

República de Colombia
Rama Judicial



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá
Sala Civil - Secretaria

LIQUIDACIÓN DE COSTAS

PROCESO No 110012203000202000848 00

MAGISTRADO(A) Dr(a). IVAN DARIO ZULUAGA CARDONA

9 de Octubre de 2023.- En la fecha procedo a efectuar la liquidación de costas ordenada en providencia anterior, así:

AGENCIAS EN DERECHO:	\$ 1.160.000,00 =
OTROS:	\$
	=====
TOTAL:	\$1.160.000,00 =

SON: UN MILLÓN CIENTO SESENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE.-

P/ El Secretario.

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Judicial

10 DE OCTUBRE DE 2023. En la fecha se fija el presente proceso en lista por el término legal para efectos del traslado a las partes de la anterior liquidación de costas, por el lapso de tres días que vencen el 13 DE OCTUBRE DE 2023, conforme lo prevé el artículo 366 del Código General del Proceso y artículo 110 ibídem.

P/ El Secretario

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Judicial

República de Colombia
Rama Judicial



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá
Sala Civil - Secretaria

LIQUIDACIÓN DE COSTAS

PROCESO No 110012203000202301478 00

MAGISTRADO(A) Dr(a). RICARDO ACOSTA BUITRAGO

9 de Octubre de 2023.- En la fecha procedo a efectuar la liquidación de costas ordenada en providencia anterior, así:

AGENCIAS EN DERECHO:	\$ 3'480.000,00 =
OTROS:	\$
	=====
TOTAL:	\$3'480.000.00 =

SON: TRES MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE. -

P/ El Secretario.


OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Judicial

10 DE OCTUBRE DE 2023. En la fecha se fija el presente proceso en lista por el término legal para efectos del traslado a las partes de la anterior liquidación de costas, por el lapso de tres días que vencen el 13 DE OCTUBRE DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023) , conforme lo prevé el artículo 366 del Código General del Proceso y artículo 110 ibídem.

P/ El Secretario


OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Judicial

República de Colombia
Rama Judicial



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá
Sala Civil - Secretaria

LIQUIDACIÓN DE COSTAS

PROCESO No 110012203000202301613 00

MAGISTRADO(A) Dra. MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA

9 de Octubre de 2023.- En la fecha procedo a efectuar la liquidación de costas ordenada en providencia anterior, así:

AGENCIAS EN DERECHO:	\$ 5.800.000,00 =
OTROS:	\$
	=====
TOTAL:	\$5.800.000,00 =

SON: CINCO MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE.
-

P/ El Secretario.


OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Judicial

10 DE OCTUBRE DE 2023. En la fecha se fija el presente proceso en lista por el término legal para efectos del traslado a las partes de la anterior liquidación de costas, por el lapso de tres días que vencen el 13 DE OCTUBRE DE DOS MIL VIENTRES (2023) conforme lo prevé el artículo 366 del Código General del Proceso y artículo 110 ibídem.

P/ El Secretario


OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Judicial


MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA GONZÁLEZ FLOREZ RV: EXPEDIENTE NO. 11001-31-99-001-2020-06608-01 // RECURSO APELACIÓN

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Lun 9/10/2023 10:20 AM

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 1 archivos adjuntos (366 KB)

20231009- DIPSA - Sustentación recurso apelación VF.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA GONZÁLEZ FLOREZ

NOTA: Solicitud resuelta.

Cordial Saludo,

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA

Secretario Sala Civil

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Avenida Calle 24 N° 53-28 Torre C Oficina 305

Teléfono 423 33 90 Extensión 8349

Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: Camila Correa <ccorrea.marquez@gmail.com>

Enviado: lunes, 9 de octubre de 2023 9:40

Para: Secretaría Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>;

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: Ricardo Vélez Múnera <ricardov@quip.legal>; Camila Correa <ccorrea.marquez@gmail.com>

Asunto: EXPEDIENTE NO. 11001-31-99-001-2020-06608-01 // RECURSO APELACIÓN

SEÑORES

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CIVIL

E. S. D.

**EXPEDIENTE
REFERENCIA**

11001-31-99-001-2020-06608-01

Proceso por infracción de derechos de propiedad industrial y competencia desleal
INDUSTRIAS DIPSA S.A.S. Y OTRO

**DEMANDANTE
DEMANDADOS**

– JERONIMO MARTINS
COLOMBIA S.A.S

– EMPORIO INTERNATIONAL
S.A.S.

– G & S DISTRIBUCIONES JM
S.A.S

ASUNTO

Sustentación Recurso de Apelación

MARÍA CAMILA CORREA MÁRQUEZ, mayor de edad, abogada en ejercicio, identificada como aparece al pie de mi firma, y, obrando en calidad de apoderada especial principal de **INDUSTRIAS DIPSA S.A.S.**, y del señor **DIEGO FERNANDO PELAEZ LARA**, mediante este escrito me permito precisar “Sustentación a Recurso de Apelación” al fallo de primera instancia notificado por estrados del 16 de junio de 2023.

Cordialmente,

María Camila Correa Márquez

--

MARIA CAMILA CORREA M

MsC. en Derecho con Énfasis en Propiedad Intelectual

Tel. 3104465049

SEÑORES
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL
E. S. D.

EXPEDIENTE	11001-31-99-001-2020-06608-01
REFERENCIA	Proceso por infracción de derechos de propiedad industrial y competencia desleal
DEMANDANTE	INDUSTRIAS DIPSA S.A.S. Y OTRO
DEMANDADOS	– JERONIMO MARTINS COLOMBIA S.A.S – EMPORIO INTERNATIONAL S.A.S. – G & S DISTRIBUCIONES JM S.A.S
ASUNTO	Sustentación Recurso de Apelación

MARÍA CAMILA CORREA MÁRQUEZ, mayor de edad, abogada en ejercicio, identificada como aparece al pie de mi firma, y, obrando en calidad de apoderada especial principal de **INDUSTRIAS DIPSA S.A.S.**, y del señor **DIEGO FERNANDO PELAEZ LARA**, en la debida oportunidad procesal, mediante este escrito me permito precisar “Sustentación a Recurso de Apelación” al fallo de primera instancia notificado por estrados del 16 de junio de 2023.

I. FUNDAMENTOS DEL RECURSO FRENTE A LA SENTENCIA APELADA

1.1. SUSTENTACIÓN FRENTE A LA DECISIÓN MEDIANTE LA CUAL SE NIEGAN LAS PRETENSIONES 1, 2, 4, 5, 10, 11, Y 13 DE LA DEMANDA RELATIVAS A LA INFRACCIÓN DE PROPIEDAD INDUSTRIAL.

En virtud del artículo 238 de la Decisión Andina 486 de 2000, “El titular de un derecho protegido en virtud de esta Decisión podrá con base en el derecho de exclusividad – *ius prohibendi* – entablar acción ante la autoridad nacional competente contra cualquier persona que infrinja su derecho. (...)” es decir, se encuentra legitimado en la causa por activa todo aquel que ostente la calidad de titular de un derecho de propiedad intelectual protegido por la normatividad comunitaria y debidamente conferido con arreglo a la ley. En este caso el

titular del derecho tendrá la carga de demostrar la existencia del derecho infringido y la infracción de tal derecho, que tiene lugar cuando terceros realizan conductas expresamente prohibidas por la ley.

En este caso, tanto INDUSTRIAS DIPSA S.A.S. como el señor DIEGO FERNANDO PELAEZ LARA, titular del derecho en la clase 3 para la fecha de ocurrencia de los hechos tienen plena legitimidad para instar esta acción, toda vez que la marca DIPSA se encuentra registrada ante la Superintendencia de Industria y Comercio así:

Marca	DIPSA
Expediente	00068761
Certificado de Registro	241553
Vigencia	11 de septiembre de 2031
Tipo	Nominativa
Clase 3	Productos para el cuidado del cabello como shampoo, blsamo, ba?s, ba?s en crema, rince, gel, lacas, preparaciones colorantes y decolorantes, jabones de tocador, productos de perfumer? como perfumes, agua de colonia, colonias, lociones, aceites esenciales; productos para el maquillaje como labiales, esmaltes, delineadores: productos cosm?icos para el cuidado de cara, manos y cuerpo; productos de belleza; preparaciones para limpiar, pulir, desengrasar y raspar. (Transcrito textualmente)

De acuerdo a lo anterior y teniendo en cuenta que el señor DIEGO FERNANDO PELAEZ LARA era titular de la marca para la fecha de ocurrencia de los hechos, se resalta que el señor PELAEZ LARA es representante legal y fundador de INDUSTRIAS DIPSA S.A.S., por lo que se acredita la relación existente entre el titular de la marca y la empresa INDUSTRIAS DIPSA S.A.S., sobre la cual además de lo anterior, es posible señalar que existía un contrato de licencia de uso de la marca, el cual puede predicarse como tal en la medida que de acuerdo con la Decisión Andina 689 de 2008, Decisión que adecua determinados artículos de la Decisión Andina 486 del 2000, se establece como opcional el requisito de registro de un contrato de licencia de uso de marca, decisión que además fue reglamentada por el Decreto 729 de 2012, el cual establece en su “*artículo 5°. Licencias de uso de marcas. El registro de los contratos de licencia de marca será opcional. En consecuencia, la ausencia de dicho registro no afectará la validez u oponibilidad de tales contratos.*”

Según esto queda probada de manera inequívoca la existencia del derecho infringido.

Así mismo, el artículo 155 le confiere al titular del derecho marcario la posibilidad de impedir que un tercero realice, sin su consentimiento uno de los siguientes actos:

- a) Aplicar o colocar la marca o un signo distintivo idéntico o semejante sobre productos para los cuales se ha registrado la marca; sobre productos vinculados a los servicios para los cuales esta se ha registrado; o sobre los envases, envolturas, embalajes o acondicionamientos de tales productos.
- b) *Suprimir o modificar la marca con fines comerciales, después de que se hubiese aplicado o colocado sobre los productos para los cuales se ha registrado la marca; sobre los productos vinculados a los servicios para los cuales esta se ha registrado; o sobre los envases, envolturas, embalajes o acondicionamientos de tales productos;*
- c) Fabricar etiquetas, envases, envolturas, embalajes u otros materiales que reproduzcan o contengan la marca, así como comercializar o detentar tales materiales;
- d) Usar en el comercio un signo idéntico o similar a la marca respecto de cualesquiera productos o servicios, cuando tal uso pudiese causar confusión o un riesgo de asociación con el titular del registro. Tratándose del uso de un signo idéntico para productos o servicios idénticos se presumirá que existe riesgo de confusión;
- e) *Usar en el comercio un signo idéntico o similar a una marca notoriamente conocida respecto de cualesquiera productos o servicios, cuando ello pudiese causar al titular del registro un daño económico o comercial injusto por razón de una dilución de la fuerza distintiva o del valor comercial o publicitario de la marca, o por razón de un aprovechamiento injusto del prestigio de la marca o de su titular;*
- f) *Usar públicamente un signo idéntico o similar a una marca notoriamente conocida, aun para fines no comerciales, cuando ello pudiese causar una dilución de la fuerza distintiva o del valor comercial o publicitario de la marca, o un aprovechamiento injusto de su prestigio.*

Y que en el eventual caso de que un tercero realice alguno de los actos mencionados previamente, ese titular se encuentra legitimado a iniciar acciones ante la autoridad legal a efectos de hacer prevalecer su derecho, tal como se acaba de exponer con fundamento en el artículo 238.

De acuerdo a lo anterior, es importante reiterar a este despacho, que adicional a la existencia del derecho queda inequívocamente probada la infracción, pues de las conductas de los demandados efectivamente se desprende un uso NO AUTORIZADO de la marca DIPSA en clase 3, un uso que no solo no fue autorizado, sino que se trató de un uso fraudulento.

En este sentido, llamamos la atención que tanto el señor DIEGO FERNANDO PELAEZ LARA como INDUSTRIAS DIPSA S.A.S., se encuentran legitimados en la causa para iniciar la presente acción y reclamar los derechos de propiedad industrial respecto de la marca DIPSA en clase 3, toda vez que, contrario a lo que sostiene el señor juez en su decisión, existen reiterados pronunciamientos tanto de la Superintendencia de Industria y Comercio como del Tribunal Andino de Justicia, mediante los cuales se ha establecido que *“no es necesario que el signo solicitado para registro induzca a error a los consumidores, sino que es suficiente la existencia del riesgo de confusión y/o de asociación, tanto con relación al signo como respecto a los productos o servicios que amparan, para que se configure la irregistrabilidad, de donde resulta que el hecho de que los signos en cuestión amparen productos o servicios que pertenezcan a diferentes clases, no garantiza por sí la ausencia de riesgo de confusión y/o asociación, toda vez que dentro de los productos o servicios contemplados en diferentes clases puede darse conexión competitiva y en consecuencia, producir riesgo de confusión y/o de asociación y como tal constituirse en causal de irregistrabilidad”¹¹*

Para el caso concreto debe existir una rigurosa evaluación por parte de este Tribunal en la medida que el análisis que debe darse entre las clases 3 y 5, clases sobre las cuales versa la discusión en este caso, implica una meticulosidad especial. La proximidad de productos de limpieza y cuidado personal con productos farmacéuticos exige un escrutinio profundo para prevenir cualquier riesgo de confusión en el público consumidor.

El análisis de confundibilidad debe ser riguroso, especialmente considerando la situación de los consumidores en un contexto de pandemia. La pandemia hizo que productos como alcoholes y desinfectantes fueran declarados como productos vitales no disponibles y en razón a ello se decretó un estado de emergencia, por lo que la intercambiabilidad y complementariedad de estos productos puede inducir a un consumidor medio a utilizar un producto de la Clase 3 como si fuera un medicamento, lo que podría tener consecuencias graves para la salud, como efectivamente ocurrió, especialmente con los productos “alcoholes antisépticos al 70%, los cuales son considerados por el INVIMA como medicamentos.

Teniendo en cuenta lo anterior, si nosotros extrapolamos estos argumento de causal de irregistrabilidad de una marca y la imposibilidad de que coexistan pacíficamente dichos

¹¹ Proceso 441 – IP – 2015 del 02 de septiembre del 2015 del Tribunal Andino de Justicia

signos en el mercado por los riesgos de confusión y/o de asociación que se genera en la mente de los consumidores, a los argumentos de infracción por un uso no solo no autorizado sino además fraudulento, de un signo igual al previamente registrado, podríamos concluir que efectivamente se estaría generando estos efectos, que no son otros a los de generar riesgos de confusión y/o asociación y en consecuencia configurarse un uso no autorizado de los signos y con ello una infracción a los derechos adquiridos por mis representados.

