



Expediente: IUS E-2018-038185/
IUC D-2018-1080983
Decisión: Indagación preliminar

PROCURADURÍA DELEGADA PARA LA VIGILANCIA ADMINISTRATIVA, ASUNTOS SOCIALES Y PAZ	
IUS:	IUS E-2018-038185 / IUC D-2018-1080983
DISCIPLINADO:	LUIS ALBERTO ESCORCIA CASTRO
CARGO:	ALCALDE MUNICIPAL DE SANTO TOMAS
QUEJOSO:	JUAN CARLOS GUERRA VILLAREAL, RECAUDADOR SECCIÓN ATLÁNTICO DE LA SOCIEDAD DE AUTORES Y COMPOSITORES DE COLOMBIA (SAYCO)
FECHA DE LA QUEJA:	17 DE ENERO DE 2018
FECHA DE LOS HECHOS:	AÑO 2017
ASUNTO:	PRESUNTA OMISIÓN EN LAS LABORES DE GARANTÍA DEL RESPETO A LOS DERECHOS DE AUTOR.
TRÁMITE:	FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

Bogotá, D.C., 21 ENE 2020

I. COMPETENCIA Y ASUNTO A TRATAR

Procede el Despacho a resolver el recurso de apelación interpuesto por el doctor LUIS ALBERTO ESCORCIA CASTRO contra el fallo de primera instancia proferido por la Procuraduría Provincial de Barranquilla, el 18 de junio de 2019, mediante el cual se lo sancionó en su condición de Alcalde Municipal de Santo Tomás, Atlántico, con suspensión en el ejercicio del cargo por el término de seis (6) meses. Lo anterior, de conformidad con el artículo 25, numeral 4°, del Decreto 262 de 2000 y las Resoluciones N.º 256 de 2019 y N.º 799 de 2019¹, expedidas por el señor Procurador General de la Nación.

II. SITUACIÓN FÁCTICA

El señor JUAN CARLOS GUERRA VILLAREAL presentó ante este organismo de control queja disciplinaria en la cual denunció que el señor LUIS ALBERTO ESCORCIA CASTRO, Alcalde Municipal de Santo Tomás, Atlántico, autorizó para el año 2017 y 2018 la realización de espectáculos con ejecución de temas musicales, sin que el responsable de los mismos presentara la autorización de los titulares de los derechos de autor o de sus representantes, esto, a pesar de varias comunicaciones que el quejoso elevó ante la administración municipal para esos efectos.

¹Por medio de la cual se reasigna un proceso y se designa a un funcionario especial.

III. ANTECEDENTES PROCESALES

3.1. La Procuraduría Provincial de Barranquilla, mediante auto de 28 de febrero de 2018, ordenó la apertura de indagación preliminar contra LUIS ALBERTO ESCORCIA CASTRO en su calidad de Alcalde Municipal de Santo Tomas, Atlantico, y JULIO CESAR LARA en su calidad de Secretario Municipal de la misma entidad territorial².

3.2. El 23 noviembre de 2018, la Procuraduría Provincial de Barranquilla resolvió tramitar la presente actuación por el procedimiento verbal previsto en el Capítulo Primero del Título XI, Libro IV, de la Ley 734 de 2002, modificada por la Ley 1474 de 2011, y citó a audiencia pública al investigado para que respondiese ante la formulación de cargos por la siguiente conducta:

Haber faltado a sus deberes como primera autoridad administrativa al no asegurar el cumplimiento de funciones y prestación de los servicios a cargo del Municipio de Santo Tomas. La anterior conducta al parecer fue realizada al omitir ejercer la debida vigilancia y control sobre la actuación del Secretario de Gobierno de ese Municipio, Adolfo Fontalvo Molina Botello, quien expidió permisos el 24 de febrero, 15 y 18 de junio y 18 de agosto de 2017 para la realización espectáculos públicos los días 18 de junio, 7 de julio y 2 de agosto del mismo año, con ejecución de obras musicales sin exigir previamente la autorización de los titulares de los derechos o de sus representantes, o el comprobante de pago por la utilización de sus obras, esto es, sin pago de derecho de autor a SAYCO.

Con este comportamiento omisivo pudo incurrir en falta disciplinaria grave, a título de culpa gravísima, por incumplimiento del artículo 160 de la Ley 23 de 1982, y con ello desconocer el deber consagrado en el artículo 34.1 de la ley 734 de 2002³. (negrillas fuera del texto)

En dicha providencia se ordenó el archivo de las diligencias en favor del señor JULIO CESAR LARA, al encontrarse que su cargo era el de Coordinador de Cultura y no era su función la de expedir ninguna clase de permisos y se dispuso la ruptura procesal para que, por separado, se indague la conducta del señor ADOLFO FONTALVO MOLINA BOTELLO, en su condición de Secretario de Gobierno del municipio de Santo Tomas, Atlántico.

²Confrontar folio 113 del cuaderno original N.º 1 de la actuación.

³Confrontar folios 180 al 188 del cuaderno original N.º 1 de la actuación.



Expediente: IUS E-2018-038185/-
IUC D-2018-1080983
Decisión: Indagación preliminar

3.3. El 18 de junio de 2019 se profirió fallo de primera instancia⁴ sancionándose al disciplinado con suspensión por el término de 6 meses; la anterior decisión fue recurrida en audiencia y sustentada el 19 de junio de 2019. El recurso de alzada⁵ fue concedido el 20 de junio de 2019 ante la Procuraduría Regional de Atlántico, en el efecto suspensivo.

3.4. El 14 de agosto de 2019, mediante Resolución N.º 799 de 2019⁶, el señor Procurador General de la Nación reasignó la presente actuación y designó a esta Procuradora Delegada como funcionaria especial para conocer del presente proceso disciplinario. El expediente se recibió en la secretaría del Despacho el 17 de septiembre de 2019.

3.5. A través de auto de 15 de octubre de 2019⁷, esta Delegada corrió traslado al investigado para alegar de conclusión, de conformidad con lo establecido en el artículo 180 de la Ley 734 de 2002. Vencido el término de traslado, el apelante, no presentó alegatos.

IV. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

La Procuraduría Provincial de Barranquilla encontró probado, el cargo formulado contra LUIS ALBERTO ESCORCIA CASTRO, por «omitir su deber de dirigir la acción administrativa del municipio y asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo» al permitir que el municipio no diera cumplimiento al artículo 160 de la Ley 23 de 1982, en el sentido de abstenerse de autorizar la realización de espectáculos o audiciones públicas sin que el responsable presente su programa acompañado de la autorización del titular de los derechos de autor o su representante.

En dicha providencia señaló el *a quo* que, aunque se aportaron comprobantes de pago expedidos por el establecimiento de comercio Dinalo-Upidir, cuyo propietario es el señor LIBARDO DURAN BARRIGA, estos no provenían del representante válido de los derechos que se pretendían amparar, ya que dicho establecimiento en realidad era el titular tan solo dos de las obras que se ejecutaron en las Fiestas de Precarnaval y Carnaval

⁴Providencia de 18 de junio de 2019, Procuraduría Provincial de Barranquilla. Confrontar folio 110 al 124 del cuaderno original N.º 5 de la actuación.

⁵Confrontar folio 143 del cuaderno original N.º 5 de la actuación.

⁶ Confrontar folios 149 al 151 del cuaderno original N.º 5 de la actuación.

⁷ Confrontar folio 166 del cuaderno N.º 5 de la actuación.

de Santo Tomás, Atlántico, en las vigencias 2016 y 2017, además, no acreditó ser el representante de los titulares de las otras obras. Por consiguiente, determinó la calificación de la falta como grave.⁸

Respecto al elemento subjetivo de la falta, la calificó de forma definitiva a título de culpa grave, al considerar que el investigado procedió con inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones y con «negligencia en aprender, inquirir e indagar, el alcance de las obligaciones que como Alcalde Municipal tenía frente a la garantía de los derechos de propiedad intelectual, al respecto dijo: «[E]l Alcalde Municipal tuvo la oportunidad de actualizar su conocimiento respecto a los derechos de autor [...] incluso el quejoso mediante escrito obrante en folio 36 de fecha 1 de diciembre de 2016, puso al tanto al investigado sobre la normativa que rige la propiedad intelectual y los derechos que administra como sociedad...»⁹.

La anterior valoración se sustentó también en una respuesta que le diera el investigado al quejoso, en el sentido de que «el Municipio de Santo Tomás no está obligado cuando requiera presentaciones de artistas dirigida al público y de forma gratuita, exigir los paz y salvo que expide la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia», situación que el a quo consideró un «desacierto en la apreciación de las obligaciones de las autoridades municipales», además, descartó que se tratara de un error invencible «toda vez que el Alcalde Municipal tuvo la oportunidad de actualizar su conocimiento respecto a los derechos de autor».

En cuanto a la ilicitud sustancial, señaló que los derechos de autor tienen por objeto la protección de las obras artísticas, científicas o literarias, entendidas como toda creación intelectual original susceptible de ser divulgada o reproducida de cualquier forma y, en esa medida, se trata de una manifestación del derecho a la propiedad privada, el cual «corresponde a un bastión fundamental del Estado Colombiano».¹⁰

De esa forma, consideró que cuando se desconoce lo establecido en la Ley 23 de 1982 se abandona el derecho a la propiedad privada establecido a la Constitución Política de 1991, así como la obligación estatal de proteger la propiedad intelectual, tal como lo establece el artículo 61 *ibídem*, frente a esto señaló: «Siendo así, existe una afectación al deber

⁸ Confrontar folio 121 del cuaderno original N.º 5 de la actuación.

⁹ Confrontar folio 122 del cuaderno original N.º 5 de la actuación.

¹⁰ Confrontar folio 122 al 123 del cuaderno original N.º 5 de la actuación.

4



Expediente: IUS E-2018-038185/
IUC D-2018-1080983
Decisión: Indagación preliminar

funcional cuando el estado en cabeza de su autoridad territorial no ampara el derecho patrimonial derivado de los derechos de autor». ¹¹

Por lo anterior, dispuso que la afectación al deber funcional se logró con la omisión del investigado de dirigir, de acuerdo a los postulados constitucionales, la actividad de su subalterno y, con esto, avalar la inobservancia de las garantías de derechos de autor ante el organismo encargado de la gestión. ¹²

Finalmente, y con fundamento en los artículos 43, 44, 46 y 47 de la Ley 734 de 2002, sancionó a LUIS ALBERTO ESCORCIA CASTRO con suspensión para ejercer funciones públicas por el término de 6 meses, teniendo como criterio dosificador el nivel directivo al que pertenece el investigado y el atribuir la comisión de la falta infundadamente a un tercero. ¹³

V. DEL RECURSO DE APELACIÓN

El disciplinado interpuso recurso de apelación ¹⁴ contra la decisión sancionatoria adoptada por la Procuraduría Provincial de Barranquilla, y sustentó la alzada en los argumentos que se resumen a continuación:

5.1. Refirió la existencia de una violación al debido proceso, ya que el proceso disciplinario busca tipificar la conducta del funcionario público y la culpabilidad respecto de la acción, omisión o extralimitación en sus funciones legales, concepto del que, manifestó, no se ocupó el *a quo*, sino que «se dedicó a examinar» la conducta penal del señor DURÁN BARRIGA.

Señaló también que se vulneró el debido proceso por cuanto se anexaron una cantidad de documentos expedidos por autoridades públicas, referentes al cumplimiento del requisito de ley en materia de derechos de autor y conexos que certifican la legalidad de Dinalo- Upidir, que, si bien se mencionaron en el fallo, el *a quo* no analizó su contenido. Expuso el apelante que tales documentos son el objeto probatorio para poder emitir un fallo en derecho porque «dan fe pública de la gestión legal que está realizando Dinalo - Upidir en Colombia».

5.2. Expuso una aparente desviación del objeto de la investigación con

¹¹ *Idem*.

¹² *Idem*.

¹³ Confrontar folio 123 al 124 del cuaderno original N.º 5 de la actuación.

¹⁴ Confrontar folio 125 al 138 del cuaderno original N.º 5 de la actuación.

sustento en que el a quo orientó su fallo al examinar las irregularidades de naturaleza penal y civil en que pudo incurrir el señor LIBARDO DURAN BARRIGA al expedir unas certificaciones de uso de derechos de autor que fueron aportadas por el investigado, y no a establecer si el artículo 160 de la Ley 23 de 1982 le impone al alcalde el deber funcional de vigilar que el secretario de gobierno exigiera el paz y salvo de SAYCO.

En este punto, resaltó que el fallo apelado es «abiertamente grosero», toda vez que «inició investigando por el deber legal funcional que tiene el alcalde de exigir el paz y salvo de derechos de autor y terminó fallando por las presuntas irregularidades del señor LIBARDO DURAN BARRIGA titular de derechos de autor y conexos de forma individual, propietario del establecimiento comercial Dinalo-Upidir Colombia».

5.3. Sostuvo que la Ley 23 de 1982, reglamentada por el artículo 2.6.1.2.1 del Decreto 1066 de 2015, permite a las personas diferentes a la gestión colectiva expedir autorizaciones y comprobantes por derechos de autor, y que para ello no se requiere contrato de mandato, estar registrado y vigilado por la Dirección Nacional de Derechos de Autor, ni tener personería jurídica, ya que, según su criterio, tan sólo se requiere individualizar el repertorio de las obras que administra y acreditar que es titular del ese repertorio.

En el mismo sentido, expuso que la gestión individual de derechos de autor se desarrolla en el marco de la autonomía personal privada con sustento en la sentencia C-509 de 2004 y el Decreto 3942 de 2010, por lo que, a su parecer, el hecho de que el señor DURÁN BARRIGA no se encuentre registrado ante la Dirección Nacional de Derechos de Autor como empresa colectiva, no significa que su actividad sea ilegal, ni que el investigado sea responsable.

En este punto, refirió que existe el mandato constitucional de la presunción de legalidad y el principio de «presunción de autoría, presunción de titularidad, de legalidad y protección para todas las empresas existentes en Colombia, en materia de Derechos de Autor y conexos, y para todas las obras artísticas» y que «el alcalde no es competente para vigilar y controlar cuestiones civiles y penales que se deriven de conflictos relacionados con los derechos de autor», y sustentó lo manifestado en la Decisión Andina 351 de 1993, la Ley 1915 de 2018 y el Decreto 3942 de 2010.

ley

6



Expediente: IUS E-2018-038185/
IUC D-2018-1080883
Decisión: Indagación preliminar

Igualmente, sostuvo que no es culpable ni responsable de las irregularidades penales y civiles del señor LIBARDO DURAN por los delitos por él cometidos ya que corresponde a las autoridades públicas «presumir de legalidad y buena fe» de toda actuación de los particulares ante la administración pública.

5.4. Señaló la existencia de una falsa motivación, dado que «no es deber legal funcional del alcalde vigilar al secretario de gobierno para que exhiba el comprobante de pago exigido por concepto de derechos de autor expedido por SAYCO», pues, según su parecer, los artículos 160 y 162 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 2, literal C, de la Ley 232 de 1995, no establecen tal deber.

