



Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales, Bogotá D.C.
Sentencia del 28 de mayo de 2024

Rad: 1-2021-52086
Ref.: Proceso Verbal
Demandante: Inversiones Ultra S.A.S.
Demandado: Luis Alberto Posada Hernández

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

ANTECEDENTES

1. El 25 de mayo de 2021, la sociedad INVERSIONES ULTRA S.A.S., identificada con el NIT 811.036.391-2, por intermedio de apoderada presentó demanda contra el señor LUIS ALBERTO POSADA HERNÁNDEZ, identificado con la cédula de ciudadanía 16.216.869. En esta se plantearon como hechos: **(i)** que el demandado suscribió seis contratos con la sociedad Industrias Fonográficas Victoria LTDA. con el objeto de interpretar de manera exclusiva diferentes obras musicales¹; **(ii)** que debido a dichos contratos Industrias Fonográficas Victoria LTDA. asumió los costos de fijación, comercializaron, publicidad y posicionamiento en el mercado de los fonogramas en los que se fijaron las interpretaciones del señor LUIS ALBERTO POSADA HERNÁNDEZ; **(iii)** que a pesar de lo señalado el demandado fijó nuevamente sus interpretaciones en nuevos fonogramas que ha puesto a disposición del público a través de distintas plataformas digitales, **(iv)** que en la actualidad la principal fuente de ingresos por el uso de fonogramas es la monetización a través de plataformas digitales, sin embargo, no le ha posible a la accionante lucrarse de ello pues en las plataformas se genera un conflicto de doble titularidad de los fonogramas, y **(v)** que el catálogo fonográfico de Industrias Fonográficas Victoria LTDA. fue cedido a la sociedad INVERSIONES ULTRA S.A.S.
2. Mediante el Auto 2 del 6 de julio de 2021, notificado el 7 de julio siguiente, este Despacho decidió admitir la demanda referida.
3. El 6 de septiembre de 2021 el señor LUIS ALBERTO POSADA HERNÁNDEZ contestó la demanda, argumentó que **(i)** Industrias Fonográficas Victoria LTDA. incumplió la cláusula octava² del contrato pues no pagó las regalías pactadas al interprete; **(ii)** nunca se le informó al demandado la cesión del contrato, **(iii)** el señor POSADA HERNÁNDEZ no faltó a sus obligaciones contractuales dado que para la fecha de la firma de los acuerdos no existían las plataformas digitales y

¹ 1. Borracho por ella, 2. Tu negro castigo, 3. Vana ilusión, 4. Que duro es querer, 5. Beber y llorar, 6. Desde que partiste, 7. Como seas te amo, 8. Enamoré a mi hermana, 9. Esta fue mi estrella, 10. Reiré mejor, 11. Me imploras perdón, 12. Así es mejor, 13. El hijo del gato negro, 14. Cruz de dolor, 15. Aguanta corazón, 16. Destino marcado, 17. Arranca esta duda, 18. Malditas promesas, 19. No soy juguete, 20. Borrará tu recuerdo, 21. Bohemio sin suerte, 22. Siempre estoy pensando en ti, 23. Mi pasión recordarás, 24. Vuelve amor mío, 25. Corazón partido, 26. Creí que eras buena, 27. Un rival, 28. Cumbia lastimera, 29. El perdedor, 30. Maldita mi suerte, 31. Ya no soy un niño, 32. No voy a retenerte, 33. Te arranqué de mi pecho, 34. No volveré a querer, 35. Ingrato amor, 36. Por un poco de placer, 37. Nuve[sic] noches, 38. Para qué vuelves, 39. Me pagaron mal, 40. Negros recuerdos, 41. No dejaré de amar, 42. Tú eres mi amor, 43. Tu cariño anhelo tener, 44. Luto en mi hogar, 45. Falsedades, 46. Vivo en la desgracia, 47. Me voy con tu recuerdo, 48. Amargaste mi destino, 49. Por qué me pagaste mal, 50. Te cansó mi cariño, 51. Mire comadre mire, 52. Mi cruel desilusión, 53. Solo me dejó, 54. Aunque niegues mi amor, 55. Pueblo que me vio nacer, 56. La cruz olvidada, 57. Ya se me olvidó, 58. Voy a rifar mi corazón, 59. Una tumba para dos, 60. Quiero que te vayas, 61. Ser pobre no es delito, 62. Te sigo queriendo, 63. Me llenaste de tristeza, 64. No fuiste sincera, 65. Sabías que era casado y 66. Tu amor lo olvide.

² "OCTAVO: EL INTERPRETE y EL PRODUCTOR FONOGRAFICO, por los derechos que a su favor establece la Ley 23 de 1982 en sus Artículos 173 y 174, acuerdan que de cualquiera suma recibida de los usuarios por ejecución pública, transmisión por radio o televisión, corresponderá un cincuenta por ciento (50%) para el PRODUCTOR FONOGRAFICO, entendida su calidad de autor del fonograma liquidado, y un cincuenta por ciento (50%) para EL INTERPRETE, el cual cederá un quince (15) por ciento para repartir entre los ejecutantes, en caso de que éstos le acompañen permanentemente."

la puesta a disposición no puede entenderse parte de los contratos en virtud del artículo 77 de la Ley 23 de 1982³, **(iv)** los contratos contienen cláusulas abusivas, y **(v)** las cláusulas que se refieren a la exclusividad no son claras pues no estipulan un término de duración.