Lo anterior, más aún cuando se ha logrado acreditar que durante el espacio temporal de ocurrencia de los hechos (PANDEMIA), el registro de la marca DIPSA en clase 3, de la cual es titular mi representado cubría entre otros productos:

- Jabones de tocador
- Productos cosméticos para el cuidado de la cara, de las manos y el cuerpo
- Preparaciones para limpiar

El Tribunal Andino de Justicia sostiene sobre este respecto, en Proceso 441-IP-2015 que

“para determinar la existencia del riesgo de confusión será necesario verificar si existe identidad o semejanza entre los signos en disputa, tanto entre sí como en relación con los productos o servicios distinguidos por ellos, y considerar la situación de los consumidores o usuarios, la cual variará en función de los productos o servicios de que se trate, independientemente de la clase a la que pertenezcan dichos productos o servicios.

Para establecer el riesgo de confusión, la comparación y el análisis que debe realizar la Autoridad Nacional Competente, en el caso de registro de un signo como marca que ampare productos farmacéuticos, deberá ser mucho más riguroso, toda vez que estos productos están destinados a proteger la salud de los consumidores. Este riguroso examen, de acuerdo a lo señalado por el Tribunal, tiene su razón de ser por "las peligrosas consecuencias que puede acarrear para la salud una eventual confusión que llegare a producirse en el momento de adquirir un determinado producto farmacéutico, dado que la ingestión errónea de éste puede producir efectos nocivos y hasta fatales": (subraya fuera de texto)

(...)

Igualmente, el Tribunal ha señalado que "respecto de los productos farmacéuticos, resulta de gran importancia determinar la naturaleza de los mismos, dado que algunos de ellos corresponden a productos de delicada

aplicación, que pueden causar daños irreparables a la salud del consumidor. Por lo tanto, lo recomendable en estos casos es aplicar, al momento del análisis de las marcas confrontadas, un criterio riguroso, que busque prevenir eventuales confusiones en el público consumidor dada la naturaleza de los productos con ellas consecuencias. Finalmente, "Este razonamiento se soporta en el criterio del consumidor medio que, en estos casos, es de vital importancia ya que las personas que consumen productos farmacéuticos no suelen ser especializadas en temas químicos ni farmacéuticos y por lo tanto son más susceptibles de confusión al adquirir dichos productos. El criterio comentado insta al examinador a ponerse en el lugar de un consumidor medio que, en el caso en cuestión, es la población en general, que va a utilizar el producto dentro del ámbito de su hogar sin asistencia profesional permanente" (subraya fuera de texto)

De lo anterior podemos concluir los siguientes puntos:

1. La similaridad de productos y el riesgo para la salud humana: La similitud entre productos de belleza y productos farmacéuticos puede llevar a una confusión por parte del consumidor, especialmente en situaciones donde ambos tipos de productos estén presentes en un mismo entorno. Esto plantea un riesgo significativo para la salud, ya que un consumidor confundido podría usar un producto farmacéutico pensando que es un producto de belleza, lo cual podría tener consecuencias graves para su salud.
2. El cotejo marcario de la Clase 3 y la Clase 5, implica un riguroso análisis de registrabilidad: El Tribunal ha establecido que los signos pertenecientes a clases diferentes, pero con cierta conexión deben ser evaluados con el mismo rigor que las marcas farmacéuticas. Dada la posibilidad de confusión y el riesgo asociado para la salud pública, es esencial realizar un análisis de registrabilidad meticuloso. Esto implica considerar cuidadosamente cualquier similitud entre marcas que amparen productos de la Clase 3 y la Clase 5 para evitar cualquier error que pueda poner en peligro la salud de los consumidores.
3. Protección del Consumidor: El análisis de registrabilidad debe estar centrado en la protección del consumidor. La confusión entre productos de la Clase 3 y la Clase 5 representa un peligro real para la salud pública. En consecuencia, es imperativo que la Autoridad Competente tome medidas preventivas rigurosas para evitar cualquier riesgo para la salud humana. La adopción de conclusiones que impidan la confusión y protejan la salud de los consumidores debe ser la principal consideración en este caso.

Así las cosas, al realizar el cotejo marcario entre los signos objeto de análisis en la presente acción se hace evidente que:

- a) Desde el análisis fonético: el producto fraudulento elaborado por G&S DISTRIBUCIONES JM S.A.S., distribuido por EMPORIO INTERNATIONAL S.A.S., y comercializado por JERÓNIMO MARTINS COLOMBIA S.A.S., reproduce el 100% del signo protegido y del cual es titular mi representado desde el año 2001, siendo claras las equivalencias fonéticas entre el signo original y el fraudulento. Las cuales no solo son susceptibles de generar confusión, sino que dichos productos efectivamente generan la falsa creencia de que están siendo puestos en el mercado por INDUSTRIAS DIPSA S.A.S., al aseverar falsa y erróneamente en su etiqueta que son productos fabricados por INDUSTRIAS DIPSA S.A.S., hecho que no es cierto ni remotamente autorizado por mis poderdantes.
- b) Conexidad competitiva: Como ya se ha venido exponiendo, la evaluación de la conexidad competitiva entre los productos de la clase 3 y los productos de la clase 5 siempre debe ser más rigurosa, y siempre se debe buscar a toda costa evitar el riesgo de confusión entre estas dos clases, en la medida que estos riesgos podrían derivar en riesgos de salud para las personas, los animales o las plantas, riesgos que eventualmente podrían ser fatales.

“Si bien el derecho que se constituye con el registro de un signo como marca, por virtud de la regla de la especialidad, en principio cubre únicamente los productos identificados en la solicitud y ubicados en una de las clases de la Clasificación Internacional de Niza, la pertenencia de dos productos a una misma clase no prueba que sean semejantes, así como su pertenencia a distintas clases tampoco prueba que sean diferentes”, en consecuencia, contrario a lo que sostiene el señor juez en su parte motiva de la sentencia, y teniendo en cuenta los diversos pronunciamientos previos del Tribunal Andino de Justicia, como el resaltado anteriormente, así como pronunciamientos de esta Superintendencia de Industria y Comercio, en los cuales el solo riesgo para la salud resulta suficiente para la adopción de las conclusiones del riesgo de confusión entre la clase 3 y la clase 5, en la medida que una persona – consumidor medio – puede pensar que está usando un alcohol común o un anti bacterial cuando en realidad está usando un medicamento como es el caso del alcohol antiséptico al 70%.

A estos efectos, también se debe considerar la intercambiabilidad, en el sentido de que los consumidores estimen que los productos son sustituibles entre sí para las

mismas finalidades, y la complementariedad, relativo al hecho de que los consumidores juzguen que los productos deben utilizarse en conjunto, o que el uso de uno de ellos presupone el del otro, o que uno no puede utilizarse sin el otro. Como ocurre por ejemplo entre jabones y preparaciones para limpiar y los alcoholes o desinfectantes desde la ocurrencia de la Pandemia del COVID. Hecho que no se puede ignorar, pues en la época en la que se dieron los hechos objeto de infracción y que sustentan la presente demanda, el INVIMA ante la escases de productos para la prevención, tratamiento y control del COVID 19, declara entre otros productos a los alcoholes antisépticos al 70% como medicamentos vitales no disponibles, y autorizó a los laboratorios fabricantes de productos cosméticos a producir dichos medicamentos, bajo el marco de un estado de excepción por salud pública. No puede pues, *“desvalorizarse el deber consagrado en el artículo 95-2 de la Constitución Política mediante el cual se debe obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas”*² como ocurrió con los productos de mis representados.

Conexidad que además se ve agravada por el hecho que el producto fraudulento efectivamente se identifica en su etiqueta como un producto fabricado por INDUSTRIAS DIPSA S.A.S., por lo que resulta falso sostener como lo hace JERÓNIMO MARTINS COLOMBIA S.A.S., que por el hecho de indicar que los productos son fabricados por INDUSTRIAS DIPSA no son productos fraudulentos o no generan riesgos de confusión, por el contrario, las posibilidades de que se generara un error, se convierten en realidad con estas falsas aseveraciones y se evidencia la mala fe de la parte demandada.

Los consumidores según estas premisas efectivamente fueron inducidos a error, haciéndolos creer de manera fraudulenta y errónea que los productos que estaban adquiriendo provenían de INDUSTRIAS DIPSA S.A.S., y dejando en el imaginario de estos consumidores y del público en general, que los productos marca DIPSA son productos defectuosos y de mala calidad, denigrando y afectando no solo la imagen de la marca, sino la posibilidad de que los productos efectivamente fabricados por INDUSTRIAS DIPSA S.A.S., vayan a ser adquiridos en un futuro por estos consumidores, y generando con ello un perjuicio incalculable a mis representados.

Y es que la mala calidad de los productos quedo suficientemente probada con las pruebas efectuadas por el laboratorio TECNIMICRO y que el señor DIEGO

² Sentencia C 333 de 2000

FERNANDO PELAEZ LARA expuso en su declaración, y según las cuales los productos fraudulentos e infractores a duras penas llegaban a alcanzar un 46 – 47% de grados de alcohol, mientras que se publicitaban como productos al 70% de alcohol. Pruebas que adicionalmente, se resalta no fueron objetadas por ninguno los demandados en ningún momento.

En vista que la marca fraudulenta efectivamente reproduce el 100% de la marca de mis representados y que estamos en presencia de dos clases que implica un análisis exhaustivo y riguroso por la posibilidad real de generar confusión y daños para la salud pública, especialmente en la época de ocurrencia de los hechos, al estar en presencia de productos que eran considerados como medicamentos, instamos a este honorable Tribunal a reconocer la conexidad que ha quedado más que probada entre los productos de la clase 3 y 5.

Esta conexidad va más allá de la teoría, pues tuvo implicaciones reales en la salud y seguridad de los consumidores, que son quienes finalmente sufrieron las consecuencias de la infracción marcaria, producto de haber puesto en el mercado productos fraudulentos de la marca DIPSA en las Tiendas Ara de JERONIMO MARTINS de la cadena de comercialización de los demandantes. De acuerdo a lo anterior, la protección del consumidor y la integridad de las marcas deben ser fundamentales en esta deliberación, pues la confusión en la mente del consumidor, especialmente en un contexto de pandemia, no solo es posible, sino que representa un riesgo grave y tangible para la sociedad.

Finalmente reiteramos nuevamente tal como lo hace el Tribunal Andino de Justicia en otro de sus pronunciamientos Proceso 33-IP-201516: *"El examen de estos signos merece una mayor atención en procura de evitar la posibilidad de confusión entre los consumidores."*

En estos casos, es necesario que el examinador aplique un criterio más riguroso. El análisis de confundibilidad de esta clase de signos debe ser extremadamente riguroso a fin de evitar cualquier riesgo de confusión en el público consumidor, ya que de encontrarse similitud podría causarse riesgo en la salud de todos los seres vivos (hombre, animales y plantas); por lo tanto, la autoridad competente debe apreciar de una manera muy concienzuda tal riesgo para la salud humana, animal y vegetal, y así evitar cualquier error sobre el producto a consumirse.

Si bien en principio los productos de la Clase 3 y los de la Clase 5 pueden tener canales de comercialización diferentes y expendedores calificados, en el uso y la

manipulación de los mismos puede generarse confusión en el público consumidor, tal como sería el caso del almacenamiento y el posterior consumo de productos de la Clase 5 y 3 en el hogar o en almacenajes privados de cualquier clase, ya que estos están al acceso del consumidor ordinario que bien puede confundirse y aplicar un producto de la Clase 3 pensando que está usando un medicamento para uso animal o vegetal.

Es muy posible que al ser confundible una marca que ampara productos como lociones, aceites, dentífricos, entre otros, con una que ampara un fármaco, el consumidor que por alguna razón tiene a su alcance los productos pueda caer en un error, lo que podría convertirse en fatal para su salud o para la salud los animales o plantas a los que se aplica. Este razonamiento se soporta en el criterio del consumidor medio, que en estos casos es de vital importancia, ya que las personas que consumen estos productos farmacéuticos no suelen ser especializadas en temas químicos ni farmacéuticos y, por lo tanto, son más susceptibles de confusión al adquirir dichos productos.”

1.2. SUSTENTACIÓN FRENTE A LA DECISIÓN MEDIANTE LA CUAL SE DECLARAN PROBADAS LAS EXCEPCIONES DE JERÓNIMO MARTINS

1.2.1. SUSTENTACIÓN A LA CONCLUSIÓN DE EXIMIR DE RESPONSABILIDAD DE JERÓNIMO MARTINS POR ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL

El señor juez, durante la parte motiva de su sentencia, concluye que no es posible atribuir responsabilidad alguna a JERONIMO MARTINS COLOMBIA S.A.S., ante la ocurrencia de los hechos que sustentan esta demanda, aduciendo que los actos de competencia desleal habían sido causados por personas ajenas a la organización y que además había quedado probado en el expediente que efectivamente se habían tomado medidas estándares esperadas para adquirir productos de un proveedor, habiendo actuado con una diligencia mínima y media, y que efectivamente no es JERONIMO MARTINS COLOMBIA S.A.S., el llamado a revisar al detalle todos los productos que venden u ofrecen en sus tiendas.

Contrario a lo anterior, mis representados y yo, consideramos que JERONIMO MARTINS COLOMBIA S.A.S., sí tiene responsabilidad en la ocurrencia de los hechos, en la medida que es quien finalmente pone a disposición de los consumidores los productos para su

consumo. En consecuencia, éste sí está llamado a verificar que los productos que ofrece en el mercado se correspondan con la realidad.

Hoy en día las grandes superficies o supermercados de cadena cuentan con un poder económico frente a los consumidores absoluto, pues son quienes finalmente deciden que productos ofrecen y en que cantidades lo hacen, pudiendo bloquear productos que no cumplen con los estándares del mercado, o productos que como en este caso se trataban de productos fraudulentos de absoluta mala calidad, en consecuencia, y como se ha pretendido mostrar, hoy estos almacenes tienen una gran responsabilidad social, más aún en época de pandemia del COVID 19 donde los productos que son objeto de esta controversia eran productos para el tratamiento y prevención de dicha enfermedad y que habían sido declarados como productos vitales no disponibles por parte del INVIMA.

JERONIMO MARTINS COLOMBIA S.A.S., tenía y tiene la responsabilidad de poner productos a disposición de los consumidores para su consumo, productos que sean veraces y seguros y no escudarse en que no son los llamados a validar si sus proveedores efectivamente hacen las manifestaciones reales o no, a efectos de contratar con ellos, o escudarse en que cuentan con reglamentos de proveedores y contratos que los blindan en papel, pero no en la práctica.