Sustentó lo anterior en que la Dirección Nacional de Derechos de Autor informó dentro del proceso que «las personas diferentes a la gestión colectiva, no requieren autorización de funcionamiento ni personería jurídica, ni estar registrados, y no están sometidos a vigilancia y control por parte de esta», y sostuvo que el hecho de que el señor DURÁN BARRIGA haya fallado en su acreditación como titular de derechos de autor, no hace responsable al investigado. Por lo anterior, consideró que el fallo es infundado por no tener en cuenta las aclaraciones suministradas por la Dirección Nacional de Derechos de Autor, respecto de las personas diferentes a la sociedad de gestión colectiva de derechos de autor y conexos.

5.5. Manifestó el investigado que se desconoció el artículo 10 y el artículo 3, numeral 3 de la Ley 1437 de 2011, ya que el *a quo* «no dio aplicación uniforme a la referida actuación administrativa», pues, según lo manifestó en su escrito de apelación, a pesar de que relacionó dentro del proceso unos pronunciamientos de algunas procuradurías provinciales, la primera instancia no los tuvo en cuenta, por lo que la decisión «se aparta de toda clase de motivación subjetiva».

5.6. Argumentó que se incurrió en violación de los principios de tipicidad, culpabilidad y antijuridicidad, ya que la Ley 232 de 1995 fue derogada por el artículo 242 de la Ley 1801 de 2016, por lo que dicha ley no debe ser tenida en cuenta dentro del proceso. Además, refirió que la competencia del alcalde y su delegado, «en materia de exigencia del comprobante de pago por concepto de derechos de autor», fue asignada al personal uniformado de la Policía Nacional, sustentando su argumento en lo establecido en el Decreto 555 de 2017 (artículos 8, 14 y 15) y en la

Ley 1801 de 2016 (artículo 87, numeral 4 y artículo 92, numeral 2.), en el sentido de que «siempre que esté en desarrollo la actividad económica, [...] debe presentarse el comprobante de pago por concepto de derechos de autor».

Además, sostuvo en este punto que debe estar establecido en la norma, de manera taxativa y expresa, el deber legal funcional para el alcalde en cuanto a solicitar la autorización de derechos de autor, de lo cual se pueda concluir que la actuación del investigado es contraria al texto legal y que puede ser culpable, y señaló que en el fallo de primera instancia se desconoció que el artículo 160 de la Ley 23 de 1982 fue reglamentado por el artículo 2.6.1.2.1, del Decreto 1066 de 2015, el cual permite que personas diferentes a la gestión colectiva expidan la autorización o el comprobante de pago por concepto de derechos de autor, para lo cual, en criterio del apelante, solo deben cumplir con lo establecido en dicha norma.

Expuso también que la normatividad establece que existen distintas formas de expedir la autorización o el comprobante de pago por concepto de derechos de autor por parte de las entidades de naturaleza civil, y que no existe deber legal funcional del alcalde para vigilar que el secretario de gobierno exija un paz y salvo de SAYCO¹⁵, sino que las personas que no son sociedades colectivas «están facultadas para expedir las autorizaciones y comprobantes de pago por concepto de derechos de autor».

5.7. Señaló que se incurrió en violación al principio de proporcionalidad refiriéndose a la agravante que tuvo en cuenta la primera instancia al momento de tasar la sanción y manifestó que tal agravante es infundada, ya que el Decreto 555 del 30 de marzo de 2017 establece la competencia de la Policía Nacional de exigir el comprobante de pago por concepto de derechos de autor, y resaltó que el comprobante de pago por concepto de derechos de autor, no es para autorizar a los artistas, sino para cumplir con un requisito de ley taxativo y expreso en el procedimiento administrativo.¹⁶

5.8. Finalmente, el investigado solicita en su alzada que se decrete la nulidad de lo actuado o se realicen las acciones correspondientes para que, en segunda instancia, se resuelva y se corrijan tales anomalías.

VI. CONSIDERACIONES DE LA DELEGADA

¹⁵ Sociedad de Autores y Compositores.

¹⁶ Confrontar folio 28 del cuaderno N.º 5 de la actuación.



Expediente: IUS E-2018-036185/
IUC D-2018-1060983
Decisión: Indagación preliminar

Revisada en su integridad la presente actuación, sin que se observen vicios que socaven los aspectos sustanciales y la estructura fundamental del proceso, que conlleven a incurrir en causales de nulidad establecidas en la ley disciplinaria, esta Procuraduría Delegada abordará el estudio del recurso presentado por el Alcalde Municipal de Santo Tomás, Atlántico, Dr. LUIS ALBERTO ESCORCIA CASTRO, siendo necesario señalar que en su escrito presenta múltiples argumentos, cada uno de los cuales ameritará un pronunciamiento detallado por parte de esta instancia, a pesar de contener algunas imprecisiones en la manera en que se presentaron, no sin antes denotar que la mayoría de sus objeciones tienen una base común, que radica en la interpretación normativa con que este asunto se asumió.

De manera que, a fin de analizar el caso desde un punto de vista objetivo, y teniendo como ruta lo dispuesto en la sentencia C-651 de 1997, en la cual la Corte Constitucional señaló que «la búsqueda de un ideal de justicia material consagrado en la Carta, no puede confundirse con la posibilidad de que cada uno reclame la concreción de ese propósito desde su particular perspectiva y según su concepción de lo justo», este debate jurídico obedecerá al análisis reposado que sobre los hechos recaerá, desprovisto de cualquier carga subjetiva que lo pueda afectar, por lo que se iniciará con un análisis de la normatividad que regula la materia de derechos de autor, frente a los permisos para la realización de eventos y espectáculos que deben conceder los alcaldes municipales y el deber de exigir, previamente, la autorización de uso de obras musicales, análisis que servirá como derrotero para resolver todos y cada de los aspectos que son objeto de la presente apelación.

6.1. Análisis de la normatividad que regula la materia de Derechos de Autor y el deber de los alcaldes de exigir la autorización para el uso de obras artísticas o musicales, previo al otorgamiento de permisos para espectáculos y eventos públicos.

Según la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI¹⁷, «la propiedad intelectual se refiere a todas las creaciones de la mente: invenciones, obras literarias y artísticas, así como símbolos, nombres e imágenes utilizadas en el comercio», y se divide en dos categorías, a saber:

¹⁷ Consultado en www.wipo.int.

1. La propiedad industrial, que incorpora las patentes de invenciones, las marcas, los diseños industriales y las indicaciones geográficas, y

2. El derecho de autor que versa sobre obras literarias como novelas, poemas, películas, obras de música, obras artísticas, esto es, dibujos, pinturas, fotografías, esculturas y diseños arquitectónicos.

Los derechos conexos a estos últimos, precisa la organización, incluyen los de los intérpretes o ejecutantes sobre sus interpretaciones o ejecuciones; los de los productores sobre sus fonogramas; y los de los organismos de radiodifusión respecto de sus programas de radio y televisión.

El derecho de autor, como se ha conceptualizado en diversa jurisprudencia¹⁸, se encarga de proteger a los creadores de obras literarias, científicas o artísticas, a través del reconocimiento de una serie de prerrogativas de orden moral y patrimonial llamadas «derechos morales y derechos patrimoniales». Los derechos morales facultan al autor para proteger su personalidad en relación con su obra¹⁹; mientras los derechos patrimoniales le permiten controlar la explotación de la creación por cualquier medio o procedimiento conocido o por conocer²⁰.

¹⁸ C.C. C-276/96; SCP CSJ, S, 28 de may. de 2010, Rad. 31403; CSJ S. Plena., 10 feb. 1960, entre otras.

¹⁹ La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 28 de mayo de 2010, Rad. 31403, expuso:

«[...]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».

²⁰ La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia *idem*, expuso:

«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».



Expediente: IUS E-2018-038185/
IUC D:2018-1080983
Decisión: Indagación preliminar

Al respecto, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia expuso en su momento que se trata de una «propiedad sui generis», que se diferencia de la del derecho común, dado que, por su naturaleza, en aquella «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»²¹.

Los derechos de autor han sido normativizados mediante la Ley 23 de 1982, Ley 23 de 1992, Ley 44 de 1993, Ley 1801 de 2016, Ley 1835 de 2017 que modifica el artículo 98 de la ley 23 de 1982, Ley 1915 de 2018, la Ley 599 de 2000, en lo referente a los delitos contra los derechos de autor, y la Decisión Andina N.º 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, suscrita en Bogotá el 26 de mayo de 1969 por los plenipotenciarios de Colombia, Bolivia, Chile, Ecuador y Perú, aprobada por el Congreso mediante Ley 8ª de 1973 y declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1490 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz.

Ahora, la Ley 23 de 1982 dispone que los derechos de autor recaen sobre las 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. Tal es el caso de las obras dramáticas o dramático musicales, las composiciones musicales con letra o sin ella y, en fin, toda producción del dominio científico, literario o artístico que pueda reproducirse por cualquier forma de impresión o de reproducción, por fonografía, radiotelefonía o cualquier otro medio conocido o por conocer.²²

Dicha norma también establece que los titulares de los derechos de autor son: El autor sobre su obra; el artista, intérprete o ejecutante, sobre su interpretación o ejecución; el productor sobre su fonograma; el organismo de radiodifusión sobre su emisión; los causahabientes, a título singular o universal, de los titulares anteriormente citados, y la persona natural o jurídica que, en virtud de contrato obtenga por su cuenta y riesgo, la producción de una obra científica, literaria o artística realizada por uno o varios autores.²³

²¹ CSJ S. Plena., 10 feb. 1960.

²² Ley 23 de 1982, artículo 1.

²³ Ley 23 de 1982, artículo 4.

Tales titulares tienen el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la edición o cualquier otra forma de reproducción, traducción, arreglo, adaptación, inclusión en película cinematográfica, videograma, cinta, video, fonograma o comunicación al público por cualquier procedimiento o medios tales como: i) La ejecución, representación, recitación o declamación; ii) La radiodifusión sonora o audiovisual; iii) La difusión por parlantes, telefonía con o sin cables, o mediante el uso de fonógrafos, equipos de sonido o grabación y aparatos análogos, y iv) La utilización pública por cualquiera otro medio de comunicación o reproducción, conocido o por conocerse.²⁴

Es decir, en tratándose de la comunicación al público de una obra musical, mediante la ejecución, radiodifusión, difusión o cualquier otro medio, entendidas como todas aquellas que se realicen en teatros, cines, salas de concierto o baile, bares, clubes de cualquier naturaleza, estadios, circos, restaurantes, hoteles, establecimientos comerciales, bancarios e industriales y, en general, cualquier sitio donde se interpreten o ejecuten obras musicales, estas deberán ser **previa y expresamente autorizada** por el titular del derecho o sus representante.²⁵

Al respecto, y para impedir el uso no autorizado de obras protegidas por el derecho de autor, la norma en mención²⁶, en su artículo 160, estableció una prohibición y un deber para las **autoridades administrativas** en tanto que estas **no podrán autorizar** la realización de espectáculos o audiciones públicas, **sin verificar** que el responsable presente su programa acompañado de la autorización de los titulares de los derechos o de sus representantes.

Respecto al concepto de autoridad administrativa, los referentes normativos más cercanos que se tienen en el ordenamiento jurídico, y que pueden ser empleados por vía analógica, están dados por la Ley 136 del 2 de junio de 1994²⁷, en la cual el legislador previó cada una de las modalidades de autoridad que vienen caracterizadas por el poder de decisión que algunos funcionarios —no todos— de la administración pública ostentan para distintos fines. Por regla general, son pocos los empleados públicos a quienes sus funciones les permiten el ejercicio de la autoridad, ya que tal autoridad está determinada, en algunos, casos por un aspecto funcional, es

²⁴ Ley 23 de 1982, artículo 76.

²⁵ Ley 23 de 1982, artículos 158 y 159.

²⁶ Ley 23 de 1982.

²⁷ Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.



Expediente: IUS E-2018-038185/
IUC D-2018-1080983
Decisión: Indagación preliminar

decir, por las competencias que constitucional o legalmente les hayan sido asignadas, y, en otros, por un criterio orgánico, dependiendo de su ubicación en la estructura administrativa, la que dirá si el servidor público está investido de autoridad o no.

Frente a lo anterior, en sentencia de 13 de julio de 2017, la Sección Primera del Consejo de Estado indicó²⁸:

[E]n lo atinente a la autoridad administrativa ella es definida en el artículo 190 de la Ley 136 de 1994, a través de la conceptualización de la dirección administrativa, de manera similar a la autoridad civil, con la diferencia de que no solo la tienen quienes ejercen el gobierno, sino que también está en cabeza de los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas y los jefes de las unidades administrativas especiales, en tanto superiores de los correspondientes servicios municipales, así como en cabeza de los empleados oficiales que tengan competencia para ejecutar cualquiera de las funciones administrativas allí mencionadas (contratación, ordenar el gasto, decidir situaciones administrativas laborales e investigar faltas disciplinarias).

Con todo, si se detallan los alcances de la autoridad administrativa frente a los de la autoridad civil, se podrá inferir que las competencias de la primera están inmersas en las competencias de la última, la que además puede proyectarse externamente, hacia los particulares, de modo que pueda recurrirse a la compulsión o a la coacción con el concurso de la fuerza pública [...]

En ese mismo sentido, ha insistido en que:

[...] No obstante, por autoridad administrativa podría entenderse como el poder del cual está investido un funcionario para que dentro de su ámbito territorial y marco funcional y con el objeto del manejo de las personas, bienes o patrimonio a su cargo, dé aplicación a las medidas necesarias para el cumplimiento inmediato de las normas y la satisfacción y preservación de las necesidades e intereses de sus administrados, función que también puede ejercer quien tiene autoridad civil, pero éste además tiene el poder de las decisiones generales.²⁹

De esta forma, el artículo 190 de la Ley 136 de 1994, describe de la siguiente manera las funciones que corresponden a la Dirección Administrativa:

²⁸ C.E. S.P. Rad. 44001233300220160009601.

²⁹ *Idem*

Artículo 190. Dirección Administrativa: Esta facultad además del alcalde, la ejercen los secretarios de la alcaldía, los jefes de departamento administrativo y los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas, y los jefes de las unidades administrativas especiales, como superiores de los correspondientes servicios municipales. (negrillas fuera del texto)

También comprende a los empleados oficiales autorizados para celebrar contratos o convenios; ordenar gastos con cargo a fondos municipales, conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, para trasladar horizontal o verticalmente los funcionarios subordinados; reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; a los funcionarios que hagan parte de las unidades de control interno y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar las faltas disciplinarias

Aquí, se observa como dentro de los elementos básicos de la autoridad administrativa hay un elemento orgánico, como quiera que por definición legal la ostentan: **El alcalde**, los secretarios de la alcaldía, los jefes de departamento administrativos, etc.

Evidentemente, existe una definición legal que orienta y establece el alcance y contenido del concepto de autoridad administrativa, desde el cual, la propia jurisprudencia, ha elaborado su casuística para cada evento en particular, por lo que, sin importar las labores que efectivamente lleguen a desarrollar, son considerados *per sé* **servidores públicos con autoridad administrativa**, entre otros, el alcalde.

Ahora bien, volviendo a lo relacionado en líneas atrás, respecto a la protección de las obras musicales a través de los derechos de autor, queda claro que le corresponde al alcalde, como autoridad administrativa, exigir a quien solicite permiso para la realización de espectáculos o audiciones públicas en su municipio, la presentación de una autorización de los titulares de derechos de las obras que se pretendan ejecutar o de sus representantes.