4. Así también, el 6 de septiembre de 2021 el señor LUIS ALBERTO POSADA HERNÁNDEZ radicó demanda en reconvención en la que se plantearon como hechos: **(i)** que el demandante en reconvención suscribió diferentes contratos con la sociedad Industrias Fonográficas Victoria LTDA. con el objeto de interpretar de manera exclusiva diferentes obras musicales, **(ii)** que en desarrollo de los contratos se publicaron fonogramas por los medios conocidos y existentes en su momento, tal como se acordó dentro de las cláusulas de los contratos, **(iii)** que al señor LUIS ALBERTO POSADA HERNÁNDEZ nunca le pagaron las regalías que hacían parte fundamental de la contraprestación económica que recibiría el intérprete, **(iv)** que los contratos contienen cláusulas abusivas, **(v)** que la accionada en reconvención ha puesto a disposición sus fonogramas en diferentes plataformas a pesar que los contratos no le permitían hacerlo, y **(vi)** que en los acuerdos también se desconoce el derecho moral de autor del demandante en reconvención de retirar la obra.
5. El 19 de noviembre de 2021 la sociedad INVERSIONES ULTRA S.A.S. contestó la demanda en reconvención, argumentó que **(i)** se han cumplido todas las obligaciones contractuales adquiridas, **(ii)** ha sido la Asociación Colombiana de Intérpretes y Productores Fonográficos – ACINPRO quien se ha hecho cargo de recaudar el derecho de comunicación pública de las interpretaciones del señor POSADA HERNÁNDEZ; **(iii)** las acciones llevadas a cabo tiene sustento en los derechos otorgados por la ley al productor de fonogramas; **(iv)** a la fecha se encuentra vigente el término de protección de los fonogramas fijados por Industrias Fonográficas Victoria LTDA; y **(v)** la accionada en reconvención tiene la facultad de distribuir en plataformas digitales los fonogramas en los que se fijaron las interpretaciones.
6. Mediante el Auto 4 del 4 de noviembre de 2021, notificado el 5 de noviembre siguiente, este Despacho decidió admitir la demanda en reconvención.
7. Mediante Auto 8 del 1 de agosto de 2022, se resolvió tener por no presentada la objeción al juramento estimatorio de la demanda inicial y, por lo tanto, tener como prueba del monto de la indemnización solicitada el valor estimado por la accionante inicial.
8. Mediante Auto 13 del 21 de septiembre de 2023, se resolvió tener por no presentada la objeción al juramento estimatorio de la demanda en reconvención y, por lo tanto, tener como prueba del monto de la indemnización solicitada el valor estimado por la accionante en reconvención.
9. Una vez finalizada la etapa escrita, los días 2 y 20 de mayo de 2024 se realizó de manera virtual la audiencia inicial y de instrucción y juzgamiento; en la última se indicó que el uso de tecnologías de la información y de las comunicaciones eventualmente pueden presentar fallas que no son de control del Despacho, por ello, con el fin de facilitar la comprensión de la sentencia, esta se emitiría escrita, pues las posibles fallas en la conexión a internet podrían obstaculizar el derecho de contradicción y defensa de las partes.

CONSIDERACIONES

1. De la fijación del litigio

³ Artículo 77 de la Ley 23 de 1982: “Las distintas formas de utilización de la obra, son independientes entre ellas; la autorización del autor para una formas de utilización no se extiende a las demás”.

Iniciemos mencionando que durante la etapa oral del presente proceso se fijó el litigio señalando que se tendrá por cierto **(i)** que el señor LUIS ALBERTO POSADA HERNÁNDEZ suscribió seis contratos con la sociedad Industrias Fonográficas Victoria LTDA. cuyo objeto es interpretar sesenta y seis obras musicales; **(ii)** que en razón a los mencionados contratos fueron lanzadas tres producciones fonográficas “5150500 CORAZON PARTIDO, LUIS ALBERTO POSADA (P)”, “5150584 NO TE DEJARÉ DE AMAR, LUIS ALBERTO POSADA Y LOS INOLVIDABLES DE APIA” y “5150685 SER POBRE NO ES DELITO, LUIS ALBERTO POSADA, LOS INOLVIDABLES DE APIA”; **(iii)** que el señor POSADA HERNÁNDEZ fijó nuevamente sus interpretaciones de las obras musicales objeto de los contratos que se analizan en este caso; y **(iv)** que las partes agotaron la conciliación prejudicial.

1. De los derechos conexos del artista intérprete o ejecutante

Iniciemos mencionando que, si bien los derechos conexos evocan cierta analogía con el derecho de autor, no se les puede considerar como símiles entre sí, ya que en las palabras de 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 artísticas⁴.

Ahora, la labor de los artistas intérpretes y ejecutantes, da un nuevo alcance a la obra al realizar un esfuerzo creativo único, por lo que tienen un interés justificable en la protección jurídica de su actividad; en este sentido, merecen que se les dedique una protección específica y por ello los derechos conexos tienen la finalidad de proteger a quien realiza un aporte considerable creativo o técnico, al proceso de llevar una obra hasta el público.

Los derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes tienen un doble contenido, del cual se derivan dos tipos de prerrogativas, unas de carácter moral y otras de carácter patrimonial; teniendo en cuenta que el accionante en reconvención señala que ambas fueron vulneradas, el Despacho estudiará por separado cada una de ellas.

a) De los derechos morales

Iniciemos aclarando que el demandante en reconvención asevera que en los contratos que suscribió “*el productor fonográfico pretendió desconocer el derecho de retiro de la obra el cual es inalienable, imprescriptible e inembargable en favor del autor*”; al respecto, encuentra el Despacho que los hechos y pretensiones de la demanda no reclaman derechos de autor sino conexos, por lo que, en aplicación del principio de congruencia, se analizarán los argumentos en el marco de las prerrogativas solicitadas.

Dilucidado lo anterior, es preciso mencionar que el derecho moral atado a los derechos conexos tiene diferencias importantes con el que tienen los autores, y que obedecen a las particularidades mismas de los aportes y cómo estos se conectan con las obras. Por esta razón los titulares de derechos conexos que emanan de actividades técnico-organizativas no reconocen un factor moral, como es el caso de los productores fonográficos y los organismos de radiodifusión.

En el caso de los artistas intérpretes y ejecutantes, dado que su aporte también goza de originalidad, en las legislaciones sobre la materia, normalmente se les reconoce derechos de orden moral, sin embargo, bajo el entendido que el ejercicio de estos puede afectar los derechos de los autores y la explotación de las obras, usualmente tienen un alcance diferente.