Es sorprendente y cuando menos irresponsable afirmar por parte de JERONIMO MARTINS COLOMBIA S.A.S., en la contestación inicial de la demanda, que “por el dinamismo de la actividad comercial y la rapidez de las transacciones comerciales no es Jeronimo Martins el llamado a verificar el cumplimiento de las manifestaciones recibidas de parte de sus proveedores, sobre el alcance de los productos entregados en cumplimiento de las normas aplicables a la comercialización, pues esta se presume de buena fe”, hecho que se ratifica con las declaraciones de su testigo, y queda absolutamente confesado por su representante legal, quienes manifiestan en diferentes momentos de su interrogatorio que ellos no validaron la información aportada por G&S DISTRIBUCIONES JM S.A.S., y/o EMPORIO INTERNATIONAL S.A.S., y que no lo hicieron por que no están llamados a verificar ni validar la información proporcionada por sus proveedores.

Retomando lo indicado en los alegatos de conclusión, si no es JERONIMO MARTINS el llamado a validar y cumplir con este deber de cuidado, ¿entonces quién es? ¿Son entonces los consumidores medios quienes deben entrar a validar la veracidad de esta información y soportar tener que adquirir productos fraudulentos en el mercado?

No pueden los comerciantes argumentar razones propias del dinamismo de la actividad comercial para poner en el mercado productos falsificados, fraudulentos y/o que puedan atentarse contra la vida o la salud pública de los consumidores.

En consecuencia y contrario a lo que sostiene el fallo de primera instancia, sobre el hecho de quedar probada la diligencia media y estándar en este tipo de actuaciones, considero que con el actuar de JERONIMO MARTINS COLOMBIA S.A.S., no solo no hubo una diligencia esperada, ni mínima, sino que tuvo un actuar irresponsable al no confirmar la información suministrada por su proveedor, ni haber exigido como mínimo un contrato de maquila entre quien supuestamente fabricaba y quien supuestamente estaba autorizado a vender, hecho que adicionalmente no se veía reflejado en los registros sanitarios aportados por G&S DISTRIBUCIONES JM S.A.S., y/o EMPORIO INTERNATIONAL S.A.S., durante el proceso de vinculación como proveedores, porque además no era cierto.

Con lo anterior, resalto además, que se puede contar con Códigos de Conducta para Proveedores y contratos muy estructurados, pero que, si en la realidad no se efectúan los controles mínimos y verificación mínima de la información aportada por sus proveedores, estas situaciones continuarán ocurriendo y se seguirá poniendo en riesgo la vida y salud de los consumidores como ocurrió en el caso concreto, más aún a sabiendas del deber de diligencia que debía imprimir para ofrecer en venta al consumidor final medicamentos vitales no disponibles, como fueron categorizados los productos objeto de la presente reclamación en la fecha de ocurrencia de los hechos.

1.2.2. SUSTENTACIÓN POR DESCONOCER EL CONTEXTO DE EMERGENCIA FRENTE A LAS ACTUACIONES DE JERÓNIMO MARTINS

Si bien el fallo, en su parte motiva, hace alusión al contexto de emergencia sanitaria en el cual nos encontrábamos en la época de ocurrencia de los hechos, lo hace únicamente para pronunciarse sobre el actuar reprochable de los demandados G&S DISTRIBUCIONES JM S.A.S., y EMPORIO INTERNATIONAL S.A.S., sin embargo, consideramos que al momento de hacer el análisis de reproche respecto al actuar de JERONIMO MARTINS COLOMBIA S.A.S., se desconoce totalmente dicho contexto.

Lo anterior, basados en que se debió tener la misma rigurosidad respecto a la diligencia y deber de cuidado en el obrar de JERONIMO MARTINS COLOMBIA S.A.S., actuar que reprochamos mis poderdantes y yo, al considerar que con su actuar no solo no se tomaron las medidas estándares y esperadas de deber de cuidado, sino que por el contrario se actuó de

forma irresponsable y a la ligera como quedo evidenciado con sus testimonios, pues según ellos no tienen el deber de corroborar, como en efecto no hicieron, que la información aportada por sus proveedores sea cierta, sino que esta se presume de buena fe.

JERONIMO MARTINS COLOMBIA S.A.S. no verificó ni confirmó ninguno de los documentos aportados por su proveedor, documentos en los que no se acreditaba una relación a lo sumo de maquila entre INDUSTRIAS DIPSA S.A.S., supuesto fabricante de los productos fraudulentos con G&S DISTRIBUCIONES JM S.A.S., ni con EMPORIO INTERNARTIONAL S.A.S., situación que debió ser confirmada especialmente por la situación de emergencia sanitaria en la que nos encontrábamos, y el tipo de productos de que se trataba, en consecuencia, la excepciones de JERONIMO MARTINS no debieron prosperar.

Una sola llamada de verificación de parte de JERÓNIMO MARTINS a INDUSTRIAS DIPSA o el hecho de haber pedido un contrato de maquila entre esté y G&S DISTRIBUCIONES JM S.A.S., o EMPORIO INTERNARTIONAL S.A.S., habría podido ser suficiente para confirmar la falsedad de los productos, y hubiera podido predicarse como un acto de diligencia mínima. Sin embargo, en este caso, pudo más el afán de contar con productos que eran necesarios y requeridos en ese momento para el tratamiento y control del COVID 19, que el deber de cuidado mínimo que se espera de estas grandes superficies o almacenes de cadena.

Finalizamos, este punto nuevamente resaltando la responsabilidad social con la que deben contar estos almacenes, pues como ya se ha indicado son quienes tienen el poder de decidir qué productos, en que cantidades, en que proporciones, junto a que productos ofrecer bienes a los consumidores, quienes desprevenidos y bajo la premisa de obtener productos de calidad a bajo costo adquieren los mismos.

1.2.3. SUSTENTACIÓN RESPECTO A LOS ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL OCASIONADOS POR LOS DEMANDADOS

Según la Corte Constitucional en pronunciamiento del 2013, la competencia desleal es definida como el *“conjunto de actos que influyen considerablemente la compra de un producto, la ubicación beneficiosa de un sujeto económico en el mercado cuando esta se derive de la vulneración de los principios éticos y morales que dirigen las actividades comerciales”*.

De acuerdo a lo anterior, con las normas de competencia desleal se busca proteger el interés general del mercado y con ello el interés de los competidores y los consumidores, protegiendo el bien jurídico de la buena fe comercial o la lealtad en el actuar de quienes participan en el mercado, actos que a todas luces se vieron violentados con el actuar de los demandados.

En consecuencia, para que la acción de competencia prospere se debe acreditar³:

1. **Ámbito objetivo:** Para que sean considerados actos de competencia desleal además de adecuarse a la descripción de los preceptos de la Ley 256, deberán cumplir dos requisitos adicionales:

a) **Realizarse en el mercado:** Para poder establecer si las conductas objeto de esta acción se realizan en el mercado, se hace necesario definir cuál es ese mercado; para el caso que nos ocupa, el mercado está claramente delimitado por el mercado de la fabricación y comercialización de productos de uso cosmético y farmacéutico a nivel local y nacional.

Adicionalmente, la doctrina ha explicado esta norma en cuanto hace al requisito de la realización de la conducta en el mercado, anotando que para que una conducta sea desleal, debe haber sido exteriorizada, como efectivamente paso en el caso concreto, pues los productos infractores y fraudulentos, fueron puestos a disposición de los consumidores en los almacenes Tiendas Ara de JERONIMO MARTIN COLOMBIA S.A.S.

b) **Con fines concurrenciales:** el artículo 2º de la ley de competencia desleal establece que la finalidad concurrencial del acto se presume cuando éste, por las circunstancias en que se realiza, se revela objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero.

Al respecto, Juan Jorge Almonacid Sierra y Nelson Gerardo García Lozada, han explicado la razón de ser de las normas sobre competencia desleal en la necesidad de *“impedir que al competir se utilicen medios que desvirtúen el sistema competitivo, como ocurre cuando se permite atraer a la clientela mediante actuaciones incorrectas en el sentido de que no se basan en el esfuerzo propio del empresario ni en la calidad y ventajas de las prestaciones que ofrece”*.

³ BAYLOS CORROZA, Hermenegildo. Tratado de Derecho Industrial. Editorial Civitas. Madrid, 1978. Pág. 332

Según lo anterior, vemos como en los hechos ocurridos se deja claro que:

1. Se han usado medios que desvirtúan completamente el sistema competitivo, en la medida que se usa información que no se corresponde con la realidad por parte de los demandados para ofrecer productos infractores y fraudulentos a los consumidores.
2. Se atrae una clientela necesitada para la fecha de ocurrencia de los hechos, con base en actuaciones incorrectas, declaraciones falsas y la presentación de productos que no se correspondían con la realidad ni con las condiciones mínimas para ser ofrecidos al público.
3. Que los productos ofrecidos no se basaban en el esfuerzo propio de los demandantes, legítimos titulares de los productos marca DIPSA, ni en la calidad o ventajas que éstos realmente ofrecen al mercado. Pues los productos originales si cumplen con las medidas y propósito para los cuales están destinados dichos productos, mientras que los productos infractores y fraudulentos no cumplían con estas calidades, sino que por el contrario eran productos de suprema mala calidad, como quedo probado en el expediente con las pruebas técnicas practicadas.

Adicional a lo anterior, y de conformidad con lo establecido en el artículo 2° de la ley 256 de 1996, los comportamientos previstos en dicha ley se consideran desleales sí se realizan en el mercado y con fines concurrenciales. A renglón seguido, la misma norma establece que se presume la finalidad concurrencial de un acto *“cuando éste por las circunstancias en que se realiza, se revela objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quién lo realiza o de un tercero.”*

En cuanto a los fines concurrenciales se ha entendido que dicho requisito se refiere a que *“la finalidad del acto debe ser que el infractor o un tercero puedan concurrir a un mercado valiéndose del desarrollo de un acto malintencionado”* y que el mismo sea *“apto para permitir esa concurrencia desleal en el mercado.”*

De lo anterior y contrario a lo que argumenta JERONIMO MARTINS COLOMBIA, donde si bien sostiene que no se presentan actos concurrenciales en el mercado, sí podemos afirmar que con la violación al

deber de cuidado y diligencia mínima en su actuar facilitó y autorizó las conductas constitutivas de los hechos narrados en la presente demanda. De acuerdo a lo anterior, JERNOMINO MARTINS COLOMBIA S.A.S. **facilita** las conductas anticompetitivas al comprar productos de origen fraudulento, sin prestar una diligencia mínima ni media en la información aportada por sus proveedores respecto a los productos que va a ofrecer en el mercado y con ello configurándose un deber desleal con los consumidores y los demás participantes del mercado, así mismo el demandado **ejecuta** con estas conductas distribuyendo al público consumidor los productos fraudulentos y, finalmente, las **tolera** pues omite por completo validar la información aportada por los proveedores, y violando su deber de diligencia y cuidado, para poner a disposición de los consumidores productos catalogados como medicamentos vitales no disponibles para tratar la pandemia mundial del COVID-19.

Así mismo según la Resolución No. 52762 de 27 de agosto de 2015

Adicionalmente, ha de tenerse en cuenta que el artículo 22 de la ley 265 de 1996 debe ser interpretado en armonía con el artículo 3 de la misma ley que establece:

“Esta Ley se le aplicará tanto a los comerciantes como a cualesquiera otros participantes en el mercado.

La aplicación de la Ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo en el acto de competencia desleal.”

Por lo que la afirmación hecha en la contestación de la demanda de JERONIMO MARTINS S.A.S es equivocada al afirmar que *“si el accionante no participa en el mismo mercado que el accionado, se debería entender que la conducta no encuadra en el tipo desleal”*, pues con estas afirmaciones se estaría dejando de lado muchas conductas que pueden resultar reprochables a la luz de los actos de competencia.

2. **Ámbito subjetivo de aplicación:** La Ley 256 de 1996 se aplica tanto a los comerciantes como a cualquier participante en el mercado. En concordancia a esto, la Superintendencia de Industria y Comercio en pronunciamientos del 2018, sostiene que las normas de competencia desleal, deben ser aplicables tanto a personas naturales como personas jurídicas, sin necesidad de que éstas sean comerciantes. Una persona participante se entiende como cualquier agente que forme parte del conjunto

de variables económicas ya sea ofertando productos y servicios o demandando el consumo de alguno de ellos

De acuerdo a todos los hechos narrados es posible identificar que este requisito se encuentra plenamente cumplido, en la medida que tanto DEMANDANTE como DEMANDADOS se encuentran participando en el mercado nacional.

3. **Ámbito territorial de aplicación:** según el artículo 4 de la Ley 256 ésta se aplica “a los actos de competencia desleal cuyos efectos principales tengan lugar o estén llamados a tenerlos en el mercado colombiano.” En este orden de ideas se concluye que el requisito se refiere a que las consecuencias de la conducta deben darse en el mercado colombiano, “independientemente del lugar donde hayan sido desarrolladas las mismas.”

Las conductas objeto de esta demanda claramente tienen efectos en el mercado colombiano, toda vez que como se puede observar en los certificados de existencia y representación legal de las partes tanto DEMANDANTE como DEMANDADOS su domicilio se encuentra en Colombia, y adicionalmente como se observa en las facturas de venta de las TIENDAS ARA, la comercialización de los productos fraudulentos es llevada a cabo en los municipios de la costa y en la región de Urabá.

De acuerdo con el artículo 22 de la ley 256 de 1996 “*Las acciones previstas en el artículo 20 procederán contra cualquier persona cuya conducta haya contribuido a la realización del acto de competencia desleal.*”. por lo que en ese orden de ideas cada uno de los demandados juega un papel clave en la realización de la conducta desleal la cual consiste en poner a disposición del público consumidor productos fraudulentos que pueden llegar a poner en peligro la salud de los ciudadanos.

Según lo anterior, los tres demandados, esto es G&S DISTRIBUCIONES JM S.A.S., EMPORIO INTERNATIONAL S.A.S. y JERONIMO MARTINS COLOMBIA S.A.S., se encuentran legitimados por pasiva a responder por estos actos en la medida que faltaron a su deber de honestidad y confianza pues omitieron las siguientes conductas:

- En primer lugar, el solo hecho de fabricar, empaquetar, etiquetar, rotular y vender productos falsificando la información de los fabricantes y comercializadores e induciendo a los consumidores a error respecto al origen empresarial de los productos constituye un acto de competencia desleal y se evidencia la mala fe comercial de LOS DEMANDADOS.