Lo propio hizo la Ley 1801 de 2016 (Código Nacional de Policía y Convivencia), al establecer algunas determinaciones relacionadas con la realización de actividades, eventos y espectáculos en los que se reproduzcan obras sujetas a la protección de derechos de autor, especialmente lo previsto por los artículos 60, 63, 87, 204 y 205, que regulan el deber de los alcaldes — refiriéndose a estos como autoridad de policía y a sus funciones frente a las solicitudes de autorización para la realización

Página 14

LEY

14



Expediente: IUS E-2018-038185/
IUC D-2018-1080983
Decisión: Indagación preliminar

de aglomeraciones complejas (dentro de las cuales están los eventos y espectáculos)— de exigir al responsable un programa musical acompañado de la autorización de los titulares o representantes de los derechos de autor y conexos. Tales preceptos serán abordados durante el desarrollo de esta decisión.

6.2. Resolución del caso

Esta Delegada entrará a estudiar el recurso interpuesto por el investigado, aclarando que, a la luz del parágrafo del artículo 171 de la Ley 734 de 2002, el recurso de apelación otorga competencia para revisar únicamente los aspectos recurridos y los que resulten inescindiblemente vinculados a ellos.

Teniendo en cuenta esta disposición legal, se observa que son varios los temas que aborda el recurso, los cuales se pueden agrupar en *i)* Lo que guarda relación con el aspecto objetivo de la falta; *ii)* lo que guarda relación con el aspecto subjetivo de la falta, *iii)* lo que guarda relación con la tasación de la sanción, *iv)* lo que guarda relación con el debido proceso y *v)* otros argumentos del apelante.

Los temas relacionados con los aspectos objetivo y subjetivo de la falta disciplinaria son los relacionados en los numerales 5.3. y 5.6. del acápite V de esta decisión. Los temas relacionados con la tasación de la sanción son los descritos en el numeral 5.7. del acápite V de esta decisión.

Los temas relacionados con el debido proceso son los referidos en el numeral 5.1. del acápite V de esta decisión y los otros argumentos del apelante, que serán igualmente abordados y resueltos, son los referidos en los numerales 5.2., 5.4., 5.5. y 5.8., del acápite V de esta decisión.

6.2.1. Sobre lo relacionado con el aspecto objetivo de la falta

En cuanto a la adecuación y calificación de la falta cometida por el investigado, en auto de citación a audiencia verbal y formulación de pliego de cargos se le indicó su probable responsabilidad disciplinaria por:

Haber faltado a sus deberes como primera autoridad administrativa al no asegurar el cumplimiento de funciones y prestación de los servicios a cargo del Municipio de Santo Tomas. La anterior conducta al parecer fue realizada al omitir ejercer la debida vigilancia y control sobre la actuación

del Secretario de Gobierno de ese Municipio, Adolfo Fontalvo Molina Botello, quien expidió permisos el 24 de febrero, 15 y 18 de junio y 18 de agosto de 2017 para la realización de espectáculos públicos los días 18 de junio, 7 de julio y 2^a de agosto del mismo año, con ejecución de obras musicales sin exigir previamente la autorización de los titulares de los derechos o de sus representantes, o el comprobante de pago por la utilización de sus obras, esto es, sin pago de derecho de autor a SAYCO[sic]³⁰

Dicho criterio se sostuvo en el fallo de primera instancia, en el que manifestó:

En el presente caso, se evidenció que la conducta desplegada por el señor Luis Alberto Escorcía, se adecua íntegramente a la descripción del numeral 1 en atención a que se ha demostrado en el proceso que el disciplinado omitió su deber constitucional de dirigir la acción administrativa del municipio y asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo; permitiendo que el Municipio de Santo Tomás no le diera cumplimiento a lo preceptuado en la ley 23 de 1982 en su artículo 160 el cual establece que las autoridades administrativas del lugar no autorizarán la realización de espectáculos o audiciones públicas, sin que el responsable presente su programa acompañado de la autorización de los titulares de los derechos o de sus representantes. De hecho se observa que aceptó comprobantes de pago del establecimiento Dinalo-Upidir, quien mediante oficio de enero de 2016 había informado el carácter individual de su representación y quien mediante certificación en diferido de fecha enero de 2016 había comunicado previamente el repertorio del cual se consideraba como titular, es decir como pruebas sumarias que el señor Libardo Duran en realidad no era el titular de los derechos y representantes de las obras sujetas a ejecución. Luego entonces se observa que aunque formalmente se incorporaron constancias de pago de derechos de autor, estas no provenían del representante válido de los derechos que se pretendían amparar [sic]³¹

Para dar respuesta a los argumentos de la apelación, en lo que tiene que ver con este aspecto, el Despacho explicará: *i*) la categoría dogmática de la tipicidad, *ii*) las maneras de calificar las faltas y *iii*) se resolverá el caso concreto.

³⁰ Confrontar folios 128 a 132 del cuaderno original N.º 2 de la actuación.

³¹ Confrontar folio 110 al 124 del cuaderno original N.º 5 de la actuación.



Expediente: IUS E-2018-038185/
IUC D-2018-1080983
Decisión: Indagación preliminar

6.2.1.1. La tipicidad en el derecho disciplinario

Para que exista una falta disciplinaria se han propuesto varias categorías, la más conocida y de fácil comprensión en nuestro medio es la que está compuesta por una conducta que debe ser típica, sustancialmente ilícita, culpable y, finalmente, como consecuencia de la configuración de la falta, por una sanción.

Bajo esta estructura, se sostiene que, como en todo proceso sancionador, la conducta es la piedra angular del andamiaje de la falta. Sin conducta es imposible que exista falta. No obstante, para que exista una imputación de tipo disciplinario, además de la conducta, es necesario que esta se adecue a un tipo disciplinario.

Los tipos disciplinarios son normas con estructura de reglas primarias. Estas están constituidas por un precepto o supuesto de hecho y por una sanción o consecuencia, y describen a su vez deberes o prohibiciones. En este sentido, la tipificación exige la preexistencia legal de una prohibición o mandato, que para el derecho disciplinario se trata de la relaciones especiales de sujeción — exigencia indispensable para garantizar el principio de legalidad— y la trasgresión del mandato o la prohibición descrita por un tipo disciplinario, a través de una conducta. Sin la existencia de un deber especial de sujeción y de un tipo disciplinario que señale una prohibición o mandato, no hay tipicidad.

Sin embargo, en el derecho disciplinario la exigencia de la precisión de la ley para determinar la conducta es menos estricta que en el derecho penal, por ello en el derecho disciplinario se utiliza, por regla general, la técnica de los tipos abiertos y de los tipos en blanco en razón su naturaleza que, como lo ha señalado el Consejo de Estado, «tiene por finalidad el logro de la disciplina en el ejercicio de la función pública, y reprimir las trasgresiones a los deberes y obligaciones impuestos a los agentes estatales»³².

En los tipos abiertos, el supuesto de hecho de la norma es descrito en forma genérica, con cierto grado de indeterminación, sin dejar de ser expreso, cierto y previo.

³² Confrontar sentencia del 29 de julio de 1987 del Consejo de Estado, Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo, expediente 1063 M.P. Gaspar Caballero Sierra.

Por su parte, en los tipos en blanco se hace una remisión a otras normas para poder así completar el precepto. Esas descripciones disciplinarias son constitucionalmente válidas siempre y cuando el correspondiente reenvío normativo permita al intérprete determinar inequívocamente el alcance de la conducta disciplinada y de la sanción correspondiente, lo cual solo se logra cuando el reenvío se hace a una norma con estructura de regla.

Como ya se dijo, una norma con estructura de regla jurídica está conformada por un precepto y una sanción o consecuencia jurídica. El precepto por su parte corresponde a la descripción de acciones u omisiones que tienen su fundamento en prohibiciones o deberes. De manera que, en los tipos en blanco la remisión se hace generalmente para completar el precepto y, en la lógica del derecho disciplinario, la remisión se debe hacer a un deber especial de sujeción.

En derecho disciplinario, para las faltas³³ leves y graves, tan solo hay un tipo en blanco, y en lo que se refiere a las faltas gravísimas encontramos tipos cerrados, abiertos o en blanco.

Ahora, el tipo disciplinario que existe para las faltas graves y leves está consagrado en el artículo 23 de la Ley 734, que dice:

La falta disciplinaria. Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento

A su vez, el artículo 50 de la Ley 734 de 2002, referente a las faltas leves y graves, preceptúa lo siguiente:

Faltas graves y leves. Constituye falta disciplinaria grave o leve, el incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones, o la violación al régimen de prohibiciones,

³³ En derecho disciplinario el concepto de falta es plurivalente. En algunas ocasiones se refiere a las tres categorías de la falta disciplinaria (tipicidad, ilicitud sustancial y culpabilidad), en tanto que en otras solo se refiere al tipo.



Expediente: IUS E-2018-038185/
IUC D-2018-1080983
Decisión: Indagación preliminar

impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la Constitución o en la ley.

La gravedad o levedad de la falta se establecerá de conformidad con los criterios señalados en el artículo 43 de este Código.

Los comportamientos previstos en normas constitucionales o legales como causales de mala conducta constituyen falta disciplinaria grave o leve si fueren cometidas a título diferente de dolo o culpa gravísima

Este único tipo disciplinario, para las faltas graves y leves, es una norma en blanco, su validez en el juicio de tipicidad depende de la remisión que se haga a una regla jurídica cerrada o abierta, que le permita al intérprete, con la debida argumentación de racionalidad y razonabilidad, indicar el concepto de su violación. Igualmente, para determinar la gravedad o levedad de la falta, el juez disciplinario debe dar aplicación al principio de proporcionalidad consagrado en el artículo 18 del CDU y las reglas señaladas en el artículo 43 de la misma normatividad.

6.2.1.2. Las maneras de calificar la falta

El artículo 43 del Código Disciplinario Único indica los criterios para calificar la falta como leve o grave. Al respecto, menciona la norma:

Criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta. Las faltas gravísimas están taxativamente señaladas en este Código, se determinará si la falta es grave o leve de conformidad con los siguientes criterios:

1. El grado de culpabilidad
2. La naturaleza esencial del servicio.
3. El grado de perturbación del servicio.
4. La jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva Institución.
5. La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado.
6. Las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta, que se apreciarán teniendo en cuenta el cuidado empleado en la preparación, el nivel de aprovechamiento de la confianza depositada en el investigado o de la que se derive de la naturaleza del cargo o función, el grado de participación en la comisión de la falta, si fue inducido por un superior a cometerla, o si la cometió en estado de ofuscación originado en circunstancias o condiciones de difícil prevención y gravedad extrema, debidamente comprobadas.
7. Los motivos determinantes del comportamiento.

8. Cuando la falta se realice con la intervención de varias personas, sean particulares o servidores públicos.

9. La realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave, será considerada falta grave

6.2.1.3. Del Caso concreto frente a lo relacionado con los aspectos objetivos de la falta.

La primera instancia consideró que la falta cometida por LUIS ALBERTO ESCORCIA CASTRO se adecua a lo establecido en el artículo 35, numeral 1, del CDU, dado que se encontró probado que, en su condición de alcalde, omitió su deber constitucional de dirigir la acción administrativa del municipio con miras a asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo, permitiendo que se desconociera lo preceptuado en el artículo 160 de la Ley 23 de 1982, el cual establece que «las autoridades administrativas del lugar no autorizarán la realización de espectáculos o audiciones públicas sin que el responsable presente su programa acompañado de la autorización de los titulares de los derechos o de sus representantes».

Al respecto, señaló el investigado en su impugnación, que la Ley 232 de 1995 fue derogada por el artículo 242 de la Ley 1801 de 2016³⁴, «motivo por el que dicha ley no debe ser tenida en cuenta [...]» y que el alcalde y su delegado no tienen el deber legal de exigir la autorización de uso de obras musicales protegidas por el derecho de autor, ya que «el mismo está a cargo del personal uniformado de la Policía Nacional», sustentando su argumento en lo establecido por el artículo 87, numeral 4, de la Ley 1801 de 2016 y el artículo 92, numeral 2 de la misma norma.

Ahora bien, en cuanto a lo establecido en el artículo 87, numeral 4, de la Ley 1801 de 2016, y el artículo 92, numeral 2, de la misma norma, relacionados por el investigado como sustento de su apelación, se tiene lo siguiente:

Artículo 87. Requisitos para cumplir actividades económicas. [...] Durante la ejecución de la actividad económica deberá cumplirse con los siguientes requisitos:

[...] 5. Para aquellos establecimientos donde se ejecuten públicamente obras musicales causantes de pago, protegidas por las disposiciones legales

³⁴ Código de Policía y Convivencia Ciudadana.

20



Expediente: IUS E-2018-038185/
IUC D-2018-1080983
Decisión: Indagación preliminar

vigentes sobre derechos de autor, mantener y presentar el comprobante de pago al día.

PARÁGRAFO 1º. Los anteriores requisitos podrán ser verificados por las autoridades de Policía en cualquier momento, para lo cual estas podrán ingresar por iniciativa propia a los lugares señalados, siempre que estén en desarrollo de sus actividades económicas.

[...]

ARTÍCULO 92. Comportamientos relacionados con el cumplimiento de la normatividad que afectan la actividad económica: Los siguientes comportamientos relacionados con el cumplimiento de la normatividad afectan la actividad económica y por lo tanto no deben realizarse:

[...] 2. No presentar el comprobante de pago, cuando a ello hubiere lugar, de obras musicales protegidas por las disposiciones legales vigentes sobre derechos de autor. [subrayas fuera del texto]

Cabe mencionar que tanto el artículo 87, como el artículo 92, anteriormente citados, hacen parte del Título VIII, Capítulo I y III de la Ley 1801 de 2016, que regula la actividad económica de los establecimientos de comercio y nada refieren respecto de los eventos y espectáculos que deben ser autorizados por el Alcalde Municipal y que son objeto de la presente investigación.

Además, lo que dice la Ley 1801 de 2016, respecto de las atribuciones del personal del personal uniformado de la Policía Nacional frente a la realización de eventos y espectáculos, es que «podrá ingresar a los lugares en que se desarrollen actividades que involucren aglomeraciones de públicos complejas o no complejas, en cualquier momento y solamente para cumplir con su función»³⁵, mas no estipula algún precepto en cuanto a la facultad de autorizar la realización de eventos y espectáculos y el deber de solicitar autorización de derechos de autor.

Observa el Despacho que el escrito de impugnación desconoce que, tanto en el cargo formulado como en el fallo de primera instancia, se reprocha al investigado el incumplimiento de lo establecido en el artículo 160 de la Ley 23 de 1982 y no de la Ley 232 de 1995.

Por otra parte, tiene razón la primera instancia en el sentido de que, cuando la norma hace alusión a la figura de autoridad de policía, su concepto debe

³⁵ Ley 1801 de 2016. Artículo 72.

entenderse de modo mucho más amplio que «comandante de policía» — como equívocamente lo manifiesta el investigado—. Las autoridades de policía están definidas en el artículo 198³⁶ de la misma norma, y establece que el presidente de la República, los gobernadores, los alcaldes distritales o municipales, los inspectores de policía y, finalmente, los comandantes de estación, subestación y de centro de atención inmediata de policía y demás personal uniformado de la Policía Nacional, ejercen tal autoridad.

