



## INFORME DE RELATORÍA No. 19

**Referencia:** 1-2017-79460

Proceso Verbal iniciado por Ferney Botia Amaya y Luz Marina Chona Vera contra Omar Gómez Carreño y Fundación sin Fronteras.

**Fallador:** Carlos Andrés Corredor Blanco

**Bogotá D.C., 8 de marzo de 2019**

La Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, presenta el siguiente informe de relatoría:

### ANTECEDENTES

El día catorce (14) de septiembre de 2017 se radicó ante la Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales de la Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional de Derecho de Autor por el abogado Fabián Mauricio Gómez Peña en representación de los señores Ferney Botia Amaya y Luz Marina Chona Vera una demanda de infracción de derechos de autor contra del Omar Gómez Carreño la Fundación Sin Fronteras, basada en los hechos que a continuación se resumen:

1. En el año 2010 los señores Ferney Botia Amaya y Luz Maria Chona Vera escribieron la obra “A technical English Handbook”, la cual registraron como obra inédita en la Dirección Nacional de Derecho de Autor.
2. En el año 2013 participaron con su obra en una convocatoria realizada en el marco de un contrato denominado de compraventa entre la Gobernación de Arauca y el Consorcio Arauca Bilingüe 2013, para la selección y posterior publicación de un material pedagógico, obteniendo el mayor puntaje cumpliendo las pautas de la convocatoria.
3. Los demandantes suscribieron unilateralmente un documento denominado de cesión de derechos patrimoniales en el que autorizaron la publicación de tres mil (3.000) ejemplares de su obra, en una única edición, sin fines de lucro con destino a la Gobernación de Arauca, y como contraprestación el Consorcio Arauca Bilingüe 2013 reconocerá económicamente un valor pactado entre las partes más la entrega de 150 ejemplares.
4. Los demandantes manifestaron haber realizado un acuerdo económico verbal con el consorcio Arauca Bilingüe 2013, en el que este se comprometía a pagar \$15.000 por ejemplar impreso y 150 libros para cada autor, pero que no fue cumplido por el Consorcio, a pesar de los requerimientos efectuados por el señor Ferney Botia Amaya.
5. El consorcio Arauca Bilingüe 2013 cumplió con el 100% el contrato suscrito con la Gobernación de Arauca.
6. Los demandantes convocaron una audiencia para conciliar, pero no se materializó ningún acuerdo.

Con fundamento en los hechos anteriormente señalados se plantearon las siguientes pretensiones:



*PRIMERA: Ordenar a los demandados indemnizar a mis poderdantes por los daños sufridos de la siguiente manera: Por PERJUICIOS MORALES ocasionados como consecuencia, de la utilización de un texto que había sido producido con la propiedad intelectual de mis mandantes del registro de derechos reservados de autor de un tercero sin derecho, situación que trajo consigo una frustración y afectación moral toda vez que no puede entenderse como se utiliza la propiedad intelectual de mis mandantes para sacar provecho por parte de un tercero, y que el estado representado en el departamento de Arauca, haya sido cómplice de esta ilegalidad, por lo anterior se solicita indemnización por daños morales de la siguiente forma: Para FERNEY BOTIA AMAYA, la suma de CIENTO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100 S.M.L.M.V.). Para LUZ MARINA CHONA VERA, la suma de CIENTO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100 S.M.L.M.V.).*

*SEGUNDO: Ordenar a los demandados cancelar a mis mandantes el 60% sobre el valor total recaudado por la ejecución y divulgación pública de la obra A TECHNICAL ENGLISH HANDBOOK correspondiente a la suma de CIENTO VEINITISEIS MILLONES DE PESOS M/C (\$126.000.000).*

*CUARTO: Condenar en costas a los demandados.*

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

El señor Omar Gómez Carreño a pesar de haber sido notificado en debida forma, no contestó la demanda.

La Fundación sin Fronteras fue emplazada y se le nombró Curador ad-litem, quien contestó la demanda manifestando no constarle los hechos de la demanda y sujetándose a lo probado dentro del proceso.

### Sentencia

Se encuentra acreditado en la presente causa que Ferney Botia Amaya y Luz Marina Chona Vera son autores de una obra literaria cuyo nombre es “A *Technical English Handbook*,” lo cual se puede constatar con el certificado de registro expedido por la Dirección Nacional de Derecho de Autor, aportado a folio 37 del único cuaderno del expediente, que indica que en el libro 10 tomo 241 partida 428 se encuentra inscrita la obra en comento en su calidad de inédita y tiene como autores a los hoy demandantes.

