determina luego de un análisis de razonabilidad, en el que, tratándose del régimen contractual, responderá a la naturaleza y desarrollo del contrato.

Dicha extensión indemnizatoria se encuentra consagrada en el artículo 1616 de nuestro Código Civil, al prescribir:

Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.

De esto da cuenta la doctrina al mencionar que “...*La responsabilidad civil por los daños causados por el incumplimiento de obligaciones contractuales difiere de la responsabilidad civil extracontractual entre otras razones por el régimen de responsabilidad sobre los daños previsibles e imprevisibles*” (Posada, 2011, p. 246)

Daños directos e indirectos.

Así, solo serán resarcibles aquellos daños que se pueden determinar como consecuencia del hecho dañoso, estableciéndose y demostrándose una relación entre la ocurrencia del hecho y el daño, pues:

En la responsabilidad civil se responde únicamente de los daños directos, es decir, por aquellos que son consecuencia del hecho dañoso imputable al obligado a la reparación. Los indirectos son aquellos en los que no es posible establecer claramente un nexo causal con la conducta del agente a quien se le intenta imputar el daño (Posada, 2011, p. 246).

Daños extrapatrimoniales.

En contra posición a los daños patrimoniales, se encuentran los daños extrapatrimoniales; este tipo de daños se predica respecto a los derechos extrapatrimoniales, estos últimos son definidos como “...*Derecho subjetivo que no entra directamente en el patrimonio y que, por lo tanto, no está en el comercio jurídico. El derecho extrapatrimonial es intrasmisible e inembargable*”⁷, pudiéndose afirmar que los daños extrapatrimoniales son el detrimento o afectación a la integridad de los Derechos Subjetivos de una persona.

El daño moral.

Es definido por la doctrina como “...*dolor moral que surge como sufrimiento al contemplar el daño ocasionado*” (Posada, 2011, p. 246).

⁷ <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/derecho-extrapatrimonial/derecho-extrapatrimonial.htm>

La Corte Suprema de Justicia, definió el daño moral como aquel que:

...Está circunscrito a la lesión de la esfera sentimental y afectiva del sujeto, 'que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo' (sentencia de 13 de mayo de 2008), de ordinario explicitado material u objetivamente por el dolor, la pesadumbre, perturbación de ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesar, la congoja, aflicción, sufrimiento, pena, angustia, zozobra, desolación, impotencia u otros signos expresivos", que se concretan "en el menoscabo"⁸.

Nexo de causalidad.

El Nexo de Causalidad, consiste en la relación entre un hecho o acto que ocasiona un daño, y los perjuicios que se pretenden sean resarcidos, cuenta de esto se puede dar en lo mencionado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 14 /12/12⁹, en la que concluyó:

En materia de responsabilidad civil, la causa o nexo de causalidad es el concepto que permite atribuir a una persona la responsabilidad del daño por haber sido ella quien lo cometió, de manera que deba repararlo mediante el pago de una indemnización¹⁰.

Causalidad adecuada.

⁸ <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2021/09/SC3255-2021-2014-00116-01.pdf>

⁹ Exp. 11001-31-03-028-2002-00188-01

¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia 14 de diciembre de 2012. M.P. Ariel Salazar Ramírez. Exp. 11001-31-03-028-2002-00188-01

Históricamente han existido distintas posiciones respecto a la causalidad, abordadas por la doctrina y la jurisprudencia, sin embargo, la de mayor y más reciente aceptación, ha sido la teoría de la causalidad adecuada, la que hoy por hoy tiene aplicación por la Jurisprudencia; cuenta de ello, que en sentencia de 14/12/12 de la Corte Suprema de Justicia, se afirmó:

No siempre la causalidad física coincide con la causalidad jurídica, toda vez que en el campo del derecho la cadena causal no se toma en su estricto sentido naturalista, sino que se encuentra impregnada de una serie de valores culturales que permiten escoger, de entre una serie de hechos, sólo aquéllos que resultan verdaderamente relevantes para endilgar responsabilidad; de ahí que se hable de una causalidad adecuada.

Esta teoría es aplicada por la Corte Suprema de Justicia, y como se puede advertir, hace uso de criterios y herramientas que denominan “culturales”, para determinar la relación entre uno o varios hechos, y un daño determinado, evitándose caer así en los yerros de distintas teorías, como la regresión infinita de la teoría sin e qua non, o la falta de coincidencia entre la causalidad jurídica y la causalidad fáctica.

Culpa

El artículo 2341 de nuestro Código Civil, establece “... el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización” (subraya propia), reconociéndose la culpa como elemento de la Responsabilidad, y definiéndose y graduándose acorde al art. 63 C.C., distinguiéndose tres (03) especies de culpa así:

“**Culpa grave, negligencia grave, culpa lata**, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios.

Esta culpa en materias civiles equivale al **dolo**.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. **Culpa o descuido**, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.(subrayas y negrillas propias)

Acorde a esto, en la sentencia SC13925-/16¹¹, la Corte Suprema de Justicia señaló que “...*la culpa civil es falta de prudencia. En la tradición filosófica que se remonta a Aristóteles, la prudencia no es una virtud del carácter o la moralidad (ética), sino del intelecto o razón*”.

Así, establecida la relación entre el hecho y el daño, es menester analizar la conducta del causante del hecho a fin de determinar el grado de culpa bajo el cual fue realizado el daño.

¹¹ Radicación n° 05001-31-03-003-2005-00174-0

Esto, como ya se mencionó, tendrá incidencia directa en el alcance de la indemnización de perjuicios, pues, determinándose el título bajo el cual fue causado el daño, es decir culpa, culpa leve, levísima, o con dolo, deberán resarcirse los perjuicios previsibles, o incluso imprevisibles, dependiendo de ese grado.

Ahora, en interpretación prejudicial del 21 de septiembre de 2022, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, determinó que:

Independientemente de si la acción por infracción del derecho de autor se conduce a través de un procedimiento administrativo o un proceso jurisdiccional, la autoridad competente debe aplicar el criterio de la responsabilidad objetiva, al momento de verificar si la conducta denunciada o demandada constituye uno o más de los supuestos de hecho previstos en el Artículo 13 de la Decisión 351.

Por lo que la DNDA, deberá dar aplicación a este régimen, resolviendo estos conflictos bajo el esquema de la responsabilidad objetiva.

1.2.1.1.2. Responsabilidad civil contractual. Identificados los elementos comunes a los regímenes de responsabilidad civil es posible abordar las características; y también elementos y figuras propias; del régimen Contractual.

Se entiende la Responsabilidad Civil Contractual, como la obligación de indemnizar aquellos daños causados con ocasión de un contrato suscrito entre las partes. “...*en la responsabilidad civil contractual existe un vínculo obligatorio preexistente, de cuya violación o incumplimiento surge a su vez la obligación de reparar el daño causado por dicho incumplimiento*” (Posada, 2011, p. 36).

Este régimen se encuentra regulado en el libro cuarto, “*De las obligaciones en general y de los contratos*” del Código Civil Colombiano, en el cual se definen las fuentes de las obligaciones, en su artículo 1494, al señalar que:

Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia”, (subraya propia)

A su vez, el art. 146 define los contratos como “*...acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas*”, consagrando el efecto de estos en su artículo 1602, prescribiendo que “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*” y la responsabilidad del deudor, atendiendo al grado de culpa que se determine, puesto que nuestro artículo 1604 civil, determina que:

El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.

Al respecto la doctrina ha mencionado que “... *la responsabilidad contractual es entendida en la doctrina mayoritaria como la obligación de resarcir los daños inferidos por el incumplimiento de obligaciones exclusivamente contractuales*” (Posada, 2011, p. 38).

Elementos de la responsabilidad Contractual.

De lo anteriores, se puede concluir la existencia de elementos determinantes para predicar la existencia de la Responsabilidad Civil Contractual, como sería la existencia de un contrato válido. Así mismo, el estudio de la culpa toma relevante importancia, pues su graduación incidirá directamente en la extensión de la obligación indemnizatoria

Respecto a los elementos de la Responsabilidad Contractual, la honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencia SC 380/18¹², reiteró el examen a adelantar para determinar la existencia de responsabilidad y con ello el éxito de las acciones adelantadas, en el caso a saberse:

Para la prosperidad de la acción de responsabilidad contractual estará llamado el demandante a acreditar la existencia de los siguientes supuestos: «i) que exista un vínculo concreto entre quien como demandante reclama por la inapropiada conducta frente a la ejecución de un convenio y aquél que, señalado como demandado, es la persona a quien dicha conducta se le imputa (existencia de un contrato); ii) que esta última consista en la inejecución o en la ejecución retardada o defectuosa de una obligación que por mandato de la ley o por disposición convencional es parte integrante del ameritado vínculo (incumplimiento culposos), iii) y en fin, que el daño cuya reparación económica

¹² Rad. 2005-00368-01

se exige consista, básicamente, en la privación injusta de una ventaja a la cual el demandante habría tenido derecho (daño) de no mediar la relación tantas veces mencionada (relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño)¹³.

Contrato valido.

Como se advirtió, será requisito necesario, para predicar la existencia de la Responsabilidad Civil Contractual, la existencia de un contrato valido.

El autor Obdulio Velásquez, con relación a este tópico indicó:

Contrato valido que no adolezca de ningún vicio de nulidad ni formal ni sustancial, pues en caso de existir una nulidad imputable a una de las partes, la otra puede pretender la indemnización de perjuicios con fundamento en la responsabilidad aquiliana y no con fundamento en la contractual (Posada, 2011, p. 39).

Daño.

En este régimen se entiende como Daño “...*la privación injusta de una ventaja a la cual el demandante habría tenido derecho (daño) de no mediar la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño*”¹⁴.

¹³ CSJ-SC 380-2018 del 22 de feb. de 2018, Rad. 2005-00368-01

¹⁴ CSJ SC380—/18.

Nexo causal.

Respecto a este concepto, en el régimen de responsabilidad civil contractual, la Corte Suprema de Justicia ha determinado que:

Cuando se trata de responsabilidad civil contractual, ese nexo causal no tiene como referente para su determinación la actividad ejecutada por la parte contratante - aunque la razón por la cual se contrata con ella sea precisamente porque se ocupa en esa actividad-, sino el vínculo entre el incumplimiento de la obligación adquirida por la parte contratante y el hecho dañoso. En otros términos, al deudor incumplido la responsabilidad no se le atribuye por haber participado activamente como ejecutor de actos que llevaron al resultado perjudicial, sino por haberse abstenido de actuar en la forma que se obligó, o de no intervenir para evitar o impedir que ocurriera el episodio perjudicial; es por no actuar, o no hacerlo de manera oportuna y eficaz para conjurar la realización del daño, a pesar de tener la obligación convencional o legal de hacerlo¹⁵.

Es decir, el examen de causalidad en la responsabilidad contractual consistirá en determinar la relación entre el incumplimiento del contrato, y el hecho dañoso, en tratándose de una afectación por omisión.

2. Responsabilidad civil y los derechos de autor y conexos

¹⁵ Sentencia CSJ SC-13925/16.

Se torna de suma importancia analizar los elementos de la responsabilidad civil, a la luz de los derechos de autor y conexos evidenciándose como estos varían.

En el presente escenario, válido será afirmar que se necesitará de la existencia de una obra protegida por los derechos de autor, de acuerdo con los presupuestos estudiados, respecto de la cual se predique una infracción, que se materializará en el daño, y respecto al cual se debe predicar el nexo causal. Sin embargo, esto no fue siempre así, puesto que la culpa era un elemento exigido desde sus primeros pronunciamientos, siendo el más relevante en el tema, el informe de relatoría 007 del seis (06) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), en el cual se definió al respecto:

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 son la 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.

Adicionalmente, la presencia de este elemento se esgrimía “automática”, como se puede extraer de lo dicho en la relatoría No. 07, en la que se afirmó:

Adicionalmente, es claro que, fruto de los derechos exclusivos reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico a los creadores, quien desee utilizar una obra protegida por el derecho de autor, tiene el deber de abstenerse de utilizarla o explotarla económicamente sin la respectiva autorización previa y expresa. Por tal

motivo, ante la desatención de esta obligación, 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.

Sin embargo, la labor de la DNDA no finalizó allí, y desarrolló el escenario de su existencia, pues afirmaba que esta se presentaba cuando el tercero infractor no estuviera actuando bajo el mandato de una excepción y/o limitación a los derechos de autor, puesto que estableció:

En materia de derechos de autor, es claro que quien desea utilizar una obra protegida, siempre debe observar los derechos de índole patrimonial y si no se encuentra amparado por una limitación o excepción tiene el deber de solicitar la respectiva autorización, por lo tanto, ante la desatención a estas obligaciones, habida cuenta que no se encuentra demostrado que la accionada se encontrase dentro de una limitación o excepción, puede concluirse que existe una omisión¹⁶.

Sin embargo, esta posición varió radicalmente, puesto que la interpretación prejudicial del 21 de septiembre de 2022, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, determinó que en los casos en los que se discutan derechos de autor y conexos, la responsabilidad será objetiva, por lo que

¹⁶ DNDA Informe De Relatoría No. 014/23 1-2017-37135.

analizar la culpa no será necesario, dándose cuenta de esto por primera vez en el Informe de Relatoría No. 84¹⁷ del dieciséis (26) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

2.1. Daño

Ahora, respecto al daño, debe entenderse como producto de una infracción a los derechos de autor y conexos, habiéndose indicado sobre el particular:

Constituye una infracción al derecho de autor toda explotación al derecho de autor ilícita que se extiende más allá de los derechos concedidos; es decir toda extralimitación en sus diferentes formas; explotación en la modalidad convenida y explotación en la modalidad diferente a la autorizada (Espín, 1996)”

Producto de dicha infracción, se podrá predicar la existencia del daño, que a su vez se entiende en sus dos (02) clasificaciones conocidas, lo cual fue estudiado por el doctrinante Luis Carlos Plata Lopez, quien concluyó al respecto:

2.1.1. Daño patrimonial. *“...perdida que haya sufrido el titular del derecho, además de las ganancias que haya dejado de percibir a consecuencia de la infracción, adicionando, como lo hacen algunas legislaciones, todos los beneficios e ingresos indebidamente percibidos por el contraventor”* (Gomez, 2010, p. 162).

2.1.2. Daño Moral. Establece como requisitos para la existencia del daño moral:

¹⁷ Radicado 1-2021-53028

“... a) *La lesión de un derecho moral de autor, de los reconocido en la Ley de Propiedad Intelectual.*

b) *La incommensurabilidad del daño causado o su no repercusión patrimonial*”¹⁸.

La DNDA ha asimilado este concepto, al concepto de daño extrapatrimonial, señalando respecto a este que “...*la infracción de un derecho de esta tipología presupone un daño de naturaleza extrapatrimonial, pues tiene correspondencia al interés del legislador con la consagración de dichas prerrogativas a favor del autor*”¹⁹,

2.2. Nexo Causal

Para predicar la existencia de obligación de indemnizar por infracción de Derechos de Autor, de acuerdo con (Valencia y Ortiz, Derecho Civil Tomo III, 2010) se requiere:

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 debiendo así existir relación entre el acto mediante el cual se configura la infracción, y los beneficios dejados de percibir y/o los sufrimientos ocasionados con estos al autor.

¹⁸ (Gomez, 2010, p. 164)

¹⁹ DNDA Informe de Relatoría 025/19

Parte II

3. Dirección Nacional de Derechos de Autor – perspectivas de la responsabilidad civil

Estudiada la DNDA y sus pronunciamientos como entidad administrativa en funciones jurisdiccionales, se pudo dilucidar que esta ha tenido diferentes tipos de relaciones con los litigios por infracción de Derechos de Autor y Conexos, tanto desde su competencia para ello como desde la perspectiva desde la cual aborda la resolución de estos conflictos, de lo cual se menciona continuación.