Adicionalmente, determina el artículo 204³⁷ que el alcalde es la primera autoridad de policía del distrito o municipio, que su deber es garantizar la convivencia y la seguridad en su jurisdicción, y que la Policía Nacional deberá cumplir con prontitud y diligencia las órdenes que él imparta.

En seguida, el artículo 205³⁸ *ibidem* precisa las atribuciones de los alcaldes, dentro de las cuales está la de «autorizar, directamente o a través de su delegado, la realización de juegos, rifas y espectáculos, así como suspender, directamente o a través de su delegado, la realización de juegos o

³⁶ Ley 1801 de 2016. Artículo 198. Autoridades de Policía. Corresponde a las autoridades de Policía el conocimiento y la solución de los conflictos de convivencia ciudadana:

Son autoridades de Policía:

1. El Presidente de la República.
2. Los gobernadores.
3. Los Alcaldes Distritales o Municipales.
4. Los Inspectores de Policía y los corregidores.
5. Las autoridades especiales de Policía en salud, seguridad, ambiente, minería, ordenamiento territorial, protección al patrimonio cultural, planeación, vivienda y espacio público y las demás que determinen la ley, las ordenanzas y los acuerdos.
6. Los comandantes de estación, subestación y de centro de atención inmediata de Policía y demás personal uniformado de la Policía Nacional.

³⁷ Ley 1801 de 2016, artículo 204. Alcalde distrital o municipal. El alcalde es la primera autoridad de Policía del Distrito o Municipio. En tal condición, le corresponde garantizar la convivencia y la seguridad en su jurisdicción.

La Policía Nacional cumplirá con prontitud y diligencia las órdenes que le imparta el Alcalde por conducto del respectivo comandante.

³⁸ Ley 1801 de 2016, artículo 205. Atribuciones del alcalde. Corresponde al alcalde:

[...] 9. Autorizar, directamente o a través de su delegado, la realización de juegos, rifas y espectáculos.

Página 22

Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa, Asuntos Sociales y Paz
Carrera 5 No. 15-80. Piso 24 PBX: 5878750.
www.procuraduria.gov.co

22



Expediente: IUS E-2016-038185/
IUC D-2016-1080983
Decisión: Indagación preliminar.

rifas, espectáculos que involucran aglomeraciones de público complejas, cuando haya lugar a ello».

Por lo que, en lo referente al deber de exigir la autorización de uso de obras musicales protegidas por el derecho de autor previo a la autorización de eventos y espectáculos que, según el investigado, quedó a cargo de la Policía Nacional por mandato de la Ley 1802 de 2016, conforme con lo anteriormente estudiado, este Despacho concluye que tales argumentos no tienen vocación de éxito, dado que está suficientemente clara la obligación que respecto al tema tiene el alcalde como primera autoridad de policía del municipio.

Refuerza lo anterior, el análisis realizado en el numeral 6.1 de esta decisión, en el cual se logró concluir que el deber establecido por el artículo 160 de la Ley 23 de 1982, recae en el alcalde, esta vez como autoridad administrativa del municipio.

Por todo lo explicado anteriormente, queda claro que si es deber del Alcalde o su delegado, en este caso, el Secretario de Gobierno del municipio de Santo Tomás, Atlántico, de exigir, previo a conceder permisos para la realización de espectáculos o audiciones públicas, que el solicitante presente su programa junto con la autorización de los titulares de los derechos o de sus representantes, autorización que el municipio de Santo Tomás, en cabeza del señor ESCORCIA CASTRO, no requirió y esta situación, a pesar de haber sido de su conocimiento, no tuvo solución alguna. Por el contrario, de las pruebas allegadas al proceso se pudo establecer que el investigado consintió tal situación.

Ahora bien, la falta disciplinaria objeto de estudio fue calificada por *el aquo* como grave porque se configuraban los numerales 1.º 2.º y 4.º del artículo 43 del Código Disciplinario Único³⁹.

A la anterior valoración realizada por la primera instancia se llegó dado el grado de culpabilidad con la que el investigado cometió la falta; la naturaleza esencial del servicio que presta la administración municipal, el

³⁹ Artículo 43. Criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta. Las faltas gravísimas están taxativamente señaladas en este código, se determinará si la falta es grave o leve de conformidad con los siguientes criterios: 1. El grado de culpabilidad. 2. La naturaleza esencial del servicio. [...]4. La jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva Institución. [...]9. La realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave, será considerada falta grave.

cual se vio afectado al autorizar la realización de eventos y espectáculos sin exigir los requisitos establecidos por el artículo 160 de la Ley 23 de 1982, la jerarquía y mando que ostenta el investigado en su condición de Alcalde Municipal de Santo Tomás, Atlántico. Dicha valoración, que para este Despacho se encuentra ajustada a derecho, no fue atacada en el escrito de apelación, por lo que se confirmará la decisión en dicho aspecto.

Ahora bien, se observa que el investigado aceptó unos comprobantes de pago del establecimiento Dinalo-Upidir, que mediante oficio de enero de 2016 había informado el carácter individual de su representación y, a través de una «certificación en diferido», de fecha enero de 2016, había comunicado previamente el repertorio del cual se consideraba como titular.

Frente a esto último, esta instancia entrará a evaluar y resolver esta situación particular:

6.2.1.4. De las autorizaciones de uso de obras protegidas por derechos de autor expedidas por el establecimiento comercial Dinalo-Upidir de propiedad de LIBARDO DURÁN BARRIGA.

Dentro de las pruebas aportadas en sede de juicio disciplinario se encuentra una concertación, autorización y expedición de paz y salvos por parte del establecimiento de comercio Dinalo-Upidir, cuyo propietario es LIBARDO DURÁN BARRIGA, quien autorizó la utilización de un repertorio en las Fiestas de Precarnaval y Carnaval de Santo Tomás en las vigencias 2016 a 2019, así como otros eventos mediante los contratos N.º A0736 a A744⁴⁰, documentos que el investigado pretendió que se tengan en cuenta dentro del proceso, como prueba de que municipio de Santo Tomás cumplió lo establecido por el artículo 160 de la Ley 23 de 1982.

Al respecto el Despacho considera realizar un análisis sobre lo establecido por la jurisprudencia y la normatividad vigente respecto de i) las sociedades de gestión colectiva y ii) la gestión individual de Derechos de Autor y Conexos.

6.2.1.4.1. Las Sociedades de Gestión Colectiva

⁴⁰ Confrontar folios 139 y 143 del cuaderno N.º 2 de la actuación.



Expediente: IUS E-2018-038185/
IUC D-2018-1080983
Decisión: Indagación preliminar

En variada jurisprudencia⁴¹ nuestra Corte Constitucional ha referido que la función de las sociedades de gestión colectiva está referida a la administración de los derechos de sus asociados, entre los que se encuentran los derechos patrimoniales o económicos, en cabeza de los autores u otros titulares de derechos de autor.

Como ya se dijo en líneas atrás, nuestra legislación faculta a los autores y/o titulares de obras literarias y artísticas para autorizar, de manera previa y expresa, la utilización de sus creaciones. En avance de dicha prerrogativa, se ha previsto que el recaudo de los derechos de autor y sus derechos conexos se realice de manera directa a través de la **gestión individual** de cada persona interesada libremente o mediante la **gestión colectiva** realizada por personas jurídicas instituidas para dicho efecto, denominadas **sociedades de gestión colectiva**⁴².

Las sociedades de gestión colectiva se estructuran conforme con el derecho de asociación consagrado en el artículo 38 superior⁴³ y son entidades civiles o privadas, sin ánimo de lucro, que representan frente a terceros los derechos exclusivos o de remuneración de sus afiliados en relación con la utilización de sus obras o producciones artísticas⁴⁴. Su actividad resulta ser un ejercicio ligado al derecho de asociación de quienes se organizan para lograr proyectos económicos, sociales o culturales denominados autores, y relacionado con la libertad de empresa de quienes pueden avanzar en una actividad económica concreta fundada en la iniciativa privada a través de una sociedad, todo esto, dentro de los límites de la ley y del bien común⁴⁵.

La gestión colectiva del derecho de autor y de los derechos conexos se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico en las siguientes normas: Ley 44 de 1993, Decisión Andina.351 de 1993, Decreto 3942 de 2010, Ley 1493 de 2011 y Decreto 1066 de 2015.

El artículo 10° de la Ley 44 de 1993 indica que «los titulares de derechos de autor y derechos conexos podrán formar sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos, sin ánimo de lucro con personería

⁴¹ S. C-792 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño; S. C-265 de 1994; S. C-124 de 2013, M.P. Jorge Pretelt Chaljub; S. C-509 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

⁴² Sentencia C-124 de 2013, M.P. Jorge Pretelt Chaljub

⁴³ Sentencia C-124 de 2013, M.P. Jorge Pretelt Chaljub

⁴⁴ Sentencia C-124 de 2013, M.P. Jorge Pretelt Chaljub

⁴⁵ Sentencia C-792 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

jurídica, para la defensa de sus intereses conforme a las disposiciones establecidas en la Ley 23 de 1982 y en la presente Ley».

La misma norma establece que quienes deseen constituir una sociedad de gestión colectiva con las prerrogativas conferidas legalmente, deberán someterse a las exigencias y deberes que la ley disponga⁴⁶ y sus atribuciones serán igualmente las que la ley les confiere⁴⁷, relacionadas claro está, con la gestión o administración de los intereses de los titulares de derechos de autor y de derechos conexos.

La misma jurisprudencia ha reconocido como un hecho notorio que dichas sociedades tienen un contenido esencialmente patrimonial⁴⁸, en la medida en que gestionan el recaudo de la remuneración derivada de los derechos de los autores y demás titulares, distribuyéndola entre sus asociados⁴⁹.

Este hecho le ha permitido a la Corte Constitucional exponer que estas sociedades, al «superar en su funcionamiento los principios del derecho general de asociación (Art. 38 C.P.), se inscriben dentro de la regulación contenida en la Constitución Económica, por lo que son sujetos pasivos de la intervención del Estado en su funcionamiento, en ejercicio de su facultad de dirección de la economía»⁵⁰. Por ende son susceptibles de la intervención del Estado⁵¹ dado que su creación y funcionamiento, así como el control y la vigilancia⁵²

⁴⁶ Sentencia C-265 de 1994.

⁴⁷ Art. 13. Tales atribuciones son las siguientes: //1. Representar a sus socios ante las autoridades jurisdiccionales y administrativas en todos los asuntos de interés general y particular para los mismos. //Ante las autoridades jurisdiccionales los socios podrán coadyuvar personalmente con los representantes de su asociación, en las gestiones que éstos lleven a cabo y que los afecten. //2. Negociar con los usuarios las condiciones de las autorizaciones para la realización de actos comprendidos en los derechos que administran y la remuneración correspondiente, y otorgar esas autorizaciones, en los términos de los mandatos que estos le confieran y sin desconocer las limitaciones impuestas por la ley. //3. Negociar con terceros el importe de la contraprestación equitativa que corresponde cuando éstos ejercen el recaudo del derecho a tales contraprestaciones. //4. Recaudar y distribuir a sus socios, las remuneraciones provenientes de los derechos que le correspondan. Para el ejercicio de esta atribución las asociaciones serán consideradas como mandatarias de sus asociados por el simple acto de afiliación a las mismas. //5. Contratar o convenir, en representación de sus socios, respecto de los asuntos de interés general o particular. //6. Celebrar convenios con las sociedades de gestión colectiva extranjeras de la misma actividad o gestión. //7. Representar en el país a las sociedades extranjeras con quienes tengan contrato de representación ante las autoridades jurisdiccionales y administrativas en todos los asuntos de interés general y particular de sus miembros, con facultad de estar en juicio en su nombre. //8. Velar por la salvaguardia de la tradición intelectual y artística nacional. //9. Las demás que la ley y los estatutos autoricen.

⁴⁸ Sentencia C-265 de 1994 Alejandro Martínez Caballero.

⁴⁹ Sentencia C-509 de 2004. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

⁵⁰ Sentencia C-509 de 2004. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

⁵¹ Sentencias C-124 de 2013, C-509 de 2004 y C-265 de 1994.

⁵² Sentencia C-265 de 1994 M.P. Alejandro Martínez Caballero



Expediente: IUS E-2018-038185/
IUC D-2018-1080983
Decisión: Indagación preliminar

pertenece al ámbito del derecho público y las normas internacionales vinculantes en la materia⁵³.

Por su parte, el artículo 43 de la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena, determina que el funcionamiento de las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y de derechos conexos debe ser autorizado por la oficina nacional competente, tal y como lo dispone el artículo 25 de la Ley 44 de 1993. En el caso de Colombia, esa oficina es la Dirección Nacional de Derecho de Autor, adscrita al Ministerio del Interior, entidad a través de la que las sociedades de gestión colectiva obtienen su personería jurídica y la autorización para su funcionamiento⁵⁴, además del eje misional de intervención, regulado por la Ley 1493 de 2011, a través del cual ejerce funciones de inspección, vigilancia y control, como se verá a continuación.

De igual forma, el artículo 49 *ibidem*⁵⁵ establece que «[l]as sociedades de gestión colectiva estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos y de los contratos que celebren con entidades extranjeras, para ejercer los derechos confiados a su administración y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales». Dicha legitimación está igualmente establecida en la Ley 44 de 1993, artículo 13, numeral 4⁵⁶, que determina que estas sociedades se consideran mandatarias de sus asociados por el simple acto de afiliación y en el artículo 9° del Decreto 3942 de 2010, que establece:

Las sociedades de gestión colectiva de derecho de autor o de derechos conexos, una vez obtengan personería jurídica y autorización de funcionamiento, estarán legitimadas en los términos que resulten de sus estatutos para ejercer los derechos confiados a su gestión, y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales.

⁵³ Sentencia C-833 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁵⁴ De acuerdo con la sentencia C-124 de 2013, actualmente las únicas sociedades con personería jurídica y autorización de funcionamiento son la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia – SAYCO-, la Asociación Colombiana de Intérpretes y Productores Fonográficos – ACINPRO-, el Centro Colombiano de Derechos Reprográficos – CEDER-, la Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales de Colombia – EGEDA Colombia- y los Actores con autorización de funcionamiento.

⁵⁵ Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena.

⁵⁶ Artículo 13.- Son atribuciones de las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos:
[...] 4. Recaudar y distribuir a sus socios, las remuneraciones provenientes de los derechos que le correspondan. Para el ejercicio de esta atribución las asociaciones serán consideradas como mandatarias de sus asociados por el simple acto de afiliación a las mismas. (negrillas fuera del texto)

Para acreditar dicha legitimación, la sociedad de gestión colectiva únicamente deberá aportar al inicio del proceso copia de sus estatutos y certificado de existencia y representación legal expedido por la Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional de Derecho de Autor.

Por su parte, el Decreto 1066 de 2015, en su artículo 2.6.1.2.1 dispuso:

Artículo 2.6.1.2.1 Gestión de derechos patrimoniales de autor y conexos. Los titulares de derecho de autor o de derechos conexos podrán gestionar individual o colectivamente sus derechos patrimoniales, conforme a los artículos 4 de la Ley 23 de 1982 y 10 de la Ley 44 de 1993.

Se entiende por gestión colectiva del derecho de autor o de los derechos conexos, la desarrollada en representación de una pluralidad de sus titulares, para ejercer frente a terceros los derechos exclusivos o de remuneración que a sus afiliados correspondan con ocasión del uso de sus repertorios.