Por esta razón, es factor común en las leyes de derecho de autor que no se consagre en favor de estos el derecho de retracto ni el de ineditud o divulgación, como sucede en España, también se observa en diferentes legislaciones que el derecho de paternidad está limitado solo a intérpretes y ejecutantes principales, como es el caso

⁴ Lipszyc, Delia, Derecho de Autor y Derechos Conexos, 2006, Página 348.

de la legislación francesa y la italiana, en el caso del derecho de integridad, comúnmente es acotado solamente a prohibir deformaciones, como es el caso de Alemania.

Colombia por su parte, consagra en el artículo 171 de la ley 23 de 1982 un sistema de derechos morales paralelo al de los autores, precisamente porque este remite al artículo 30 de la mencionada ley, el cual señala que podrán "(...) **E. A retirarla de la circulación o suspender cualquier forma de utilización aunque ella hubiere sido previamente autorizada. (...) Los derechos mencionados en los numerales d) y e) solo podrán ejercitarse a cambio de indemnizar previamente a terceros los perjuicios que se les pudiere ocasionar**".

Por su parte, el artículo 35 de la Decisión Andina 351 de 1993 consagra solo como prerrogativas morales de los artistas intérpretes: **a)** Exigir que su nombre figure o esté asociado a cada interpretación o ejecución que se realice; y, **b)** Oponerse a toda deformación, mutilación o cualquier otro atentado sobre su interpretación o ejecución que pueda lesionar su prestigio o reputación, por lo que puede inferirse que el legislador andino quiso un sistema de derechos morales con un alcance menor al de los autores, similar al español, precisamente para tratar de evitar que el ejercicio de estos pueda afectar la explotación de las obras.

En definitiva, es posible concluir que el artista intérprete o ejecutante puede exigir que su nombre se asocie con su interpretación y oponerse a toda deformación o mutilación de esta, pero no puede retirar la interpretación de circulación ni suspender su utilización, pero en caso de estar habilitado para hacerlo en virtud de la ley nacional, en aplicación de lo señalado en la Ley 23 de 1982, debe ponerse de presente que el señor LUIS ALBERTO POSADA HERNÁNDEZ no ha indemnizado los perjuicios que pudiere ocasionar el retiro de su interpretación, por lo que, para el caso en concreto tampoco puede ejercer dicha prerrogativa.

b) De los derechos patrimoniales

En relación con los derechos patrimoniales, es posible afirmar que la norma andina y la nacional diferencian dos momentos, el primero cuando la interpretación o ejecución no ha sido fijada y el segundo cuando se autoriza la fijación de esta.

Así, según lo establecen los artículos 166 y 168 de la Ley 23 de 1982, modificado por la Ley 1915 de 2018, siempre que se trate de una interpretación o ejecución no fijada, los artistas intérpretes o ejecutantes tienen el derecho de autorizar o prohibir **(i)** la radiodifusión y la comunicación al público de su interpretación o ejecución, **(ii)** la fijación de su interpretación o ejecución, **(iii)** la reproducción de sus interpretaciones o ejecuciones, **(iv)** la distribución y **(v)** la puesta a disposición.

Por su parte, una vez se autoriza la fijación de la interpretación o ejecución, se extinguen las facultades exclusivas de autorizar o prohibir la comunicación al público de esta, la fijación de la interpretación o ejecución, y la reproducción de las fijaciones, mientras que las demás se mantienen.

De otra parte, son titulares del derecho de remuneración establecido en el artículo 173 de la Ley 23 de 1982 que consagra que "*Cuando un fonograma publicado con fines comerciales, o una reproducción de este fonograma, se utilicen directamente para radiodifusión o para cualquier otra forma de comunicación al público, el utilizador abonará una remuneración equitativa y única, destinada a la vez a los artistas, intérpretes o ejecutantes y al productor del fonograma, suma que será pagada por el utilizador a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas, a través de las sociedades de gestión colectiva constituidas conforme a la ley, y distribuida por partes iguales*".

En el caso objeto de estudio, obran en el expediente seis contratos en los que el señor LUIS ALBERTO POSADA HERNÁNDEZ negoció la fijación de sus

interpretaciones de las siguientes sesenta y seis obras musicales: 1. Borracho por ella, 2. Tu negro castigo, 3. Vana ilusión, 4. Que duro es querer, 5. Beber y llorar, 6. Desde que partiste, 7. Como seas te amo, 8. Enamoré a mi hermana, 9. Esta fue mi estrella, 10. Reiré mejor, 11. Me imploras perdón, 12. Así es mejor, 13. El hijo del gato negro, 14. Cruz de dolor, 15. Aguanta corazón, 16. Destino marcado, 17. Arranca esta duda, 18. Malditas promesas, 19. No soy juguete, 20. Borrará tu recuerdo, 21. Bohemio sin suerte, 22. Siempre estoy pensando en ti, 23. Mi pasión recordaras, 24. Vuelve amor mío, 25. Corazón partido, 26. Creí que eras buena, 27. Un rival, 28. Cumbia lastimera, 29. El perdedor, 30. Maldita mi suerte, 31. Ya no soy un niño, 32. No voy a retenerte, 33. Te arranqué de mi pecho, 34. No volveré a querer, 35. Ingrato amor, 36. Por un poco de placer, 37. Nuve[sic] noches, 38. Para qué vuelves, 39. Me pagaron mal, 40. Negros recuerdos, 41. No dejaré de amar, 42. Tú eres mi amor, 43. Tu cariño anhelo tener, 44. Luto en mi hogar, 45. Falsedades, 46. Vivo en la desgracia, 47. Me voy con tu recuerdo, 48. Amargaste mi destino, 49. Por qué me pagaste mal, 50. Te cansó mi cariño, 51. Mire comadre mire, 52. Mi cruel desilusión, 53. Solo me dejó, 54. Aunque niegues mi amor, 55. Pueblo que me vio nacer, 56. La cruz olvidada, 57. Ya se me olvidó, 58. Voy a rifar mi corazón, 59. Una tumba para dos, 60. Quiero que te vayas, 61. Ser pobre no es delito, 62. Te sigo queriendo, 63. Me llenaste de tristeza, 64. No fuiste sincera, 65. Sabías que era casado y 66. Tu amor lo olvide.