- Así mismo, el hecho de omitir por comunicar a INDUSTRIAS DIPSA S.A.S., que se han encontrado dentro del mercado productos que aseveran ser producidos por ellos cuando eran plenamente conscientes de que no lo eran, pues específicamente mi poderdante le divulgó información con la cual se podía constatar lo anterior a EMPORIO INTERNATIONAL S.A.S., donde se incluía la imagen de los productos, la rotulación de los mismos y sus registros sanitarios expedidos por el INVIMA. Por lo que podía perfectamente darse cuenta de que el producto que adquirió era un producto fraudulento.
- Que habiéndose omitido el deber de notificación a INDUSTRIAS DIPSA S.A.S., deliberadamente se comercializaron los productos a JERONIMO MARTINS COLOMBIA S.A.S., quien, en su falta al deber de diligencia y cuidado, los puso a disposición de los consumidores, sin validar un solo dato de los suministrados por sus proveedores.
- Que JERONIMO MARTINS COLOMBIA S.A.S., en su calidad de supermercado y ser quien pone a disposición final los productos a los consumidores, debió tener un mayor grado de diligencia y cuidado, pues con su conducta, es claro que violó esa diligencia debida que se debe surtir para ofrecer productos en el mercado, más aún cuando estos productos son medicamentos declarados como vitales no disponibles para el tratamiento y control de una pandemia como lo fue el COVID 19.

Es evidente pues, que la conducta de LOS DEMANDADOS en ese campo es totalmente ajena a la buena fe y a las sanas prácticas comerciales. Sin embargo, solo se cuenta con un pronunciamiento respecto de G&S DISTRIBUCIONES JM S.A.S. y EMPORIO INTERNATIONAL S.A.S., pero no respecto a JERONIMO MARTINS S.A.S., al haberse decretado fundadas sus excepciones, hecho que como ya se resaltó se rechaza completamente y se deja probado que efectivamente sí incurrió en actos desleales.

1.2.3.1.Preceptos de la Ley 256 de 1996 violados:

a) Violación del Artículo 8 de la citada Ley 256 (actos de desviación de clientela):

Se rechaza el hecho que el fallo no se hubiera pronunciado sobre este particular, en la medida que dicha disposición señala: “*Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto desviar la clientela de la*

actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial”.

Frente a este artículo, la misma Superintendencia de Industria y Comercio ha sostenido que para la tipificación de la conducta y su posterior adecuación es necesario establecer los elementos mínimos que componen la norma.

- Conducta que tenga por objetivo o efecto desviar la clientela respecto de la actividad, las prestaciones mercantiles o los establecimientos ajenos.

En el caso concreto, es evidente cómo la falta de calidad de los productos fraudulentos pudo causar un perjuicio a INDUSTRIAS DIPSA S.A.S. en el sector de la costa colombiana, en la medida que dichos productos no solo no obedecen a los criterios característicos de los productos efectivamente fabricados y comercializados por INDUSTRIAS DIPSA S.A.S., sino que se trata de productos de mala calidad y falta de salubridad. Lo cual quedo debidamente probado con el resultado de análisis realizado por el laboratorio TECNIMICRO, donde se evidencia que los productos no cumplen con las características que dicen ofrecer en su etiquetado, prueba que no fue objetada por ninguno de los demandados.

En consecuencia, esto pudo llegar a causar un detrimento en la fuerza distintiva y el origen empresarial de mi poderdante en esta región del país, pues los consumidores que adquirieron dichos productos quedaron con el imaginario que los productos marca DIPSA son productos de mala calidad.

- Conducta contraria a los usos honestos y a las sanas costumbres en materia industrial y comercial.

Acorde con lo establecido en el artículo 8 de la ley 256 de 1996, la configuración de la conducta de desviación de clientela supone un desplazamiento actual o potencial de clientes, que, de no haber mediado el comportamiento desleal, hubieran preferido la oferta mercantil del demandante, por lo tanto, el hecho que los demandados ofrecieran productos fraudulentos de mala calidad en el mercado, tal como quedo debidamente probado con las pruebas de laboratorio realizados por la empresa TECNIMICRO, antes mencionados, desviaron una potencial clientela del

demandante en esta zona del país, pues como se ha indicado al quedar en el imaginario de los consumidores que los productos de INDUSTRIAS DIPSA S.A.S., y/o los productos identificados con la marca DIPSA son productos de mala calidad, en el eventual caso que éstos sean ofrecidos efectivamente por INDUSTRIAS DIPSA S.A.S., lo más probable es que no sean adquiridos por éstos consumidores.

b) Violación del Artículo 11 y 15 de la citada Ley 256 (actos de engaño – actos de explotación de la reputación ajena):

Si bien el fallo incluyó un pronunciamiento sobre el actuar de G&S DISTRIBUCIONES JM S.A.S., y EMPORIO INTERNATIONAL S.A.S., pronunciamiento con el que estamos totalmente conformes, al declarar fundadas las excepciones de JERONIMO MARTINS COLOMBIA S.A.S., no se pronunció sobre los actos desleales de este respecto a este tipo de actos y es sobre ese hecho que basamos nuestra sustentación del recurso de apelación.

Y es que, en aras a la violación a su deber de diligencia y cuidado, JERONIMO MARTINS COLOMBIA S.A.S. permitió que se perpetraran los actos de engaño en los consumidores finales, al no obrar con una diligencia debida, difundiendo de esta forma indicaciones incorrectas o falsas y la omisión de las verdaderas, induciendo efectivamente a error a los consumidores finales a los que les ofrece los productos sobre los cuales dice no tener el deber de validar la información contenida en ellos, en sus tiendas ARA.

El acto de engaño debe considerarse en su más amplio sentido, “no sólo debe referirse a la comunicación o difusión dirigida al público en general, de un mensaje publicitario; sino a cualquier forma de indicación realizada sobre envases, etiquetas, prospectos e incluso a cualquier tipo de manifestaciones verbales y directas del empresario fuera del ámbito de las relaciones internas de su propia empresa, dirigidas a posibles clientes”. La evaluación del posible engaño deberá realizarse atendiendo a la capacidad de diferenciación de un consumidor que actúa con diligencia ordinaria, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto.

Según la Superintendencia de Industria y Comercio en Sentencia 1237 de 2011

“La configuración del acto de engaño depende de que el sujeto pasivo de la acción haya inducido al consumidor a incurrir en error respecto de las prestaciones mercantiles ofrecidas por aquel o su establecimiento de comercio, es decir, se requiere la potencialidad por parte de su autor de que su comportamiento inductivo provoque una reacción entre el público con base en información que no corresponda a la verdad. De conformidad con lo anterior y bajo el presupuesto que la conducta antes descrita busca proteger al consumidor para que su libertad de elección no resulte afectada con información que no corresponda a la realidad

(...)

La misma suerte puede predicarse respecto del acto de explotación de la reputación ajena que condena el aprovechamiento indebido del prestigio o fama conseguido por otro en el mercado”.

Así mismo según Sentencia No. 1205 de 2011 de esta misma Superintendencia, se establece que *“Para la configuración del acto enunciado se hace necesario que la conducta efectuada por el sujeto pasivo de la demanda induzca al público a error respecto de las actividades, prestaciones o establecimiento ajenos, es decir, se requiere la potencialidad del comportamiento inductivo del autor para que provoque una reacción entre los consumidores con base en información que no corresponde a la verdad. Se trata en suma de ofrecer por las mismas una falsa representación de la realidad, que induzca a error, si quiera de manera potencial, al receptor de dicha información.”*

Se destaca pues, que el acto de engaño debe interpretarse en un sentido amplio, y no limitado únicamente a la publicidad dirigida al público en general, sino que también incluye cualquier forma de indicación realizada en envases, etiquetas, prospectos y manifestaciones verbales directas de quien comete los actos constitutivos de competencia desleal, y que se encuentren dirigidos a posibles consumidores como efectivamente ocurrió en este caso.

Finalmente, de lo anterior se desprende que lo que se busca a toda costa con la protección de este tipo de actos es la importancia de proteger al consumidor para que su libertad de elección no se vea afectada por información que no corresponde a la realidad y de evitar el aprovechamiento indebido de prestaciones u información que es propia de otros en el mercado.

1.3. SUSTENTACIÓN FRENTE A LA DECISIÓN OCTAVA, MEDIANTE LA CUAL SE CONDENA ÚNICAMENTE A EMPORIO INTERNATIONAL S.A.S. Y G&S DISTRIBUCIONES JM S.A.S. A PAGAR EN FAVOR DE INDUSTRIAS DIPSA S.A.S., CON OCASIÓN DE LOS ACTOS DESLEALES DE ENGAÑO Y CONFUSIÓN LA SUMA DE SESENTA Y SIETE MILLONES seiscientos noventa y dos mil doscientos cuarenta pesos (\$67.692.240) por concepto de los perjuicios ocasionados en su contra bajo la tipología de lucro cesante.

En tanto este escrito está encaminado a demostrar que sí hubo responsabilidad de parte de JERÓNIMO MARTINS, la condena por indemnización de perjuicios debe extenderse también a esta sociedad.

Asimismo, se reprocha que el fallo de primera instancia haya omitido dar aplicación al aparte del artículo 206 del Código General del Proceso que señala que el juramento estimatorio hará prueba del monto de la indemnización mientras la cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo.

En la medida en que ninguno de los integrantes de la parte demandada objetó la cuantía de la indemnización objeto de juramento, el monto que debe reconocerse es el contenido allí.

2. SOLICITUD

Solicito que sea revocada la decisión contenida en el fallo de primera instancia y en consecuencia prosperen las pretensiones presentadas en la reforma a la demanda, las cuales se encuentran plenamente probadas a lo largo del proceso.

Atentamente.



MARIA CAMILA CORREA MÁRQUEZ

C.C. 1.039.450.259


T.P. 253.223 del C. S. de la J

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA GALVIS VERGARA RV: Certificado: Sustentación de recurso, Proceso: 11001319900520194363802

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.
<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Lun 9/10/2023 12:44 PM

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 1 archivos adjuntos (15 MB)

231009 Sustentación recurso de apelación.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA GALVIS VERGARA

Cordial Saludo,

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Sala Civil
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá
Avenida Calle 24 N° 53-28 Torre C Oficina 305
Teléfono 423 33 90 Extensión 8349
Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: Yecid Rios <yecidrios@zapatarios.com>

Enviado: lunes, 9 de octubre de 2023 12:15

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: Certificado: Sustentación de recurso, Proceso: 11001319900520194363802



Este es un Email Certificado™ enviado por Yecid Rios.

Señores
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ (SALA CIVIL)

Magistrada Sustanciadora
Dra. RUTH ELENA GALVIS VERGARA
E.S.D.

De manera atenta y oportuna, me permito remitir adjunto, documento de sustentación de recurso de apelación en el marco del proceso de la referencia.

Remito copia de este mensaje a los demás sujetos procesales, a los efectos de dar traslado del documento de sustentación (art. 12 -inciso tercero- de la Ley 2213 de 2022). Traslado que se realiza en los términos y condiciones señalados en el artículo 9, parágrafo, de la mencionada Ley 2213.

Cordialmente,



CHAMBERS LEGAL RANKING 2023

YECID ANDRÉS RÍOS PINZÓN

Abogado

Especialista en derecho comercial
Magister en derecho privado

Teléfono: (+57) 313 3964118

Correo: yecidrios@zapatarios.com

Twitter: @ZR_abogados

LinkedIn: Yecid Andrés Ríos Pinzón

Dirección: Calle 26 A Bis A No. 3A-80,
Villa Raqueta, Barrio Bosque Izquierdo
Bogotá D.C., Colombia.

www.zapatarios.com

 RPOST®PATENTADO

Bogotá D.C., 9 de octubre de 2023

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ (SALA CIVIL)

Magistrada Sustanciadora

Dra. RUTH ELENA GALVIS VERGARA

E.S.D.

Radicado: 11001319900520194363802
Asunto: Sustentación de recurso de apelación en contra de Sentencia.
Demandante: Nelson David González Rojas
Demandado: Luis Felipe González Rojas
Litis Consortes Necesarios: FM entretenimiento SAS y Sony Music Publishing Colombia Ltda.

YECID ANDRÉS RÍOS PINZÓN, abogado en ejercicio, en representación de la sociedad Sony Music Publishing Colombia Ltda., según el poder que me fue conferido y que obra en el expediente¹; respetuosamente me permito sustentar recurso de apelación oportunamente interpuesto y cuya admisión obra en el Auto del 26 de septiembre de 2023, notificado en el estado del 27 de septiembre de 2023.

Tabla de contenido

I. OPORTUNIDAD DE LA PRESENTE SUSTENTACIÓN.....	2
II. LA SENTENCIA APELADA.....	2
III. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO	3
A. Falta de Congruencia y violación a los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa.....	3
B. La sentencia viola de forma directa la ley sustancial por la indebida interpretación de el artículo 5 de la Decisión Andina 351 de 1993 y artículo 2 [3] del Convenio de Berna de 1886. Además, dejó de aplicar -cuando debía hacerlo- el artículo 5 de la Ley 23 de 1982.....	7
C. Error de hecho en la apreciación de las pruebas: Distorsión de las pruebas.	12
D. Error de hecho en la apreciación de las pruebas: Se omitió valorar pruebas oportunamente aportadas.....	25
E. Error de derecho: el juzgador de primera instancia no aplicó las presunciones de autoría reconocidas en la ley.....	45

¹ Ver cuaderno 3, Folio 375, archivo identificado con el nombre: [Poder y correo de remisión de poder.pdf](#)

- F. Error de derecho: el juzgador aplicó equivocadamente las normas de la Ley 23 de 1982 a unos contratos que fueron celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de dicha ley.... 46
- G. Error de derecho: El juzgador dejó de aplicar, cuando debía hacerlo, las disposiciones relativas al contrato de edición de la Ley 86 de 1946. Normas especiales que no exigían ninguna formalidad para la realización de dicho contrato. 49
- H. Error de derecho: Se interpretó indebidamente las normas relativas al trato nacional.... 54
- I. Error *in procedendo*: Se solicitó interpretación prejudicial ante el TJCA respecto de unas normas comunitarias, pero en el fallo se interpretaron y aplicaron otras normas diferentes a las interpretadas por el Tribunal Andino. 59

I. OPORTUNIDAD DE LA PRESENTE SUSTENTACIÓN

Conforme al artículo 12 de la Ley 2213 de 2022 “Ejecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes”.