A los efectos de una gestión colectiva será necesario formar sociedades sin ánimo de lucro, con personería jurídica y autorizadas por la Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional de Derecho de Autor, y sometidas a su inspección y vigilancia, de conformidad con el artículo 43 de la Decisión Andina 351 de 1993. Para tal efecto, deberán acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 45 de la Decisión Andina 351 de 1993, en el Capítulo III de la Ley 44 de 1993 y las demás condiciones señaladas en este Decreto. Dichas sociedades podrán ejercer los derechos confiados a su gestión y tendrán las atribuciones y obligaciones descritas en la ley (...).

En conclusión, las entidades de gestión colectiva se entienden facultadas para representar a una pluralidad de titulares de derechos de autor o de derechos conexos, según el caso, y ejercer frente a terceros los derechos exclusivos o de remuneración que correspondan a sus afiliados con ocasión del uso de sus repertorios todo esto conforme con los procedimientos y requisitos establecidos por la normatividad anteriormente relacionada.

6.2.1.4.2. Sobre la gestión individual de derechos de autor y conexos.

La gestión individual es la que realiza el propio titular de derecho de autor o de derechos conexos, que no se encuentra afiliado a ninguna sociedad de gestión colectiva. Al respecto, el artículo 2.6.1.2.1 del Decreto 1066 de 2015, señala que «[l]os titulares de derecho de autor o de derechos conexos

Página 28

Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa, Asuntos Sociales y Paz
Carrera 5, No. 15-80, Piso 24 PBX: 5878750.
www.procuraduria.gov.co



28



Expediente: IUS E-2018-038185/
IUC D-2018-1080983
Decisión: Indagación preliminar

podrán gestionar individual o colectivamente sus derechos patrimoniales, conforme a los artículos 4 de la Ley 23 de 1982 y 10 de la Ley 44 de 1993».

Frente a los requisitos para la gestión de derechos de autor y conexos la norma *ibídem* dispone:

[...] Cuando un titular de derecho de autor o de derechos conexos decida gestionarlos de manera individual, deberá especificar en el contrato respectivo cuál es el repertorio que representa y la forma de utilización del mismo.

A los fines de lo señalado en los artículos 160 y 162 de la Ley 23 de 1982 y 2°, literal c), de la Ley 232 de 1995, las autoridades administrativas sólo exigirán y aceptarán autorizaciones y comprobantes de pago expedidos por personas diferentes a las sociedades de gestión colectiva de derecho de autor o de derechos conexos, cuando se individualice el repertorio de obras, interpretaciones, ejecuciones artísticas o fonogramas que administra dicha persona, y se acredite que la misma es la titular o representante del titular de tales obras o prestaciones.

En cuanto a las atribuciones con que cuentan quienes adelanten dicha gestión individual la Corte Constitucional, sobre este aspecto en particular, manifestó:

De este modo, aunque no cabe que el legislador establezca gravámenes desproporcionados para quienes opten por modalidades de gestión distintas a la prevista para las sociedades de gestión colectiva, como sería, por ejemplo, tal como se señaló en la Sentencia C-509 de 2004, excluirlas de la posibilidad de solicitar el amparo policivo frente a los establecimientos que no cuentan con el paz y salvo que les resulte exigible por la utilización del repertorio de quienes hayan acudido a la gestión individual, no es menos cierto que quien desee acceder a las ventajas de la modalidad de gestión colectiva prevista en la ley, debe someterse a los requisitos establecidos en ella, así como a las limitaciones y gravámenes que comporta ese tipo de gestión⁶⁷.

De manera que, no puede considerarse que la gestión colectiva y la gestión individual se encuentren en un plano de igualdad, pues distintas circunstancias fácticas y jurídicas permiten distinguirlas y, en consecuencia, darles un trato diferenciador por parte de las autoridades.

En primer lugar, podemos señalar que la gestión colectiva se desarrolla necesariamente a través de una sociedad que debió cumplir todos los

⁶⁷ Sentencia C-833 de 2007.

requisitos legales a efectos de obtener personería jurídica y autorización de funcionamiento por parte de la Dirección Nacional de Derecho de Autor. Por su parte, la gestión individual no requiere este tipo de habilitación.

En segundo lugar, y concomitante con lo anterior, las sociedades de gestión colectiva se encuentran sometidas a la inspección y vigilancia del Estado a través de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, y soportan ciertas cargas, como la posibilidad de ser objeto de investigaciones y posibles sanciones cuando se verifique el incumplimiento a los mandatos legales y estatutarios. Por el contrario, la gestión individual no tiene una inspección y vigilancia tan marcada por parte del Estado, ni tampoco está bajo el control de un órgano especializado en la materia.

En tercer lugar, la gestión individual no goza de la legitimación especial reconocida a las sociedades de gestión colectiva por el artículo 49 de la Decisión Andina 351 de 1993, el numeral 4, artículo 13 de la Ley 44 de 1993 y el artículo 2.6.1.2.9 del Decreto 1066 de 2015. En esa medida, quienes deseen adelantar la gestión individual de derechos de autor y conexos deben acreditar ante el usuario la calidad de titular o representante de las obras o prestaciones que dice administrar.

Cabe insistir en que los gestores individuales únicamente pueden autorizar el uso y cobrar remuneraciones por la utilización de las obras o prestaciones de las cuales sean titulares o representantes.

Sobre este particular la Corte Constitucional, en la sentencia⁵⁸ aludida anteriormente, señaló:

[...]

[D]efinida por el orden jurídico la existencia de un derecho de autor, cada titular de derechos de autor o de derechos conexos puede convenir libremente la autorización del uso de su creación o su obra y la correspondiente remuneración. Como se trata del ejercicio de la autonomía privada, es claro que se requiere un acuerdo de voluntades por virtud del cual, por un lado, el titular del derecho autoriza a otra persona el uso o explotación del mismo a cambio de una remuneración libremente convenida. Tal acuerdo de voluntades no puede extenderse a derechos de los cuales no sean titulares los intervinientes, ni cabe que se impongan condiciones unilaterales que sólo pueden ser establecidas por la ley. En ese escenario, y en desarrollo de la previsión

⁵⁸ *Idem*



Expediente: IUS E-2018-038185/
IUC D-2018-1080983
Decisión: Indagación preliminar

del artículo 38 de la Constitución, conforme al cual se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad, los titulares de derechos de autor pueden acudir a distintas modalidades asociativas con el objeto de promover, proteger o gestionar de manera conjunta sus derechos. Es claro que dicha posibilidad se mantiene en el ámbito de la autonomía privada y, por consiguiente, remite a una gestión conjunta de los derechos individuales de cada uno de los participantes, sin que tales formas asociativas puedan autorizar genéricamente el uso de obras de las que no son titulares, ni realizar el recaudo de tarifas distintas de aquellas que voluntariamente se hayan convenido con los usuarios por la explotación de los derechos de los que son titulares (Negrilla fuera de texto).

Queda claro entonces que si es posible adelantar la gestión individual de derechos de autor y conexos, además de expedir autorizaciones para el uso de obras por ellos protegidos. No obstante, quien adelante este tipo de gestiones deberá individualizar el repertorio de obras, interpretaciones, ejecuciones artísticas o fonogramas que administra y acreditar que es la titular o representante del titular de tales obras o prestaciones.

6.2.1.4.3. Del caso concreto frente a las autorizaciones de uso de obras protegidas por derechos de autor expedidas por el establecimiento comercial Dinalo-Upidir de propiedad de LIBARDO DURÁN BARRIGA

Dentro del proceso se observa que el señor LIBARDO DURAN BARRIGA en calidad de propietario del establecimiento Dinalo-Upidir autorizó la ejecución de numerosas obras protegidas por derechos de autor y conexos en las fiestas de Santo Tomás para las vigencias 2016 a 2019, señalando en un documento de «concertación y autorización»⁵⁹ el repertorio del cual él se reputa así mismo como titular. Respecto a dicho repertorio el a quo solicitó a la Dirección Nacional de Derechos de Autor (DNDA) que certificara el registro del autor de dichas obras musicales de cuya respuesta se encontró que el señor DURAN BARRIGA solo aparece como autor de las obras musicales «solo detalles»⁶⁰ y «el dios de la tierra»⁶¹.

De igual forma, la misma entidad aclaró en su respuesta⁶² todo el concepto

⁵⁹ Confrontar folio 67 al 70 del cuaderno N.º 4 de la actuación.

⁶⁰ Confrontar folio 190 del cuaderno N.º 2 de la actuación.

⁶¹ Confrontar folio 191 del cuaderno N.º 2 de la actuación.

⁶² Confrontar folios 83 al 87 del cuaderno N.º 3 de la actuación.

y reglamentación de los derechos de autor en Colombia, y precisó cuáles son las sociedades de gestión colectiva reconocidas y registradas en el país.

Frete a esto último informó:

[...] me permito certificar que las únicas Sociedades de Gestión Colectiva con personería jurídica y autorización de funcionamiento otorgadas por esta Dirección, y por consiguiente legitimadas para gestionar y recaudar colectivamente los derechos de autor y conexos, según se trate, son:

- Sociedad de Autores y Compositores de Colombia, SAYCO, con personería jurídica concedida a través de la Resolución No. 001 del 17 de noviembre de 1982 y autorización de funcionamiento conferida mediante la Resolución No. 070 del 5 de junio de 1997 por la DNDA.
- Asociación Colombiana de Intérpretes y Productores Fonográficos, ACINPRO, con personería jurídica concedida a través de la Resolución No. 002 del 24 de diciembre de 1982 y autorización de funcionamiento conferida por la DNDA mediante la Resolución No. 125 del 5 de agosto de 1997.
- Sociedad Colombiana de Gestión, ACTORES, con personería jurídica reconocida y confirmada mediante las Resoluciones 028 del 29 de noviembre de 1989 y 018 del 21 de febrero de 1997 de la DNDA, respectivamente, y con autorización de funcionamiento mediante la Resolución No. 275 del 28 de septiembre de 2011.
- Centro colombiano de Derechos Reprográficos, CDR, con personería jurídica y autorización de funcionamiento reconocidas por la DNDA mediante las Resoluciones 088 del 14 de julio de 2000 y 035 del 18 de febrero de 2002, respectivamente.
- Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales de Colombia, EGEDA Colombia, con personería jurídica reconocida por la DNDA mediante Resolución Número 232 del 28 de noviembre de 2005, y autorización de funcionamiento concedida mediante Resolución número 208 del 16 de noviembre de 2006.
- Directores Audiovisuales Sociedad Colombiana de Gestión, DASC, cuenta con personería jurídica y autorización de funcionamiento otorgadas por la DNDA a través de la Resolución No. 078 del 26 de marzo de 2018.
- Red Colombiana de Escritores Audiovisuales, de Teatro, Radio y Nuevas Tecnologías, REDES, con personería jurídica y autorización de funcionamiento otorgada a través de la Resolución No. 330 del 12 de

Página 32

Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa, Asuntos Sociales y Paz
Carrera 5 No. 15-80, Piso 24. PBX: 5878750.
www.procuraduria.gov.co

32



Expediente: IUS E-2018-038185/
IUC D-2018-1080883
Decisión: Indagación preliminar

diciembre de 2018, proferida por la DNDA.

Adicionalmente, la Dirección Nacional de Derecho de Autor —DNDA, mediante Resolución Número 291 del 18 de octubre de 2011, reconoció personería jurídica y concedió autorización de funcionamiento a la entidad sin ánimo de lucro, de carácter privado, denominada ORGANIZACIÓN SAYCO ACINPRO -OSA, la cual se encarga del recaudo de los derechos de autor y derechos conexos administrados por sus mandantes, en establecimientos abiertos al público.

Se reitera que las únicas Sociedades de Gestión Colectiva con personería jurídica y autorización de funcionamiento otorgadas por esta Dirección, y por consiguiente legitimadas para gestionar y recaudar colectivamente los derechos de autor y conexos, según se trate, son las señaladas en la respuesta inmediatamente anterior. En consecuencia, "la entidad DINALO- UPIDIR identificada con NIT 6.795.085-9" no se encuentra constituida como una sociedad de gestión colectiva de derecho de autor o de derechos conexos [negrilla fuera del texto]

El señor DURAN BARRIGA —propietario de Dinalo-Upidir—, fue escuchado en declaración jurada y se le indagó respecto de cuales autores, compositores y/o artistas gestiona el recaudo y administración de derechos de autor y conexos. En su respuesta, tal como se manifiesta en el fallo de primera instancia, «divaga respecto a la normatividad y jurisprudencia respecto a los derechos de autor, haciendo afirmaciones que no responden la pregunta realizada»⁶³.

Y adicionalmente manifestó:

Yo, Libardo Duran Barriga [...] soy el autor, el compositor y/o artista que cobro por el paz y salvo o autorización comprobante certificado, que expido para que se cumpla el referido requisito de ley el procedimiento administrativo ante la administración pública, en este caso la Alcaldía de Santo Tomás.[sic]⁶⁴

Igualmente, cuando se le preguntó si el establecimiento Dinalo-Upidir está certificado por la Dirección Nacional de Derechos de Autor, como sociedad de gestión individual respondió que su empresa «está certificada directamente por la Ley 23 de 1982 y demás normas complementarias, porque Dinalo-Upidir no requiere tal certificación de la dirección nacional de derechos de autor debido a que no se requiere ser forma colectiva para expedir el paz y salvo».

⁶³ Fallo de primera instancia. Folio 117 del cuaderno N.º 5 de la actuación.

⁶⁴ *idem*

Cuando se le solicitó que certificara si recibió pago proveniente de la Corporación del Carnaval de Santo Tomás, Atlántico, para las vigencias 2016 al año 2019, contestó:

Si, yo recibí el debido pago de dicha corporación pero no para las vigencia sino que el pago fue para que el titular legitimado por ley 23 de 1982 y demás normas complementarias por la venta del paz y salvo expedido por concepto de derechos de autor y no solo de esa entidad sino también de otras empresas privadas y organizadores de eventos.[sic]⁶⁵

En la misma declaración manifestó que no representa o tiene negocio de gestión del recaudo por derechos de autor de las obras interpretadas por las bandas y/o artistas: «Nb Latina», «Silvestre Dangond», «Willy Colon», «Kevin Flórez» y «Los Betos», referidas en su repertorio y que fueron ejecutadas en las fiestas de Santo Tomás para las vigencias 2016 a 2019.

De las declaraciones arriba relacionadas y de las pruebas que obran en el presente dossier, vislumbra esta Delegada que el establecimiento de comercio Dinalo- Upidir en ninguna oportunidad acreditó ser titular o representante de los titulares de las obras que se ejecutaron en dichas festividades, y cuyo uso gestionó, cobró u autorizó.

Frente a este punto, en la misma respuesta⁶⁶ proferida por la Dirección Nacional de Derechos de Autor se señaló que es posible que un titular de derechos de autor y/o conexos no afiliado a alguna sociedad de gestión colectiva, los gestione de manera individual, aunque, en ese caso, la DNDA no ejerce inspección, vigilancia o control sobre tal gestión, por lo que, quien realiza una gestión individual de sus derechos debe sujetarse a los requisitos dispuestos en el artículo 2.6.1.2.1 del Decreto 1066 de 2015.