3.1. Creación y funciones

Mediante el Decreto 2041 de 1991, se crea la DNDA como Unidad Administrativa Especial, se establece su estructura orgánica y se determinan sus funciones, entre las cuales no se encontraba la de dirimir conflictos jurisdiccionales, esto se puede concluir al analizar el art. 2 de dicho cuerpo normativo, el cual indicó:

Artículo 2º Jurisdicción, competencia y domicilio. A la Dirección Nacional del Derecho de Autor le compete el diseño, dirección, administración y ejecución de las políticas gubernamentales en materia de derechos de autor; llevar el registro nacional de las obras literarias y artísticas y ejercer la inspección y vigilancia sobre las sociedades de gestión colectiva de los derechos reconocidos en la Ley 23 de 1982 y demás disposiciones; otorgar las reservas de nombres de medios de comunicación y determinar la fijación o exención de caución a los medios escritos de conformidad con las Leyes 23 de 1982 y 29 de 1944, respectivamente. El ámbito

de las funciones de la Dirección Nacional del Derecho de Autor comprende todo el territorio nacional, teniendo su domicilio principal en la ciudad de Santa Fe de Bogotá.

Por tanto, al no encontrarse entre sus funciones la resolución de litigios suscitados con ocasión de infracciones de derechos de autor y conexos, se puede concluir que para este momento la DNDA no contaba con perspectiva alguna respecto a la responsabilidad civil.

3.2. Primera Perspectiva – responsabilidad civil subjetiva

Mediante la Ley 1564 de 2012 en su art. 24 numeral tercero, literal b se estableció la competencia de la DNDA como autoridad administrativa en ejercicio de funciones jurisdiccionales en materia de propiedad intelectual; disponiéndose:

Ejercicio de funciones jurisdiccionales por autoridades administrativas. Las autoridades administrativas a que se refiere este artículo ejercerán funciones jurisdiccionales conforme a las siguientes reglas:

a. #. 3 del art. 24 (funciones jurisdiccionales por autoridades administrativas en materia de propiedad intelectual).

Las autoridades nacionales competentes en materia de propiedad intelectual...b) La Dirección Nacional de Derechos de Autor en los procesos relacionados con los derechos de autor y conexos.

(...)

Parágrafo 3o. Las autoridades administrativas tramitarán los procesos a través de las mismas vías procesales previstas en la ley para los jueces.

Por lo que a partir de esa anualidad tuvo competencia para dirimir los conflictos suscitados por infracción a los derechos de autor y conexos, pronunciándose por primera vez el 16 de agosto de 2016 mediante Fallo No. 001, momento para el cual determinó aplicar el criterio de responsabilidad subjetiva.

De acuerdo con el art. 19 de la Ley 1564 de 2012, conocerá en única instancia de los procesos *“relativos a propiedad intelectual previstos en leyes especiales como de única instancia”*, y de acuerdo al art. 20 núm. 2 de esa misma ley, decidirá en primera instancia *“sobre los relativos a propiedad intelectual que no estén atribuidos a la jurisdicción contencioso administrativa, sin perjuicio de las funciones jurisdiccionales que este código atribuye a las autoridades administrativas”*, como entidad administrativa en ejercicio de funciones jurisdiccionales. Aunado a ello, se tiene que, respecto a estas controversias, la mencionada entidad se pronuncia mediante sentencias, de acuerdo con el art. 24 num.3 Lit. b, de la ya mencionada ley del Código General del Proceso.

En desarrollo de la función asignada, y acorde a la posición legal de ese momento, la DNDA analizaba la responsabilidad del autor desde la perspectiva de la responsabilidad civil subjetiva, cuenta de esto se puede dar desde la sentencia 01, en la que señaló:

Para indemnizar una violación al derecho de autor, según los criterios de responsabilidad civil en Colombia, no basta con el ejercicio realizado en los párrafos precedentes respecto de la acreditación de la infracción, es necesario también que exista un daño y evaluar la conducta, para determinar si puede hacerse sobre la misma un reproche que fundamente la carga de remediar el perjuicio causado.

3.3. Segunda perspectiva – responsabilidad civil objetiva

En la interpretación prejudicial del 21 de septiembre de 2022, 191-IP-2022, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina concluyó:

Independientemente de si la acción por infracción del derecho de autor se conduce a través de un procedimiento administrativo o un proceso jurisdiccional, la autoridad competente debe aplicar el criterio de la responsabilidad objetiva, al momento de verificar si la conducta denunciada o demandada constituye uno o más de los supuestos de hecho previstos en el Artículo 13 de la Decisión 351.

Por lo anterior, el informe de relatoría no. 84²⁰, resulta ser una sentencia hita, puesto que se inicia con ello una nueva posición jurídica por parte de la entidad respecto al régimen aplicable a los conflictos suscitados en materia de Derechos de autor y Conexos, resolviendo estos desde la perspectiva de la responsabilidad objetiva.

4. Extractos Jurisprudenciales

Entendiendo que la labor y relación de la DNDA respecto a estos derechos ha mutado en el tiempo y, acorde al objetivo de este estudio, fue necesario analizar los pronunciamientos de la Dnda que a continuación se exponen, escogiéndose para su estudio debido a la abundancia fáctica, legal y argumentativa y por su idoneidad para determinar el objetivo general y específico de esta investigación.

²⁰ Radicado 1-2021-53028

Relatoría 001²¹.

Litigio iniciado por el señor Gabriel Antonio Calle Arango, en contra del Centro Comercial San Diego P.H., por la destrucción sin autorización de la obra artística *LÍDER*, un mural de 50 metros de largo por 5.85 de ancho de autoría del demandante, previo contrato celebrado entre las partes en el 2006, en que se pactó la realización de dicha obra por parte del señor Calle Arango a expensas del demandado.

Por lo anterior, las pretensiones del demandante eran tendientes a que se declarara el desconocimiento de sus derechos morales de autor, y se ordenara el pago de la consecuente indemnización por daños morales. Para determinar en este caso el éxito o no de las pretensiones, la DNDA procedió a establecer si al accionante le asistían los derechos alegados y posteriormente determinar la existencia o no de una infracción al derecho de autor de imputable al Centro Comercial San Diego P.H.

Así, esta autoridad de remite a la Decisión Andina 531 de 1993 artículo 03 para definir el concepto de obra artística, dentro del cual encaja el mural *LÍDER*, y al no discutirse la titularidad de la obra ni los derechos patrimoniales sobre esta, presume la autoría del señor Calle Arango.

Respecto a la infracción, trae a colación el art. 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, en el que se establece el derecho del autor a “...oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor”, coligiendo con esto y la

21 Radicado 1-2015-34057/16.

destrucción del mural, la vulneración de derecho moral de autor a la integridad, de acuerdo con lo acreditado con las pruebas documentales y lo dicho en el interrogatorio hecho a la demandada.

En el particular, la DNDA considera como daño el “...*detrimiento, o perjuicio que una persona sufre y que afecta a sus bienes, derechos o intereses. Claramente esta concepción va más allá del mero menoscabo económico, pues incluye también “la lesión de un interés legítimamente protegido”,* de acuerdo con las teorías de Henry León Mazeaud.

Respecto al nexo causal entre la infracción y la actuación del centro comercial, basado en el interrogatorio de las partes demanda y demandante, y de acuerdo con prueba documental afirma “...*no existen dudas que el mural fue borrado por el Centro Comercial San Diego P.H.*”.

Con ello, da por acreditado los elementos constitutivos de una infracción al derecho de autor del señor Calle Arango, concediendo las pretensiones incoadas.

Con respecto a la culpa, esta sentencia indica que lo siguiente:

Ahora, si bien la Decisión Andina 351 de 1993, en su artículo 57 dispone que: “La autoridad nacional competente, podrá ordenar: a) El pago al titular del derecho infringido una reparación o indemnización adecuada en compensación por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la violación de su derecho (...)” Este concepto debe ser entendido en contexto, en virtud del principio de complemento indispensable, con el artículo 2341 del Código Civil Colombiano, relativo a la responsabilidad extracontractual, el cual señala que: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización”.

En consideración a los puntos mencionados, indica la DNDA en esta sentencia que “es menester poner de presente que, con ocasión de la intervención de un soporte material, existe el peligro de introducir modificaciones que impliquen un atentado en contra de la integridad de la obra, como efectivamente sucedió en este caso. Por lo tanto, corresponde al titular del soporte ser diligente y cuidadoso al momento de llevar a cabo cualquier proceso de intervención de su propiedad material, para no verse incurso en responsabilidades que puedan derivarse de estas actuaciones”.

Esta Sentencia, es una Sentencia Hito, fundadora de línea, por sentar las bases para decisiones futuras, además de ser el primer pronunciamiento que hizo la DNDA, y desplegándose por primera vez el análisis que hace esta de los hechos para tomar sus decisiones; esto desde la perspectiva de la responsabilidad subjetiva, valorando la conducta del demandado.

Sin embargo, esta sentencia se centra en el derecho moral de autor de integridad, por ello, resulta necesario analizar otros pronunciamientos de esta entidad.

Relatoría 02²².

En el caso en sub examine se discutirá la existencia o no de la vulneración de derechos morales de autor de integridad e ineditud.

Procedió la DNDA a resolver el litigio iniciado por el señor Marcus Ingo Rudolf Leorbroks, contra la institución educativa *Colegio Montessori Limitada*, en razón de la modificación y publicación en la página web de esa institución, sin autorización ni reconocimiento del autor de la fotografía DEMOMONTESSORI3101 - MCS2353.1PG; quien asegura ser el accionante; pese a que la I.E.

²² 1-2015-63182/17

había indicado que no haría uso de las fotografías realizadas por el demandante bajo acuerdo de compensación con el pago de “pensiones” de sus hijos en dicha institución accionada, y el cual, luego de realizarse las fotografías, fue descartado por la Montessori Limitada.

Como pretensiones se solicitó se declarara la violación de los derechos morales de autor de integridad e ineditud, y la consecuente indemnización por la suma de doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (200 SMLMV), por los perjuicios morales causados con la utilización de esa imagen sin el lleno de requisitos.

Ante la demanda instaurada, esta institución educativa indicó que su departamento de sistemas *“considerando que se ya se había hecho una negociación comercial, subió dos fotografías en la página web de la institución”*, y alegó:

No existiendo, a nuestra consideración ningún tipo de violación a los derechos de autor que es competencia de esta entidad de gobierno, debido a que para que se pueda configurar el delito, debe existir un elemento material de dolo y mala fe, hecho este que no hace referencia al caso que nos ocupa, debido a que en ningún momento el Colegio Montessori Ltda., desconoció la autoría de estas fotografías.

Así, reitera su posición respecto a la definición, existencia y clasificación de obras protegidas remitiéndose a la Decisión Andina 351 de 1993, en concordancia con el artículo segundo (02 de la Ley 23 de 1982, determinando que en este caso la fotografía DEMOMONTESSORI3101: MCS2353.JPG. es una obra artística. Para determinar la autoría de la obra se basa en interrogatorios de partes y pruebas obrantes en el expediente, concluyendo que la obra artística en cuestión fue creada por el aquí demandante.

Dilucidado lo anterior, procedió a pronunciarse respecto a la infracción de los Derechos Morales de Autores de *integridad e ineditud*, reiterando sus consideraciones hechas en la Sentencia 001 del diecinueve (19) de agosto de dos mil dieciséis (2016), respecto a este primer derecho afectado, e indicando que *“el autor tiene derecho a oponerse cuando se trate de una deformación, una mutilación o una modificación, siempre que se cumpla con el “requisito adicional” de atentar “contra el honor, el respeto del autor y la honestidad de su obra”*, coligiendo que a la fotografía que originó ese litigio le fueron suprimidas partes inferiores y superiores, y teniendo en cuenta confesiones presuntas del demandando, da por probada la modificación de la obra por parte de esa institución educativa, sin que se haya afectado el decoro de la obra o la reputación del autor, por lo que no se configura infracción de este derecho.

Ahora, respecto al derecho de ineditud, inicia su análisis partiendo del conocimiento de este derecho en el literal a) del artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1193, en concordancia con el artículo ocho (08) de la Ley 23 de 1982, y el artículo 03) de esa primera legislación, en el que se define como “divulgar” y el *“...hacer accesible la obra al público por cualquier medio o procedimiento”*, concluyendo en el presente caso que, al no concretarse el negocio jurídico tendiente a la compensación del valor adeudado por el demandante a la demanda, por las pensiones educativas de sus dos (02) hijos, al colegio no le asistía la posibilidad de compartir la fotografía. Respecto a este hecho, lo da por probado por la confesión presunta de la accionada al no asistir a la audiencia inicial del 14 de diciembre de 2016, teniéndose como probada, y por las mismas razones, que se realizó la publicación de la fotografía DEMOMONTESSORI3101: MCS2353.JPG sin autorización de su autor, aunado a lo probado con prueba documental mediante el cual se arguyen las razones por las que no era posible realizar la compensación propuesta.

Probado lo anterior, la DNDA hace un juicio de la conducta, para lo cual indicó:

El juicio sobre la conducta del infractor en derecho de autor, a su vez debe responder a los criterios del Código Civil, así las cosas, debe evaluarse si el demandado conociendo los daños que podía ocasionar confió imprudentemente en evitarlos, o nos encontramos ante una falta de previsión del daño que podía causarse con un acto suyo, cuando el mismo era predecible, dado su desarrollo mental y conocimiento de los hechos.

Bajo dichas directrices, concluye esta entidad que fue un actuar negligente por parte del demandado lo que diere lugar a la infracción cometida.

Respecto al nexo causal, determina que es claro que el actuar del demandado, al publicar la fotografía sin autorización del accionante, lo que vulneró el derecho de autor de este último.

Con lo anterior, concluye la DNDA se han reunido los presupuestos para predicar la responsabilidad civil por infracción al derecho moral de autor de ineditud, declarándose entonces la obligación de indemnizar el daño ocasionado, tratándose de perjuicios morales. Para determinar la indemnización, se refiere esta entidad a la Sentencia del 18 de septiembre de 2009, en la que se decantó las herramientas para determinar los montos de indemnización de perjuicios morales así:

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.

Ahora, a la luz del principio de reparación integral, la DNDA consideró necesario en este caso que el demandado *“realice una publicación en su página web, dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la ejecutoria de este fallo, en la cual manifieste que la fotografía identificada como DEMOMONTESSORI3101: MCS2353.JPG”*.

Consideró que habiéndose solicitado una indemnización de doscientos (200) salarios mínimos por la vulneración de los cinco (05) derechos morales (paternidad, integridad, ineditud o divulgación, modificación y retracto), habiéndose probado solo la infracción al derecho de ineditud, y determinando que el accionante tenía la plena intención de publicar la misma, accedió parcialmente al a quo a la pretensión segunda, condenando al pago de siete (07) salarios mínimos legales vigentes, y no doscientos (200), como se solicitó inicialmente.

Relatoría 07²³.

En el presente caso se discute la existencia o no de una infracción al derecho de autor patrimonial de reproducción de artistas representados por la entidad Egeda Colombia; por parte de la sociedad Cable Y Telecomunicaciones de Colombia S.A.S. – Cabletelco S.A.S., puesto que esta última, desde el dos mil doce (2012), y con ocasión de su operación de prestación del servicio de televisión por suscripción debidamente autorizada por la ANTV, instaló en el lugar indicado por sus clientes y mediante su propio personal, equipos receptores y decodificadores de la programación que ofrece.