De lo anterior se colige que en esta causa se reclaman en reconvención los derechos que son otorgados después de autorizada la fijación de la interpretación.

2. De los derechos conexos del productor fonográfico

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 172 de la Ley 23 de 1982 los productores de fonogramas tienen el derecho de autorizar o prohibir: **a)** la reproducción de sus fonogramas; **b)** la distribución pública del original y copias de sus fonograma; **c)** la importación del fonograma; **d)** su alquiler comercial; y **e)** la puesta a disposición al público de sus fonogramas.

También, de conformidad con lo consagrado en el artículo 173 *ejusdem* los productores fonográficos tienen derecho a percibir una remuneración por la reproducción o comunicación al público del fonograma.

En este sentido, la ley le otorga al productor fonográfico prerrogativas exclusivas de contenido patrimonial que le permitan explotar su fonograma y así recibir un beneficio económico que compense su actividad.

Al respecto, señala la doctrinante Delia Lipszyc que las actividades del productor fonográfico tienen una finalidad instrumental que se califica principalmente por la calidad técnica del fonograma y la eficacia de su comercialización⁵.

Teniendo claros cuales son derechos de los que disponen las partes, se analizarán los contratos que fueron suscritos por estas, objeto de debate, para determinar si se incumplieron.

3. De los contratos de interpretación suscritos entre las partes

En el caso que nos ocupa se allegan seis contratos suscritos entre Industrias Fonográficas Victoria LTDA. y LUIS ALBERTO POSADA HERNÁNDEZ, cuyo objeto es la interpretación exclusiva de obras musicales determinadas de común acuerdo en la cláusula decimo primera de cada contrato, para que la sociedad las fije en fonogramas que divulgará y venderá.

Ahora, es menester mencionar que, en la prueba documental obrante en el folio 36 del PDF denominado "02 Demanda" se observa un contrato reconocido ante notario

⁵ Lipszyc, Delia, Derecho de Autor y Derechos Conexos, 2006, Página 391.

a través del cual se ceden los derechos sobre todo el catálogo de Industrias Fonográficas Victoria LTDA. a la sociedad Inversiones Ultra S.A.S., y este fue inscrito en la Oficina de Registro de la Dirección Nacional de Derecho de Autor con el número 11-78-73⁶.

De lo señalado se concluye que los derechos de que tratan los contratos que aquí se analizan, a la fecha son de titularidad de la sociedad demandante inicial INVERSIONES ULTRA S.A.S.

Habiendo aclarado lo anterior, encuentra el Despacho que las partes proponen diferentes discusiones sobre los acuerdos, la demanda inicial y demandante en reconvencción asegura que estos se incumplieron dado que al artista POSADA HERNÁNDEZ no le pagaron las regalías sobre las ventas pactadas, así también señala que cláusula de exclusividad es ambigua, indeterminada y contraria a la normativa autoral pues impide la producción futura y no está limitada en el tiempo, finalmente alega que no hace parte de lo acordado el derecho de puesta a disposición de las interpretaciones.

Por su parte, la sociedad INVERSIONES ULTRA S.A.S. alega que LUIS ALBERTO POSADA HERNÁNDEZ incumplió los contratos debido a que, a pesar de la cláusula de exclusividad, fijó con otro productor fonográfico sus interpretaciones.

Así las cosas, a continuación se resolverán las discusiones propuestas respecto de los contratos que son debatidos en la presente causa.

a) Sobre la alegación de incumplimiento de los pagos

Respecto el particular, alega el apoderado judicial del señor LUIS ALBERTO POSADA HERNÁNDEZ que en la cláusula octava común a los seis contratos aportados se pactó el pago de regalías para el artista, sin embargo, esta obligación nunca se cumplió.

Así, para resolver lo alegado, encuentra este juzgador que es necesario analizar todas las cláusulas de los contratos, relacionadas con pagos. De revisar estos se observa que en la cláusula séptima común a todos se pactó que el señor LUIS ALBERTO POSADA recibiría una “*contraprestación económica única*” a un tanto alzado.

De lo referido es diáfano que las partes convinieron que el intérprete recibiría una suma global por la fijación de sus interpretaciones, lo que no incluía participación alguna por la comercialización de los fonogramas.

Ahora, las partes no discuten que se hubiere realizado el pago de que trata la cláusula séptima común a los contratos.

En este punto es menester poner de presente que la cláusula octava, común a todos los contratos, dispone que “*EL INTERPRETE y EL PRODUCTOR FONOGRAFICO, por los derechos que a su favor establece la Ley 23 de 1982 en sus Artículos 173 y 174, acuerdan que de cualquier suma recibida de los usuarios por ejecución pública, transmisión por radio televisión, corresponderá un cincuenta por ciento (50%) para EL PRODUCTOR FONOGRAFICO, entendida su calidad de autor del fonograma liquidado, y en un cincuenta por ciento (50%) para EL INTERPRETE, el cual cederá un quince (15%) por ciento para repartir entre los ejecutantes, en el caso de que éstas le acompañen permanentemente*”.

Sobre el particular encuentra esta Subdirección que la cláusula citada hace referencia a la remuneración por comunicación al público, de que trata el artículo 173 de la Ley 23 de 1982. Ahora, conforme a la prueba por informe allegada por la

⁶ Obrante en el folio 37 del PDF denominado “02 Demanda” del expediente digital.

Asociación Colombiana de Intérpretes y Productores Fonográficos – ACINPRO⁷, esta remuneración es recaudada por la referida sociedad de gestión colectiva de la cual es socio el señor LUIS ALBERTO POSADA.

Así las cosas, de lo estudiado se encuentra que, contrario a lo afirmado por el demandante en reconvención, la cláusula que aquí se analiza no se refiere a regalías sobre las ventas sino a la remuneración por la comunicación al público de sus interpretaciones, la cual le ha sido gestionada y pagada a través de ACINPRO.