Igualmente, relacionó los siguientes requisitos que debe cumplir toda persona que pretenda gestionar individualmente derechos de autor o derechos conexos:

[...]

- El gestor individual debe ser titular de derecho de autor o de derechos conexos, o representante legítimo de alguno de estos.

⁶⁵ Idem

⁶⁶ Confrontar folios 83 al 87 del cuaderno N.º 3 de la actuación.



Expediente: IUS E-2018-038185/
IUC D-2018-1080983
Decisión: Indagación preliminar

- En este último caso debe existir contrato de mandato entre el titular de derechos y el representante.
- El gestor individual debe estar en capacidad de acreditar ante los usuarios y las autoridades locales su calidad de titular de derecho de autor o de derechos conexos o de representante de los titulares.
- Quien gestione individualmente puede expedir los comprobantes de pago a que hacen referencia los artículos 160 y 162 de la Ley 23 de 1982, sin embargo, los mismos únicamente tendrán validez y serán aceptados por las autoridades administrativas si consignan las obras o prestaciones que administra el gestor individual, y además éste acredita ser el titular de las obras o prestaciones o el representante de los titulares.
- El gestor individual debe especificar en los contratos que celebre con los usuarios, las obras o prestaciones artísticas que está administrando, y los usos específicos que sobre aquellas está autorizando y/o cobrando.
- Los gestores individuales únicamente pueden autorizar el uso y cobrar remuneraciones por la utilización de las obras o prestaciones de las cuales sean titulares o representantes.

En cuanto a la representación — requisito exigido por la norma para gestionar individualmente derechos de autor cuando no se es titular de una obra—, esta, se entiende como la facultad de realizar operaciones jurídicas a nombre de otros, por lo que debe estar expresamente autorizada. Al respecto, el artículo 1505 de nuestro Código Civil, frente a los efectos de la representación, establece que «[l]o que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo». (negritas fuera del texto).

La herramienta por excelencia para adelantar la representación jurídica de un titular de derechos es el contrato del mandato. A través de este, una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera⁶⁷.

⁶⁷ Artículo 2142. Definición de mandato. El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.

La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general mandatario.

En este punto, no observa el Despacho que dentro del proceso se aportara algún contrato de mandato o cualquier otro documento en el que conste que se le encargó a Dinalo-Upidir o directamente a su propietario la representación para la gestión de derechos frente a las obras de las cuales no es titular.

Además, llama la atención de esta Procuraduría Delegada que en el certificado de matrícula mercantil del establecimiento de comercio Dinalo-Upidir, expedido por la cámara de comercio de Cúcuta, que obra dentro del proceso⁶⁸, se registra como actividad económica «actividades de grabación de sonido y edición de música, actividades de espectáculos musicales en vivo, actividades teatrales» y nada se estipula en cuanto a la actividad de expedir autorizaciones de uso de obras protegidas por derechos de autor y el recaudo por tal concepto.

Por todo lo anterior, se concluye que el señor LIBARDO DURAN, actuando como propietario del establecimiento Dinalo-Upidir, no estaba habilitado para expedir autorizaciones y/o paz y salvos dentro de la gestión individual y recaudo de derechos de autor y conexos, ya que solo se acreditó la titularidad de dos de las obras relacionadas en su repertorio⁶⁹, y, respecto a las demás obras, no acreditó ser representante de sus titulares.

Tampoco se podría predicar que Dinalo-Upidir se encuentra autorizado por la ley para gestionar individualmente los derechos de autor y conexos de las obras de las cuales no es el titular, dado que, como se expuso atrás, esta legitimación únicamente es reconocida a las sociedades de gestión colectiva, por mandato del artículo 49 de la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena, la Ley 44 de 1993, artículo 13, numeral 4⁷⁰ y el artículo 9° del Decreto 3942 de 2010⁷¹.

⁶⁸ Confronta folios 4 al 6 del cuaderno N.º 5 de la actuación.

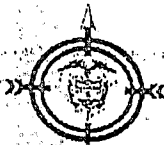
⁶⁹ Confronta folios 67 a 81 del cuaderno N.º 4 de la actuación.

⁷⁰ Artículo 13.- Son atribuciones de las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos:

[...] 4. Recaudar y distribuir a sus socios, las remuneraciones provenientes de los derechos que le correspondan. Para el ejercicio de esta atribución las asociaciones serán consideradas como mandatarias de sus asociados por el simple acto de afiliación a las mismas. [negritas fuera del texto]

⁷¹ Legitimación. Las sociedades de gestión colectiva de derecho de autor o de derechos conexos, una vez obtengan personería jurídica y autorización de funcionamiento, estarán legitimadas en los términos que resulten de sus estatutos para ejercer los derechos confiados a su gestión, y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales.//Para acreditar dicha legitimación, la sociedad de gestión colectiva únicamente deberá aportar al inicio del proceso copia de sus estatutos y certificado de existencia y representación legal expedido por la Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional de Derecho de Autor.

36



PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION

Expediente: IUS E-2018-038185/
IUC D-2018-1080983
Decisión: Indagación preliminar

Así las cosas, una vez resuelto el punto anterior y respecto a lo que guarda relación con el aspecto objetivo de la falta, concluye esta Delegada que se tipificó correctamente la conducta y se analizó en debida forma que se estructuraron los criterios arriba descritos para calificar la conducta como falta grave.

En conclusión, la falta cometida por el disciplinado, bajo los criterios señalados en el artículo 43 del Código Disciplinario Único, fue correctamente calificada como grave por la primera instancia y, por tanto, en lo que tiene que ver con este aspecto, se confirmará la decisión impugnada.

6.2.2. Lo relacionado con los aspectos subjetivos de la falta

En cuanto a la culpabilidad de la falta cometida por el investigado, en auto de citación a audiencia y formulación de pliego de cargos se le indicó al investigado que con su comportamiento omisivo «pudo incurrir en falta disciplinaria grave, a título de culpa gravísima, por incumplimiento del artículo 160 de la Ley 23 de 1982, y con ello desconocer el deber consagrado en el artículo 34.1 de la ley 734 de 2002»⁷²

No obstante lo anterior, en el fallo de primera instancia se degradó la culpabilidad de la falta a culpa grave. Al respecto dijo el *a quo*:

Este Despacho tiene que, según las pruebas obrantes en la actuación, la conducta de disciplinado LUIS ÁLBERTO ESCORCIA, en su condición de Alcalde Municipal de Santo Tomas, puede ser atribuida a título de CULPA GRAVE por Inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona de común imprime a sus actuaciones [sic] [Negrillas fuera del texto]

Previo a resolver los cuestionamientos hechos en la impugnación en relación con los aspectos subjetivos de la falta, esta Delegada procederá a explicar *i)* la categoría dogmática de la culpabilidad en el derecho disciplinario, ubicando *ii)* el dolo y *iii)* la culpa dentro de tal, para, finalmente, pasar a resolver el *iv)* caso concreto.

6.2.2.1. Sobre el concepto de culpabilidad en el derecho disciplinario

⁷² Confrontar folios 128 a 132 del cuaderno original N.º 2 de la actuación.

La culpabilidad se puede entender como principio básico del derecho sancionatorio y como categoría de análisis de la estructuración de la falta disciplinaria. Sobre el principio de culpabilidad la Corte Constitucional ha manifestado:

En el ámbito de la imputación penal y disciplinaria está proscrita la responsabilidad objetiva; es decir, la responsabilidad por la sola causación del resultado — entendido éste en su dimensión normativa — o por la sola infracción del deber funcional, según el caso. Y ello tiene sentido pues con razón se ha dicho que el contenido subjetivo de la imputación es una consecuencia necesaria de la dignidad del ser humano. Tan claro es ello que en aquellos contextos en que constitucionalmente no se consagra la culpabilidad como elemento de la imputación, se entiende que ella está consagrada implícitamente en los preceptos superiores que consagran la dignidad humana como fundamento del sistema constituido. De acuerdo con esto, asumir al hombre como ser dotado de dignidad impide cosificarlo y como esto es lo que se haría si se le imputa responsabilidad penal o disciplinaria sin consideración a su culpabilidad, es comprensible que la responsabilidad objetiva esté proscrita⁷³

El derecho disciplinario, como derecho sancionador que es, exige un juicio de reproche, que en el punto de la estructura de la falta disciplinaria implica la categoría de culpabilidad. Sin embargo, la culpabilidad puede ser entendida como principio del derecho sancionador y también como categoría dogmática. Ahora bien, la culpabilidad como principio, exige que se den los siguientes elementos, que no necesariamente están incluidos todos ellos en la categoría dogmática de culpabilidad, pues, según el modelo dogmático que se escoja, pueden hacer parte de la conducta, de la tipicidad y aún de la ilicitud sustancial:

1. Atribuibilidad de la conducta (imputabilidad): En este punto la regla disciplinaria adquiere su función de precepto de determinación; así, quien no es determinable por la norma, por haber cometido la conducta en una causal de inimputabilidad, no es culpable.

La imputabilidad exige que se pueda comprender la ilicitud del acto y poderse determinar de acuerdo con esa comprensión, y la inimputabilidad, como concepto opuesto al de imputabilidad, es la imposibilidad de comprender la ilicitud del acto o poder determinarse de acuerdo a esa comprensión, por causa de un trastorno mental, por inmadurez psicológica

⁷³ Confrontar Corte Constitucional, sentencia SU-901 de 2005, M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

30



Expediente: IUS E-2018-038185/
IUC D-2018-1080983
Decisión: Indagación preliminar

o por diversidad sociocultural. Hoy en día, es casi unánime la posición doctrinal que ubica la imputabilidad como elemento de la culpabilidad. Sin embargo, se llegó a decir, en algún momento, que la imputabilidad era el «fantasma errante» de la teoría del delito, por lo que se podría decir que también lo es en la teoría de la falta disciplinaria. No faltan, sin embargo, posturas que la ubican por fuera de la categoría de la culpabilidad, situándola como una categoría independiente, a la que han llamado capacidad.^{74 y 75}

Independientemente de la ubicación sistemática, cabe resaltar que la imputabilidad es la capacidad de actuar y, por tanto, para su demostración se requiere, desde el punto de vista formal, probar el acto de nombramiento o elección, que en el caso concreto fue debidamente demostrado y que no es un tema de debate en los recursos.

Ahora bien, desde el punto de vista material, la imputabilidad corresponde a la posibilidad de comprender la licitud o lo ilícito del comportamiento y poder actuar conforme a esa comprensión, lo cual se relaciona directamente con la existencia del dolo o de la culpa.

2. Conocimiento de la situación típica: Es decir, el conocimiento de los elementos estructurales de la conducta que se realiza.
3. Voluntad, para realizar u omitir el deber o la prohibición.
4. Conciencia de la antijuridicidad: Para que se dé este requisito se requiere el conocimiento de la prohibición o deber, es decir el conocimiento del tipo disciplinario.
5. Exigibilidad del cumplimiento del deber (juicio de reproche): Que es un elemento que es ubicado de manera unánime en la categoría dogmática de culpabilidad.

⁷⁴ En cuanto a los eximentes de capacidad, consúltese GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO, en su IV Curso de formación Judicial inicial para magistrados, magistradas, jueces y juezas de la República. Promoción 2009. Segundo módulo: Dogmática Disciplinaria Jurisdiccional. Escuela Judicial «Rodrigo Lara Bonilla». Págs. 135 y s. s.

⁷⁵ Confrontar, PINZÓN NAVARRETE, JOHN HARVEY, La culpabilidad como principio y como categoría dogmática y su incidencia en la estructura de la responsabilidad disciplinaria, monografía de maestría en Ciencia Penales y Criminológicas, Universidad Externado de Colombia.

Este elemento se excluye cuando el sujeto activo de la conducta está en la imposibilidad de determinarse según las exigencias normativas, lo cual puede suceder, entre otros casos, en los llamados estados pasionales asténicos (miedo, temor u ofuscación) o, en algunas oportunidades, en los estados pasionales esténicos (ira, rabia, furor, etc). También en los casos de insuperable coacción ajena, también llamada *vis compulsiva*.

Señalados los elementos constitutivos de la culpabilidad como principio, corresponde ahora fijar el alcance del dolo y la culpa como categorías dogmáticas de la falta disciplinaria, lo cual procedemos a realizar.

6.2.2.2. Del dolo

El concepto de dolo no está definido de manera expresa en el Código Disciplinario Único; por lo que, en aplicación del principio de integridad normativa consagrado en el artículo 21 de la Ley 734 de 2002, es necesario acudir al Código Penal, normatividad que lo consagra, en el artículo 22, en los siguientes términos: «[l]a conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar». De acuerdo con esta definición, el dolo se configuraría con los siguientes elementos: i) el conocimiento de los elementos estructurales de la conducta y ii) con la voluntad de su realización y sería un elemento de la conducta y no de la culpabilidad. En esta concepción del dolo, el conocimiento de la prohibición no hace parte de él y por ello se le ubica como uno de los elementos de la culpabilidad, sin embargo, como se verá más adelante, en el derecho disciplinario, a diferencia del penal, se señalan las fuentes de la culpa, en donde juega un papel estructurante; para la configuración de la culpa, el conocimiento de la prohibición.

El conocimiento de los elementos estructurales de la conducta corresponde a una armonía entre lo que sucede en el mundo óptico con lo que se representa el sujeto como realizado. Cuando hay desarmonía entre uno y otro de estos elementos existiría ignorancia o error.

Adicionalmente, para que exista dolo, se requiere el elemento volitivo, que corresponde al querer la realización del acto; ante la ausencia del elemento volitivo no habría conducta ni responsabilidad disciplinaria, pero si la



Expediente: IUS E-2018-036185/
IUC D-2016-108083
Decisión: Indagación preliminar

voluntad no se ha configurado debidamente, por imprudencia o negligencia, estaremos ante una conducta culposa.

6.2.2.3. La culpa

La culpa, al igual que el dolo, no está definida en la legislación disciplinaria, pero esta sí define sus fuentes en el parágrafo del artículo 44 del Código Disciplinario Único, de la siguiente manera:

Habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. La culpa será grave cuando incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.

Podría pensarse, entonces, que la definición que se da de la culpa en el Código Penal podría aplicarse al derecho disciplinario, haciendo uso de la integración normativa consagrada en el artículo 21 de la Ley 734 de 2002, no obstante, la definición de culpa que se da en el artículo 22 del Código Penal exige, como presupuesto, un resultado y, en el derecho disciplinario, las conductas que se investigan se refieren a las trasgresiones de los deberes especiales de sujeción, que, por regla general, no lo requieren.

El artículo 22 mencionado señala: «la conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo» (Negrillas fuera del texto original). En tal sentido, la definición que se da de culpa en el artículo 22 del Código Penal, en cuanto exige para su estructuración un resultado, contraviene a la naturaleza del derecho disciplinario y por ello, no se puede extender a esta parcela del derecho.

Sin embargo, la definición analizada presta elementos útiles para la comprensión de la culpa.

La exigencia de un resultado para la punibilidad de los delitos culposos se entiende en la medida que el derecho penal es la última *ratio* del derecho y, el castigo de la culpa, sin necesidad de resultado, en el derecho disciplinario, se justifica en la medida en que este busca la correcta y buena marcha de la administración.