Esta obra, se enmarca en el literal a del artículo 4 de la Decisión Andina 351 de 1993 que establece que dentro de las creaciones protegidas por la normatividad autoral se encuentran “*las obras expresadas por escrito, es decir, los libros, folletos y cualquier otro tipo de obra expresada mediante letras, signos o marcas convencionales*”, y le fue realizado un proceso editorial, como puede apreciarse del ejemplar aportado a la presente causa a folio 53 del expediente, por el consorcio Arauca Bilingüe 2013 integrado por el señor Omar Gómez Carreño y la Fundación Sin Fronteras, como se observa en la carta de conformación de este aportada en copia a folios 51 y 52 del expediente.



Efectivamente el consorcio realizó "(...)la fijación de la obra en un medio que permitía la obtención de copias de toda o parte de ella." lo cual encaja en el concepto de reproducción del artículo 14 de la Decisión Andina 351 de 1993. También realizaron la distribución de los ejemplares reproducidos, toda vez que fueron entregadas 3000 copias a la Gobernación de Arauca, lo cual se enmarca dentro del supuesto de hecho que consagra el literal c del artículo 3 de la ley 1915 que modifica el artículo 12 de la ley 23 de 1982.

Hay que mencionar que dichos usos se dieron en el marco de un negocio jurídico compuesto que tiene diferentes momentos, el primero de ellos la convocatoria y selección de los autores realizada en el marco del Contrato denominado de Compraventa N° 435 de 2013, la cual se acredita mediante el documento en copia a folios 30 a 33 que contiene la evaluación realizada por Daniel Fernando Torres y Juanita Lleras Acosta. El segundo, el proceso de contratación de la persona jurídica que se encargaría de realizar la labor editorial de alistamiento del libro para posterior impresión y distribución, como se deduce de los documentos relativos a dicha actividad observables en copia en folios 45 a 50 del expediente, y finalmente el acuerdo entre el consorcio y los autores para que los mismos recibieran un valor unitario por cada libro reproducido, que se acredita del numeral séptimo del documento denominado cesión de derechos, firmado por los demandantes y que fue entregado a la Gobernación de Arauca como puede deducirse de los sellos visibles a folios 34 y 35 del mismo.

De esta situación surgen dos grandes inquietudes, la primera es el alcance sobre la titularidad de los derechos patrimoniales, máxime si se tiene en cuenta que es el consorcio quien aparece indicado en el ejemplar como titular de los derechos junto con los autores, y la segunda es si la autorización que permitía dichos actos a los demandados se ve afectada por no cumplir con la obligación de pago que habían contraído con los autores de manera verbal, de acuerdo a lo manifestado por los demandantes en la demanda y en el documento denominado Cesión de derechos patrimoniales a folios 34 y 35. Siendo también relevante saber si la consecuencia de dicho incumplimiento se traduce en alguna infracción de los derechos de los autores de la obra y si esto materializa los daños de índole patrimonial y extrapatrimonial que solicitan los demandantes.

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

Para identificar quien tiene la calidad de titular originario el artículo 8 de la Decisión Andina 351 y el artículo 10 de la Ley 23 de 1982 establecen una presunción de autoría. El primero de los artículos citados establece que "se



presume autor, salvo prueba en contrario, la persona cuyo nombre, seudónimo u otro signo que la identifique, aparezca indicado en la obra”.

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

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

Es decir, en el caso que nos ocupa el hecho que aparezca el consorcio Arauca bilingüe referenciado como titular de derechos en los ejemplares reproducidos y distribuidos, no les impide a sus autores iniciar la reclamación de dichos derechos en contra de estos. Máxime si se aporta el instrumento que supone que se dio la mencionada transferencia.

Frente el documento que se observa en el expediente a folios 34 y 35 titulado “*Cesión de derechos patrimoniales, de autor y autorización para la impresión y distribución*”, suscrito únicamente por los demandantes, debemos mencionar que la cesión de derechos como medio efectivo para la tradición, requiere la intervención y el acuerdo de dos partes, denominadas cedente y cesionaria, el objeto de este debe ser la transferencia de uno o varios derechos patrimoniales sobre la obra, perdiendo el cedente su calidad de titular exclusivo a favor del cesionario, desplazándose hacia el patrimonio de este los derechos negociales del titular originario, convirtiéndose en titular derivado. Siendo esencial la acción de transferir para que se predique la existencia de la cesión.

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

Estudiando el documento aportado, este no tiene identificado claramente los cesionarios, los cuales no firman el instrumento, no fue registrado, por lo tanto,



no es oponible a terceros, pero lo más importante desde la perspectiva que estamos estudiando, es que de su análisis no concluye que la finalidad de este sea desprenderse por parte de los autores de sus prerrogativas, para que las mismas salgan de su patrimonio y entren en el de otra persona. Razón por la cual, a pesar del título del documento, este despacho debe llegar a la conclusión que estamos es frente a una licencia.