Lo analizado lleva a la conclusión que, en lo relacionado con los pagos, fueron sufragados por el productor fonográfico, por lo tanto, está llamada al fracaso la pretensión cuarta de la demanda de reconvención, así como la excepción de “*contrato no cumplido*”.

b) Sobre la cláusula de exclusividad, su alcance y duración

Para estudiar los reparos propuestos sobre la cláusula de exclusividad, se iniciará analizando primero si esta impide la producción futura, segundo si se determinó adecuadamente su alcance y finalmente se evacuarán los reparos sobre su duración.

El **primer reparo** del apoderado del señor LUIS ALBERTO POSADA HERNÁNDEZ señala que la exclusividad pactada en los contratos es contraria a la normativa autoral pues limita su producción o interpretación futura.

Al respecto encuentra el Despacho que la cláusula primera común a todos los contratos señala que “*EL INTERPRETE se compromete a interpretar con carácter de exclusivas las obras musicales que, escogidas de común acuerdo entre las partes, figuran en el Artículo Décimo Primero, para su grabación, divulgación y venta por parte de EL PRODUCTOR FONOGRAFICO, mediante su fijación en fonogramas*”, por su parte, la cláusula décimo primera de los seis contratos relaciona sesenta y seis obras específicas y determinadas por su nombre.

De lo referido se observa que, contrario a lo afirmado por el demandante en reconvención, la exclusividad sí se encuentra limitada, puntualmente a la interpretación de sesenta y seis obras musicales, a ser fijadas en fonogramas específicos, y no se trata de una exclusividad universal que impida toda creación o interpretación futura (de otras obras) como expresó en sus alegatos de conclusión el demandado inicial y demandante en reconvención, luego lejos de ser abusiva, resulta razonable toda vez que con este tipo de cláusulas, el productor de fonogramas procura explotar pacíficamente su fijación de sonidos, sin competencia de otras fijaciones (bienes sustitutos casi perfectos), que no realizan las inversiones relacionadas con el posicionamiento del fonograma inicial.

Este tipo de cláusulas, si bien no son de la esencia de estos negocios jurídicos, su inclusión no puede ser catalogada de abusivas *per se*, toda vez que proscribir las *in genere* tiene la potencialidad de afectar todo el ecosistema de la industria musical, precisamente porque sin garantía temporal de exclusividad, se reducirían los incentivos para realizar las inversiones de las que se benefician no solo los productores, sino también los artistas principales cuyas ejecuciones e interpretaciones son fijadas.

Así, teniendo claro que la cláusula de exclusividad no impide la producción futura y se encuentra determinada por la interpretación de sesenta y seis obras musicales, este Despacho analizará el **segundo argumento** de la demandada inicial y demandante en reconvención relacionado con el alcance de la exclusividad.

⁷ PDF denominado “88 Prueba por informe 1-2024-49204” que obra en el expediente digital

De acuerdo con la fijación del litigio⁸ las partes tuvieron por cierto que en desarrollo de los contratos que aquí se analizan se realizaron tres producciones fonográficas, la primera denominada “5150500 CORAZON PARTIDO, LUIS ALBERTO POSADA (P)” que contiene catorce interpretaciones, la segunda denominada “5150584 NO TE DEJARÉ DE AMAR, LUIS ALBERTO POSADA Y LOS INOLVIDABLES DE APIA” con doce interpretaciones en ella y la tercera “5150685 SER POBRE NO ES DELITO, LUIS ALBERTO POSADA, LOS INOLVIDABLES DE APIA” con doce interpretaciones.

En este sentido, de las sesenta y seis interpretaciones sobre las que se pactó exclusividad es posible observar que solo fueron fijadas y explotadas treinta y ocho⁹, dejando veintiocho sin explotar.

En este punto es importante mencionar que si bien los acuerdos que aquí se analizan se rigen por la autonomía privada de la libertad de las partes, esta tiene restricciones. Por ejemplo, la libertad de negociación se encuentra obligada a que el comportamiento de los contrayentes sea acorde a la buena fe, al punto que tienen deberes de conducta, como los de información, coherencia, seriedad, lealtad entre otros.

Así, la configuración de las relaciones contractuales entre las partes opera de forma libre, salvo que desconozcan las buenas costumbres, las normas de orden público, incurran en abuso del derecho e infrinjan los derechos fundamentales; y si bien la exclusividad pactada en los contratos es razonable y está justificada, se encuentra directamente relacionada con que efectivamente se fijen las interpretaciones y se comercialicen los fonogramas, pues de otra manera se torna en un impedimento innecesario al ejercicio del artista impedirle fijar nuevas interpretaciones de obras en fonogramas que no sean controlados por el productor con el que se firmó la exclusividad.

Máxime si se tiene en cuenta que en la cláusula primera¹⁰ del acuerdo las partes convinieron que la finalidad de la fijación de la interpretación es “*su grabación, divulgación y venta por parte de EL PRODUCTOR FONOGRAFICO*”.

Así, para esta Subdirección es diáfano que, acordar que se interpretarán de manera exclusiva sesenta y seis obras para su fijación, divulgación y venta y explotar tan solo treinta y ocho tiene vocación de impedir el derecho fundamental al trabajo del artista e ir en contra del orden público.

Por lo analizado, al señor POSADA HERNÁNDEZ no le es exigible la exclusividad respecto de las veintiocho interpretaciones que no fueron explotadas, estas son: BORRACHO POR ELLA, TU NEGRO CASTIGO, VANA ILUSIÓN, QUE DURO ES QUERER, BEBER Y LLORAR, DESDE QUE PARTISTE, COMO SEAS TE AMO, ENAMORÉ A MI HERMANA, ESTA FUE MI ESTRELLA, REIRÉ MEJOR, ME IMPLORAS PERDÓN, ASÍ ES MEJOR, UN RIVAL, CUMBIA LASTIMERA, EL PERDEDOR, MALDITA MI SUERTE, YA NO SOY UN NIÑO, NO VOY A RETENERTE, TE ARRANQUE DE MI PECHO, NO VOLVERE A QUERER, INGRATO AMOR, POR UN POCO DE PLACER, NUVE[*sic*] NOCHES, PARA QUÉ

⁸ De acuerdo con lo señalado por la sociedad INVERSIONES ULTRA S.A.S. en el hecho segundo de la demanda inicial, que fue reconocido como cierto por el señor LUIS ALBERTO POSADA HERNÁNDEZ.