²³ Radicado 1-2016-54464/17.

Que en la parrilla de programación que ofrece, la accionada transmite canales como RCN TELEVISIÓN, CARACOL TELEVISIÓN, CITY TV, CANAL CAPITAL, CANAL 13, TELEMUNDO, entre otros, que incluyen obras audiovisuales cuyos derechos son representados por la accionada.

Al respecto, resulta relevante esta sentencia, puesto que, si bien y reitera la posición de la DNDA respecto al elemento de la culpa , es la primera vez en la que esta entidad expresamente se cuestiona el dilema entre responsabilidad subjetiva u objetiva, puesto que mencionó:

En relación con las pretensiones consecuenciales de condena debemos mencionar que, si bien la Decisión Andina 351 de 1993, en su artículo 57 dispone que: “La autoridad nacional competente, podrá ordenar: a) El pago al titular del derecho infringido una reparación o indemnización adecuada en compensación por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la violación de su derecho (...);” este concepto debe ser entendido en contexto, en virtud del principio de complemento indispensable, con el artículo 2341 del Código Civil Colombiano, relativo a la responsabilidad, el cual señala que: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización”. Es decir, para indemnizar una violación al derecho de autor, según los criterios de responsabilidad civil en Colombia, no basta con el ejercicio realizado anteriormente respecto de la acreditación de la infracción, es necesario también que exista un daño, evaluar la conducta y el nexo causal entre las dos, para determinar si puede hacerse sobre la misma un reproche que fundamente la carga de remediar el perjuicio causado

Y añadió:

El Código Civil Colombiano acoge tanto la responsabilidad subjetiva o de culpa probada, la responsabilidad subjetiva de presunción de culpa que algunos denominan intermedia y la responsabilidad objetiva; las cuales se deben aplicar dependiendo de las circunstancias de cada caso y teniendo en cuenta las reglas previstas en la ley y la jurisprudencia. A manera de ejemplo, como lo señalan Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve, la responsabilidad contractual derivada de las obligaciones de resultado es objetiva, así como algunas modalidades de la responsabilidad extracontractual, por ejemplo, el daño causado por animales fieros y por actividades peligrosas. La responsabilidad precontractual es subjetiva, pues se fundamenta en la culpa al contratar; igual acontece con la responsabilidad extracontractual por el hecho propio, en la que la víctima debe probar el dolo o culpa del causante del daño.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, podemos señalar los elementos que se deben dar para que exista responsabilidad civil, los cuales variaran según se deban aplicar los principios de la responsabilidad subjetiva u objetiva. En el primer caso 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. En el caso de la responsabilidad objetiva o responsabilidad por riesgo se exigen únicamente tres elementos: la autoría material o imputabilidad, el daño y un nexo causal entre daño o imputabilidad. La responsabilidad objetiva prescinde del elemento subjetivo o culpabilidad del individuo, pero no de la imputabilidad o autoría del mismo, como lo mencionan Arturo Valencia y Álvaro Ortiz, en el libro Derecho Civil Tomo III de 2010, página 182.

Ahora, para los temas de infracción a los derechos de propiedad intelectual, al no consagrar el Código Civil, las normas especiales que regulan la materia,

ni la jurisprudencia, un criterio de responsabilidad objetiva o intermedia, es prístino para este despacho, que el deber de reparar debe analizarse teniendo en cuenta los elementos propios de responsabilidad subjetiva.(negrilla propia).

Resulta igualmente importante esta sentencia, en lo relacionado con el tipo de responsabilidad de las personas jurídicas por la violación a los derechos de autor cometidas por sus empleados o dependientes, ya que por primera vez se indaga este tema, adoptando lo dispuesto en la sentencia la sentencia del 30 de junio de 1962 de la CSJ:

Teoría actual: 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 concordancia con la doctrina actual de la Corte Suprema de Justicia, una persona jurídica podrá ser responsable directamente por los daños que cause a un tercero en ejercicio de sus actividades, funciones u objetivos, sin importar o hacer discriminación respecto del rango o condición de los agentes que lo causan y sin la necesidad de demostrar la relación de dependencia o subordinación del autor del daño respecto del ente moral ni el deber de vigilancia de este frente a aquél.

(...)

En este orden de ideas, el demandado en este tipo de acción no se exime de culpa si demuestra que el agente causante del daño no estaba bajo su vigilancia y cuidado o si a pesar de la autoridad y el cuidado que su calidad le confiere no habría podido impedir el hecho dañoso, pues estas situaciones son irrelevantes tratándose

de la responsabilidad directa de los entes morales. De ahí que “la entidad moral se redime de la carga de resarcir el daño, solamente probando el caso fortuito, el hecho de tercero o la culpa exclusiva de la víctima” tal como lo dice en sentencia de casación, la Sala Civil, el 07 de octubre de 2015.

Relatoría 09²⁴.

Se pronuncia la DNDA respecto al conflicto suscitado por la vulneración de Derechos Patrimonial De Autor de “comunicación pública”, entre las Sayco y Acinpro (en representación de autores socios de esta, y ACODEM, ADIF y MPLC) y la entidad Cootranshuila Ltda., por hechos del 22 y 23 de septiembre y 04 de diciembre de 2014, fecha en la que, de acuerdo a la relación de formatos producto de una inspección realizada a varios vehículos propiedad de la demandada, se constató que en dichos vehículos se ejecutaron públicamente obras audiovisuales, musicales y/o fonogramas del repertorio de los de los artistas asociados a la OSA. Aseguró la accionada que con dichas ejecuciones se ocasionó un detrimento del patrimonio de estas entidades, equivalente al valor que se debió cancelar por estas, desde el 01 de enero de 2014, al momento de presentar esta acción.

Por lo anterior, solicitó la OSA, se declarara que Cootranshuila Ltda., ejecutó públicamente obras musicales y/o fonogramas, objeto de administración por parte de la demandante, esto, desde el 01 de noviembre de 2014 y hasta el momento de presentar la acción ante esta entidad jurisdiccional; esto, sin autorización ni pago de derechos de autor. Con estos, Sayco y Acinpro considera vulnerada el Derecho de Autor patrimonial de *comunicación pública*.

²⁴ Radicado 1-2019-14198/19

Al respecto, la demandada Cootranshuila Ltda., indicó que no se dispuso el acceso de una pluralidad de personas a las obras en cuestión, pues no se cuenta con sistemas de reproducción en la totalidad de sus vehículos, y de contar con ellos, solo se utilizan para el servicio del conductor, de acuerdo a los lineamientos de esa entidad, por lo que no existe vulneración de Derecho de Autor alguno, al no incurrirse en ejecución pública alguna, de acuerdo a los preceptos del artículo 15 de la Decisión Andina 351 de 1993.

Para la resolución de este conflicto, considera la DNDA debe aclararse que se está frente al escenario de los derechos conexos, los cuales, de acuerdo con el autor Desbois, “...*el objeto de la protección en este caso son actividades que concurren a la difusión, mas no a la creación de obras literarias y artísticas (Lipszyc, Delia, Derecho de Autor y Derechos Conexos, 2006, Página 348)*”.

Se detiene la DNDA a analizar las obras objeto de litigio y su correspondiente autoría, basándose en declaración juramentada ante notario para fines extraprocesales y una grabación en la se individualizan las obras, acompañado de varios “formatos de transporte”, en los que se relacionan otras obras y sus correspondientes prestaciones protegidas.

En el presente caso, al tratarse de infracción de Derechos Patrimoniales, procede esta entidad a definir la misma, indicando que siendo el derecho de comunicación pública el discutido en este asunto, nos encontramos frente a estas

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.

A su vez, trae a colación lo dispuesto en el artículo 15 de la Decisión Andina 351 de 1993, acorde al cual señala que *“...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”*.

Se da por probado que se comunicaron a los clientes de este servicio de transporte una serie de obras musicales ya relacionadas, de lo cual hay constancia en el formato de inspección de transporte del 23 de septiembre de 2014 aportado, determinándose que los contenidos pertenecían a la radiodifusión de la emisora “Candela Estéreo”. También señaló esta entidad que, a diferencia de lo alegado por la demandada, se aportó prueba en la que se ofrecen a sus clientes *“«centro de entretenimiento individual» y «múltiples tv»*, sirviendo como indicio que llevara a pensar que si se comunican al público contenidos protegidos por los derechos de autor en estos buses.

Dicho esto, procedió la DNDA a analizar los elementos constitutivos de responsabilidad civil, diferenciando en este caso entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual, y cuyo fundamento puede ser subjetivo u objetivo afirmando que:

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).

Respecto al fundamento, señala esta entidad que, tratándose de la responsabilidad subjetiva,

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

Esto, en contraposición a la responsabilidad objetiva, respecto a la cual la DNDA afirmó que “...no se mira el aspecto interno o psicológico, sino simplemente la existencia de un daño y que este último sea imputable a una persona”.

Asegura que en el presente caso se encuentra que, la entidad Cootranshuila Ltda. ha infringido los derechos patrimoniales de los titulares de derechos exclusivos, que fueron representados por la OSA, a quienes se les causó un daño material, puesto que,

Solamente se les impidió ejercer su facultad exclusiva de autorizar o prohibir la utilización de las obras, sino que se vio menoscabado su interés legítimo de obtener una remuneración por la utilización o explotación de las mismas, el cual se manifiesta en el lucro cesante por aquellos ingresos que debiendo entrar a su patrimonio en el curso normal de los acontecimientos, esto es, con la licencia correspondiente, nunca lo hicieron debido a la utilización sin autorización previa y expresa de sus obras.

Dicho lo anterior, y tratándose de responsabilidad subjetiva, procede a analizar la conducta del infractor, concluyendo que dicha conducta tiene carácter de culposa, puesto que “...no se previó el daño habiéndose podido preverlo”.

Adicionalmente, esta sentencia indica lo que deben probar las personas jurídicas para exonerarse de responsabilidad:

...El demandado en este tipo de acción no se exime de culpa si demuestra que el agente causante del daño no estaba bajo su vigilancia y cuidado, o si a pesar de la autoridad y el cuidado que su calidad le confiere no habría podido impedir el hecho dañoso, pues estas situaciones son irrelevantes tratándose de la responsabilidad directa de los entes morales. De ahí que «la entidad moral se redime de la carga de resarcir el daño, solamente probando el caso fortuito, el hecho de tercero o la culpa exclusiva de la víctima» (Cas. Civil. Sent. 07 de octubre de 2015).

Respecto al nexo causal entre la conducta y la infracción, luego de valoradas las circunstancias y las pruebas, corrobora que los hechos atribuidos a Cootranshuila Ltda., son causas próximas al daño ocasionado, puesto que el detrimento alegado se ocasionó mediante la comunicación pública realizada en los vehículos de la demandada, resultando determinante para la materialización del daño.

Dilucidada la presencia de los elementos constitutivos procede la DNDA a determinar la indemnización correspondiente, basada en el artículo 206 del código general del proceso, afirmando que “...*quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos*”, siendo relevante traer a colación la falta de legitimidad por activa de las entidades APDIF, ACODEM y MPLC.

Lo anterior resulta relevante al momento de determinar la indemnización, puesto que no se reconocería el valor solicitado y establecido mediante juramento estimatorio a título de

indemnización. Sin embargo, respecto a las obras representadas por la OSA, procedió a establecer el monto de la indemnización de acuerdo con lo consignado en el juramento estimatorio, el cual no fue objetado por la demandada, constando como prueba del monto solicitado, condenando a Cootranshuila Ltda. al pago de diecisiete millones, seiscientos ochenta y dos mil doscientos pesos (\$17.682.200), a título de indemnización.

Relatoría no. 12²⁵

En este litigio se discuten la vulneración del Derecho Moral de Autor de “Paternidad”, y los Derechos Patrimoniales de Autor de Reproducción y Transferencia.

En el asunto de la referencia, procedió la DNDA a resolver el conflicto entre Yobana Elizabeth González Patiño y Arbey Gonzalez Parga contra Digital Ware S.A. y Hosvital Ltda., puesto que, aseguraron los demandantes, trabajaron para la sociedad Vital Tecnología S.A. desde el 2001, debido a lo cual tuvieron acceso al software HOSVITAL, y desarrollando el mismo, puesto que sus labores consistían en desarrollar los módulos de este. Que en el año 2002 se lanzó la versión 2.0 de ese aplicativo.

En el año 2005 se finalizó el desarrollo del aplicativo *HOSVITAL 4.0.1.*, celebrándose en ese mismo año por la compañía Vital Tecnología contrato de cesión de derechos de autor con los ingenieros escritores del código, omitiendo a los demandantes. En ese mismo año, se recibió oferta por parte de Digital Ware S.A. y Vital Tecnología S.A.S., se crea una sociedad enfocada a la distribución del software mencionado, la cual fue aceptada por los aquí demandante, dando

²⁵ 1 -2014-19991

lugar a la constitución de la sociedad *HOSVITAL LTDA*. Tras la creación de esa sociedad, se suscribió nuevamente un contrato de cesión de los derechos sobre el software.

Por conflictos suscitados entre las partes, se da por terminado el contrato laboral suscrito por los demandantes.

Debido a los hechos narrados, solicitaron se declarara a Yobana Elizabeth González Patiño y Arbey González Parga son coautores del software Hosvital, y cotitulares de este. Aunado a lo anterior, solicitaron se ordene a las demandadas abstenerse de “...*utilizar, explotar, comercializar y/o ceder el software Hosvital*”, sin su autorización.

Al respecto, las demandadas Digital Ware S.A. y Hosvital Ltda., se opusieron a la totalidad de las pretensiones, argumentándose la titularidad del software por parte de Digital Ware S.A., pues fue adquirida de Vital Tecnología S.A., lo cual fue inscrito ante la DNDA. Así también se señaló que el software fue realizado por otras personas, más no por los demandantes, haciendo mención sobre el registro de obras, permitiéndose presumir como ciertos los hechos en el consignado.

Así, procedió la DNDA a determinar la existencia o no de una obra objeto de protección, reiterando su análisis a la luz del artículo 3 de la Decisión Andina 351 de 1993 en concordancia con la Ley 23 de 1982, concluyendo que efectivamente existe y es objeto de protección, puesto que define software como:

«Expresión de un conjunto de instrucciones mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada, es capaz de hacer que un ordenador, un aparato electrónico o similar capaz de elaborar informaciones, ejecute determinada tarea u obtenga

determinado resultado. El programa de ordenador comprende también la documentación técnica y los manuales de uso»,

Y cuyo alcance de protección, de acuerdo con el artículo 23 de esa Decisión, comprende el “*código fuente como el código objeto*”.

Ahora, respecto a la coautoría, indicó que “*pueden existir obras en las cuales varias personas participan en la realización de una creación protegida por la normatividad autoral*”. Señala que no es necesaria la concurrencia temporal de los aportes, y su relevancia no es cuantitativa, ni debe necesariamente ser de la misma especie, más si determinante dentro de la obra.

En este caso, consideró relevante la DNDA mencionar las distinciones entre obras *originarias* y *derivadas*. Las primeras de estas fueron definidas en el artículo 08 de la Ley 23 de 1982 como la “*...primitivamente creada*”, en contra posición a la derivada, resultado de “*...adaptación, traducción, u otra transformación de una originaria, siempre que constituya una creación autónoma*».