Entonces, excluido el resultado como elemento de la culpa disciplinaria, parecería que lo fundamental, para su estructuración, es la violación al deber objetivo de cuidado o, en términos del derecho penal moderno, la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. Sin embargo, la violación al deber objetivo de cuidado o la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, se da tanto en los delitos o faltas disciplinarias dolosas como culposas, por tanto, lo esencial en las faltas culposas no es en sí la violación al deber objetivo de cuidado, sino en la forma o característica en que se da esa trasgresión al deber objetivo de cuidado.

La anterior explicación es más evidente en el derecho disciplinario, ya que lo que fundamenta la falta es la trasgresión sustancial de un deber especial de sujeción, que podría compararse con la violación al deber objetivo de cuidado.

Cuando la violación a un deber especial de sujeción se da conociendo sus elementos estructurales y de manera voluntaria, será dolosa, como ya se señaló anteriormente, pero si esta se da por defectos en el conocimiento (error o ignorancia), en la manera de conformar la voluntad (descuido, decidía), o en la manera en que se adquiere el conocimiento, será culposa, independientemente de si se trata de los elementos estructurales de la conducta o del conocimiento de la prohibición.

En cuanto al error, si éste es invencible, conforme a lo dispuesto en el numeral 6.º del artículo 28 del Código Disciplinario Único⁷⁶, se excluirá la responsabilidad; si es vencible, la conducta será culposa y, conforme a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 44, tanto la ignorancia supina como la violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento serán calificadas como culpa gravísima. Ahora bien, si hay inobservancia del cuidado necesario en la ejecución de la conducta, por una defectuosa configuración de la voluntad que conlleva a una incorrecta conformación de la acción, o en la manera de adquirir el conocimiento de la prohibición o mandato, habrá culpa grave.

La violación de reglas de obligatorio cumplimiento, en tanto está proscrita la responsabilidad objetiva en el derecho disciplinario, debe entenderse como una de las especies del error vencible, relacionados con el

⁷⁶ Artículo 28. Causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria. Está exento de responsabilidad disciplinaria quien realice la conducta: [...] 6. Con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria.



Expediente: IUS E-2018-038185/
IUC D-2018-1080983
Decisión: Indagación preliminar

conocimiento de la prohibición o mandato, que por su trascendencia es calificado como culpa gravísima.

Las demás modalidades de error o ignorancia deberán considerarse, según las circunstancias analizadas, como culpa grave o leve. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la culpa leve no se encuentre enlistada en el párrafo⁷⁷ del artículo 44 del Código Disciplinario Único, por lo que es evidente que esta última modalidad de culpa no es sancionable en el derecho disciplinario.

Ahora bien, si el reproche que se hace, no por la ausencia de voluntad, sino por su mala conformación, ya sea por una desatención elemental o por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones, la conducta también se tendrá como culposa. Explicando el alcance del dolo y la culpa, el Consejo de Estado manifestó lo siguiente:

El contenido de los grados de culpabilidad sancionables en materia disciplinaria *-dolo y culpa-*, puede establecerse, como lo ha definido previamente la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo⁷⁴, para el dolo atendiendo al código penal *-por remisión expresa del artículo 21 de la Ley 734 de 2002-* y para la culpa de conformidad con el artículo 44 *-párrafo-* de la Ley 734 de 2002 en el cual se definen los conceptos de culpa gravísima *-ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento-* y culpa grave *-inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones-*, tal y como se describe en el siguiente cuadro:

CULPABILIDAD EN MATERIA DISCIPLINARIA			
	FORMA DE CULPABILIDAD	DESCRIPCIÓN	SUSTENTO JURÍDICO
1	Dolo	Conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción y querer su realización. (Conocimiento y voluntad).	Artículo 22 de la Ley 599 de 2000 - código penal.
2	Culpa gravísima	Ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento.	Ley 734 de 2002, artículo 44, párrafo.

⁷⁷ Artículo 44. [...] Parágrafo. Habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común.

3	Culpa grave	Inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.	Ley 734 de 2002, artículo 44, parágrafo.
---	-------------	------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------

En ese orden, es en el análisis de la culpabilidad donde se valora el aspecto subjetivo de la conducta, por lo tanto atendiendo a lo anterior y al contenido del artículo 13 de la Ley 734 de 2002 *—antes transcrito—*, es este factor el que determina si en un caso concreto se aplicó o no responsabilidad objetiva y para el cual en nada influye o tiene importancia a efectos de responsabilidad la causación o no de un daño⁷⁸

Hechas estas aclaraciones sobre el alcance y contenido de la culpabilidad, del dolo y de la culpa, se procederá a resolver el caso concreto.

6.2.2.4. Caso concreto frente a lo relacionado con los aspectos subjetivos de la falta

Como puede observarse dentro de los argumentos del escrito de apelación, el investigado, en cuanto a los elementos subjetivos de la falta, refirió una «violación de los principios de tipicidad, culpabilidad y antijuridicidad, ya que la Ley 232 de 1995 fue derogada por el artículo 242 de la Ley 1801 de 2016, motivo por el que, en su criterio, dicha ley no debe ser tomada en cuenta dentro del proceso», refiriendo que la competencia del alcalde y su delegado, «en materia de exigencia del comprobante de pago por concepto de derechos de autor», fue asignada al personal uniformado de la Policía Nacional.

Además, sostuvo que debe estar establecido en la norma, taxativo y expreso, el deber legal funcional para el alcalde de solicitar la autorización de derechos de autor.

Expuso también que la normatividad establece distintas formas de expedir la autorización o el comprobante de pago por concepto de derechos de autor.

Estos argumentos ya fueron objeto de análisis y resolución en el acápite que precede⁷⁹, no obstante lo anterior, se entrará a analizar si el título de

⁷⁸ Confrontar fallo del Consejo de Estado del 31 de enero de 2018, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, subsección "b", C.P. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, Rad. 170012333000201400032 01 (1630-2015)

⁷⁹ Confrontar numeral 6.3. de la presente actuación.

[Handwritten signature]

44



Expediente: IUS E-2018-036185/
IUC D-2018-1080983
Decisión: Indagación preliminar

la culpabilidad asignado a la conducta del investigado es ajustado a derecho.

El *a quo* concluyó en su escrito de primera instancia que resultó probado en autos que la conducta del investigado puede ser atribuida a título de **culpa grave** por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona de común imprime a sus actuaciones.

Tal conclusión se sustentó en el Oficio DEAL N.º 0093, por medio del cual el investigado manifestó al quejoso que el municipio de Santo Tomas «no tiene dentro de sus funciones constitucionales ni legales la de ser empresario de espectáculos públicos [...] los eventos de carácter cultural [...] donde se usa ejecuciones públicas de música son para el esparcimiento [...] Por tal razón no está obligado el municipio cuando requiera presentaciones de artistas dirigida al público y de forma gratuita, a exigir los paz y salvo que expide la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia –SAYCO, por lo tanto para dichos eventos no se expiden permisos».

Lo anterior permite a este Despacho vislumbrar una equivocada apreciación del investigado en cuanto a las obligaciones que tenía como alcalde, además, es claro que no se trata de un error invencible, dado que el señor ESCORCIA CASTRO tuvo la oportunidad de conocer lo relacionado con el deber de exigir autorización de uso obras protegidas por derechos de autor y conexos. Incluso el quejoso, mediante varios escritos que se aportaron dentro del plenario, lo puso al tanto sobre la normativa que rige la propiedad intelectual y los derechos que administra como sociedad, poniéndole de presente, entre otras normas, el artículo 61 constitucional, así como los artículos 158, 159, 160 de la Ley 23 de 1982, además de informarle las irregularidades contenidas en los permisos para la realización de las fiestas de Precarnaval y Carnaval de Santo Tomas concedidos por el Secretario de Gobierno municipal en las fechas ya señaladas.

Es tal la inobservancia del Investigado que se observa que aceptó comprobantes de pago de un establecimiento de comercio que se atribuyó la titularidad y representación de las obras musicales que se ejecutaron públicamente en las mencionadas fiestas, llegándose inclusive a aceptar una «concertación en diferido» por un periodo de cuatro años para la utilización de tales obras musicales, muy a pesar de las solicitudes y las precisiones normativas que le hiciera el quejoso.

Esta conducta permite afirmar que el investigado obró con negligencia en cuanto a las obligaciones que como Alcalde Municipal tenía frente a la garantía de los derechos de propiedad intelectual, específicamente, respecto al uso de obras protegidas por derechos de autor.

Tampoco observa el despacho que, dentro del acervo probatorio, se evidencie que frente al comportamiento del investigado pueda admitirse alguna causal de exclusión de la responsabilidad disciplinaria de la establecidas en el artículo 28 del CDU⁸⁰.

En principio, la titularidad de la culpa sería gravísima no por ignorancia supina — como se estableció en el auto de cargos —, sino por una violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento, dada la taxatividad del artículo 160 de la Ley 23 de 1982. No obstante, encuentra el Despacho acertada la degradación realizada por la primera instancia al título de culpa grave, dado que, teniendo en cuenta que el investigado aceptó unas autorizaciones de uso de obras protegidas por derecho de autor que, si bien resultaron no ser válidas, por ser proferidas por un establecimiento de comercio que no acreditó la titularidad de las mismas, su accionar permite vislumbrar que dicha violación a la norma dejó de ser manifiesta, para pasar a una ser una clara inobservancia del deber objetivo de cuidado que toda persona imprime a sus actuaciones.

En conclusión, la titularidad de la falta en grado culpa grave fue correctamente establecida por el *a quo* y, así mismo, no se evidencia que opere alguna causal de responsabilidad disciplinaria que permita inferir razonadamente que el investigado no gobernaba a plenitud su voluntad cuando ejecutó los comportamientos censurados.

Por lo expuesto, se desestima cualquier anomalía que pudiese haber querido referenciar el recurrente frente a los aspectos subjetivos de la falta

⁸⁰ Artículo 28. Causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria. Está exento de responsabilidad disciplinaria quien realice la conducta: 1. Por fuerza mayor o caso fortuito. 2. En estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado. 3. En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales. 4. Por salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad. 5. Por insuperable coacción ajena o miedo insuperable. 6. Con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria. 7. En situación de inimputabilidad. //En tales eventos se dará inmediata aplicación, por el competente, a los mecanismos administrativos que permitan el reconocimiento de las inhabilidades sobrevinientes. //No habrá lugar al reconocimiento de inimputabilidad cuando el sujeto disciplinable hubiere preordenado su comportamiento.

46



Expediente: IUS E-2018-038165/
IUC D-2018-1080983
Decisión: Indagación preliminar

y se confirmará la decisión impugnada en lo que tiene que ver con este aspecto.

6.2.3. Lo relacionado con la tasación de la sanción

Sobre este punto, expuso el investigado en su escrito de apelación una «violación al principio de proporcionalidad» refiriéndose a la agravante que se tuvo en cuenta en el fallo de primera instancia, que para él resulta infundada, ya que los artículos 14 y 15 del Decreto 555 de 2017 le establecen «al personal uniformado de la Policía Nacional en cabeza del comandante de estación y Subestación de Policía» la competencia para exigir, previo a expedir permiso para la realización de eventos y espectáculos, la autorización de uso de obras protegidas por derechos de autor y conexos, por parte de sus titulares o de sus representantes, obligación establecida en el artículo 160 de la Ley 23 de 1982.

6.2.3.1. Del caso concreto frente a la tasación de la sanción

Manifiesta el investigado que los artículos 14 y 15 del Decreto 555 de 2017 le imponen «al personal uniformado de la Policía Nacional en cabeza del comandante de estación y Subestación de Policía» el deber de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 160 de la Ley 23 de 1982.

Al respecto, basta con realizar una lectura sucinta de dichos artículos para apartarse de lo manifestado en el escrito de apelación, pues estos enlistan las atribuciones de los comandantes de estación, subestación, centros de atención y personal uniformado de la Policía Nacional, tales como: Conocer en primera instancia de la aplicación de amonestaciones, remoción e inutilización de bienes, etc., y nada estipulan respecto al deber de autorizar la realización de eventos y espectáculos y mucho menos el de exigir la autorización de uso de obras de derechos de autor para ser utilizadas en dichos eventos, que, como ya se demostró dentro de la presente providencia, está en cabeza del alcalde municipal, por lo que este argumento de la apelación no está llamado a prosperar.⁸¹

⁸¹ Artículo 14. Corrija el artículo 209 de la ley 1801 de 2016, el cual quedará así: "Artículo 209. Atribuciones de los comandantes de estación, subestación, centros de atención inmediata de la Policía Nacional. Compete a los comandantes de estación, subestación y de Centros de Atención inmediata de la Policía Nacional o sus delegados, conocer: 1. Los comportamientos contrarios a la convivencia.// 2. Conocer en primera instancia de la aplicación de las siguientes medidas.// a) Amonestación.// b) Remoción de bienes. //c) Inutilización de bienes.// d) Destrucción de bien.// e) Disolución de reunión o actividad que involucra aglomeraciones de público no complejas.// f)

En cuanto a la proporcionalidad de la sanción, este concepto está previsto en el artículo 18 del CDU⁸², que establece que la sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida y que en la graduación de la sanción deben aplicarse los criterios que fija dicha ley. Ahora, en palabras de la Corte constitucional, la proporcionalidad «implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad».⁸³

El Consejo de Estado ha explicado, adoptando como suyas sólidas posturas doctrinarias, que la proporcionalidad de la sanción disciplinaria también está íntimamente ligada a la culpabilidad que se logre demostrar durante el proceso en cabeza del funcionario disciplinado. En palabras de esa corporación:

[D]e acuerdo con este principio, en materia disciplinaria está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa.

Llama la atención la relación existente entre este y el principio de proporcionalidad, pues reiterando lo dicho por la doctrina más autorizada sobre la materia "la pena proporcional a la culpabilidad, es la única pena útil"⁸⁴.

En efecto, "el concepto de proporcionalidad nace íntimamente vinculado al de culpabilidad. En la actualidad, en el Derecho Sancionador Administrativo, culpabilidad y proporcionalidad continúan estrechamente unidas. La reacción punitiva ha de ser proporcionada al ilícito, por ello, en

Participación en programa comunitario o actividad pedagógica de convivencia.// 3. Conocer en primera instancia la aplicación de la medida de suspensión temporal de la actividad."

Artículo 15. corríjase el artículo 210 de la Ley 1801 de 2016, el cual quedará así: "Artículo 210. Atribuciones del personal uniformado de la Policía Nacional. Compete al personal uniformado de la Policía Nacional, conocer: 1. Los comportamientos contrarios a la convivencia.// 2. Conocer en primera instancia la aplicación de las siguientes medidas de conformidad con el proceso verbal inmediato de policía contenido en el presente Código. // a. Amonestación. // b. Participación en Programa comunitario o Actividad Pedagógica de Convivencia.// c. Remoción de Bienes.// d. Inutilización de bienes.// e. Destrucción de bien.// PARÁGRAFO 1°. La participación en programa comunitario o actividad pedagógica de convivencia serán organizadas y realizadas por las alcaldías municipales, distritales o locales, o sus delegados, de acuerdo con los lineamientos que para tal fin, establezca el Gobierno Nacional.// PARÁGRAFO 2° Contra las medidas previstas en este artículo se concede el recurso de apelación en el efecto devolutivo que resolverá un Inspector de policía.

⁸² Artículo 18. Proporcionalidad. La sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida. En la graduación de la sanción deben aplicarse los criterios que fija esta ley.