⁹ CORAZON PARTIDO, ARRANCAME ESTA DUDA, VUELVE AMOR MIO, NO SOY UN JUGUETE, CREI QUE ERAS BUENA, MI PASION RECORDARAS, EL HIJO DEL GATO NEGRO, DESTINO MARCADO, AGUANTA CORAZÓN, SIEMPRE ESTOY PENSANDO EN TI, MALDITAS PROMESAS, BORRARE TU RECUERDO, BOHEMIO SIN SUERTE, CRUZ DE DOLOR, NO TE DEJARE DE AMAR, AUNQUE NIEGUES MI AMOR, ME VOY CON TU RECUERDO, LUTO EN MI HOGAR, TU CARIÑO ANHELO TENER, POR QUE ME PAGASTE MAL, TE CANSO MI CARIÑO, TU ERES MI AMOR, SOLO ME DEJO, AMARGASTE MI DESTINO, MIRE COMADRE MIRE, VIVO EN LA DESGRACIA, SER POBRE NO ES DELITO, UNA TUMBRA PARA DOS, QUIERO QUE TE VAYAS, PUEBLO QUE ME VIO NACER, YA SE ME OLVIDO, SABIAS QUE ERA CASADO, TE SIGO QUERIENDO, ME LLENASTE DE TRISTEZA, NO FUISTE SINCERA, LA CRUZ OLVIDADA, VOY A RIFAR MI CORAZON y TU AMOR LO OLVIDE.

¹⁰ “**PRIMERO: EL INTERPRETE se compromete a interpretar con carácter de exclusivas las obras musicales que, escogidas de común acuerdo entre las partes, figuran en el Artículo Décimo Primero, para su grabación, divulgación y venta por parte de EL PRODUCTOR FONOGRAFICO, mediante su fijación en fonogramas**”. (Negrita fuera del texto)

VUELVES, ME PAGARON MAL, NEGROS RECUERDOS, FALSEDADES y MI CRUEL DESILUSIÓN.

Finalmente, frente al **último argumento** relacionado con la duración de la exclusividad, se observa que la cláusula segunda común a lo seis contratos que señala *“EL INTERPRETE reconoce expresamente que corresponde al ELPRODUCTOR FONOGRAFICO la plena y exclusiva propiedad de las fijaciones sonoras y videosonoras, así como cualquiera soporte material apto para la reproducción. En consecuencia, EL PRODUCTOR FONOGRAFICO adquiere el derecho exclusivo para reproducir y vender fonogramas, **sin límite de tiempo**, tanto Colombia como en el exterior, bajo sus propio sellos o en otros sellos bajo su licencia, propiedad de terceros, la interpretación de las obras motivo de contrato, haciendo figurar el nombre de EL INTERPRETE”* negrilla fuera del texto.

Sobre el particular el demandado inicial reclama que la frase *“sin límite de tiempo”* tiene por objeto mantener una exclusividad perpetua, lo que considera contrario a la normativa autoral.

Iniciemos mencionando que, uno de los elementos que se debe convenir cuando se dispone de derechos patrimoniales de autor o conexos es el tiempo durante el cual estará vigente el contrato. Tal es la relevancia de determinar este en los contratos que el legislador ha realizado dos modificaciones al artículo 183 de la Ley 23 de 1982 para incluir reglas supletorias sobre el término de vigencia de los acuerdos relacionados con derechos patrimoniales, la primera mediante el artículo 30 de la Ley 1450 de 2011¹¹ y la segunda, que rige en la actualidad, en el artículo 181 de la Ley 1955 de 2019¹².

En el caso objeto de estudio, de leer la cláusula citada se colige que, a pesar de hacer referencia al tiempo, la frase *“sin límite de tiempo”* en realidad no determina un lapso, sino que efectivamente pretende una exclusividad perpetua, contrariando incluso las normas sobre los derechos patrimoniales que les otorgan una duración determinada.

Por lo señalado, y teniendo en cuenta que los yerros de los contratos impiden acudir a la literalidad de ellos para determinar su duración, este Despacho analizará si es posible suplir este elemento con normas autorales o si se debe acudir a un método interpretativo de los contratos.

Así, si bien actualmente las modificaciones al mencionado artículo 183 han incluido reglas supletorias para dicha falta, este no es aplicable en el caso concreto pues dichas modificaciones no se habían legislado para la fecha de la firma de los contratos, los cuales se suscribieron el 27 de noviembre de 1987, el 4 de mayo 1988, el 25 de agosto de 1988, el 18 de julio de 1989, el 16 de abril de 1990 y el 16 de marzo de 1993.

Ahora, toda vez que la discusión en este caso se centra sobre la interpretación de una cláusula en la que no se determinó el tiempo, tenemos que acudir algún método interpretativo diferente al de la literalidad que nos permita delimitar la vigencia del contrato.

El artículo 1618 del Código Civil prevé que *“Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”*, en este caso se observa que los contratos fueron firmados entre los años 1988 a 1993, y para

¹¹ *“Los derechos patrimoniales de autor o conexos pueden transferirse por acto entre vivos, quedando limitada dicha transferencia a las modalidades de explotación previstas y al tiempo y ámbito territorial que se determinen contractualmente. La falta de mención del tiempo limita la transferencia a cinco (5) años, y la del ámbito territorial, al país en el que se realice la transferencia. (...)”* Negrilla fuera del texto.

¹² *“Los acuerdos sobre derechos patrimoniales de autor o conexos, deberán guiarse por las siguientes reglas. (...)”*

La falta de mención del tiempo limita la transferencia o licencia a cinco (5) años, y la del ámbito territorial, al país en el que se realice la transferencia o licencia. (...)” Negrilla fuera del texto.

dicho momento, por ser el productor fonográfico una persona jurídica, el máximo término de protección legal de sus fonogramas era de 30 años después de la fijación¹³.

Por consiguiente, la duración más extensa que las partes pudieron pactar fue de 30 años, por lo que se tendrá este lapso como vigencia de los seis contratos y se contará a partir de su fecha de suscripción.