En el caso particular, el auto -proferido por fuera de audiencia- el 26 de septiembre de 2023, mediante el cual la sala admitió el recurso de apelación, fue notificado en el estado del 27 de septiembre y quedó ejecutoriado el 2 de octubre pasado. Así las cosas, los cinco días con que este *litis consorte* cuenta para sustentar el recurso vencen hoy 9 de octubre de 2023, por lo que se sustenta oportunamente.

II. LA SENTENCIA APELADA

Este recurso se dirige en contra de la Sentencia proferida por la Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derecho de Autor el 13 de julio de 2023.

Particularmente censuramos que en el resuelve primero de la sentencia se omitiera incluir que frente a las obras: 1) El Rey del Ají, 2) Cumban pal Monte, 3) El Ritmo de Allá, 4) Changaralá, 5) Bailaderos, 6) Cuando Venga la Primavera, 7) Caracolito, 8) La Sirena, 9) Pascua de Navidad, 10) Llorándote, 11) Canto a la Montaña y 12) Canción India, Nelson David González Rojas tampoco está legitimado en la causa para autorizar o prohibir los usos que reclama.

En ese mismo orden de ideas también censuramos que el juzgador -en el resuelve segundo de la sentencia impugnada- hubiere declarado que Nelson David González Rojas está legitimado para autorizar o prohibir los usos que reclama respecto de las doce obras mencionadas en el anterior párrafo.

III. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

A. Falta de Congruencia y violación a los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa.

1. Lo que se impugna

En el resuelve segundo de la sentencia impugnada, se declaró que el demandante está legitimado para autorizar o prohibir los usos de **arreglos musicales** de varias obras, atribuyéndole la autoría de tales arreglos al demandante Nelson González.

Sin embargo, esta declaración sobre los **arreglos musicales** no guarda coherencia o congruencia con las pretensiones planteadas en la demanda y con lo discutido a lo largo de la primera instancia, lo que supuso -en la práctica- la violación de los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa de mi representada.

Para exponer en detalle esta tesis, a continuación se presenta una comparación entre las pretensiones de la demanda subsanada² y lo que falló el juez de primera instancia³:

	RESUELVE
<p>PRETENSIÓN PRIMERA: Se declare que el señor LUIS FELIPE GONZALEZ ROJAS, ha infringido los derechos de autor en sus presentaciones públicas como en las redes sociales, al interpretar y subir a las redes sociales las siguientes obras literarias y musicales: a) Obras literarias inédita y musical (sic): EL REY DEL AJI, TEMA DEL PAPELON, EL FORASTERO, CUMBAN PAL MONTE, CANCION DEL VIAJERO, PARA TI CALEÑA, MARILYN, TUMBADORA, YA VERÁS, EL EMPERADORCITO, PAYASO, A FUSAGASUGÁ, KIKIRIWI, LONDRES, LUNA DE RIO, TU RECUERDO, EL RITMO DEL ALLA, b) obras literarias inéditas: CINTURITA, CHAMGARALA, VEN CARAQUEÑA, LA TRIBU DE SAN FERNANDO, ASI TE QUIERO YO, OYE SONERO. c) Obras Musical (sic):</p>	<p>(...)</p> <p>SEGUNDO: Declarar que Nelson David González Rojas está legitimado para autorizar o prohibir los usos que reclama respecto de las obras musicales y literarias: El Rey del Ají, Tema del Papelón, Cumban Pal Monte, El Ritmo de Allá, El Emperadorcito, A Fusagasugá, Kikiriwi y Luna de Río; las obras literarias: Chamgarala, La Tribu de San Fernando y Cinturita; y de los arreglos musicales de su autoría: Bailaderos, Vete Vete, Cuando Venga la Primavera, Amor Serrano, Caracolito, La Sirena, Pascua de Navidad, El Porro, Besitos del Corazón, Llorándote, El Sanjuanero, Canto a la Montaña, Lloro Corazón, Gitana, Si No Vas a la Pachanga y Canción India. (Negrilla fuera del texto original)</p>

² Ver en CUADERNO 1, en archivo denominado "CUADERNO 1_FOLIO 1 A 230", en páginas 154 y 155 del archivo.

³ Ver en CUADERNO 3, en archivo denominado "CUADERNO 3 FOLIO 430 a 453 Sentencia 13-07-23" pág. 23.

<p>BAILADEROS, VETE VETE, CUANDO VENGA LA PRIMAVERA, AMOR SERRANO, CARACOLITO, LA SIRENA, PASCUA DE NAVIDAD, EL PORRO, BESITOS DEL CORAZON, LLORANDOTE, CANTO A LA MONTAÑA, EL SANJUANERO, LLORA CORAZON, GITANA, SI NO VAS A LA PACHANGA, CANCION INDIA. Obras depositadas en la Dirección de Derechos de Autor. (Negrilla adicionada).</p> <p>(...)</p>	<p>TERCERO⁴: Declarar que Luis Felipe González Rojas identificado con la cédula de extranjería 136.779, infringió los derechos patrimoniales de reproducción y comunicación pública en sus modalidades de ejecución y representación y de puesta a disposición, de Nelson David González Rojas, respecto de las obras enunciadas en el numeral segundo de este resuelve y en consecuencia negar las solicitudes realizadas por el demandado en su contestación.</p> <p>(...)</p>
--	--

Como puede observarse, mientras en la PRETENSIÓN PRIMERA de la demanda se realizan una serie de peticiones en torno a **obras literarias inéditas y musicales**, en el resuelve SEGUNDO de la sentencia, el juez de primera instancia se pronuncia sobre obras musicales y literarias, y además sobre **arreglos musicales⁵** en cabeza del demandante que en ningún momento se plantearon en la demanda. Es decir, profirió un fallo más allá de lo pedido o *extra petita*.

Hay que señalar que, el tema de los arreglos musicales tampoco fue discutido en la contestación de la demanda, en las excepciones presentadas por las partes ni en alguna de las etapas procesales, por lo que tampoco pudo controvertirse por mi representada.

Este punto no es de poca relevancia y no debe ser visto como una simple formalidad procesal pues el respeto al principio de congruencia, según el cual, en palabras de la Corte Constitucional “*El juez debe tomar su decisión de manera congruente con los hechos, pretensiones y excepciones probadas dentro del proceso.*” supone de fondo el respeto a garantías fundamentales, específicamente al derecho fundamental a la defensa y al derecho fundamental al debido proceso.

En consecuencia, no solo se vulneró un principio del derecho procesal civil, (el principio de congruencia), se vulneró el derecho al debido proceso de mi representada, pues ella fue sorprendida -en la sentencia- cuando el juez se pronunció sobre aspectos no pedidos, como es la existencia de arreglos musicales en cabeza de Nelson González y su protección mediante derecho de autor.

⁴ Ver en CUADERNO 3, en archivo denominado “CUADERNO 3 FOLIO 430 a 453 Sentencia 13-07-23” pág. 23.

⁵ En el Derecho de Autor los arreglos pueden ser transformaciones de las obras musicales preexistentes, y pueden protegerse como obras derivadas distintas de la obra originaria o primigenia, siempre que cuenten con suficiente originalidad. Ver Ley 23 de 1982, artículo 5, literal a. y Decisión Andina 351 de 1993, artículo 5.

Ello también supuso la violación del derecho a la defensa de las demás partes y específicamente del derecho a la defensa de Sony Music Publishing Colombia Ltda., porque la editora musical no tuvo la oportunidad procesal de pronunciarse sobre la existencia de arreglos musicales, de defenderse o diseñar una estrategia de litigio respecto a tal asunto. De haberse planteado desde un inicio, que las pretensiones incluían la petición de proteger unos arreglos musicales (supuestamente de autoría del demandante) la defensa de Sony Music Publishing Colombia Ltda. se hubiera basado en los supuestos que gobiernan a esos arreglos musicales y no solo en las obras originales aludidas en la demanda. Así pues, la estrategia de litigio y defensa habría sido significativamente distinta.

En el caso que nos ocupa, el Despacho rebasó los límites establecidos por las pretensiones del demandante al decidir sobre la facultad de autorizar o prohibir el uso de los arreglos musicales sobre la varias obras⁶, entre las que se encuentran nueve, cuya titularidad ostenta SONY, ellas son:

1. BAILADEROS
2. VETE VETE
3. CUANDO VENGA LA PRIMAVERA
4. CARACOLITO
5. LA SIRENA
6. PASCUA DE NAVIDAD
7. LLORÁNDOTE
8. CANTO A LA MONTAÑA
9. CANCIÓN INDIA

2. Fundamento jurídico

El principio de congruencia, de acuerdo con lo dispuesto por la Corte Constitucional en Sentencia T-455 de 2016⁷ consiste en que:

*“El juez debe tomar su decisión de manera **congruente con los hechos, pretensiones y excepciones probadas dentro del proceso.** Por lo tanto, **no podrá proferir una sentencia en la que se pronuncie acerca de algo que no fue solicitado** por las partes (extra petita) o en la que otorgue más de lo pedido (ultra petita), pero tampoco podrá fallar sin pronunciarse acerca de todas las pretensiones, pues de lo contrario deberá explicar de manera suficiente las razones por las cuales omitió referirse a algún pedimento. El principio de congruencia de la sentencia, **además garantiza el oportuno uso del derecho de defensa por parte de las partes, puesto que les permite hacer uso de cada una de las herramientas establecidas en la ley para ello.**” (Negrilla fuera del texto original).*

⁶ Ver en CUADERNO 3, en archivo denominado “CUADERNO 3 FOLIO 430 a 453 Sentencia 13-07-23” RESUELVE SEGUNDO, pág. 23.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia del 25 de agosto de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo

La relevancia de este principio tampoco ha pasado desapercibida para la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia al sostener, que:

*“1) **Incongruencia.** A la luz del principio dispositivo que rige primordialmente el procedimiento civil, debe el juez, al dictar el fallo con el cual dirime la controversia, **respetar los límites o contornos que las partes le definen a través de lo que reclaman (pretensiones o excepciones) y de los fundamentos fácticos en que se basan ante todo los pedimentos**, salvo el caso de las excepciones que la ley permite reconocer de oficio, cuando aparecen acreditadas en el proceso, o de pretensiones que, no aducidas, asimismo deben declararse oficiosamente por el juez. A eso se contrae la congruencia de la sentencia, según lo establece el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, dirigido no sólo a disciplinar que **esa respuesta de la jurisdicción corresponda con lo que las partes le ponen de presente, sino, subsecuentemente, a impedir que el juez desconozca el compromiso de fallar dentro del marco de referencia que le trazan las partes**, y cuyo incumplimiento es de antaño inscrito en una de estas tres posibilidades: en primer lugar, cuando en la sentencia se otorga más de lo pedido, sin que el juzgador estuviese facultado oficiosamente para concederlo (*ultra petita*); en segundo lugar, cuando en la sentencia olvida el fallador decidir, así sea implícitamente, alguna de las pretensiones o de las excepciones formuladas (*mínima petita*); y en tercer lugar, cuando en el fallo decide sobre puntos que no han sido objeto del litigio, o, de un tiempo a esta parte, en Colombia, con apoyo en hechos diferentes a los invocados (*extra petita*): SC1806-2015.”⁸(Negrilla fuera del texto original)*

Los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa están reconocidos en el artículo 29 de la Constitución Nacional, así:

*“ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de **actuaciones judiciales** y administrativas.*

(...)

*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.” (Negrilla fuera del texto original)*

⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Providencias con número: SC-3978-2022; SC3957-2022; SC3663-2022; SC3280-2022; SC1303-2022; SC1641-2022; SC592-2022; SC877-2022; SC3627-2021; SC3907-2021; AC3768-2021; AC3048-2021; AC2199-2021.

El juez debe pronunciarse de forma congruente en la sentencia conforme al artículo 281 del Código General del Proceso, que establece que:

“ARTÍCULO 281. CONGRUENCIAS. La sentencia *deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.*

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o **por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.**

(...)” (Negrilla por fuera del texto original)

En consecuencia, no podía el juez de primera instancia proferir un fallo *extra petita* o concediendo asuntos o peticiones distintas a las solicitadas en la demanda, es decir, otorgando derechos sobre arreglos musicales, si durante toda la primera instancia, desde la presentación de la demanda la discusión versó únicamente sobre obras literarias y musicales y no sobre arreglos musicales.

- B. La sentencia viola de forma directa la ley sustancial por la indebida interpretación del artículo 5 de la Decisión Andina 351 de 1993 y artículo 2 [3] del Convenio de Berna de 1886. Además, dejó de aplicar -cuando debía hacerlo- el artículo 5 de la Ley 23 de 1982.

1. Lo que se impugna

El juez de primera instancia realizó una indebida interpretación de las siguientes normas relacionadas con la protección de los arreglos musicales: El artículo 5 de la Decisión Andina 351 de 1993 y el artículo 2 [3] del Convenio de Berna de 1886.

El juez específicamente afirmó lo siguiente en su sentencia⁹:

2.2 En cuanto a los arreglos musicales

Es necesario indicar que, de acuerdo con la normatividad vigente, las obras musicales como objeto de protección del derecho de autor abarcan aquellas creadas enteramente por el compositor, pero también las obras que le sean derivadas. Estas últimas implican la transformación de una obra u obras preexistentes, diferenciándose de las originarias por los elementos que aporta su creador y que dotan a la nueva obra de suficiente originalidad para entenderla como una diferente, pero también protegible por el derecho de autor.

Lo mencionado encuentra sustento en distintas normas, como el artículo 2 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas que indica que “Estarán protegidas como obras originales, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra original, las traducciones, adaptaciones, arreglos musicales y demás transformaciones de una obra literaria o artística” (subrayado fuera del texto) y la Decisión Andina 351 de 1993 que establece en su artículo 5 que “Sin perjuicio de los derechos del autor de la obra preexistente y de su previa autorización, son obras del ingenio distintas de la original, las traducciones, adaptaciones, transformaciones o arreglos de otras obras” (subrayado fuera del texto).

⁹ Ver en CUADERNO 3, en archivo denominado “CUADERNO 3 FOLIO 430 a 453 Sentencia 13-07-23” págs. 3-4.