Dilucidados estos preceptos, concluyó la DNDA que los demandantes accedieron a este software desde el 2001, esto debido a su vinculación laboral, que se extendió hasta el 2012. Que en dicho lapso se crearon los *soportes lógicos* «*Hosvital*», entre el 2002 y el 2005 «*Hosvital 3.64*», y «*4.01*», y entre el año 2005 y el 2013 «*Hosvital-HS*», pese a lo cual no es posible reconocer como coautores ni cotitulares del software con anterioridad al 2005, al no obrar prueba de ello en el expediente.

Sin embargo, resulta necesario mencionar particularidades respecto al procedimiento de creación de un software, reconocidos por la OMPI en 1993, distinguiendo las etapas de “*...análisis, de*

determinación de la estructura del software, de descripción del programa en forma de diagramas, de escritura del programa, de comprobación de resultados y corrección de errores y, de elaboración de documentación técnica y manuales de uso”.

Así, se identificaron los aportes realizados por los demandantes, determinándose como relevantes los encontrados en las libretas de apuntes «Cuaderno A» con fecha de 2007; «Cuaderno B», con fecha de 2010; «Cuaderno C», con fecha de 2010; «Cuaderno D», con fecha de 2011; «Cuaderno F», con fecha de 2011. Así mismo, se cuenta dentro del acervo con intercambio de correos electrónicos enviados entre el año 2006 2012, respecto al desarrollo e implementación del aplicativo, compartidos entre personal de la demandada Digital Ware y los demandantes.

Se analiza en el presente caso la transferencia de los derechos de autor, considerando que el contrato de trabajo suscrito entre las partes no daba lugar a la presunción automática de transferencia, estableciendo como requisitos a cumplir para ello, las formalidades del artículo 183 de la Ley 23 de 1982, que:

Para las obras creadas antes de la reforma establecida por el artículo 30 de la Ley 1450 de 2011, era que el acto de transferencia estuviese elevado a escritura pública o constara en documento reconocido en firma y contenido ante notario.

Por lo anterior se excluye en este caso la figura de la transferencia, aunado a que, no se acreditó la existencia de un *plan señalado* que permitiera afirmar la existencia de los demás elementos para predicar la transferencia.

Así, y basado en la relevancia de los aportes en la estructura del soporte lógico y su incidencia directa en la materialización de las instrucciones y lenguaje de programación compilado, se

reconoció a los demandantes Yobana Elizabeth González Patiño y Arbey Gonzalez Parga como coautores del software HOSVITAL. También consideró de suma importancia esta entidad, que se decidió por parte de las demandadas hacer partícipe de la sociedad creada, a los aquí demandantes, lo cual se probó mediante certificado de existencia y representación legal, y en consecuencia ordena a la Sociedades Digital Ware S.A. y Hosvital Ltda., “...*abstenerse de hacer uso de la obra denominada Hosvital H.S. sin la respectiva autorización...*”.

Relatoría 22²⁶.

En el caso de amarras se discutió respecto a la existencia o no de la vulneración del derecho moral de autor de retracto y el derecho patrimonial de autor de reproducción.

Lo anterior, puesto que mediante demanda las accionante afirmaron que la entidad Niña Sol S.A.S. es una sociedad cuya actividad es el diseño y comercialización de productos artesanales, producidos y diseñados por la también demandante, Ana María Piedrahita Jaramillo. De su autoría son las piezas *Niña Sol Afro Flor*, *Niña Sol Palenquera*, *Niña Sol Afro Flor Versión Mini*, las cuales fueron registradas ante la autoridad que hoy se estudia.

Que el 14 de julio de 2016, se advirtió que en el establecimiento Tienda de Artesanías San Jacinto, ubicado en la ciudad de Cartagena de Indias, del señor Néstor Hernando Fernandez Tapia, se comercializaban las obras piezas *Niña Sol Afro Flor*, *Niña Sol Palenquera*, *Niña Sol Afro Flor Versión Mini*, de calidad inferior a las originales, por lo que ha sufrido inconvenientes con sus

²⁶ Radicado 1-2017-105088

clientes y distribuidores en la ciudad de Cartagena de Indias, afectando su posicionamiento y comercialización.

Por lo anterior, solicita se declare la existencia de violación de los derechos morales patrimoniales de autor de las demandantes, por parte del señor Néstor Hernando Fernandez Tapia, ocasionado con la reproducción sin autorización de los diseños artesanales mencionados, y, en consecuencia, que se declare que este obtuvo beneficios económicos con esta reproducción y comercialización, ordenándose el retiro y destrucción de las copias en comento. Pretende el pago de perjuicios ocasionados a las demandantes, estimado en ciento treinta millones (\$130.000.000) de pesos o la suma que se llegare a probar.

Respecto a lo narrado, el demandado Fernandez Tapia indicó que las obras señaladas no estaban protegidas para la fecha en que se percató su existencia, existiendo un registro posterior al 14 de julio de 2016. Que las obras no fueron comercializadas por el bajo el título de originales o copias, y no eran producidas o falsificadas por él. Se opuso a que exista disminución en las ventas de los productos de las demandantes.

Para resolver la controversia en cuestión, la DNDA inicia por definir la existencia del objeto de protección, remetiéndose al artículo segundo (02) del Convenio de Berna, a la Ley 23 de 1982 n su artículo (segundo) y al artículo cuarto (04) de la Decisión Andina 351, y refiriéndose en el caso en particular a la definición de “escultura”, para lo cual refiere lo dicho en el libro *La Obra Plástica y el Derecho de Autor* de Jorge Ortega Doménech, al indicar que “...principal característica de la escultura es la tridimensionalidad”. Concluye la DNDA que, una vez constatada esa característica y su existencia, esto último mediante certificado de registro ante la DNDA de las obras en la que figura la demandante Ana Maria Piedrahita Jaramillo como autora, concluyó esa entidad que el objeto en comento existe y cumple con los requisitos para su protección, asistiéndole la legitimidad

por activa a la señora Piedrahita Jaramillo, más no a la empresa Niña Sol S.A.S., puesto que no se acreditó la presunción de la Ley 1915 de 2018, ni se acreditó la transferencia de derechos que la convirtiera en titular.

Respecto al derecho de reproducción, mediante inspección judicial realizada por esa entidad, se constató la existencia de copias de las obras *Niña Sol Afro Flor*, *Niña Sol Afro Flor Versión Mini* y *Niña Sol Palenquera*, indicándose en el informe que “...las réplicas son sacadas de la escultura original”. Pese a esto, no se pudo probar que el demandado fuera quien reprodujera las obras.

Respecto a la vulneración del derecho de distribución, se constató por parte la DNDA la existencia de esta, para lo cual valoró las fotografías de recibos de venta, el testimonio de una testigo que afirmó haber comprado en el establecimiento propiedad del demandando Fernandez Tapia, y la mención en la contestación de la demanda de veinte (20) piezas vendidas.

También se constató la vulneración del derecho de comunicación pública, al tratarse de un establecimiento de comercio del demandado, el cual dispuso para la comercialización de las copias, por lo que era de “acceso abierto”, y, por tanto, podían ser observadas por varias personas, denominando estas infracciones en sus modalidades de “exhibición de obras de bellas artes o sus reproducciones” y “venta de copias”.

Respecto a la solicitud de retiro y destrucción de las obras, consideró razonable la misma, como consecuencia de la declaración de la infracción, haciendo aquí referencia al derecho moral de retracto que le asiste a la demandante.

Dilucidado lo anterior, la DNDA analizó los elementos de las Responsabilidad Civil, nótese, desde su perspectiva subjetiva, para esto, en el caso en concreto, determinó que los daños causados

eran consistentes en “*vulnerar la capacidad del autor de disponer de su creación*”, por lo que su exhibición y venta sin autorización materializan el daño al derecho de comunicación pública y de distribución, respectivamente.

Que igualmente se colige una pérdida de oportunidad, la cual, de acuerdo con el juramento estimatorio, se estableció en la suma de cuarenta millones de pesos (\$40.000.000) y que fuere inferior a la probada.

En lo referente a la culpa, indicó que existe un deber objetivo de cuidado, por lo que no es aceptado la excusa de “informalidad” en la comercialización de estas obras, pudiéndose concluir como culposa esta conducta.

Así, concluyó como evidente la relación directa entre el actuar del demandado Fernandez Tapia y los daños alegados y probados en esa causa, accediendo a las solicitudes de la accionante.

Relatoría 25²⁷.

En el asunto de estudio, el demandante Asdrúbal Lopez Orozco considera vulnerados sus derechos de autor de paternidad, integridad, ineditud, comunicación pública, modificación, reproducción y distribución, sin embargo, este pronunciamiento resulta novedoso solo respecto al derecho de paternidad, por lo que se abordarán las consideraciones relacionadas con este.

²⁷ Radicado 1-2018-2166/19

Aseguró el accionante que en el 2006 escribió textos literarios que fueron incluidos en la obra literaria inédita "Cartilla Leo", cuyos derechos patrimoniales fueron vendidos al demandado Luis Carlos Valenzuela Jaimes, por la suma de seis millones (\$6.000.000) de pesos por una edición.

Que el 06 de diciembre de ese mismo año el texto "Cartilla Leo" bajo el ISBN 978-958-8260-52-5. Que ese texto fue consignado el 11 de agosto en la Biblioteca Central de la Universidad Nacional, como obra del señor Valenzuela Jaimes. Hecho idéntico fue el advertido en abril de 2008, en el que se evidenció que el señor Valenzuela Jaimes figuraba en la ficha 2729 de la Cámara Colombiana del Libro como autor de esa obra, por lo que se requirió la corrección al demandado.

El veintiuno de julio del 2008 la agencia colombiana del ISBN certificó al demandante como autor del título "Cartilla Leo" con ISBN 978-958-8260-52-5. Sin embargo, el catorce (14) de octubre de 2014, la Dnda certificó que el demandado Luis Carlos Valenzuela, figura como autor de la obra "Cartilla Leo".

Que el 13 de junio de 2015, esa misma entidad expidió certificado de registro de actos y contratos y registró denuncia penal por violación a los derechos morales de autor del demandante por parte del demandado. Que el 24 de diciembre de 2014, la DNDA confirió el registro de obra literaria editada al señor Asdrúbal Orozco como autor. Pese a lo anterior y a lo pactado, los demandados Luis Carlos Valenzuela y Editorial Educativa Kingkolor lanzaron sin autorización otra edición bajo el registro ISBN 978-958-8260-56-3.

Con fundamento en los hechos narrados, el demandante Asdrúbal Lopez Orozco, solicitó se le declarara como autor y titular de los derechos morales de autor, de la obra literaria "CARTILLA LEO", en el que figura como autor el demandado Luis Carlos Valenzuela y por tanto se declare la violación al derecho fundamental de paternidad, integridad, ineditud, modificación, reproducción,

comunicación pública y distribución del demandado, y en consecuencia se condene a las demandadas, a pagar solidariamente la suma de trescientos millones (\$300.000.000) de pesos por la violación de los derechos morales de autor (*paternidad, integridad, ineditud y modificación*) y trescientos millones (\$300.000.000) de pesos por la violación de sus derechos patrimoniales de autor, el pago de los daños morales causados, equivalentes a *doscientos [sic] salarios mínimos mensuales a la fecha de su pago o al equivalente en gramos oro*. Y finalmente solicitó la cancelación del registro de la obra literaria “Cartilla Leo”, que reposara en el *libro 2 tomo 69 partida 259 de fecha 18 de mayo de 2007, de la oficina de Registro de la dirección Nacional de Derechos de auto*.

Al respecto los demandados señalaron efectivamente el demandante se presentó ante él y la entidad Editorial Educativa Kingkolor como autor de la obra en comento, cuyos derechos patrimoniales fueron vendidos o cedidos al demandado, pero no por una única edición, reconociéndose por parte del demandante la transferencia mencionada. Que su inscripción como autor en el registro 978-958-8260-52-5, de la obra “Cartilla Leo”, fue producto de un error, atribuible al demandante, puesto que afirmó que:

El señor LÓPEZ, por ser él en ese momento, asesor de la Editorial Educativa Kingkolor en los temas relacionados con derecho de autor” y promovió las excepciones de mérito Prescripción extintiva de la acción, Titularidad de los derechos patrimoniales de autor sobre los textos literarios de la obra “Cartilla Leo” en cabeza del señor Luis Carlos Valenzuela Jaimes, Los derechos morales solo pueden ser desconocidos o vulnerados, en la realización de actos de explotación económica, Imposibilidad de alegar a su favor su propia culpa o “*nemo auditur propiam [sic] turpitudinem allegans*”, Inexistencia de la obligación de reparar o

indemnizar daños o perjuicios inexistentes o auto infringidos, Temeridad y mala fe del demandante y Buena fe y subsanación del error cometido en acto de registro.

Para determinar la procedencia o no de las pretensiones incoadas, la Dnda inicia su análisis dilucidando la existencia y protección del objeto, para lo que se remite al artículo 04 de la Decisión Andina 351, reiterando su posición al respecto, al indicar que

Dicha norma hace referencia a las llamadas “obras literarias”, que en el caso del derecho de autor no hacen referencia a su contenido estético o su asociación a la literatura, sino al medio que se usa para divulgarla”. Considera necesario la DNDA determinar la identidad del autor, para posteriormente determinar si se vulneraron o no los derechos morales de paternidad, integridad, ineditud y modificación.

Así, para establecer la autoría, se remite esta entidad a la copia del texto “Cartilla Leo”, aportada por el señor Lopez Orozco, en el que figura como autor este último, por lo que en concordancia con el artículo 10 de la Ley 23 de 1982, se presume la autoría del accionante respecto a esa obra. Aunado a lo anterior, la autoría del señor Lopez Orozco fue aceptada por las demandadas Editorial Educativa Kingkolor S.A.S. y por el accionante, en sede de interrogatorio de parte de la audiencia inicial celebrada. Igualmente, la DNDA tiene en cuenta los registros aportados por la Oficina de Registro de la DNDA libro2, tomo 69 y partida 259 de fecha 18 de mayo de 2007 y libro2, tomo 85 y partida 72 del 24 de diciembre de 2014 en el que figuraba como autor el señor Luis Carlos Valenzuela Jaimes, sin embargo, esto fue corregido, consignando como autor al señor Lopez Orozco.

Aclarada la autoría, se reconoce consecuentemente la existencia y titularidad de los derechos morales de autor, para lo cual la DNDA se remite al artículo 30 de la Ley 23 de 1982 en

concordancia con el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, en los cuales se reconocen esos derechos. Así, en concordancia con el artículo 30 de 1982, y en contra posición a lo alegado por los demandados, no se dan por probadas las infracciones, puesto que afirmó:

No circunscribe las infracciones sobre los derechos morales únicamente a los actos de explotación contenidos en el artículo 12 de la Ley 23 de 1982, pues la paternidad es susceptible de reivindicarse siempre que se desconozca la autoría del sujeto creador, así no se trate de un acto de explotación.

Así, respecto a la vulneración del derecho moral de autor de paternidad, estableció el A Quo que se distinguieron tres (03) momentos en los que se vulneró ese derecho, como lo fue el 12 de mayo de 2015, fecha en la que se realizó el registro del señor Luis Carlos Valenzuela como autor en la inscripción con libro, tomo y partida 2-69-259, así como al momento de registrarse ante la Cámara Colombiana del Libro como autor de la obra, al realizarse el depósito ante la Universidad Nacional de Colombia como autor de “Cartilla Leo” al demandado Valenzuela Jaimes.