Teniendo claro lo anterior, este Despacho observa que el testigo JHON FABIO VERGARA POSADA aseguró que, en el año 2013, es decir mientras se encontraban vigentes las cláusulas de exclusividad de los contratos, el señor POSADA fijó nuevamente las interpretaciones objeto de estos, lo que lleva a la conclusión que el artista sí incumplió los acuerdos.

Es importante resaltar que, con el análisis realizado solo se aplicó una regla interpretativa con el fin de suplir un elemento del contrato de acuerdo con lo que las partes tuvieron la intención de pactar a la fecha de suscripción de los acuerdos. Sin embargo, lo anterior no quiere decir que el plazo de protección de los fonogramas sea de 30 años, pues, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 11 de la Ley 1915 de 2018, este es de 70 años.

c) *Sobre la puesta a disposición de las interpretaciones*

Para desarrollar el presente acápite es menester mencionar que, antes de la reforma que introdujo la Ley 1915 de 2018, todas las modalidades de comunicación al público se regían por lo señalado en el literal a) del artículo 166 de la Ley 23 de 1982, que consagraba que los artistas, intérpretes y ejecutantes tienen el derecho exclusivo de autorizar o prohibir *“la radiodifusión y la comunicación al público de la interpretación o ejecución de dichos artistas salvo cuando ella se haga a partir de una fijación previamente autorizada (...)”*.

Así, el artista tenía un derecho exclusivo siempre que se comunicara al público su interpretación o ejecución no fijada, sin embargo, una vez autorizada la fijación se extinguía la facultad exclusiva de autorizar o prohibir la comunicación al público quedándole un derecho de mera remuneración consagrado en el artículo 173 de la Ley 23 de 1982.

Sin embargo, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1915 de 2018 el legislador tuvo a bien tratar de manera diferencial la modalidad de puesta a disposición al incluir en el literal f) de su artículo 7 que *“Los artistas intérpretes o ejecutantes, tienen respecto de sus interpretaciones o ejecuciones el derecho exclusivo de autorizar o prohibir: (...) f) La puesta a disposición al público de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, de tal forma que los miembros del público puedan tener acceso a ella desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija”*.

De modo que, a partir del 12 de julio de 2018, además del derecho de mera remuneración por comunicación al público, los artistas intérpretes y ejecutantes adquieren el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la puesta a disposición de sus interpretaciones fijadas en fonogramas.

La referida facultad no es irrazonable, ni desproporcionada, dado que les permite a los artistas intérpretes o ejecutantes negociar una nueva forma de explotación de sus interpretaciones, sobre la que no les era posible disponer al serles desconocida.

¹³ El texto original del artículo 29 de la Ley 23 de 1982 era el siguiente: *“La protección consagrada por la presente Ley a favor de los artistas interprete y ejecutantes, de los productores de fonogramas y de los organismos de radiodifusión, será de ochenta años a partir de la muerte del respectivo titular, si este fuere persona natural; si el titular fuere persona jurídica, el término será de treinta años a partir de la fecha en que tuvo lugar la interpretación o ejecución o la primera fijación del fonograma, o la emisión de la radiodifusión.”*

Lo anterior además es congruente con el artículo 181 de la Ley 1955 de 2019 que consagra en su último inciso que será ineficaz toda estipulación que prevea formas de explotación o modalidades de utilización de derechos patrimoniales de autor o conexos, que sean inexistentes o desconocidas al tiempo de convenir la transferencia, autorización o licencia.

Sobre el particular se ha pronunciado la Corte Constitucional en la sentencia C-077 de 2023 en la que señala *“Si se trata de formas inexistentes es evidente que ninguna de las partes tiene una mayor o mejor información sobre ellas, por lo cual a ambas les resulta muy difícil hacer una adecuada valoración de lo que la transferencia, autorización o licencia puede significar en términos económicos, de suerte que se estaría negociando a ciegas, o al menos sin un referente objetivo de lo que los derechos patrimoniales de autor y los derechos conexos pudieren costar”*.

Así también, el Tribunal de la Comunidad Andina de Naciones en su interpretación prejudicial 68-IP-2021 asegura que *“La identificación de la modalidad de explotación no puede ser indeterminada, como sería aquella que dice «cualquier otra modalidad de explotación que aparezca en el futuro», sino que, por lo menos, debe identificar el género de la modalidad de explotación, o individualizar el medio o la tecnología de la explotación —la que puede ser incipiente o experimental—, o indicar algunos rasgos de la modalidad de explotación que permitan su identificación futura”*.

Habiendo aclarado lo señalado, en el caso particular encuentra el Despacho que en los seis contratos analizados el señor LUIS ALBERTO POSADA HERNÁNDEZ no podía disponer de su derecho de autorizar o prohibir la puesta a disposición de sus interpretaciones fijadas en fonogramas, lo que lleva a la conclusión que la sociedad INVERSIONES ULTRA S.A.S. deberá solicitar autorización del señor POSADA para poner a disposición del público los fonogramas en los que se encuentran fijadas sus interpretaciones.

Por todo lo anterior, se acogerá la excepción *“Falta de legitimación en la causa de la sociedad demandante”*.

4. De la puesta a disposición del público y su relación con el daño y el nexo causal

En relación con las pretensiones de condena debemos mencionar que, la demandante inicial INVERSIONES ULTRA S.A.S. señala que el incumplimiento del contrato del señor LUIS ALBERTO POSADA HERNÁNDEZ le han generado un perjuicio económico al impedirle comercializar en internet los fonogramas en los que se encuentran fijadas sus interpretaciones.

En el caso en juicio, se encuentra probado que el señor LUIS ALBERTO POSADA HERNÁNDEZ incumplió el contrato, sin embargo, si bien al productor de fonogramas se le otorga la prerrogativa de poner a disposición sus fonogramas, para ejercer esta debe contar con la autorización del artista interprete o ejecutante.