Es importante recalcar que conforme a lo establecido en el citado Convenio y en la Decisión Andina 351 de 1993, la autorización, si bien debe solicitarse, no es un requisito para la protección de la obra derivada. Al respecto se ha mencionado por Mihály Ficsor en la Guía Sobre los Tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos Administrados por la OMPI, que: *“La cuestión que puede plantearse es si una obra derivada, creada sin la autorización del autor de la obra preexistente, puede gozar de la protección por derecho de autor. Parece que la respuesta a esta pregunta debe ser afirmativa. Y esto es así por el hecho de que aunque la obra derivada sea el resultado de una infracción de los derechos del autor de la obra que ya existía, este hecho por sí solo no justifica la utilización de una obra derivada sin autorización”*⁶.

Nótese como, el *a quo* consideró que de acuerdo con el artículo 5 de la Decisión 351 de 1993 y al artículo 2 [3] del Convenio de Berna de 1886, la protección a los arreglos como obras derivadas se otorgaba independientemente de que se contara o no con el respectivo permiso o autorización del titular de la obra originaria para realizar el arreglo.

No obstante, la lectura de las normas en cuestión y la interpretación que al respecto ha dado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina – en adelante TJCA- es contraria a la que se determinó en la sentencia impugnada: si se pretende la protección de una obra derivada (como lo es un arreglo musical) se debe contar con la autorización del autor de la obra original. Lo contrario, va en desmedro de los derechos de éste último.

2. Lo que realmente dicen los artículos 5 de la Decisión 351 de 1993 y al artículo 2 [3] del Convenio de Berna de 1886

a) El artículo 5 de la Decisión 351 de 1993

Lo que el artículo 5 de la Decisión 351 de forma textual dice, es lo siguiente:

“DECISIÓN ANDINA 351 DE 1993

(...)

*Artículo 5.- Sin perjuicio de los derechos del autor de la obra preexistente y de su previa autorización, son obras del ingenio distintas de la original, las traducciones, adaptaciones, transformaciones o **arreglos** de otras obras.”*
(Negrilla fuera del texto original)

Además, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha considerado en su jurisprudencia¹⁰, al interpretar el mencionado artículo 5, que las obras derivadas para su protección SÍ deben contar con la autorización del autor de la obra preexistente:

¹⁰ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Ver Procesos 242-IP-2019; 113-IP-2020 y 120-IP-2020.

3.3. En efecto, una obra derivada es una obra que se basa en una obra preexistente. Implica una transformación de esta y, por lo tanto, un cambio sin alterar sus elementos esenciales. Los elementos de una obra derivada son los siguientes:

- a) La existencia de una obra preexistente. Puede ser la obra original u otra obra derivada.
- b) Una transformación de la obra originaria en el sentido antes visto.
- c) Que sea original, de conformidad con el concepto delimitado líneas arriba. Se deben cumplir todos los requisitos para la protección por los derechos de autor; por lo tanto, si no se da la originalidad no es susceptible de protección. Para determinar la originalidad en estos casos se debe hacer un análisis muy detallado; si los cambios no son lo suficientemente relevantes para diferenciar en su forma la obra supuestamente derivada de la preexistente, estaríamos frente a un caso de reproducción y no de una obra diferente.
- d) Que la obra derivada sea autorizada por el autor de la obra preexistente, salvo que se encuentre en el dominio público.

Es decir que, para el TJCA la obra derivada, como un arreglo musical, requiere para su protección la autorización del titular de la obra originaria.

b) *El artículo 2 [3] del Convenio de Berna de 1886*

Lo que textualmente dice la norma del Convenio de Berna es lo siguiente:

“CONVENIO DE BERNA PARA LA PROTECCIÓN DE LAS OBRAS LITERARIAS Y ARTÍSTICAS

(...)

ARTÍCULO 2

*3) Estarán protegidas como obras originales, **sin perjuicio de los derechos del autor de la obra original** las traducciones, adaptaciones, **arreglos musicales** y demás transformaciones de una obra literaria o artística.”* (Negrilla fuera del texto original).

c) *El significado gramatical y teleológico de las normas en cuestión*

Desde el punto de vista gramatical, el uso de la expresión “*sin perjuicio*”, utilizada en los artículos bajo estudio, significa “*dejando a salvo*”, así lo dispone la RAE¹¹.

Es decir que, el sentido gramatical de la frase “*sin perjuicio*” permite concluir que, para la protección de los arreglos como obras derivadas se debe contar o “*dejar a salvo*” la

¹¹ Ver definición en: <https://dle.rae.es/perjuicio>

autorización del titular de los derechos de la obra preexistente, contrario a la interpretación que realizó el juez de primera instancia.

Hay que mencionar que, el artículo 2 [3] del Convenio de Berna de 1886, texto orientador y fundador del sistema internacional de protección del derecho de autor se expresó décadas atrás con la frase "*Sin perjuicio de los derechos del autor de la obra original*", subrayando que la protección de las obras derivadas no puede socavar ni afectar de ninguna manera los derechos del autor de la obra originaria.

Esto implica que, la autorización previa del titular de la obra originaria es esencial para que pueda otorgarse protección a una obra derivada, como el arreglo musical.

Ahora bien, desde el punto de vista teleológico, es esencial la existencia de una autorización previa del titular de la obra originaria para la realización de la obra derivada, porque permite resguardar el derecho de autor de "autorizar o prohibir" la transformación de las obras literarias y artísticas¹². Y es que el derecho de transformación de los autores no se trata de un derecho de remuneración, según el cual, el autor no puede oponerse a la transformación de la obra a cambio de una remuneración. En cambio, se trata de un derecho mediante el cual el autor puede decidir si quiere que su obra sea transformada y la forma en que desea que se realice la respectiva transformación, sea esta un arreglo musical, una traducción, etc.

No es correcto interpretar el artículo 5 de la Decisión Andina 351 de 1993 y el artículo 2 [3] del Convenio de Berna, en el sentido que para pretender la protección de las obras derivadas (entre ellas los arreglos) no se requiere acreditar que se cuenta con la autorización del autor o titular de las obras originaria: ello va en perjuicio de los autores de las obras transformadas.

Una interpretación bajo la cual se protegen las obras derivadas, incluso sin previa autorización, por parte del titular de los derechos sobre la obra originaria constituiría una limitación y excepción a los derechos de autor no contemplada en nuestra legislación y por lo tanto ilegal, que va necesariamente en contra de lo que la doctrina ha denominado como la regla de los tres pasos.

Esta regla contemplada en diferentes instrumentos internacionales como el Convenio de Berna de 1886 y el Tratado de la OMPI de Derecho de Autor de 1996 dispone que, sólo pueden establecerse limitaciones y excepciones al derecho de autor si: 1) se trata de casos especiales, taxativamente contemplados en la ley, 2) no afectan la normal explotación económica de las obras, 3) no afectan de manera injustificada los legítimos intereses de los autores.

¹² Derecho consagrado entre otros en el artículo 12 del Convenio de Berna, 13 [e] de la Decisión Andina 351 de 1993 y 12 [f] de la Ley 23 de 1982.

3. La sentencia de primera instancia supuso una inexistente contradicción entre la norma comunitaria (El art 5 de la Decisión Andina 351 de 1993) y la norma interna (el art. 5 de la Ley 23 de 1982), lo que llevó a dejar de aplicar esta última norma, cuando debía hacerlo.

La incorrecta interpretación de los artículos 5 de la Decisión 351 de 1993 y del artículo 2, numeral 3) del Convenio de Berna de 1886, por parte del juez de primera instancia, lo llevó a un segundo desacierto: dejar de aplicar el artículo 5 de la Ley 23 de 1982 por considerarlo contrario o en conflicto con el artículo 5 de la Decisión 351 de 1993. El fallador en su sentencia¹³ afirmó lo siguiente:

Por otra parte, a nivel nacional el artículo 5 de la Ley 23 de 1982, contempla que “*Son protegidos como obras independientes, sin perjuicio de los derechos de autor sobre las obras originales y en cuanto representen una creación original: a) Las traducciones, adaptaciones, arreglos musicales y demás transformaciones realizadas sobre una obra del dominio privado, con autorización expresa del titular de la obra original (...)*” (subrayado fuera del texto).

Nótese que la norma nacional intentó limitar la protección de las obras derivadas cuando no existiere autorización del autor de la obra originaria para su creación, lo cual va en contravía de lo establecido en las normas supranacionales citadas, pues en ellas queda claro que la obra derivada tendrá protección independientemente de que su creación se haya realizado sin la referida autorización.

En consecuencia, dando aplicación al principio de prevalencia de la norma comunitaria cuando existe contradicción entre la norma andina y el derecho nacional de un país miembro, debe concluir este Despacho que la disposición contenida en el artículo 5 de la Ley 23 de 1982 se encuentra suspendida, razón por la cual debe entenderse que las obras derivadas estarán protegidas cuando representen una creación original, sin necesidad de que se requiera una autorización de la obra originaria para su creación, tal como lo enuncia el citado artículo 5 de la Decisión Andina 351 de 1993. Esto, sin perjuicio del derecho que tiene el autor de la obra originaria de iniciar acciones para impedir la explotación de las obras derivadas que hayan sido creadas sin su consentimiento y que no estén amparadas por una limitación y excepción.

Como se ha explicado, para la Decisión Andina 351 la protección de la obra derivada (entre ellos los arreglos musicales) se otorga sin perjuicio de los derechos de la obra original. Ello es concordante con lo señalado en el artículo 5 de la ley interna (la Ley 23 de 1982). Por ello resulta inexplicable la supuesta contradicción normativa que llevó a *a quo* a dejar de aplicar la disposición interna que gobierna los supuestos de hecho del caso.

Para que pueda apreciarse claramente que no existe contradicción entre las dos normas y que estas se expresan en el mismo sentido, se citan a continuación:

¹³ Ver en CUADERNO 3, en archivo denominado “CUADERNO 3 FOLIO 430 a 453 Sentencia 13-07-23” pág. 4.

<p>“Decisión Andina 351 de 1993</p> <p>(...)</p> <p>Artículo 5. Sin perjuicio de los derechos del autor de la obra preexistente <u>y de su previa autorización</u>, son obras del ingenio distintas de la original, las traducciones, adaptaciones, transformaciones o arreglos de otras obras.”</p> <p>(Negrilla fuera del texto original)</p>	<p>“Ley 23 de 1982</p> <p>(...)</p> <p>Artículo 5</p> <p>Son protegidas como obras independientes, sin perjuicio de los derechos de autor sobre las obras originales y en cuanto representen una creación original:</p> <p>a) Las traducciones, adaptaciones, arreglos musicales y demás transformaciones realizadas sobre una obra del dominio privado, <u>con autorización expresa del titular de la obra original</u>.</p> <p>(...)”</p>
--	--

En ambos artículos se estableció como condición fundamental para la protección de una obra derivada la obtención de la autorización expresa del autor originario. En el caso del artículo 5 de la Decisión 351 de 1993, se deja a salvo la autorización del autor de la obra preexistente, mientras que el artículo 5 de la Ley 23 de 1982 se centra en dejar a salvo la autorización expresa del titular de la obra original.

Teniendo en cuenta que no existe la contradicción normativa que el fallador de primera instancia al parecer identificó, debió haber dado plena aplicación al artículo 5 de la Ley 23 de 1982.

C. Error de hecho en la apreciación de las pruebas: Distorsión de las pruebas.

1. Lo que se impugna

La sentencia de primera instancia concluyó que el demandante es el autor de los “arreglos musicales” de las obras tituladas: Bailaderos, Cuando Venga la Primavera, Caracolito, La Sirena, Pascua de Navidad, Llorándote, Canto a la Montaña y Canción India¹⁴.

¹⁴ Ver en CUADERNO 3, en archivo denominado “CUADERNO 3 FOLIO 430 a 453 Sentencia 13-07-23” RESUELVE SEGUNDO, pág. 23.

Para llegar a esta conclusión, la sentencia se basó en circulares de la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia - SAYCO¹⁵ que usaron como referencia sendas inscripciones registro¹⁶, realizadas por el demandante en el año 2016, ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor (en adelante DNDA), que en ningún aparte señalan que las obras inscritas en los citados registros corresponden a obras derivadas - específicamente a los arreglos musicales-. La inferencia que hizo el fallador no tiene el soporte documental y registral que pretende dársele.

El juez de primera instancia dijo lo siguiente para reconocer la protección de los arreglos musicales:

Ahora bien, profundizando sobre las pruebas y teniendo claro el concepto de arreglo musical como obra derivada que se trató en el acápite anterior, se observa en las ya relacionadas Circulares DRS-001/2018²² y DRS -002/2018²³, que Sayco al hacer mención a las obras: *La sirena, El sanjuanero, Llorándote, Lloro Corazón, Gitana, Si no vas a la pachanga, Vete Vete, Cuando venga la primavera, Amor serrano, Bailaderos, Caracolito, Pascua de navidad, El porro, Besitos del corazón y Canción india*, si bien indica frente a cada una el autor de la obra originaria (personas diferentes al acá demandante), también aclara que: “(...) las podrá utilizar el maestro Luis Felipe González, con otros arreglos musicales diferentes a los que el maestro Nelson David González les registró a las mismas” (subrayado nuestro).

En igual sentido, se observan las comunicaciones del 25 de mayo de 2018²⁴ y 23 de noviembre de 2018²⁵ suscritas tanto por el demandante como por su apoderado, dirigidas al señor Luis Felipe González Rojas, en las cuales manifiestan que las obras musicales referidas en el párrafo anterior corresponden a arreglos musicales y que también lo es la obra denominada *Canto a la montaña*.

Así las cosas se puede inferir que de las creaciones referidas el demandante no es el autor originario y, por lo tanto, las obras musicales por él registradas y de las cuales reposan las inscripciones aportadas por la Oficina de Registro de la DNDA corresponden a obras derivadas. Por tanto, a pesar de que se ha hablado también de arreglos musicales y obras originarias creados por Luis Felipe González Rojas, solo vamos a pronunciarnos sobre los usos que se hayan hecho respecto de los arreglos musicales de autoría del demandante.

Con base en las pruebas ya mencionadas en este acápite, se concluye que las alegaciones hechas por el litisconsorte necesario y la parte demandada sobre la autoría de las obras citadas se realizan respecto de las obras originarias, pues las pruebas aportadas hacen referencia a ellas, sin embargo, las confesiones del demandante y las pruebas aportadas demuestran que los derechos que aquí reclama el actor son sobre arreglos musicales hechos a partir de las creaciones originarias y que poseen los mismos nombres.

Así, lo que se impugna en el caso que nos ocupa es que el juez de primera instancia haya reconocido unos arreglos musicales a partir de pruebas documentales que no le permitían llegar a tal conclusión.

¹⁵ Ver en CUADERNO 1, en archivo denominado “CUADERNO 1-FOLIO 1 A 230”, págs. 44-45 y 222-223.