⁸³ Corte Constitucional; sentencia C-125 de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

⁸⁴ De Palma Del Teso, Angeles, 'El Principio de Culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador', Editorial Tecnos, Madrid (España), 1996. Páginas 44 y 45.

Página 48

Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa, Asuntos Sociales y Paz
Carrera 5 No. 15-80, Piso 24 PBX: 5878750.
www.procuraduria.gov.co



Expediente: IUS E-2018-038185/
IUC D-2018-1080983
Decisión: Indagación preliminar

el momento de la individualización de la sanción, la culpabilidad se constituye en un límite que impide que la gravedad de la sanción supere la del hecho cometido; siendo, por tanto, función primordial de la culpabilidad limitar la responsabilidad. [...] El principio de dolo o culpa, nos permite distinguir diversos grados de culpabilidad en la comisión de la infracción, los cuales deben ser considerados por el órgano administrativo competente en el momento de individualizar la sanción. De este modo, el principio de culpabilidad coadyuva a la correcta aplicación del principio de proporcionalidad, pues permite una mayor adecuación entre la gravedad de la sanción y la del hecho cometido [...] ^{85 y 86}

En idéntico sentido, la Corte Constitucional ha afirmado que la proporcionalidad es un principio que impone límites a la sanción disciplinaria, «en virtud del cual la graduación, en abstracto y en concreto, de la sanción, debe hacerse de acuerdo con la gravedad del injusto, y el grado de culpabilidad»⁸⁷.

Pues bien, a lo largo de esta providencia quedó establecido que la falta cometida por LUIS ALBERTO ESCORCIA CASTRO es grave y que esta se cometió con culpa grave.

Por lo tanto, al ser una falta grave cometida a título culpa grave, para efectos de la sanción, según el artículo 44 de la ley 734 de 2002⁸⁸, le corresponde la suspensión en el ejercicio del cargo. Corolario con lo anterior, el artículo 46 *ibídem*, en relación con los límites de las sanciones, indicó:

[...]

[L]a suspensión no será inferior a un mes ni superior a doce meses.

Cuando el disciplinado haya cesado en sus funciones para el momento de la ejecutoria del fallo o durante la ejecución del mismo, cuando no fuere posible ejecutar la sanción se convertirá el término de suspensión o el que faltare, según el caso, en salarios de acuerdo al monto de lo devengado para el momento de la comisión de la falta, sin perjuicio de la inhabilidad especial

⁸⁵ *Ibidem*. Páginas 45 y 46.

⁸⁶ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”. Sentencia del 19 de mayo de 2011. Radicación No. 25000-23-25-000-2000-00281-01(2157-05). Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila.

⁸⁷ Corte Constitucional, sentencia C-285 de 1997 (M.P. Carlos Gaviria Díaz). Reiterada en: Corte Constitucional, sentencia C-708 de 1999 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

⁸⁸ Artículo 44. Clases de sanciones. El servidor público está sometido a las siguientes sanciones: [...] 3. Suspensión, para las faltas graves culposas.

Ahora bien, el fallo de primera instancia tuvo en cuenta como criterios para graduar la sanción⁸⁹ el hecho de que el investigado atribuyera infundadamente al comandante de estación de la Policía Nacional la responsabilidad de dar el cumplimiento del artículo 160 de la Ley 23 de 1982,—que refiere el deber de exigir autorización de uso de obras protegidas por los derechos de autor—, y el hecho de que el cargo del investigado, por ser alcalde municipal, corresponde al nivel directivo. Por lo anterior, el *a quo* determinó que, con base en aquellos criterios dosificadores, la sanción a imponer era de 6 meses de suspensión.

Concuerdando esta instancia con esta determinación, por una parte, dado que quedó demostrado que el deber de exigir una autorización para el uso de obras protegidas por derechos de autor y conexos está en cabeza de los alcaldes municipales, distritales o sus delegados y no del comandante de policía del municipio, y por la otra, dado que por su condición de máxima autoridad del municipio y por todas aquellas responsabilidades que por el nivel de su cargo le acarrearán, se hace más exigente la vigilancia y la buena conducción de su actuar, por lo que mayor deberá ser el reproche cuando se aparte del cumplimiento de sus funciones.

En el caso *sub judice*, encuentra el Despacho que la sanción y su incremento se ajustó al principio de proporcionalidad dado que su dosificación se mantiene dentro de los márgenes de la ley, por lo que no se accederá a lo solicitado en el escrito de apelación y se confirmará lo relacionado con este aspecto.

6.2.4. De lo relacionado con el debido proceso

Manifestó el apelante una violación al debido proceso, por «desviación del objeto de la investigación», ya que el *a quo* «se dedicó a examinar la conducta penal del señor DURÁN BARRIGA y no la del investigado».

Frente a esto último, refirió además que el análisis de la responsabilidad penal y civil de Dinalu Upidir corresponde a jurisdicciones diferentes a la disciplinaria.

Adicionalmente, señaló que dentro del proceso se anexaron unos documentos expedidos por autoridades públicas, referentes al cumplimiento del requisito de ley en materia de derechos de autor y

⁸⁹ Ley 734 de 2002. Artículo 47.

fel

50



Expediente: IUS E-2018-038185/
IUC D-2018-1080983
Decisión: Indagación preliminar

conexos que certifican la legalidad de Dinalo-Upidir, que, si bien se mencionaron en el fallo, el *a quo* no analizó su contenido.

Referente al debido proceso, el artículo 29 de nuestra constitución política establece:

Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Por su parte el artículo 6 de la Ley 734 de 2019 dispone:

Artículo 6°. Debido proceso. El sujeto disciplinable deberá ser investigado por funcionario competente y con observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso, en los términos de este código y de la ley que establezca la estructura y organización del Ministerio Público

Respecto a la «desviación del objeto de la investigación» alegada por el apelante, encuentra el Despacho que el *a quo* tuvo que realizar un análisis a unos paz y salvos y autorizaciones suscritos por Dinalo-Upidir, los cuales fueron aportados por el investigado, quien pretendía que se tuviesen como pruebas para demostrar el cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 160 de la Ley 23 de 1982.

Realizado dicho análisis, se concluyó que el establecimiento comercial Dinalo-Upidir no se encuentra habilitado y/o acreditado para expedir autorizaciones, ni gestionar o recaudar dineros para el uso de las obras relacionadas en su repertorio, de las cuales no es titular, concluyéndose la necesidad imperiosa de ordenar la correspondiente remisión de copias a

la Fiscalía General de la Nación, en cumplimiento de los deberes⁹⁰ a los que está obligado todo servidor público. Conclusión con la cual concuerda esta instancia.

Además, el hecho de encontrarse, dentro del trámite de un proceso disciplinario, con una conducta realizada por un particular, tipificada dentro del código penal como delito, no le impide al operador disciplinario analizar tal situación para, posteriormente, remitirla al competente (en este caso la Fiscalía General de la Nación), como así lo realizó en *á quo*. Más aún, cuando con dicha conducta se pretendía crear un escenario fáctico que incidiera directamente en la resolución del caso *sub judice*.

Precisamente es deber del estado proteger, entre otros, a los autores de obras musicales y dentro de este deber está el de no permitir la gestión de negocios de sus obras sin su consentimiento, como ocurre en este caso.

Por otra parte, contrario a lo que señala el apelante, los documentos expedidos por autoridades públicas, referentes al cumplimiento del requisito de ley en materia de derechos de autor y conexos que certifican la legalidad de Dinalo-Upidir, si se analizaron en su integridad, y precisamente sirvieron como base para tomar la determinación de no tener como válidos los certificados por él expedidos y de ordenar la remisión de copias a las autoridades competentes para que investiguen las irregularidades frente a ellos encontradas.

Adicional a lo anterior, y con el fin de dejar total claridad en cuanto a la no existencia de una vulneración al derecho fundamental del debido proceso, el Despacho valorará otros aspectos.

En primer lugar, como ya se logró establecer en el desarrollo de esta decisión, la falta por la cual se sancionó al investigado estuvo debidamente tipificada, la titularidad de la culpa fue correcta y la sanción proporcional a la falta cometida.

En segundo lugar, se observa dentro del presente dossier que las decisiones de indagación preliminar, citación a audiencia verbal y fallo de primera instancia, fueron notificadas en los términos de ley, observaron la plenitud de las formas y ritualidades propias del proceso disciplinario,

⁹⁰ Ley 734 de 2002. Artículo 34. [...] 24. Denunciar los delitos, contravenciones y faltas disciplinarias de los cuales tuviere conocimiento, salvo las excepciones de ley.

52



Expediente: IUS E-2018-038185/
IUC D-2018-1080983
Decisión: Indagación preliminar

garantizaron la contradicción, respetaron la presunción de inocencia del investigado y permitieron la defensa material por parte de este.

Por todo lo anterior, los argumentos expuestos por el investigado en su escrito de apelación no están llamados a prosperar.

6.2.5. Otros argumentos del apelante:

Se señala en el escrito de apelación la existencia de una falsa motivación en el fallo de primera instancia, sustentada en que «no es deber legal funcional del alcalde vigilar al secretario de gobierno para que exija el comprobante de pago exigido por concepto de derechos de autor expedido por SAYCO», y a que los artículos 160 y 162 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 2, literal C, de la Ley 232 de 1995, no establecen tal deber.

Dicho argumento ya se analizó en líneas atrás, donde se realizó un estudio de la normatividad que regula y protege los derechos de autor, el deber las autoridades administrativas (en este caso los alcaldes o quienes ellos deleguen) de exigir la autorización de uso de obras protegidas previo a conceder permisos para la realización de espectáculos. Por lo tanto, esta Procuraduría Delegada se abstendrá de volverse a pronunciar al respecto.

Por otra parte, manifestó el apelante que el fallo es infundado pues «no tuvo en cuenta las aclaraciones suministradas por la Dirección Nacional de Derechos de Autor (DNDA), respecto de las personas diferentes a la sociedad de gestión colectiva de derechos de autor y conexos».

Esta instancia se aparta del anterior argumento, ya que tanto en el fallo de primera instancia, como en esta decisión, sí se realizó el respectivo análisis de la respuesta proferida por la DNDA⁹¹ el 30 de mayo de 2019, análisis del cual se logró establecer, entre otras cosas, cuáles son las sociedades de gestión colectiva reconocidas y registradas en el País y, referente a la gestión individual, si es posible adelantar este tipo de gestión, siempre y cuando el gestor individualice su repertorio y acredite su titularidad o representación.

Además, revisada toda la actuación, encuentra el Despacho que la decisión de primera instancia tuvo como fundamento preceptos legalmente vigentes, pruebas lícitas y legalmente obtenidas y practicadas, todo con la

⁹¹ Confrontar folios 83 al 87 del cuaderno N.º 3 de la actuación.

observancia del debido proceso. En tal sentido, este cargo tampoco está llamado a prosperar.

Por último, refirió el apelante que con el fallo de primera instancia se desconocieron el artículo 10, y el artículo 3, numeral 3, de la Ley 1437 de 2011, ya que el a quo «no dio aplicación uniforme a la referida actuación administrativa[...]», pues «se limitó a examinar si Dinalo- Upidir es gestión colectiva[...]», y no tuvo en cuenta lo manifestado por otras autoridades en relación con la gestión individual de derechos de autor.

La ley 1437 de 2011, establece, en su artículo 3, lo siguiente:

Artículo 3°. Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

[...] 3. En virtud del principio de imparcialidad, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

Por su parte, el artículo 10 *ibídem*, establece el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al respecto dispone:

Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

En cuanto a la aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia, que, según el apelante, se desconocieron en el fallo de primera instancia, observa el Despacho que dentro del plenario el investigado no aportó sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen las normas que regulan la gestión individual de

derechos de autor y sus requisitos, y el deber de las autoridades de exigir autorización de uso de obras protegidas por tales derechos.

A su vez, no encuentra este Despacho que dentro proceso o con el fallo de primera instancia se hubiese adelantado alguna actuación parcializada o discriminatoria en contra del investigado, además, como ya se ha reiterado en líneas atrás, dicha decisión se sustentó tanto en la normatividad vigente que regula la gestión de derechos de autor y establece el deber de las autoridades de exigir autorización de uso de obras protegidas por tales derechos, como en las pruebas debidamente allegadas y sopesadas dentro del proceso. Por lo anterior, el cargo no está llamado a prosperar.

Finalmente, esta Delegada considera oportuno señalar que como el señor LUIS ALBERTO ESCORCIA CASTRO, en su condición de Alcalde Municipal de Santo Tomás, Atlántico, culminó su periodo el 31 de diciembre de 2019, debe operar la conversión en salarios de acuerdo al monto devengado para la vigencia fiscal del año 2018, como lo ordena el segundo inciso del artículo 46 de la Ley 734 de 2002⁹², la cual será calculada por el funcionario competente para la ejecución de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, la Procuradora Delegada para la Vigilancia Administrativa, Asuntos Sociales y Paz, en cumplimiento de sus funciones legales y reglamentarias,

VII. RESUELVE

PRIMERO: Confirmar el fallo de 18 de junio de 2019, por medio del cual la Procuraduría Provincial de Barranquilla declaró disciplinariamente responsable a LUIS ALBERTO ESCORCIA CASTRO, identificado con cédula de ciudadanía N.º 72.312.144, Alcalde Municipal de Santo Tomás, Atlántico, para el periodo 2015-2019 y lo sancionó con suspensión en el ejercicio del cargo por el término de seis (6) meses, de conformidad con lo expuesto en esta providencia.

Parágrafo: Al encontrarse el disciplinado desvinculado del cargo, se hará la conversión en salarios de acuerdo al monto devengado para la vigencia

⁹² Artículo 46. [...] La suspensión no será inferior a un mes ni superior a doce meses. Cuando el disciplinado haya cesado en sus funciones para el momento de la ejecutoria del fallo o durante la ejecución del mismo, cuando no fuere posible ejecutar la sanción se convertirá el término de suspensión o el que faltare, según el caso, en salarios de acuerdo al monto de lo devengado para el momento de la comisión de la falta, sin perjuicio de la inhabilidad especial.





Expediente: IUS E-2018-038185/
IUC D-2018-1080983
Decisión: Indagación preliminar

del año 2018, la cual será calculada por el funcionario competente para la ejecución de esta providencia.

SEGUNDO: Por la Secretaría de esta Delegada, notificar la presente providencia al señor LUIS ALBERTO ESCORCIA CASTRO, advirtiéndole que contra lo decidido no procede recurso alguno; para ello, remitirá la correspondencia a las direcciones visibles a folio 188 del cuaderno original n.º 1 de la actuación.

TERCERO: Por la Procuraduría Provincial de Barranquilla remitir las comunicaciones pertinentes a efectos de ejecutar, reportar y registrar la sanción disciplinaria impuesta, conforme lo disponen los artículos 172, 173 y 174 de la Ley 734 de 2002.

CUARTO: Por la Secretaría de esta Delegada, previo los registros y anotaciones a que haya lugar, devolver el expediente a la Procuraduría Provincial de Barranquilla para que adelante todas las gestiones necesarias para el acatamiento de lo aquí dispuesto.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

LIGIA MORALES AMARIS
Procuradora Delegada para la Vigilancia Administrativa,
Asuntos Sociales y Paz

Proyectó: JALB
Revisó: JJH