Ahora, también se encuentra probado que el artista no otorgó autorización para poner a disposición del público sus interpretaciones fijadas en fonogramas, por lo que, es diáfano que INVERSIONES ULTRA S.A.S. no hubiera podido poner a disposición del público válidamente sus fonogramas sin infringir los derechos del señor POSADA HERNÁNDEZ después de la entrada en vigencia de la Ley 1915 de 2018, salvo que obtenga la autorización de intérprete.

En conclusión, no es el incumplimiento del contrato lo que le impide a la demandante inicial poner a disposición los fonogramas, sino el no contar con la correspondiente autorización del señor LUIS ALBERTO POSADA HERNÁNDEZ, de modo que, la conducta de la parte incumplida en el contrato no lesiona los derechos de INVERSIONES ULTRA S.A.S. ni materializa perjuicio económico alguno.

Por todo lo analizado, al no cumplirse todos los elementos indispensables requeridos para que exista responsabilidad en el presente caso, este Despacho concluye que LUIS ALBERTO POSADA HERNÁNDEZ no se encuentra obligado a reparar a la sociedad INVERSIONES ULTRA S.A.S.

Finalmente, debe señalar el Despacho que, todas las pretensiones de condena de la demanda en reconvención son consecuenciales a la declaración de incumplimiento contractual de INVERSIONES ULTRA S.A.S., y teniendo en cuenta que en el proceso se acreditó que la referida sociedad cumplió con sus obligaciones tampoco hay lugar a un pronunciamiento sobre las condenas allí solicitadas.

5. De las costas

Respecto de las costas, el numeral 1 del artículo 365 del CGP, señala que se condenará en estas 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. También se establece en el artículo 361 del CGP, que las costas serán tasadas y liquidadas con criterios objetivos y verificables en el expediente.

Sin embargo, teniendo en cuenta que se acogieron pretensiones y excepciones propuestas por los dos extremos procesales, este Despacho no emitirá condena, en virtud de lo consagrado en el numeral 5 del artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, María Fernanda Cárdenas Nieves, Profesional Universitario 2044 grado 08, de la Subdirección Técnica de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar que el LUIS ALBERTO POSADA HERNÁNDEZ, identificado con la cédula de ciudadanía 16.216.869, incumplió los contratos de interpretación suscritos con Industrias Fonográficas Victoria LTDA. y relacionados en la parte motiva de la sentencia, sin embargo, **no condenarlo** a resarcir los daños y perjuicios solicitados en la demanda inicial por las razones señaladas en esta providencia.

SEGUNDO: Declarar que la sociedad INVERSIONES ULTRA S.A.S., identificada con el NIT 811.036.391-2, cumplió con los contratos de interpretación suscritos con LUIS ALBERTO POSADA HERNÁNDEZ.

TERCERO: Declarar que la sociedad la sociedad INVERSIONES ULTRA S.A.S., identificada con el NIT 811.036.391-2, debe solicitar autorización del señor LUIS ALBERTO POSADA HERNÁNDEZ, ya identificado, para poner a disposición del público sus interpretaciones fijadas legitimante en los fonogramas de Discos Victoria de las obras musicales CORAZON PARTIDO, ARRANCAME ESTA DUDA, VUELVE AMOR MIO, NO SOY UN JUGUETE, CREI QUE ERAS BUENA, MI PASION RECORDARAS, EL HIJO DEL GATO NEGRO, DESTINO MARCADO, AGUANTA CORAZÓN, SIEMPRE ESTOY PENSANDO EN TI, MALDITAS PROMESAS, BORRARE TU RECUERDO, BOHEMIO SIN SUERTE, CRUZ DE DOLOR, NO TE DEJARE DE AMAR, AUNQUE NIEGUES MI AMOR, ME VOY CON TU RECUERDO, LUTO EN MI HOGAR, TU CARIÑO ANHELO TENER, POR QUE ME PAGASTE MAL, TE CANSO MI CARIÑO, TU ERES MI AMOR, SOLO ME DEJO, AMARGASTE MI DESTINO, MIRE COMADRE MIRE, VIVO EN LA DESGRACIA, SER POBRE NO ES DELITO, UNA TUMBRA PARA DOS, QUIERO QUE TE VAYAS, PUEBLO QUE ME VIO NACER, YA SE ME OLVIDO, SABIAS QUE ERA CASADO, TE SIGO QUERIENDO, ME LLENASTE DE TRISTEZA, NO FUISTE SINCERA, LA CRUZ OLVIDADA, VOY A RIFAR MI CORAZON y TU AMOR LO OLVIDE.

CUARTO: En consecuencia, **ordenar** a la sociedad INVERSIONES ULTRA S.A.S. que cese y se abstenga de poner a disposición del público las mencionadas interpretaciones fijadas legítimamente en los fonogramas de Discos Victoria, salvo que obtenga autorización expresa del interprete LUIS ALBERTO POSADA HERNÁNDEZ.

QUINTO: Declarar que el señor LUIS ALBERTO POSADA HERNÁNDEZ no incumple la cláusula de exclusividad pactada en los seis contratos si fija sus interpretaciones de las obras musicales BORRACHO POR ELLA, TU NEGRO CASTIGO, VANA ILUSIÓN, QUE DURO ES QUERER, BEBER Y LLORAR, DESDE QUE PARTISTE, COMO SEAS TE AMO, ENAMORÉ A MI HERMANA, ESTA FUE MI ESTRELLA, REIRÉ MEJOR, ME IMPLORAS PERDÓN, ASÍ ES MEJOR, UN RIVAL, CUMBIA LASTIMERA, EL PERDEDOR, MALDITA MI SUERTE, YA NO SOY UN NIÑO, NO VOY A RETENERTE, TE ARRANQUE DE MI PECHO, NO VOLVERE A QUERER, INGRATO AMOR, POR UN POCO DE PLACER, NUVE[sic] NOCHES, PARA QUÉ VUELVES, ME PAGARON MAL, NEGROS RECUERDOS, FALSEDADES y MI CRUEL DESILUSIÓN, de acuerdo con la parte considerativa de la presente providencia.

SEXTO: Sin condena en costas en la presente causa.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARIA FERNANDA CÁRDENAS NIEVES

Profesional Universitario 2044 grado 08

Dirección Nacional de Derecho de Autor