¹⁶ Ver en CUADERNO 3, en carpeta denominada “CUADERNO 3 FOLIO 133 1-2021-14990”, en subcarpeta “CERTIFICADOS REGISTROS NELSON DAVID”, archivos llamados 5-500-287, 55-500-290, 5-500-288, 500-293, 5-508-243, 5-508-245, 5-508-246, 5-508-247.

2. El alcance de las Circulares de SAYCO DRS-001/2018¹⁷ y DRS-002/2018¹⁸

En primer lugar, el juez usó como pruebas de la existencia y reconocimiento de los arreglos musicales en cabeza de Nelson González las Circulares de SAYCO DRS-001/2018¹⁹ y DRS-002/2018²⁰, que se muestran a continuación:

CIRCULAR DRS – 001 / 2018

Bogotá D.C., 22 de junio de 2018

PARA: RECAUDADORES DE SAYCO A NIVEL NACIONAL
EDITORES MUSICALES
SOCIEDADES EXTRANJERAS CON CONVENIO RECIPROCO

ASUNTO: Prohibición de comunicación pública de obras al artista LUIS FELIPE GONZALEZ.

Con fundamento en lo expuesto en el memorando DJS – 351 de fecha 07 de junio del año 2018 emanado de la Dirección Jurídica de Sayco, y de conformidad con los artículos 3, 12, 21 de la Ley 23 de 1982, 13 de la Decisión Andina 351 de 1993 y demás normas complementarias, atendiendo el requerimiento del maestro **NELSON DAVID GONZÁLEZ ROJAS**, identificado con la cédula de extranjería No. 136780, con número de carné 2908, quien es el titular de los derechos patrimoniales de autor sobre sus propias obras musicales y sobre aquellos arreglos que sobre otras también ha realizado, les solicitó **abstenerse de autorizar** el uso, ejecución o interpretación de las siguientes musicales obras al artista e interprete **LUIS FELIPE GONZALEZ**:

(...)

Así mismo, prohibíbasele también al señor Luis Felipe González el uso de los arreglos musicales realizados por el maestro Nelson David González Rojas sobre las siguientes obras, sin embargo, **“las obras relacionadas a continuación las podrá utilizar el maestro Luis Felipe Gonzalez, con otros arreglos musicales diferentes a los que el maestro Nelson David Gonzalez Rojas les registro a las mismas”**.

TITULO DE OBRA	AUTOR	REGISTRO DND
La Sirena	Otros	08/07/2016
El san Juanero	Sofía Gaitán	08/08/2016
Llorándote	Luis Felipe González	08/08/2016
Llora corazón	Rafael Hernandez	08/08/2016
Gitana	Victor M. Gutierrez	08/08/2016
Si no vas a la pachanga	Otros	08/08/2016
Vete vete	Luis Felipe González	26/08/2016
Cuando venga la primavera	Otros	26/08/2016
Amor serrano	Tomas Hernandez	08/08/2016
Bailaderos	Otros	26/08/2016
Caracolito	Otros	26/08/2016
Pascua de navidad	Juan Manuel Delgado	08/08/2016
El porro	Victor Morales	08/08/2016
Besitos del corazón	José Velásquez	08/08/2016
Canción india	Otros	26/08/2016

¹⁷ Ver en CUADERNO 1, en archivo denominado “CUADERNO 1-FOLIO 1 A 230”, págs. 44-45

¹⁸ Ver en CUADERNO 1, en archivo denominado “CUADERNO 1-FOLIO 1 A 230”, págs. 222-223

¹⁹ Ver en CUADERNO 1, en archivo denominado “CUADERNO 1-FOLIO 1 A 230”, pág.44

²⁰ Ver en CUADERNO 1, en archivo denominado “CUADERNO 1-FOLIO 1 A 230”, pág. 222

CIRCULAR DRS – 002 / 2018

Bogotá D.C., 04 de septiembre de 2018

**PARA: RECAUDADORES DE SAYCO A NIVEL NACIONAL
EDITORES MUSICALES
SOCIEDADES EXTRANJERAS CON CONVENIO RECIPROCO**

ASUNTO: Alcance y aclaración circular DRS – 001 – 2018 de fecha 22 de junio de 2018, por prohibición de comunicación pública de unas obras al artista LUIS FELIPE GONZALEZ.

Dando alcance a la circular DRS – 001 – 2018 de fecha 22 de junio de 2018 y acatando lo expuesto en el memorando DJS – 493 de fecha 14 de agosto del año 2018 emanado de la Dirección Jurídica de Sayco, sobre el requerimiento del maestro **NELSON DAVID GONZÁLEZ ROJAS**, identificado con la cédula de extranjería No. 136780, con número de carné 2908, quien es el titular de los derechos patrimoniales de autor sobre sus propias obras musicales y sobre los arreglos musicales que sobre otras obras también ha realizado, les solicito **abstenerse de autorizar** el uso, ejecución o interpretación de las siguientes musicales obras al artista e interprete **LUIS FELIPE GONZALEZ**:

(...)

Así mismo, prohibasele también al señor Luis Felipe González el uso de los arreglos musicales realizados por el maestro Nelson David González Rojas sobre las siguientes obras, sin embargo, **“ las obras relacionadas a continuación las podrá utilizar el maestro Luis Felipe Gonzalez, con otros arreglos musicales diferentes a los que el maestro Nelson David Gonzalez Rojas les registro a las mismas”**.

TITULO DE OBRA	AUTOR	REGISTRO DNDA
La Sirena	Otros	08/07/2016
El san Juanero	Sofia Gaitán	08/08/2016
Llorándote	Luis Felipe González	08/08/2016
Lora corazón	Rafael Hernandez	08/08/2016
Gitana	Victor M. Gutierrez	08/08/2016
Si no vas a la pachanga	Otros	08/08/2016
Vete vete	Luis Felipe González	26/08/2016
Cuando venga la primavera	Otros	26/08/2016
Amor serrano	Tomas Hernandez	08/08/2016
Bailaderos	Otros	26/08/2016
Caracolito	Otros	26/08/2016
Pascua de navidad	Juan Manuel Delgado	08/08/2016
El porro	Victor Morales	08/08/2016
Besitos del corazón	José Velásquez	08/08/2016
Canción india	Otros	26/08/2016

Conforme con lo anterior, respetuosamente les solicito acatar lo informado.

Cordial saludo,

JUAN CARLOS GARCÍA OTALVARO
Director de Recaudo



Copias electrónicas en Sayco: Sr. Andres Arley Escobar Barreto, Coordinador de Espectáculos Públicos; Sr. Samir Rene Fuentes Isaza, Coordinador de Radio y TV., Dirección Jurídica Dr. Ricardo A. Gomez Duran.
Copia física (auténtica) Maestro Luis Felipe González Rojas.

Como se aprecia, el fundamento de la existencia de los arreglos musicales adjudicados a Nelson González por SAYCO, de acuerdo con las circulares citadas, son registros de obras realizados por el demandante ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor en el año 2016, registros que como se verá más adelante, en ningún aparte mencionan que sean sobre arreglos musicales u obras derivadas.

3. El alcance de los registros de obras de Nelson González del año 2016

Tal como antes se mencionó, el señor Nelson González solicitó en el año 2016 el registro de varias “obras” sin mencionar que se trataba de arreglos musicales u obras derivadas, de forma que, tales registros no son sustento probatorio para demostrar la existencia y protección de arreglos musicales de las obras: Bailaderos, Cuando Venga la Primavera, Caracolito, La Sirena, Pascua de Navidad, Llorándote, Canto a la Montaña y Canción India. Esto puede apreciarse en los certificados de registro, que para mayor claridad se citan a continuación²¹:

OBRA “BAILADEROS”²²:

 <p>MINISTERIO DEL INTERIOR DIRECCION NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL OFICINA DE REGISTRO</p> <p>CERTIFICADO DE REGISTRO DE OBRA MUSICAL</p>		<p>Libro - Tomo - Partida 5-508-243 Fecha de registro 26-ago.-2016</p>
1. DATOS DE LAS PERSONAS		Page 1 of 1
AUTOR	MUSICA	
Nombres y apellidos	NELSON DAVID GONZALEZ	No de identificación CC 136780
Nacional de	VENEZUELA	
Dirección	CRA 8 # 174 - 38 CASA INT. 18 - B	Ciudad BOGOTA D.C.
2. DATOS DE LA OBRA		
Título original	BAILADEROS	
Fecha de creación	1970	
CLASE DE OBRA	EDITADA	
CARACTER DE LA OBRA	OBRA INDIVIDUAL	
RITMO - GENERO	SALSA	
TÍTULO ANTERIOR DE LA OBRA		
3. DESCRIPCIÓN DE LA OBRA		
4. OBSERVACIONES GENERALES DE LA OBRA		
5. DATOS DEL SOLICITANTE		
Nombres y apellidos	LUIS CARLOS ESPITIA PINZON	No de identificación 79044580

²¹ Ver en CUADERNO 3, en carpeta denominada “CUADERNO 3 FOLIO 133 1-2021-14990”, en subcarpeta “CERTIFICADOS REGISTROS NELSON DAVID”, archivos llamados 5-500-287, 55-500-290, 5-500-288, 500-293, 5-508-243, 5-508-245, 5-508-246, 5-508-247.

²² Ver en CUADERNO 3, en carpeta denominada “CUADERNO 3 FOLIO 133 1-2021-14990”, en subcarpeta “CERTIFICADOS REGISTROS NELSON DAVID”, archivo llamado “5-508-243”.

OBRA “CUANDO VENGA LA PRIMAVERA”²³:

	MINISTERIO DEL INTERIOR DIRECCION NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL OFICINA DE REGISTRO		Libro - Tomo - Partida 5-508-247
	CERTIFICADO DE REGISTRO DE OBRA MUSICAL		Fecha de registro 26-ago.-2016
1. DATOS DE LAS PERSONAS Page 1 of 1			
AUTOR		MUSICA	
Nombres y apellidos	NELSON DAVID GONZALEZ	No de identificación	CC 136780
Nacional de	VENEZUELA		
Dirección	CRA 8 # 174 - 38 CASA INT. 18 - B	Ciudad	BOGOTA D.C.
2. DATOS DE LA OBRA			
Título original	CUANDO VENGA LA PRIMAVERA		
Fecha de creación	1971		
CLASE DE OBRA	EDITADA		
CARACTER DE LA OBRA	OBRA INDIVIDUAL		
RITMO - GENERO	SALSA		
TÍTULO ANTERIOR DE LA OBRA			
3. DESCRIPCIÓN DE LA OBRA			
4. OBSERVACIONES GENERALES DE LA OBRA			
5. DATOS DEL SOLICITANTE			
Nombres y apellidos	LUIS CARLOS ESPITIA PINZON	No de identificación	79044580

²³ Ver en CUADERNO 3, en carpeta denominada “CUADERNO 3 FOLIO 133 1-2021-14990”, en subcarpeta “CERTIFICADOS REGISTROS NELSON DAVID”, archivo llamado “5-508-247”.



OBRA: CARACOLITO²⁴:

 MINISTERIO DEL INTERIOR DIRECCION NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL OFICINA DE REGISTRO CERTIFICADO DE REGISTRO DE OBRA MUSICAL		Libro - Tomo - Partida 5-508-246 Fecha de registro 26-ago.-2016
1. DATOS DE LAS PERSONAS Page 1 of 1		
AUTOR	MUSICA	
Nombres y apellidos	NELSON DAVID GONZALEZ	No de identificación CC 136780
Nacional de	VENEZUELA	
Dirección	CRA 8 # 174 - 38 CASA INT. 18 - B	Ciudad BOGOTA D.C.
2. DATOS DE LA OBRA		
Título original	CARACOLITO	
Fecha de creación	1972	
CLASE DE OBRA	EDITADA	
CARACTER DE LA OBRA	OBRA INDIVIDUAL	
RITMO - GENERO	SALSA	
TÍTULO ANTERIOR DE LA OBRA		
3. DESCRIPCIÓN DE LA OBRA		
4. OBSERVACIONES GENERALES DE LA OBRA		
5. DATOS DEL SOLICITANTE		
Nombres y apellidos	LUIS CARLOS ESPITIA PINZON	No de identificación 79044580

²⁴ Ver en CUADERNO 3, en carpeta denominada “CUADERNO 3 FOLIO 133 1-2021-14990”, en subcarpeta “CERTIFICADOS REGISTROS NELSON DAVID”, archivo llamado “5-508-246”.

OBRA: LA SIRENA²⁵:

	MINISTERIO DEL INTERIOR DIRECCION NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL OFICINA DE REGISTRO		<u>Libro - Tomo - Partida</u> 5-500-290
	CERTIFICADO DE REGISTRO DE OBRA MUSICAL		<u>Fecha de registro</u> 08-jul.-2016
1. DATOS DE LAS PERSONAS			Page 1 of 1
AUTOR		MUSICA	
Nombres y apellidos	NELSON DAVID GONZALEZ	No de identificación	CC 136780
Nacional de	VENEZUELA		
Dirección	CRA B # 174 - 38 CASA INT. 18 - B	Ciudad	BOGOTA D.C.
2. DATOS DE LA OBRA			
Título original	LA SIRENA		
Fecha de creación	1973		
CLASE DE OBRA	EDITADA		
CARACTER DE LA OBRA	OBRA INDIVIDUAL		
RITMO - GENERO	SALSA		
<u>TÍTULO ANTERIOR DE LA OBRA</u>			
3. DESCRIPCIÓN DE LA OBRA			
4. OBSERVACIONES GENERALES DE LA OBRA			
5. DATOS DEL SOLICITANTE			
Nombres y apellidos	LUIS CARLOS ESPITIA PINZON	No de identificación	79044580


²⁵ Ver en CUADERNO 3, en carpeta denominada “CUADERNO 3 FOLIO 133 1-2021-14990”, en subcarpeta “CERTIFICADOS REGISTROS NELSON DAVID”, archivo llamado “5-500-290”.