Así, respecto a la excepción en la que se alegó que los errores en los que se incurrió en el registró son atribuibles al demandante, la Dnda no encontró acervo material probatorio conducente a demostrar la gestión por parte de este, por lo que declara improcedente dicha excepción, puesto que si es claro que, “... *que quien revisaba, autorizaba y firmaba los documentos que finalmente eran enviados o remitidos a las diferentes entidades era el representante legal de la Editorial Educativa Kingkolor S.A.S.*”, existiendo una vulneración al Derecho de Paternidad del demandante, declarándose la prosperidad de las pretensiones primera, segunda, tercera y cuarta, por estar directamente relacionadas con este Derecho Moral de Autor, vulnerados con las conductas del demandado, es decir, registrarse como autor del libro “Cartilla Leo”, ante la Dnda,

la Cámara Colombiana del Libro y al momento de depositar esa obra en la Biblioteca Central de la Universidad Nacional de Colombia.

Relatoría No. 44²⁸.

Mediante la presente providencia, la DNDA discutió, respecto al derecho patrimonial de autor de transformación, esto, debido a su relevancia en el tema, remitiéndose a la interpretación prejudicial 44-IP-2013, como se ilustrará a continuación.

Con ocasión de la reclamación del señor Ever Erazo Bolaños contra la sociedad El País S.A, por la utilización de apartes de su documental “*Terremoto en Popayán 1983*”, en las publicaciones del treinta (30) de marzo de dos mil ocho (2008) “Popayán: 25 años después del terremoto” y el treinta (30) y (31) de marzo de dos mil trece (2013), con la publicación del especial “Popayán, 30 años después del terremoto que destruyó la ciudad en 18 segundos”.

Respecto al *derecho de transformación*, la Dnda fundamentó su análisis en el artículo 13 de la Decisión Andina 351 de 1993, mediante el cual se reconoce el mismo, y menciona el criterio del autor Eugenio Olmedo Peralta citado por el Tribunal Andino de justicia en la interpretación prejudicial 44-IP-2013, en el que se determinó que este Derecho “*implica necesariamente una «apropiación intelectual» del contenido de la obra original y, al mismo tiempo, una nueva aportación por parte de la persona que lleva a cabo dicha transformación, que vierte su esfuerzo intelectual en la misma*”, concluyendo esta entidad que “*el titular de la obra autoriza que a partir de esta se cree una obra nueva*”.

²⁸ Radicado 1-2018 – 71488

Respecto a las infracción de este derecho, la Dnda dio por probado que el demandado realizó una publicación conmemorativa a los veinticinco (25) años del terremoto en Popayán, de lo que dio cuenta las copias de blogs aportados, una captura de pantalla del dominio electrónico de El País en el que se hace mención a un documento que refiere a la publicación y en él se incluyó en los créditos un agradecimiento al señor Erazo Bolaños, y la confesión hecha por la representante legal de esa entidad, en la que indicó que “... *la decisión de utilizar ese material fue de un redactor*”. Así, concluyó la DNDA, que, si se realizó un despliegue periodístico para conmemorar los 25 años de la tragedia en Popayán, tanto en su versión escrita como audiovisual, pero la captura de pantalla del dominio “*elpais.com.co*” en la que se extendían agradecimientos al demandante no implica la utilización de las imágenes del documental “Terremoto en Popayán 1983”, en el audiovisual editado por la demandada en el 2008, negándose con ello la declaratoria de vulneración de derecho.

De lo probado con esos documentos y confesiones, concluyó la DNDA que la demanda reprodujo un poco más de dos minutos del documento “terremoto en Popayán de 1983” en su video conmemorativo de los 30 años, cambió el formato de DVD a almacenarlo en forma digital en un soporte electrónico; se comunicó al público parte en su modalidad de “puesta a disposición” de la obra, a través de la página web “elpais.com” y su canal de YouTube “elpaiscali”, y se evidenció la transformación del documental del demandante, pues se adaptaron elementos de la obra primigenia, a la obra reprochada.

En cuanto al derecho de ineditud reclamado, este hace referencia a la facultad del autor de divulgar o no su obra. En el proceso 20-IP-2007, el Tribunal Andino cita al autor Manuel Pachón Muñoz, que sobre este derecho expresó: “En cuanto desaparece el deseo de mantener la obra inédita, surgen los derechos patrimoniales, pues mientras la obra se mantenga inédita ésta forma parte de la personalidad del autor.”(subraya propia).

Relatoría no. 83²⁹.

En el presente caso se discute la existencia de vulneración del derecho patrimonial de autor de *comunicación pública* que le corresponden al productor audiovisual o cinematográfico, de un socio de la demandante, el cual considera vulnerado por parte de Hotel Plazuela San Ignacio Medellín S.A.S. Se tiene que se demostró dentro del proceso, que el establecimiento hotelero cuenta con noventa y dos 92 habitaciones, cada una con un televisor como electrodoméstico, y que le pertenecen 20 codificadores TDT, que se encuentran en bodega y se entregan previa petición del huésped.

Respecto a la infracción de este derecho, la define como:

Quando un tercero ejerce el derecho exclusivo otorgado al titular (originario o derivado) 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.

En el particular se remite al artículo 15 de la Decisión Andina 351 de 1993, definiendo como *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, como un género, admite varias especies o

²⁹ Radicado 1-2021-53032

modalidades, dentro de las cuales de manera ejemplificativa y no taxativa encontramos las siguientes:

“b) La proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y de las demás obras audiovisuales;

(...)

i) En general, la difusión, por cualquier procedimiento conocido o por conocerse, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes”

Señala como requisitos para que se configure la comunicación pública, se requiere por la normatividad:

- 1) *actividad o actuación del sujeto infractor, 2) por medio de la cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a las obras,*
- 3) *sin que concurra el requisito negativo “sin la previa distribución de ejemplares”*

Habiéndose probado que se contaba con un total de 92 habitaciones, debe indicarse que estas gozan del amparo constitucional previsto para el domicilio privado, por lo que no puede predicarse la existencia de comunicación pública dentro de ellas, acorde al artículo 1 del Decreto 1318 de 1996 y por la interpretación hecha por la Corte Constitucional en la sentencia C-282 de 1997, estableciendo que:

Si el establecimiento hotelero difunde las obras a través de su sistema interno de redes y aparatos de televisión, con destino a todas las habitaciones, o a las áreas comunes del hotel, circunstancia que corresponde sin duda a una comunicación pública con ánimo de

lucro, de la cual se deriva que el hotel asume en su integridad las obligaciones inherentes a los derechos de autor, de conformidad con la Ley 23 de 1982 y según las normas internacionales.

Dilucidada la infracción, procedió la DNDA al análisis de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, para lo cual procede a determinar el régimen de responsabilidad civil ante el que nos encontramos ante un caso de responsabilidad contractual, indicando que "...distinción radica en el tipo de derecho que es vulnerado. De acuerdo con los artículos 2341 a 2360, la lesión causada a un derecho subjetivo absoluto da lugar a la responsabilidad extracontractual", puesto que lo reclamado es debido a la ausencia de acuerdo previo para el uso de las obras audiovisuales de su repertorio. Así, procede a señalar, para su posterior estudio, los elementos de la Responsabilidad Civil a determinar, indicando que:

variarán según se deban aplicar los principios de la responsabilidad subjetiva u objetiva. En el primer escenario 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. En el segundo escenario, se exigen únicamente tres elementos: la autoría material o imputabilidad, el daño y un nexo causal entre estos, prescindiendo del elemento subjetivo del individuo³⁰

Procedió la DNDA a determinar la existencia de un daño y su valor, indicando para ello que "...*el daño es la lesión o menoscabo de algún interés legítimamente protegido o de alguno de los derechos subjetivos de las personas*"³¹, por lo que al haberse probado la reproducción de las obras

³⁰ Arturo Valencia y Álvaro Ortiz, Derecho Civil Tomo III, 2010, p. 182.

³¹ Diego García, Manual de Responsabilidad Civil y del Estado, 2009, p. 13

en litigio se colige un daño equivalente a lo que hubiera recibido por la utilización y/o explotación de esta.

Para lo anterior, la DNDA considera que, de acuerdo con el artículo 206 del Código General del proceso, “...*quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos*”.

Relatoría No. 84³².

Debe mencionarse que esta sentencia resulta sumamente puesto que es el primer pronunciamiento hecho bajo la vigencia y aplicación de la interpretación prejudicial del 21 de septiembre de 2022 de la Comunidad Andina, variando por ello el análisis de los elementos de la responsabilidad civil, y advirtiéndose desde ya, que se prescinde de la culpa.

En el presente caso, se discute la vulneración de los derechos patrimoniales de autor, por parte de la entidad Grupo Suites S.A.S. al realizar comunicaciones públicas de obras cuyos titulares están representados por la accionada Egeda Colombia.

Habiéndose anunciado el aspecto más relevante de esta sentencia, y la cual solo se aleja de lo decantado por la DNDA respecto al tipo de responsabilidad bajo el cual se abordan estos conflictos, debe traerse a colación que, por primera vez, y poniendo de presente que bien esta Subdirección en virtud de las disposiciones de su ordenamiento interno mantenía la postura de

³² Radicado 1-2021-53028

que debía aplicarse la responsabilidad subjetiva, deberá aplicarse la responsabilidad objetiva, fundamentando su decisión en lo dispuesto en esa interpretación prejudicial, la cual determinó:

Independientemente de si la acción por infracción del derecho de autor se conduce a través de un procedimiento administrativo o un proceso jurisdiccional, la autoridad competente debe aplicar el criterio de la responsabilidad objetiva, al momento de verificar si la conducta denunciada o demandada constituye uno o más de los supuestos de hecho previstos en el Artículo 13 de la Decisión 351.

Y agregó:

...no será necesario que el *“investigado”* haya actuado con dolo o culpa para acreditar la existencia de la infracción, sino que basta con verificar que la conducta encaje en el supuesto de hecho de alguno o varios tipos infractores. Con esto también resalta que las únicas eximentes de responsabilidad son: *“las limitaciones al derecho de autor contenidas en el artículo 22 de la Decisión 351, el caso fortuito, la fuerza mayor o el hecho exclusivo y determinante de un tercero, los cuales tienen que ser imprevisibles e irresistibles.”*

Relatoría No. 85³³

A partir de esta providencia se constatará la permanencia o cambio de los criterios y/o fundamentos de la DNDA en la materia. Veamos.

³³ Radicado 1-2021-53666/22

En esta providencia se discute la existencia de vulneración o no de los derechos morales de autor de paternidad, ineditud y retracto, y de los derechos patrimoniales de autor de comunicación pública y reproducción del señor Juan Manuel Urbina Otalora, por parte de la Cámara Colombiana de Comercio Electrónico.

Lo anterior, puesto que afirmó el demandante que, habiéndosele contactado por parte de un tercero para la creación de las obras audiovisuales “HOT SALE 01”, “HOT SALE 02”, “HOT SALE 03” y “HOT SALE 04” a cambio de una remuneración, por lo que entregó las obras sin recibir el pago indicado, ni realizar la cesión o transferencia de los derechos patrimoniales sobre esta. Pese a lo anterior, indicó que la demandada ha usado abiertamente y continúa usando (hasta el momento de la demanda), las obras del demandante, esto, mediante publicaciones en su canal de YouTube, sin autorización para ello.

Al respecto la demandada arguyó:

“... el accionante participó en la creación de las obras audiovisuales “HOT SALE 01”, “HOT SALE 02”, “HOT SALE 03” y “HOT SALE 04” en el marco de un contrato de prestación de servicios celebrado con la sociedad Campañas Digitales S.A.S., representante de Global Mind S.A. en Colombia”. Aunado a ello indicó que, las obras mencionadas son “obras colectivas”, cuya titularidad recaen en el director de la obra, por lo que consta en el registro no es un reflejo de la realidad. Así mismo, indicó que el uso de las obras se encuentra legitimado, debido a la cesión de derechos patrimoniales de autor contenida en los contratos de prestación celebrado entre Global Mind S.A., representada por la sociedad Campañas digital S.A.S. y el demandante Soler Patiño.

Para solucionar el conflicto suscitado, hace consideraciones previas respecto al caso en particular, por lo que hace mención a las obras creadas en el marco de campañas publicitarias, remitiendo a

lo dicho por Ricardo Antequera Parilli, quien afirmó que *“se entiende por “obra publicitaria” la producida especialmente para su difusión con el fin de promocionar una empresa o la venta o prestación de bienes o servicios, cualquiera que sea el medio utilizado para su exteriorización”,* y agregó esta entidad que *“... “se entiende por “obra publicitaria” la producida especialmente para su difusión con el fin de promocionar una empresa o la venta o prestación de bienes o servicios, cualquiera que sea el medio utilizado para su exteriorización”,* concluyendo que este tipo de obras se caracterizan por:

Su finalidad promocional puede estar conformada tanto por elementos propios de esta actividad comercial carentes de originalidad, como por distintos tipos de obras artísticas, literarias o científicas que son objeto de protección del Derecho de Autor, escenario último en el que será indiferente su destinación.

Este tipo de obras son reconocidas por el artículo 04 de esa decisión, el cual en su literal f prescribe: *“... “las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales expresadas por cualquier procedimiento.”,* y a su vez define la obra audiovisual como:

Toda creación expresada mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que esté destinada esencialmente a ser mostrada a través de aparatos de proyección o cualquier otro medio de comunicación de la imagen y sonido, independientemente de las características del soporte material que la contiene.

Y acorde a lo dicho por la Doctrinante Delia Lipszyc, *“... “(...) para designar todas las obras que presentan ciertos elementos comunes decisivos de estas, sin tener en consideración el procedimiento técnico empleado para la fijación ni el destino esencial para el cual fueron creadas.*

(...)” concluye la DNDA que *“una vez cumplidos los requisitos establecidos para que sea considerado un audiovisual como objeto de protección del Derecho de Autor, resulta indiferente que el mismo tenga como finalidad la promoción o difusión de un mensaje publicitario³⁴”*. Así, define la existencia o no de una obra colectiva, de acuerdo a lo señalado en el artículo 08 de la Ley 23 de 1982, que define este tipo de obras como *“la que sea producida por un grupo de autores, por iniciativa y bajo la orientación de una persona natural o jurídica que la coordine, divulgue y publique bajo su nombre”*, señalando que respecto a la titularidad de estas obras se ha establecido que puede ser estudiadas a la luz del artículo 92 de la ley 23 de 1982, en la que no es posible escindir los aportes de sus coautores, y a la luz del artículo 98 de esa misma ley, que establece que *“las obras colectivas en las que se puede distinguir el aporte de cada autor”*, o *“como una clase de obra colectiva con regulación especial, como lo es la obra cinematográfica”*.

Se tiene así que no se logró demostrar la participación creativa de otras personas diferentes al Señor Juan Manuel Urbina, por lo que no se pudo demostrar la presunción del artículo 92 de la ley 23 de 1982, desestimándose la existencia de una obra creativa, por lo que, hecho el análisis a la luz del artículo 83 de esa misma ley, tampoco puede darse por sentada la presunción de ese artículo, puesto que se requiere *“(i) la existencia de una obra colectiva y los requisitos establecidos en el artículo 19 de la misma normatividad,.... la existencia de un contrato y que no se haya pactado estipulación expresa en la que se reserve algún derecho de autor”*.

Finalmente, se analiza la obra a la luz del artículo 98 de la Ley 23 de 1982, en el que se reconoce *“... como autores al director o realizador, al autor del guion o libreto cinematográfico, al autor de la música y al dibujante o dibujantes, si se trata de un diseño animado”*. En el presente caso, de acuerdo con los certificados de registro, expedidos por la Dirección Nacional de Derecho de Autor,

³⁴ (Parilli, p. 357)

figura como autor de las obras “HOTSALE 02”, “HOTSALE 03” y “HOTSALE 04” el señor Juan Manuel Urbina Otálora, sin mencionarse la celebración de alguna transferencia o cesión de Derechos. Así, y ante la falta de elementos que permitan dilucidar la iniciativa de la Cámara Colombiana de Comercio Electrónico desempeño la calidad de productor, o la existencia del elemento de coordinación para predicar dicha calidad.