Frente el alcance de esta es claro que le permite al Consorcio Arauca Bilingüe 2013, a cambio de una contraprestación a ser pactada con posterioridad, **reproducir, comunicar y distribuir** la obra “*A Technical English Handbook*”, sin ánimo de lucro en una sola edición de 3.000 ejemplares para ser entregados a la Gobernación de Arauca. La cual, debemos resaltar, acorde con los hechos de la demanda y los documentos relacionados con la autorización expresa de los titulares, en cuanto al objeto se puede afirmar que se cumplió, como se puede constatar con la publicación de la obra a folio 53, el acta de liquidación del contrato de compraventa entre los demandados y la Gobernación de Arauca a folios 47 y 49 donde certifican el cumplimiento del 100% de este.

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

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

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

Siendo claro el concepto, podemos afirmar que al observar el “*Acta de Liquidación contrato de compraventa N.º 435 de 2013*” de fecha 24 de abril de 2015 relativo al programa de “*fortalecimiento de la lengua extranjera (inglés) en las instituciones educativas en el departamento de Arauca*” se lee a folio 47



que: *“el interventor certifica que CONSORCIO ARAUCA BILINGÜE R/L Deyanira Walteros Mantilla, cumplió con la ejecución del 100% del contrato de compraventa No. 435 de 2013.”* Que las cantidades entregadas de ejemplares fueron 3.000 unidades, monto que coincide con la licencia, estas tuvieron como destino a quien se pactó en el acuerdo, es decir la gobernación de Arauca, y el texto no fue transformado, adaptado o traducido, razón por la cual podemos afirmar que solo existen discusiones frente a la retribución a los autores por la licencia otorgada.

Ahora, teniendo en cuenta que el incumplimiento del pago de una regalía constituye un incumplimiento contractual que no configura una lesión a los derechos patrimoniales ni morales de autor, precisamente porque este mero hecho no afecta el núcleo de ningún derecho autoral reconocido, ni se usurpa el carácter absoluto que recae sobre la disposición del bien inmaterial, no podemos llegar a conclusión distinta que no existe infracción a los derechos patrimoniales de autor.

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

Es tan claro que el fondo del conflicto no es la usurpación de prerrogativas autorales sino la ausencia de pago, que a folio 43 figura fotocopia de una comunicación dirigida por el señor Ferney Botía Amaya a Deyanira Walteros Mantilla como representante legal del Consorcio Arauca Bilingüe de fecha 16 de abril de 2015 y con radicado en la gobernación de Arauca en la misma fecha, en donde el aquí demandante haciendo referencia al ítem 2.1 del acta de liquidación solicita le sea cancelado el valor unitario pactado que le corresponde por cada ejemplar.

Así las cosas, debido que para los demandantes el hecho generador del daño material y extra patrimonial que reclaman en este proceso, es la utilización de la obra en contravía de sus derechos como autores y como ampliamente se ha argumentado a lo largo de esta decisión no existe tal infracción, no es posible despachar de manera favorable las pretensiones incoadas, sin perjuicio obviamente de las acciones contractuales a las que tenga lugar para reclamar la suma de dinero aparentemente adeudada.

## Costas

Una vez dicho lo anterior, es el momento de que este fallador se pronuncie sobre las costas. Al respecto, el numeral 1 del artículo 365 del CGP, señala que se condenará en este concepto a la parte vencida en el proceso, las cuales están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho.

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



En lo referente a las agencias en derecho, de conformidad a lo establecido en el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, y teniendo en cuenta los criterios contenidos en el artículo 2 del mismo acuerdo, las tarifas fijadas en el artículo 5 de la misma norma, y que la cuantía de las pretensiones supera los 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes, se procederá a fijar como agencias en derecho el 3% del valor de estas, equivalente a la suma de Tres Millones Setecientos Veintiséis Mil Quinientos Veintidós Pesos Moneda Corriente (\$3,726,522.00 m/cte) en favor del demandado Omar Gómez Carreño. No hay agencias en derecho para el Curador ad litem conforme a lo establecido en artículo 48 numeral 7 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Subdirector Técnico de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, Carlos Andrés Corredor Blanco, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**

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

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

**TERCERO:** Fijar como agencias en derecho el 3% de las pretensiones de la demanda, equivalentes a la suma de en Tres Millones Setecientos Veintiséis Mil Quinientos Veintidós pesos moneda corriente (\$3,726,522.00 m/cte), en favor del demandado Omar Gómez Carreño.

Nota: El apoderado de los demandantes interpuso recurso de apelación el cual se concedió en efecto suspensivo.