Así, procedió la DNDA a dilucidar la infracción de los derechos de autor, pronunciándose inicialmente respecto al a infracción de estos daños morales, en el caso concreto, de ineditud y retracto, por lo que la DNDA se remite al literal a) del artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, en el cual se reconoce el derecho del autor a “... *conservar su obra inédita o divulgarla. A su vez, es importante tener en cuenta que la obra inédita es aquella que no haya sido dada a conocer al público*”, mientras que por otra parte refiere que “divulgar, según dispone el Artículo 3 de la Decisión Andina 351 de 1993, es hacer accesible la obra al público por cualquier medio o procedimiento”, y establece que la infracción de estos derechos se concreta cuando “*un tercero invade la órbita personalísima que tiene el autor para decidir respecto de la divulgación de la obra*”, sin embargo, descendiendo en el caso particular, se tiene que no se advirtieron hechos o pruebas que permitan dilucidar la infracción de estos Derechos

Pese a lo anterior, procede a analizar la DNDA la vulneración del derecho moral de autor de paternidad, remitiéndose al artículo 06 bis, del Convenio de Bernal, y el literal b) del artículo de la Decisión Andina 351 de 1993, las cuales, de acuerdo con la DNDA, “... *consiste en la facultad del autor de reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento*”, y de “... que se indique su nombre o seudónimo cuando se realice cualquiera de los actos mencionados en el artículo 12 de esta Ley”, de acuerdo con el artículo 30 de la Ley 23 de 1982. En el presente caso, se demostró, con fundamento en el interrogatorio de parte realizado a la representante de la demandada, y al constatarse la incorporación en el canal de YouTube de esa entidad en el año 2016, y respecto al

cual se confesó *“es cierto, no estuvo incorporado”* al referirse al nombre del demandante, dándose por probada con ello, la vulneración del Derecho de Paternidad del señor Juan Manuel Urbina.

Respecto a las vulneraciones de los derechos patrimoniales de autor, inicia la Dnda definiendo la infracción de estos derechos como

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.

Respecto al derecho de reproducción, a la luz del artículo 12 de la Ley 23 de 1982, modificado por el artículo 3 de la Ley 1915 de 2018, el cual establece que *“establece que el titular puede autorizar, prohibir o realizar la reproducción de la obra bajo cualquier manera o forma, permanente o temporal, mediante cualquier procedimiento incluyendo el almacenamiento temporal en forma electrónica.”* siendo definido ese acto en el artículo 14 de la Decisión Andina 351 de 1993 como *“(…)la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento.”*

Ahora, respecto al Derecho patrimonial de Transformación, recuerda la Dnda que *“faculta al autor a explotarla autorizando la creación de otras obras que se deriven de ella, como por ejemplo la traducción, la adaptación, un resumen, un arreglo musical”*, como lo contempla el literal f) del artículo 12 de la Ley 23 de 1982, al conferir *“... el derecho a los autores de autorizar o prohibir “La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra”*, estableciendo que la infracción de este Derecho se configura cuando *“... quien creó una obra a partir de otra lo hizo sin la previa autorización de su autor”*.

Así, declara la DNDA que existe vulneración de estos derechos, lo que se contrató con la fijación de las imágenes mencionadas en el canal de YouTube de la demanda, esto, desde el año 2016, vulnerando el derecho patrimonial de reproducción del autor. Ahora, respecto al derecho de transformación, se constataron alteraciones en la fecha y voz del narrador de la obra "HOTSALE 01", aunado a que fueron publicadas como "HOTSALE – 14 y 15 de septiembre"²⁷ y "Aprovecha HOTSALE 5 – 25 Y 26 DE ABRIL DE 2017", mediante el canal de la demandada en la plataforma YouTube; así mismo, se constataron cambios en esta obra, como el retiro de elementos de una escena, el cambio en la voz del narrador y la variación de color, publicadas como "Regístrate en Hotsale 111!" y "12 y 13 de junio llega Cyberlunes" en ese mismo canal, concluyéndose el uso no autorizado de las obras "HOT SALE 01" y "HOT SALE 03" del demandante Urbina Otalora.

Respecto al análisis de los elementos constitutivos de la Responsabilidad Civil, partió la Dnda clasificando el régimen de responsabilidad ante la cual nos encontramos, concluyendo que se trata de responsabilidad extracontractual, puesto que se reclama la audiencia de autorización previa para el uso de las obras audiovisuales del señor Urbina Otalora, procediendo a señalar que los elementos constitutivos de la Responsabilidad civil, y estableciendo los posibles regímenes a los cuales puede encontrarse sujeto, señalando

Responsabilidad subjetiva u objetiva. En el primer escenario 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. En el segundo escenario, se exigen únicamente tres

elementos: la autoría material o imputabilidad, el daño y un nexo causal entre estos, prescindiendo del elemento subjetivo del individuo³⁵.

Reiteró la DNDA lo dicho en la sentencia 84³⁶, al señalar que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en interpretación prejudicial del 21 de septiembre de 2022 explicó:

Independientemente de si la acción por infracción del derecho de autor se conduce a través de un procedimiento administrativo o un proceso jurisdiccional, la autoridad competente debe aplicar el criterio de la responsabilidad objetiva, al momento de verificar si la conducta denunciada o demandada constituye uno o más de los supuestos de hecho previstos en el Artículo 13 de la Decisión 351.

No será necesario que el “investigado” haya actuado con dolo o culpa para acreditar la existencia de la infracción, sino que basta con verificar que la conducta encaje en el supuesto de hecho de alguno o varios tipos infractores. Con esto también resalta que las únicas eximentes de responsabilidad son: “las limitaciones al derecho de autor contenidas en el artículo 22 de la Decisión 351, el caso fortuito, la fuerza mayor o el hecho exclusivo y determinante de un tercero, los cuales tienen que ser imprevisibles e irresistibles.

Por lo anterior, procede la DNDA a analizar el daño, indicando que:

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

³⁵ (Valencia y Ortiz, Derecho Civil Tomo III, 2010, p. 182)

³⁶ Radicado 1-2021-53028

corresponde a este, afectándole así sus intereses legítimos en relación con las obras, como lo sería, recibir una remuneración proporcional por la explotación o utilización de estas, con base a las licencias.

En el caso en particular, la infracción se concretó con la utilización por parte de la Cámara Colombiana de Comercio Electrónico de las obras de autoría y titularidad del demandante sin autorización previa y expresa, hechos que se entendieron como ciertos. Define el daño en este caso como “...*que no solamente se les impidió ejercer su facultad exclusiva de autorizar o prohibir la utilización de las obras, sino que se vio menoscabado su interés legítimo de obtener una remuneración por la utilización o explotación de las mismas*”.

Relatoría No. 93³⁷

En el presente caso de estudio, se discute la vulneración del derecho moral de autor de paternidad, del señor Nelson David Gonzalez Rojas, y derechos patrimoniales de autor de reproducción, con la interpretación y ejecución públicas y en redes sociales, sin autorización de, las obras *El Rey del Ají, Tema del Papelón, El Forastero, Cumban Pal Monte, Canción del Viajero, Para ti caleña, Marilyn, Tumbadora, Ya Veras, El Emperadorcito, Payaso, A Fusagasugá, Kikiriwi, Londres, Luna de Rio, Tu Recuerdo y El Ritmo de allá*; de las obras literarias: *Cinturita, Chamgarala, Ven caraqueña, La tribu de San Fernando, Así te quiero yo y Oye Sonero*; y de las obras musicales sin letra: *Bailaderos, Vete Vete, Cuando Venga La Primavera, Amor Serrano, Caracolito, La Sirena, Pascua de Navidad, El Porro, Besitos Del Corazón, Llorándote, Canto a la Montaña, El Sanjuanero, Lloro Corazón, Gitana, Si no vas a la pachanga y Canción India*. En el presente caso, parte la DNDA de la presunción del artículo 01 de la ley 1915 de 2018, por lo que “...*presumirá,*

³⁷ -Radicado 1-2021-120870/23

salvo prueba en contrario, que la obra se encuentra protegida", al no haberse probado lo contrario por las partes.

Respecto a la obra, se remite al artículo 02 de la Ley 23 de 1982 y al artículo 04 de la Decisión Andina 351 de 1993, y trayendo a colación lo dispuesto por la OMPI, quien define la "obra musical", como "(...) *toda clase de combinaciones de sonidos (composición) con o sin texto (*letra o *libreto), para su ejecución por instrumentos, músicos y/o la voz humana*" y señala la DNDA que "*...la obra musical puede componerse o solo de sonidos o de la combinación de sonidos y letra, entendiéndose en este último caso, que la letra es una obra literaria en sí misma, que puede ser también musicalizada. En este sentido, la obra musical puede tener un solo creador, tanto de la melodía y de la letra o pueden concurrir diferentes autores, uno de la melodía y otro de la letra*".

Respecto a la autoría de las obras reclamadas, determina la DNDA que las obras mencionadas son de autoría distinguió entre obras originarias y derivadas, determinando que la totalidad de las obras reclamadas están registradas a nombre del señor Nelson David Gonzalez así:

Como obras literarias: *Así te quiero yo, Chamgarala, Cinturita, La Tribu de San Fernando, Oye Sonero y Ven Caraqueña*. Como obras musicales y literarias: *A Fusagasugá, Canción del Viajero, Cumban pal monte, El Emperadorcito, El Forastero, El Rey del Ají, El Ritmo de Allá, Kikiriwi, Londres, Luna de Río, Marilyn, Para ti Caleña, Payaso, Tema del Papelón, Tu Recuerdo, Tumbadora y Ya Verás*. Como obras musicales sin letra, remitió los registros de: *Amor Serrano, Bailaderos, Besitos del Corazón, Canción India, Canto a la Montaña, Caracolito, Cuando Venga la Primavera, El Porro, El Sanjuanero, Gitana, La Sirena, Llorándote, Lloro Corazón, Pascua de Navidad, Si No Vas a la Pachanga y Vete Vete*.

Ahora bien, respecto a las obras *sirena, El sanjuanero, Llorándote, Llorá Corazón, Gitana, Si no vas a la pachanga, Vete Vete, Cuando venga la primavera, Amor serrano, Bailaderos, Caracolito, Pascua de navidad, El porro, Besitos del corazón y Canción india*, si bien indica frente a cada una el autor de la obra originaria (personas diferentes al acá demandante), también aclara que: “(...) *las podrá utilizar el maestro Luis Felipe González, con otros arreglos musicales diferentes a los que el maestro Nelson David González les registró a las mismas*” (subrayado nuestro), aunado a esto, se tienen que mediante comunicaciones del 25 de mayo de 2018 y 23 de noviembre de 2018, se manifestó que las obras musicales referidas corresponden a arreglos musicales, así como la obra “canto de la montaña”. Infiriéndose que el demandante no es el autor originario, siendo esta una obra derivada.

Respecto al derecho de retracto, se remite la DNDA al artículo 30 de la Ley 23 de 1982 consagra que “*El autor tendrá sobre su obra un derecho perpetuo, inalienable, e irrenunciable para: (...) retirarla de la circulación o suspender cualquier forma de utilización, aunque ella hubiere sido previamente autorizada*”.

Concluye la Dnda que:

El demandante no puede en virtud de esta prerrogativa moral, oponerse a la comunicación pública y a la reproducción de las obras cuya explotación exclusiva este en cabeza de una persona distinta a él, o respecto de los cuales haya pactado su cesión de forma válida, hasta tanto no haya indemnizado previamente los perjuicios que con esto les pueda causar.

En cuanto al derecho patrimonial de comunicación pública, definió la entidad bajo estudio la comunicación pública, la cual es reconocida en el artículo 15 de la Decisión Andina 351 de 1993, y menciona:

Género que admite varias especies o modalidades, como la representación, la ejecución o la difusión por cualquier procedimiento conocido o por conocerse, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes. Dentro de estas categorías, el literal a) del referido artículo 15 de la Decisión Andina 351 de 1993, alude a las representaciones escénicas, recitales, disertaciones y las ejecuciones públicas de las obras literarias y musicales por cualquier medio o procedimiento.

Así, habiéndose constatado la ejecución de las obras, más no autorización alguna por parte de la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia, se configura dicha vulneración.

Ahora, respecto al daño y perjuicio, se remitió la DNDA al artículo doscientos seis (206) del Código General del Proceso, acorde al cual *“...que quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos”*, condenándose al valor equivalente a la sumatoria de ingresos brutos por mes, reportados ante el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para el año 2021.

Relatoría 101³⁸.

³⁸ Radicado 1-2021.120877/23

En el presente caso de estudio, se discutió la existencia de vulneración de reproducción en su modalidad de comunicación pública, de los actores asociados a la organización Actores Sociedad Colombiana De Gestión; por parte de la entidad INVERSIONES SPIWAK S.A.S.

Lo anterior, puesto que, de acuerdo a lo relatado por la accionante, puesto que en el establecimiento hotelero HOTEL DANN de la ciudad de Bogotá, se comunican al pública de obras en las que se encuentran interpretaciones de *Jorge Enrique Abello, Carolina Acevedo, Marcela Carvajal, entre otros*, sin que se haya suscrito acuerdo alguno sobre la remuneración por comunicación pública de interpretaciones o ejecuciones audiovisuales en las habitaciones y zonas comunes de ese hotel, por lo que intentó concertar la tarifa de estas, mediante comunicaciones.

Aunado a lo anterior, se demostró que el hotel cuenta con 133 habitaciones, todas con el servicio de televisión de *DIRECTV*, y cuatro salones en zonas comunes también con aparatos receptores de televisión, y que se han comunicado públicamente obras audiovisuales donde se encuentran fijadas interpretaciones o ejecuciones representadas y gestionadas por la demandante Actores S.C.G., a través de los televisores mencionados, desde el 06 de marzo de 2021 hasta la fecha de presentación de la demanda. Estos hechos se dieron, por cierto, toda vez que no se asistió al interrogatorio de parte.

Para dilucidar la solución al presente conflicto, la DNDA considera necesaria definir la diferencia entre los derechos de autor y el objeto de protección de estos, remitiéndose a lo dicho por el doctrinante Desbois, quien indicó que “...*el objeto de la protección en este caso son actividades que concurren a la difusión, mas no a la creación de obras literarias y artísticas*”, concluyendo que si bien y la interpretación artística como semejante a la obra, si tiene una relación de *dependencia* con ella, al suponer la existencia de una creación literaria o artística y constituye una vía para difundir y divulgar una obra al pública, lo cual se realiza a través de un intérprete.

Señala la Dnda que el artículo 3 de la Decisión Andina 351 de 1993 al interpreto o ejecutante como “....*persona que representa, canta, lee, recita, interpreta o ejecuta en cualquier forma una obra*”, precisando que al no distinguirse entre el ejecutante y artista interprete, debe tenerse en cuenta lo dicho por la doctrina, que ha concluido que “....el ejecutante es la persona que ejecuta composiciones exclusivamente musicales, y el artista intérprete es la persona que representa obras dramáticas o literarias”, y de acuerdo a Bercovits, es “..*la persona que actúa en un espectáculo teatral, cinematográfico, etc....*” y acorte a la interpretación prejudicial 249-jp-2021, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina señaló, “...*el actor o intérprete de una obra audiovisual da vida a un personaje al expresar de manera única y singular lo que el guion de una obra audiovisual establece para aquel, es decir, realiza un aporte creativo evidente (en muchos casos hasta preponderante) que lo hace merecedor de un régimen de protección jurídica a través del denominado derecho conexo.*”

Así, en el caso particular, al tener por cierta la existencia de las interpretaciones del señor Jorge Enrique Abello, Carolina Acevedo y Marcela Carvajal fijadas en el audiovisual “*La Nocturna*”, las de Geraldine Zivic, Jacqueline Arenal y Julián Román fijadas en la obra “*Los Reyes*”, las de Sebastián Eslava, Martha Restrepo y Victoria Ortiz fijadas en el audiovisual “*La Niña*”, las de Robinson Díaz, Flora Martínez y Luis Mesa fijadas en la obra “*Vecinos*”, entre otras, y del listado de obras audiovisuales en las que se encuentran fijadas las interpretaciones que hacen parte del repertorio de Actores S.C.G., se constata también la interpretación hecha por Cesar Navarro, Andrea Nieto, Alejandra Miranda, Ana María Sanchez, Jairo Camargo, Fernando Colunga, Victoria Ruffo, Aracely Arámbula, Carolina Gaitán, Claudia Liliana Gonzalez, Julio Cesar Meza, Jerónimo Cantillo, Robinson Diaz, Luly Bossa, etc., cuyas interpretaciones se encuentran fijadas en las obras audiovisuales *La teacher de inglés, La selección 2, La hija del Mariachi, La niña, El laberinto,*

Victoria, Los Morales, La Ley Secreta, Lorena, La brújula dorada, Bad Boys, Aquí no hay quien viva, Betty la fea, entre otras, acreditándose la existencia de prestaciones protegidas.

Dilucidado lo anterior, menciona la DNDA respecto a los derechos de los artistas intérpretes de obras y grabaciones audiovisuales a recibir remuneración equitativa, y el deber de los utilizadores a pagarla, indicó que una vez autorizada la fijación de la *interpretación o ejecución, y la reproducción de las fijaciones*, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley 1403 de 2010, que señala que:

Los artistas intérpretes de obras y grabaciones audiovisuales conservarán, en todo caso, el derecho a percibir una remuneración equitativa por la comunicación pública, incluida la puesta a disposición y el alquiler comercial al público, de las obras audiovisuales donde se encuentren fijadas sus interpretaciones o ejecuciones, y en ejercicio de este derecho no podrán prohibir, alterar o suspender la producción o la normal explotación comercial de la obra audiovisual por parte de su productor, utilizador o causahabiente.

Y teniéndose en cuenta que la demandada Inversiones Spiwak S.A.S. ha comunicado al público obras audiovisuales en las que se encuentran fijadas las interpretaciones artísticas mencionadas, a través de televisores ubicados dentro de las habitaciones y áreas comunes del establecimiento de comercio HOTEL DANN de la ciudad de Bogotá, desde el 06 de marzo y hasta la fecha de esa demanda.

Dicho esto, la DNDA analiza el concepto de comunicación pública, para lo cual se remite al artículo 15 de la Decisión Andina 351 de 1993, la cual señala que “...*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”, y que para el caso en particular, se consideran más relevantes sus modalidades “...“b) La proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y de las demás obras audiovisuales; (...) i) En general, la difusión, por cualquier procedimiento conocido o por conocerse, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes”.

Determina como requisitos para predicar la existencia de la infracción a este Derecho Patrimonial

“...una 1) actividad o actuación del sujeto infractor, 2) por medio de la cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a las obras y/o prestaciones protegidas, 3) sin que concurra el requisito negativo “sin la previa distribución de ejemplares”.

Coligiéndose en el presente caso que se estructuran dichos requisitos.

Establecida la infracción, procede la Dnda a determinar el daño y perjuicio causado, para lo cual se remite al artículo 57 de la Decisión Andina 351 de 1993, que dispuso:” ... *“La autoridad nacional competente, podrá ordenar: a) El pago al titular del derecho infringido una reparación o indemnización adecuada en compensación por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la violación de su derecho”, en concordancia con el artículo 2341 de nuestro Código Civil, en el que se prescribe que “...El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización”.*

Ahora, respecto al régimen de responsabilidad, trae a colación lo dispuesto por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en interpretación prejudicial del 21 de septiembre de 2022, acorde a la cual:

Independientemente de si la acción por infracción del derecho de autor se conduce a través de un procedimiento administrativo o un proceso jurisdiccional, la autoridad competente debe aplicar el criterio de la responsabilidad objetiva, al momento de verificar si la conducta denunciada o demandada constituye uno o más de los supuestos de hecho previstos en el Artículo 13 de la Decisión 351.

No será necesario que el “investigado” haya actuado con dolo o culpa para acreditar la existencia de la infracción, sino que basta con verificar que la conducta encaje en el supuesto de hecho de alguno o varios tipos infractores. Con esto también resalta que las únicas eximentes de responsabilidad son: “las limitaciones al derecho de autor contenidas en el artículo 22 de la Decisión 351, el caso fortuito, la fuerza mayor o el hecho exclusivo y determinante de un tercero, los cuales tienen que ser imprevisibles e irresistibles.

Refiere que el daño es “...*detrimiento, o perjuicio que una persona sufre y que afecta a sus bienes, derechos o intereses. Esta concepción que va claramente más allá del mero menoscabo económico*”, pues incluye también “*la lesión de un interés legítimamente protegido*”, que en el presente caso se trata de prestaciones consistentes en un valor artístico agregado o en un esfuerzo técnico, observándose que se dio por probado que en las habitaciones y zonas comunes del HOTEL DANN, la demandada comunicó al pública “*obras audiovisuales en las que se encuentran fijadas prestaciones protegidas sin pagar la correspondiente remuneración equitativa*”, configurando ello la materialización del daño, este, ocasionado con carácter material, “*al menoscabarse el interés legítimo de obtener una remuneración por la utilización de sus interpretaciones, configurándose consecuentemente un luco cesante, equivalente a los ingresos que debieron haberse percibido en el curso normal de acontecimientos*”.

5. Seguridad Jurídica – Sentencia C-836/01.

Respecto al principio de Seguridad Jurídica, la Corte Constitucional se pronunció mediante Sentencia C-836/01, identificando el mismo y la utilidad de su existencia, ya que, al existir seguridad y uniformidad en los criterios y decisiones, además de permitir el ejercicio litigioso, se convierte en una garantía del orden social, ya que permite definir el contenido de los derechos, pudiéndose concluir que este principio permite establecer las “reglas de juego” para la reclamación de derechos ante las autoridades judiciales, así como del actuar de las personas, aunado a la confianza que se deriva de actuar conforme a la estabilidad de las normas , pues mencionó:

La certeza que la comunidad jurídica tenga de que los jueces van a decidir los casos iguales de la misma forma es una garantía que se relaciona con el principio de la seguridad jurídica. La previsibilidad de las decisiones judiciales da certeza sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas, y la única forma en que se tiene dicha certeza es cuando se sabe que, en principio, los jueces han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento de manera estable y consistente. Esta certeza hace posible a las personas actuar libremente, conforme a lo que la práctica judicial les permite inferir que es un comportamiento protegido por la ley. La falta de seguridad jurídica de una comunidad conduce a la anarquía y al desorden social, porque los ciudadanos no pueden conocer el contenido de sus derechos y de sus obligaciones. Si en virtud de su autonomía, cada juez tiene la posibilidad de interpretar y aplicar el texto de la ley de manera distinta, ello impide que las personas desarrollen libremente sus actividades, pues al actuar se encontrarían bajo la contingencia de estar contradiciendo una de las posibles interpretaciones de la ley.

6. Subreglas Jurisprudenciales

Para determinar el respeto por el principio de seguridad jurídica, será necesario definir los conceptos y criterios usados por la DNDA para la resolución de los conflictos estudiados; estos, se concretan mediante la creación y/o uso de subreglas jurisprudenciales. Respecto a esta figura, Eduardo Pablo Cerra Nolasco (2020) señaló:

Las subreglas no son más que contenidos prescriptivos y normativos contenidos en providencias judiciales, que no se encuentran previamente desarrollados por el legislador a través del procedimiento legislativo. La subregla jurisprudencial se contiene en la *ratio decidendi* o, incluso, en la parte resolutive de la providencia judicial. (Nolasco, 2020, p. 129).

Identificados y estudiados los elementos necesarios para abordar el estudio de los pronunciamientos de la DNDA, se adelantó el análisis de estos, pudiéndose identificar importantes Sentencias respecto al tema de Derechos de Autor y Conexos, concluyéndose, y advirtiéndose desde ya, que se pudieron identificar dos (02) importantes posiciones respecto a la Responsabilidad Civil por infracción de Derechos de auto. Dichas posiciones distan radicalmente la una de la otra, puesto que, en la primera, comprendida por el conjunto de Sentencias desde la 001, desde 19 de agosto de 2016, hasta la Relatoría no. 83³⁹, Egeda Vs Hotel Plazuela San Ignacio Medellín S.A.S.; el análisis de los hechos y litigios que se dan se hace desde la perspectiva del régimen de la Responsabilidad Subjetiva, mientras que, bajo la actual perspectiva de esta

³⁹ Radicado 1-2021-53032

autoridad, que cambió de extremo en su sentencia 84⁴⁰; estos litigios se discuten bajo la óptica de la responsabilidad objetiva.

Así mismo, se mencionará estas subreglas, acorde al orden en el que cronológica y estructuralmente dentro de sus Sentencias la Dnda desarrolló los parámetros objeto de estudio.

La Sentencia 01, es una Sentencia Hito, fundadora de línea, por sentar las bases para decisiones futuras, además de ser el primer pronunciamiento hecho por la DNDA, desplegándose por primera vez el análisis que hace esta de los hechos para tomar sus decisiones; esto desde la perspectiva de la responsabilidad subjetiva, valorando la conducta del demandado.

A continuación, se dará cuenta de lo afirmado y las subreglas fijadas por la DNDA, trayéndose a colación los pronunciamientos más importantes de una y otra línea jurisprudencial.

I. Existencia y protección de la obra: Considera determinante la DNDA determinar si el objeto sobre el cual se discute efectivamente existe o no como derecho de protección de los derechos de autor, para lo cual, se remite al artículo 03 y 04 de la Decisión Andina 351 de 1993, concluyéndose como subregla: *“Se predicará la existencia y protección de toda obra, entendida como creación humana fijada en cualquier medio”*. Este es el punto de partida de análisis de los conflictos suscitados y resueltos ante esta entidad, tornándose en el primer requisito para acceder a las pretensiones incoadas, de acuerdo con las sentencias 001, 002⁴¹, 09⁴², 12⁴³, 22⁴⁴, 25⁴⁵, 44⁴⁶.

⁴⁰ Radicado 1-2021-53028

⁴¹ Radicado 1-2015-63182/17

⁴² Radicado 1-2019-14198

⁴³ Radicado 1-2014-19991

⁴⁴ Radicado 1-2017-105088

⁴⁵ Radicado 1-2018-2166/19

⁴⁶ Radicado 1-2018 – 71488

Infracción: Acorde a los informes de relatoría 01, 00247 , 0948,2549, 4450 y 8351, la DNDA considera que estaremos frente a una infracción de un Derecho de Autor:

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.

Coincidente es la posición al respecto en Sentencia 44⁵², puesto que afirma que:

Estamos ante una infracción cuando un tercero ejerce el derecho exclusivo otorgado al titular originario o derivado de una obra, sin la correspondiente autorización previa y expresa, o en su defecto, sin estar amparado por alguna de las limitaciones y excepciones previstas en la ley.

II. Infracción - integridad: Al respecto, se concluye que la Dnda utiliza la regla:

Para que exista efectivamente una vulneración al derecho moral de integridad además de la deformación, mutilación o modificación, se requiere que la misma sea de una magnitud tal, que implique un atentado contra el decoro de la obra o la reputación del autor.

⁴⁷ Radicado 1-2015-63182/17

⁴⁸ Radicado 1-2019-14198

⁴⁹ Radicado 1-2018-2166/19

⁵⁰ Radicado 1-2018 – 71488

⁵¹ Radicado 1-2021-53032

⁵² Radicado 1-2018 – 71488

Esta regla fue usada en la sentencia 01⁵³, para determinar la existencia de vulneración del Derecho de Integridad del autor Calle Arango, al haberse destruido un moral de su autoría por parte del Centro Comercial San Diego P.H. Esta posición fue reiterada en las sentencias 02⁵⁴, 09⁵⁵, 12⁵⁶, 22⁵⁷, 25⁵⁸, 44⁵⁹.

III. Infracción – comunicación pública: Teniendo en cuenta que en Sentencia 09⁶⁰, del 07 de febrero de 2018, acorde al artículo 15 de la Decisión Andina 351 de 1993, la Dnda definió la comunicación pública como *“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”*, y reiteró el concepto de infracción, pudiéndose concluir que la Dnda considera como subregla que:

Se estará ante una infracción del derecho patrimonial de autor de comunicación pública, cuando esta se realice sin autorización previa y expresa del autor para ella, y sin mediar ninguna de las limitación y excepciones previstas, en cualquiera de sus modalidades.

Misma posición guarda la Dnda en sentencia 44⁶¹, al afirmar que:

Estamos ante una infracción cuando un tercero ejerce el derecho exclusivo otorgado al titular originario o derivado de una obra, sin la correspondiente

⁵³ Radicado 1-2015-34057

⁵⁴ Radicado 1-2015-63182/17

⁵⁵ Radicado 1-2019-14198

⁵⁶ Radicado 1-2014-19991

⁵⁷ Radicado 1-2017-105088

⁵⁸ Radicado 1-2018-2166/19

⁵⁹ Radicado 1-2018 – 71488

⁶⁰ Radicado 1-2019-14198

⁶¹ Radicado 1-2018 – 71488

autorización previa y expresa, o en su defecto, sin estar amparado por alguna de las limitaciones y excepciones previstas en la ley.

De esto se da cuenta nuevamente en la sentencia 22⁶², al indicar que este derecho es “*la posibilidad de un público de tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares*”, y reiterado en la sentencia 83⁶³.

IV. Infracción – ineditud: Expresa la Dnda, que “*existirá infracción al derecho de Ineditud, cuando un tercero de a conocer una obra sin estar autorizado por el autor para ello*”, como se estableció inicialmente en la sentencia 02⁶⁴. Pero al respecto la sentencia 25⁶⁵ agregó, “*el autor no debe tener ánimo de publicarla, puesto que de tenerlo no se vulneraría este derecho*”, conformándose la subregla:

Existirá infracción al derecho de Ineditud, cuando un tercero de a conocer una obra sin estar autorizado por el autor para ello, y sin que esta haya tenido intención de publicarla.

Infracción – paternidad: En la sentencia 25⁶⁶, y 44⁶⁷, la DNDA indicó, acorde al artículo 12 de la Ley 23 de 1982, “*...la paternidad es susceptible de reivindicarse siempre que se desconozca la autoría del sujeto creador, así no se trate de un acto de explotación*”, o a contrario sensu:

⁶² Radicado 1-2017-105088

⁶³ Radicado 1-2021-53032

⁶⁴ Radicado 1-2015-63182/17

⁶⁵ Radicado 1-2018-2166/19

⁶⁶ Radicado 1-2018-2166/19

⁶⁷ Radicado 1-2018 – 71488

Existirá infracción al derecho de paternidad, siempre que se desconozca la autoría de su creador.

Infracción Transformación: En sentencia 44⁶⁸, la Dnda considera esta facultad como la capacidad del autor de autorizar que se cree una obra nueva, concluyéndose la subregla:

Se estará ante infracción del derecho de autor de transformación, cuando sin autorización se adapten elementos de una obra primigenia.

V. Responsabilidad: Desde la sentencia 01⁶⁹, la Dnda determinó los elementos para predicar la existencia de la Responsabilidad Civil, prescribiendo: *“Para determinar la existencia de obligación de indemnización, se requiere la acreditación de la infracción, la existencia de un daño y la evaluación de la conducta”*. Esto es coincidente con lo que dispuso en la sentencia 09 – 1 – 2016 -14198, del 07 de febrero de 2018, en la que se determinaron como elementos de la responsabilidad, a estudiar *“...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”*.

En sentencia 44⁷⁰, la DNDA reiteró estos elementos, al referirse a *“la existencia del daño, la culpa y un nexo causal”* por constatar.

VI. Daño: Para la DNDA habrá daño a los derechos de autor cuando:

⁶⁸ Radicado 1-2018 – 71488

⁶⁹ Radicado 1-2015-34057

⁷⁰ Radicado 1-2018 – 71488

El autor, debido a un tercero, no pueda hacer ejercicio de los derechos de autor respecto a una o varias de sus obras.

Se puede afirmar la existencia de la subregla mencionada, puesto que consideró esta autoridad, desde su sentencia 01⁷¹, dispuso que:

Para el caso del derecho de autor los intereses legales resguardados son las obras, y la protección jurídica de estas se ve reflejada a través de derechos patrimoniales y morales. Por lo tanto, la infracción de alguna de estas prerrogativas materializa el daño, precisamente porque le impide al titular el ejercicio del mismo⁷².

Esto es coincidente con lo dicho en la Sentencia 09⁷³, en la que se definió el daño como como *“...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”*.

Desarrollo de lo anterior, la Dnda, en sentencia 44⁷⁴ detalló los tipos de daños de acuerdo con el derecho afectado, estableciendo:

Daño – Comunicación Publica:

Daño de carácter material, pues no solo se le impidió ejercer su facultad exclusiva de autorizar o prohibir la utilización de su obra, sino que se vio menoscabado su

⁷¹ Radicado 1-2015-34057

⁷² Dirección Nacional de Derechos de Autor – Informe de Relatoría 001 - 1-2015-34057.

⁷³ Radicado 1-2019-14198

⁷⁴ Radicado 1-2018 – 71488

interés legítimo de obtener un pago por la licencia que acostumbraba a otorgar por la utilización de esta.

Daño Paternidad: “...*daño extrapatrimonial, pues no le permitió al titular ser reconocido como creador*”.

VII. Daño Moral: “...*la infracción a un derecho moral supone un daño extrapatrimonial*”⁷⁵.

Esta posición fue establecida desde la sentencia 01⁷⁶, siendo uniforme hasta la sentencia 93⁷⁷, que se estudiará posteriormente.

Daño Material: Respecto al daño material, en Sentencia 22⁷⁸ la DNDA indicó que consiste en “*afectar la facultad exclusiva que tiene el autor de disponer de su obra, puntualmente en este caso de prohibir su exhibición como forma de comunicación pública y su venta como forma de distribución, materializa el daño*”.

VIII. La Culpa: Para determinar la culpa, la Dnda en su sentencia 02⁷⁹, dispuso respecto al análisis de esta que:

Debe evaluarse si el demandado conociendo los daños que podía ocasionar confió imprudentemente en evitarlos, o nos encontramos ante una falta de previsión del

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Radicado 1-2015-34057

⁷⁷ Radicado 1-2021-120870/23

⁷⁸ Radicado 1-2017-105088

⁷⁹ Radicado 1-2015-63182/17

daño que podía causarse con un acto suyo, cuando el mismo era predecible, dado su desarrollo mental y conocimiento de los hechos.

Sin embargo, en la sentencia 09⁸⁰, del 07 de febrero de 2018 mencionó que:

“...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)”.

Desarrollo de la anterior, en Sentencia 44⁸¹ estableció: *“Esta no radica en haber actuado mal sino en no actuar conforme al estándar de prudencia exigible”.*

IX. Nexo causal: La Dnda determinó en la sentencia 02⁸², que este debe entenderse como *“relación causa efecto que debe existir entre un acto u omisión y el daño ocasionado por el mismo”*, coincidente con su posición del 07 de febrero de 2018, Sentencia 09⁸³, en el que al respecto señaló:

...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)”.

⁸⁰ Radicado 1-2019-14198

⁸¹ Radicado 1-2018 – 71488

⁸² Radicado 1-2015-63182/17

⁸³ Radicado 1-2019-14198

Cuantificación Del Daño: Respecto a los daños morales, determinó que “*debe hacerse de forma equilibrada, fundada en motivos probados, teniendo en cuenta tanto la extensión del golpe emocional producido por el hecho dañino*”, como expresó en las sentencias 01⁸⁴ y 02⁸⁵, sin embargo, mientras que tratándose de daños patrimoniales, desde la Sentencia 09⁸⁶, determinó que “*...Quien pretenda la indemnización por daños patrimoniales, deberá estimarlo, razonadamente, bajo juramento en la demanda o en petición correspondiente, discriminándose cada uno de sus conceptos*”.

Ahora, se tiene que el pasado veintiuno (21) de septiembre de dos mil veintidós (2022), el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en interpretación prejudicial 91-IP-2021, determinó que,

Independientemente de si la acción por infracción del derecho de autor se conduce a través de un procedimiento administrativo o un proceso jurisdiccional, la autoridad competente debe aplicar el criterio de la responsabilidad objetiva, al momento de verificar si la conducta denunciada o demandada constituye uno o más de los supuestos de hecho previstos en el Artículo 13 de la Decisión 351.

Esto constituye un cambio en la forma en como la DNDA valorará los elementos constitutivos de la Responsabilidad, el cual realizó por primera vez en la sentencia 84⁸⁷, de lo que se dará cuenta a continuación, así como las subreglas determinadas por esta entidad, a partir de la aplicación de la perspectiva de la Responsabilidad Objetiva.

⁸⁴ Radicado 1-2015-34057

⁸⁵ Radicado 1-2015-63182/17

⁸⁶ Radicado 1-2019-14198

⁸⁷ Radicado 1-2021-53028

I. Existencia Y Protección De La Obra: En sentencia 93⁸⁸, al respecto determinó que *“la obra musical puede componerse o solo de sonidos o de la combinación de sonidos y letra, entendiéndose en este último caso, que la letra es una obra literaria en sí misma, que puede ser también musicalizada”*.

II. Infracción: En la sentencia 85⁸⁹ la DNDA se refiere a la infracción de los derechos morales de autor, y determina que se estará ante una infracción de los derechos morales de autor cuando *“un tercero invade la órbita personalísima que tiene el autor para decidir respecto de la divulgación de la obra”*. Sin embargo, respecto a la vulneración, reiteró lo dicho previo a la interpretación prejudicial del veintiuno (21) de septiembre de dos mil veintidós (2022), indicando que se estará ante una infracción de derecho patrimonial de autor cuando:

Quando 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.

III. Infracción – Comunicación Publica: Respecto a este derecho patrimonial, la Dnda en sentencia 93⁹⁰ analizó puntualmente la infracción a este, en su modalidad de *retransmisión*, definiéndola como *“forma de difusión que está relacionada con un segundo uso de las señales, programas o interpretaciones, los cuales, a través de un dispositivo conductor, son distribuidas por vía diferente a la de la primera transmisión, sea esta sonora o audiovisual”*.

⁸⁸ Radicado 1-2021-120870/23

⁸⁹ Radicado 1-2021-53666/22

⁹⁰ -Radicado 1-2021-120870/23

Infracción – Ineditud: En la sentencia 85⁹¹, la Dnda determinó que se estará ante una infracción del derecho oral de autor de ineditud cuando “...*un tercero invade la órbita personalísima que tiene el autor para decidir respecto de la divulgación de la obra*”.

IV. Infracción – Paternidad: Al respecto, se constató que la Dnda guarda la misma posición ya mencionada, y de acuerdo con la lectura de sus pronunciamientos se infiere que para determinar la infracción de este derecho hace uso de la regla:

Existirá infracción al derecho de paternidad, siempre que se desconozca la autoría de su creador, de acuerdo con lo expuesto en la sentencia 85⁹².

Infracción Transformación: Respecto a la infracción de este derecho, la Dnda en sentencia 85⁹³ indicó que se estará ante la infracción al Derecho patrimonial de autor de transformación cuando: “... *quien creó una obra a partir de otra lo hizo sin la previa autorización de su autor*”.

V. Responsabilidad: Respecto a los elementos de la Responsabilidad Civil, se refirió a los regímenes objetivo y subjetivo de la responsabilidad civil, poniendo de presente que, mediante sentencia 85⁹⁴, por primera vez esa Subdirección, basándose en la interpretación prejudicial del 21 de septiembre, analizó únicamente la *autoría material o imputabilidad, el daño y el nexo*, como elementos de la Responsabilidad Civil, lo que reiteró en las sentencias 93⁹⁵.

⁹¹ Radicado 1-2021-53666/22

⁹² Radicado 1-2021-53666/22

⁹³ Radicado 1-2021-53666/22

⁹⁴ Radicado 1-2021-53666/22

⁹⁵ -Radicado 1-2021-120870/23

VI. Daño: Respecto al daño, se puede afirmar que los pronunciamientos de la Dnda son uniformes respecto a este, pues desde la sentencia 09⁹⁶, mencionó en lo referente a este tópico que “...*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*”, reiterándose la subregla ya mencionada, es decir, “*Habrá daño cuando el autor, debido a un tercero, no pueda hacer ejercicio de los derechos de autor respecto a una o varias de sus obras*”.

Cuenta de ello lo dicho en las sentencias 85⁹⁷, 93⁹⁸ y 101⁹⁹, al mencionar que “*la infracción de esta prerrogativa materializa el daño, precisamente porque le impide al titular su ejercicio,*

VII. Daño Moral: Al respecto menciona la Dnda, en sentencia 85¹⁰⁰, indicó que “*La infracción a un derecho moral supone un daño extrapatrimonial*”.

Esta posición fue establecida desde la sentencia 01¹⁰¹, siendo uniforme hasta la sentencia 93¹⁰², en la que diferencio este elemento como “*Inmaterial o moral, cuando se produce una lesión o afectación de orden interno a los sentimientos o al honor de las personas*”.

VIII. Daño Material: la Dnda, en sentencia 93¹⁰³ “*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*”.

⁹⁶ Radicado 1-2019-14198

⁹⁷ Radicado 1-2021-53666/22

⁹⁸ Radicado 1-2021-120870/23

⁹⁹ Radicado 1-2021.120877/23

¹⁰⁰ Radicado 1-2021-53666/22

¹⁰¹ Radicado 1-2015-34057

¹⁰² -Radicado 1-2021-120870/23

¹⁰³ -Radicado 1-2021-120870/23

IX. Nexo causal: Respecto a este elemento, la Dnda en la Sentencia 85¹⁰⁴ , señaló que *“...luego de hacer una valoración de las circunstancias y el material probatorio correspondiente al presente caso, se concluye que los hechos atribuidos a la demandada no son causas remotas sino actuales o próximas del daño causado a los titulares”*.

De esto se puede concluir que la Dnda hace uso de la regla:

Se tendrá como causa del daño causado, aquellas que se determinen como directas actuales o próximas a este.

X. Culpa: A partir de la Sentencia 84¹⁰⁵ , determinó la Dnda que este no es un elemento para analizar respecto a la Responsabilidad Civil, reafirmando para ello que *“No será necesario que el “investigado” haya actuado con dolo o culpa para acreditar la existencia de la infracción, sino que basta con verificar que la conducta encaje en el supuesto de hecho de alguno o varios tipos infractores”*.

Esta posición es sostenida hasta la actualidad por la DNDA.

XI. Cuantificación Del Daño: desde la Sentencia 09¹⁰⁶, determinó que *“Quien pretenda la indemnización por daños patrimoniales, deberá estimarlo, razonadamente, bajo juramento en la*

¹⁰⁴ Radicado 1-2021-53666/22

¹⁰⁵ Radicado 1-2021-53028

¹⁰⁶ Radicado 1-2019-14198

demanda o en petición correspondiente, discriminándose cada uno de sus conceptos”, reiterándose en las sentencias 85¹⁰⁷, 93¹⁰⁸ y 95¹⁰⁹.

7. Conclusiones

Finalmente, se puede afirmar que, acorde a lo advertido, que la Dnda, a través de sus pronunciamientos respeta y concreta el principio de seguridad jurídica, puesto que interpreta y resuelve de manera uniforme los asuntos ante ella suscitados, distanciándose por la redacción y taxatividad de las reglas que utiliza, más no por el espíritu de estas. Aunado a lo anterior, se tiene que como sería de esperar, la Dnda hace uso de las mismas disposiciones el momento de analizar y resolver distintos casos, remitiéndose principalmente a la Decisión Andina 351 de 1993, el Convenio de Berna, la Constitución Política de Colombia, el Código Civil Colombiano y la Ley 23 de 1982.

Muestra del respeto por la Seguridad Jurídica es, que mediante el informe de relatoría No. 84¹¹⁰, en el que se discutió respecto a la infracción de derechos de autor de creadores representados por Egeda, por parte de la entidad Grupo Suites; y acorde al uso expreso del esquema de responsabilidad objetiva determinado por la Decisión Andina 351 de 1993, la Dnda hace pronunciamiento claro, de fondo y concreto motivando las razones para alejarse de la posición conocida hasta el momento, dando aplicación a esta interpretación prejudicial, sentando así mismo las bases para la aplicación de esta en futuros pronunciamiento, como se evidenció hasta el informe de Relatoría ¹¹¹^[obj.].

¹⁰⁷ Radicado 1-2021-53666/22

¹⁰⁸ -Radicado 1-2021-120870/23

¹⁰⁹ Radicado 1-2021.120877/23

¹¹⁰ Radicado 1-2021-53028

¹¹¹ Radicado 1-2021.120877/23

Referencias

- Arcila, M. A. (2017). *Plagio : Qué es y cómo se regula penalmente - analisis del plagio como infraccion a los derechos de autor y como delito*. BOGOTA, DC: Grupo Editorial Ibañez.
- Espín, P. M. (1996). *El daño moral contractual en la ley de propiedad intelectual*. Madrid: Tecnos.
- Gomez, L. C. (2010). *Responsabilidad Civil por Infracciones al Derecho de Autor*. Ibañez.
- Jaramillo, J. T. (2007). *Tratado De Responsabilidad Civil*. Bogotá: Legis.
- Lipszyc, D. (2017). *Derecho de autor y derechos conexos*. Bogotá: Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe (CERLALC).
- Nolasco, E. P. (2020). *Ubicación y fuerza vinculante de las subreglas jurisprudenciales dentro del ordenamiento jurídico colombiano*. Unilbre:
<https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/advocatus/article/download/6901/6677/19777>
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2021). *WIPO.INT*.
https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_450_2020.pdf
- Parilli, R. A. (s.f.). *Estudios en Derecho Industrial Y Derecho de Autor*. Temis.
- Posada, O. V. (2011). *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Bogotá: Temis.
- Valencia, A., & Ortiz, A. (2010). *Derecho Civil Tomo III*.
- Valencia, A., & Ortiz, Á. (2010). *Derecho Civil Tomo III*.
- Visintini, G. (2015). *Qué es la responsabilidad civil?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.