OBRA: PASCUA DE NAVIDAD²⁶:

 MINISTERIO DEL INTERIOR DIRECCION NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL OFICINA DE REGISTRO CERTIFICADO DE REGISTRO DE OBRA MUSICAL		<u>Libro - Tomo - Partida</u> 5-500-288 <u>Fecha de registro</u> 08-jul.-2016
1. DATOS DE LAS PERSONAS		Page 1 of 1
AUTOR		MUSICA
Nombres y apellidos	NELSON DAVID GONZALEZ	No de identificación CC 136780
Nacional de	VENEZUELA	
Dirección	CRA 8 # 174 - 38 CASA INT. 18 - B	Ciudad BOGOTA D.C.
2. DATOS DE LA OBRA		
Título original	PASCUA DE NAVIDAD	
Fecha de creación	1974	
CLASE DE OBRA	EDITADA	
CARACTER DE LA OBRA	OBRA INDIVIDUAL	
RITMO - GENERO	SALSA	
TÍTULO ANTERIOR DE LA OBRA		
3. DESCRIPCIÓN DE LA OBRA		
4. OBSERVACIONES GENERALES DE LA OBRA		
5. DATOS DEL SOLICITANTE		
Nombres y apellidos	LUIS CARLOS ESPITIA PINZON	No de identificación 79044580

²⁶ Ver en CUADERNO 3, en carpeta denominada “CUADERNO 3 FOLIO 133 1-2021-14990”, en subcarpeta “CERTIFICADOS REGISTROS NELSON DAVID”, archivo llamado “5-500-288”.

OBRA LLORANDOTE²⁷:

	MINISTERIO DEL INTERIOR DIRECCION NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL OFICINA DE REGISTRO		Libro - Tomo - Partida 5-500-287 Fecha de registro 08-jul.-2016
	CERTIFICADO DE REGISTRO DE OBRA MUSICAL		
1. DATOS DE LAS PERSONAS			Page 1 of 1
AUTOR		MUSICA	
Nombres y apellidos	NELSON DAVID GONZALEZ	No de identificación	CC 136780
Nacional de	VENEZUELA		
Dirección	CRA 8 # 174 - 38 CASA INT. 18 - B	Ciudad	BOGOTA D.C.
2. DATOS DE LA OBRA			
Título original	LLORANDOTE		
Fecha de creación	1974		
CLASE DE OBRA	EDITADA		
CARACTER DE LA OBRA	OBRA INDIVIDUAL		
RITMO - GENERO	SALSA		
TÍTULO ANTERIOR DE LA OBRA			
3. DESCRIPCIÓN DE LA OBRA			
4. OBSERVACIONES GENERALES DE LA OBRA			

²⁷ Ver en CUADERNO 3, en carpeta denominada “CUADERNO 3 FOLIO 133 1-2021-14990”, en subcarpeta “CERTIFICADOS REGISTROS NELSON DAVID”, archivo llamado “5-500-287”.



OBRA CANTO A LA MONTAÑA²⁸:

MINISTERIO DEL INTERIOR DIRECCION NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL OFICINA DE REGISTRO		Libro - Tomo - Partida 5-500-293 Fecha de registro 08-jul.-2016
 CERTIFICADO DE REGISTRO DE OBRA MUSICAL		
1. DATOS DE LAS PERSONAS		Page 1 of 1
AUTOR MUSICA		
Nombres y apellidos	NELSON DAVID GONZALEZ	No de identificación CC 136780
Nacional de	VENEZUELA	
Dirección	CRA 8 # 174 - 38 CASA INT. 18 - B	Ciudad BOGOTA D.C.
2. DATOS DE LA OBRA		
Titulo original CANTO DE LA MONTAÑA		
Fecha de creación	1974	
CLASE DE OBRA EDITADA		
CARACTER DE LA OBRA OBRA INDIVIDUAL		
RITMO - GENERO PORRO		
TITULO ANTERIOR DE LA OBRA		
3. DESCRIPCIÓN DE LA OBRA		
4. OBSERVACIONES GENERALES DE LA OBRA		
5. DATOS DEL SOLICITANTE		
Nombres y apellidos	LUIS CARLOS ESPITIA PINZON	No de identificación 79044580

²⁸Ver en CUADERNO 3, en carpeta denominada "CUADERNO 3 FOLIO 133 1-2021-14990", en subcarpeta "CERTIFICADOS REGISTROS NELSON DAVID", archivo llamado "5-500-293".

OBRA CANCIÓN INDIA²⁹:

 MINISTERIO DEL INTERIOR DIRECCION NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL OFICINA DE REGISTRO CERTIFICADO DE REGISTRO DE OBRA MUSICAL		Libro - Tomo - Partida 5-508-245 Fecha de registro 26-ago.-2016
1. DATOS DE LAS PERSONAS		Page 1 of 1
AUTOR MUSICA Nombres y apellidos NELSON DAVID GONZALEZ No de identificación CC 136780 Nacional de VENEZUELA Dirección CRA 8 # 174 - 38 CASA INT. 18 - B Ciudad BOGOTÁ D.C.		
2. DATOS DE LA OBRA		
Título original CANCION INDIA Fecha de creación 1970 CLASE DE OBRA EDITADA CARACTER DE LA OBRA OBRA INDIVIDUAL RITMO - GENERO SALSA		
TÍTULO ANTERIOR DE LA OBRA		
3. DESCRIPCIÓN DE LA OBRA		
4. OBSERVACIONES GENERALES DE LA OBRA		
5. DATOS DEL SOLICITANTE		
Nombres y apellidos LUIS CARLOS ESPITIA PINZON No de identificación 79044580		

4. Incorrecta valoración de las declaraciones de las partes – inexistencia de prueba de confesión

En la sentencia de primera instancia el fallador concluyó que de las declaraciones hechas por el demandante se habían generado confesiones dirigidas a probar que el actor reclamaba arreglos musicales sobre varias obras originarias. Es decir, que las “confesiones” permitieron probar aspectos que “favorecieron” al demandante.

A continuación se muestra lo afirmado de forma textual por el juez³⁰:

²⁹ Ver en CUADERNO 3, en carpeta denominada “CUADERNO 3 FOLIO 133 1-2021-14990”, en subcarpeta “CERTIFICADOS REGISTROS NELSON DAVID”, archivo llamado “5-508-245”.

³⁰ Ver en CUADERNO 3, en archivo denominado “CUADERO 3 FOLIO 430 a 453 Sentencia 13-07-23” pág. 8.

Con base en las pruebas ya mencionadas en este acápite, se concluye que las alegaciones hechas por el litisconsorte necesario y la parte demandada sobre la autoría de las obras citadas se realizan respecto de las obras originarias, pues las pruebas aportadas hacen referencia a ellas, sin embargo, las confesiones del demandante y las pruebas aportadas demuestran que los derechos que aquí reclama el actor son sobre arreglos musicales hechos a partir de las creaciones originarias y que poseen los mismos nombres.

En materia procesal, conforme al artículo 191, numeral 2 del Código General del Proceso - CGP, la prueba de Confesión debe versar sobre *“hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria”*, no sobre hechos o circunstancias que lo beneficien o le otorguen derechos.

Lo que se reclama en este acápite es que, el juez de primera instancia hizo una incorrecta valoración probatoria, pues de la declaración de parte del demandante dedujo “confesiones” que favorecieron al demandante. Y, como lo establece el artículo 191 del CGP, las confesiones para ser jurídicamente procedentes no podían favorecer al demandante reconociéndole la existencia de derechos sobre arreglos musicales, sólo podían versar sobre asuntos que le produjeran consecuencias jurídicas adversas o favorecieran a la parte contraria.

5. Conclusión

Existió un error de hecho en la apreciación de las pruebas porque el juez de primera instancia las distorsionó, cambió su alcance y valor probatorio. Ello, en el ánimo de reconocer la existencia de arreglos musicales sobre las obras Bailaderos, Cuando Venga la Primavera, Caracolito, La Sirena, Pascua de Navidad, Llorándote, Canto a la Montaña y Canción India.

Por un lado, dedujo la existencia de los arreglos musicales en cabeza del demandante a partir de las Circulares proferidas por SAYCO DRS-001/2018 y DRS-002/2018, que al fundamentarse en certificados de registro que versaban sobre obras y no sobre arreglos musicales, no probaban la existencia de arreglos musicales en cabeza del señor Nelson González.

El fallador, también dedujo la existencia de los arreglos musicales directamente de los mencionados certificados de registro solicitados por Nelson González, en el año 2016, ante la DNDA, certificados que versaban no sobre arreglos musicales sino sobre obras. Es decir, que los certificados de registro no eran pruebas idóneas para acreditar la existencia de tales arreglos.

Por otro lado, el juez de primera instancia dedujo “confesiones” respecto de la declaración de parte del demandante, confesiones que jurídicamente no existieron, ya que la confesión para tener efectos debe tratar sobre *“hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria”*, y no sobre aspectos que lo beneficien, como sucedió en el presente caso, en el que el fallador usó la referidas “confesiones” para reconocer la existencia de derechos sobre arreglos musicales en cabeza del demandante. Realmente no estábamos ante ninguna confesión, sino ante declaraciones de parte que debieron ser objeto de prueba.

D. Error de hecho en la apreciación de las pruebas: Se omitió valorar pruebas oportunamente aportadas.

1. Lo que se impugna

El juez de primera instancia no observó las pruebas arrimadas al expediente que demostraban que Nelson González no es el autor de las obras: Bailaderos, Cuando Venga la Primavera, Caracolito, La Sirena, Pascua de Navidad, Llorándote, Canto a la Montaña y Canción India y, por lo tanto, que carecía de legitimación en la causa para iniciar acciones respecto de estas obras.

El juez no valoró varias pruebas que se encontraban en el expediente del proceso y que demostraban que los autores de las obras señaladas en el párrafo anterior son de autoría de personas diferentes a Nelson González. Dichas pruebas son: **(i)** los ejemplares de las obras allegados al expediente, **(ii)** contratos válidamente firmados sobre las obras, **(iii)** certificados de registro expedidos por la DNDA, y **(iv)** el informe de SAYCO obrante al expediente.

Para aterrizar las diferentes falencias del juez en este punto, es preciso señalar que la autoría, entendida como la calidad de ser el creador de una obra, puede probarse de diferentes maneras de conformidad con la normatividad sobre derecho de autor, lo que se explica en el acápite siguiente.

2. La autoría de las obras y su prueba

La autoría en el Derecho de Autor es entendida como la calidad de ser autor, es decir, la *“Persona física que realiza la creación intelectual”*, como lo define el artículo 3 de la Decisión Andina 351 de 1993.

El artículo 9 de la Ley 23 de 1982 establece que la protección que se otorga al autor, tiene como título originario o fundamento la creación intelectual, sin que se requiera registro alguno. Así, el autor es entendido como el titular originario de sus obras. En contraposición son titulares derivados todas aquellas personas a las que se les transfieren los derechos patrimoniales de autor, sea por presunción legal, un contrato de cesión, por sucesión, entre otros.

Dicho artículo 9 también es claro en reafirmar uno de los principios básicos del derecho de autor, la protección independiente de las formalidades, dejando en claro que *“Las formalidades que en ella se establecen son para la mayor seguridad jurídica de los titulares de los derechos que se protegen”*, por ejemplo, el registro de obras, como se explicará más adelante.

En todo caso, nuestra legislación nacional y los tratados internacionales establecen algunos lineamientos en torno a la prueba de la autoría, claro está, sin definir una forma

específica y única en la que se deba probar la autoría. A continuación, se explicarán algunas presunciones incluidas en la ley y formas de probar la autoría:

a) *Presunción de autoría*

El artículo 10 de la Ley 23 de 1982 establece una presunción de autoría de la siguiente forma:

“Se tendrá como autor de una obra, salvo prueba en contrario, la persona cuyo nombre, seudónimo, iniciales, o cualquier otra marca o signos convencionales que sean notoriamente conocidos como equivalentes al mismo nombre, aparezcan impresos en dicha obra o en sus reproducciones, o se enuncien en la declamación, ejecución, representación, interpretación, o cualquiera otra forma de difusión pública de dicha obra.

(...)” (Negrilla fuera del texto original)

En el mismo sentido se expresa el artículo 8 de la Decisión 351 de 1993, al establecer que *“Se presume autor, salvo prueba en contrario, la persona cuyo nombre, seudónimo u otro signo que la identifique, aparezca indicado en la obra.”*

Es decir, que la valoración de la autoría sobre una obra debe partir de un supuesto, se presume autor, la persona cuyo nombre u otro signo que la identifique aparezca indicado en el ejemplar de la obra correspondiente, sea la carátula de un disco, el disco mismo, la partitura de una obra, los créditos en una obra audiovisual, la “página legal de los libros”, la lista de créditos de las obras en las plataformas de *streaming* entre otros.

Esta presunción de autoría sólo puede ponerse en cuestión cuando existan otras pruebas que aparezcan en el proceso y resulten de mayor peso, ya sea por ser más antiguas o idóneas para demostrar quién fue realmente el creador de la obra.

b) *El registro de las obras*

Si bien uno de los principios del derecho de autor es el otorgamiento de la protección a las obras sin necesidad del cumplimiento de formalidades y por su sola creación, la legislación entiende que el registro de las obras puede ser una importante herramienta para probar la naturaleza de una obra y quién es su creador.

En todo caso el registro es declarativo y no constitutivo de derechos, así como tampoco puede ser un obstáculo para el goce y ejercicio de los derechos de autor. Así lo expresan los artículos 52 y 53 de la Decisión 351 de 1993, como se muestra a continuación:

“Artículo 52. La protección que se otorga a las obras literarias y artísticas, interpretaciones y demás producciones salvaguardadas por el Derecho de Autor y los Derechos Conexos, en los términos de la presente Decisión, no estará subordinada

a ningún tipo de formalidad. En consecuencia, la omisión del registro no impide el goce o el ejercicio de los derechos reconocidos en la presente Decisión.

Artículo 53.- *El registro es declarativo y no constitutivo de derechos. Sin perjuicio de ello, la inscripción en el registro presume ciertos los hechos y actos que en ella consten, salvo prueba en contrario. Toda inscripción deja a salvo los derechos de terceros.”*

c) Otros medios de prueba

Sin perjuicio que en la legislación existan disposiciones especiales sobre la presunción de autoría o el registro de obras, lo cierto es que no se estipuló una tarifa legal para probar quién es el creador de una obra.

En este sentido, resulta plenamente aplicable la libertad probatoria de que trata el Código General del Proceso en su artículo 165, al señalar que “*Son medios de prueba (...) cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.*”

Para el caso de las obras musicales, es común que, en el mercado de este tipo de obras, los autores firmen contratos de edición o cesión de derechos con un editor, que se compromete a publicar las obras o propagarlas y distribuirlas por su cuenta y riesgo³¹. En tales contratos se incluyen regularmente, como parte de los anexos los ejemplares de las obras que serán editadas (sus partituras o letras), o el listado de las obras musicales sobre las que trata el respectivo contrato.

Toda vez que en los contratos se hacen estipulaciones sobre la autoría de las obras e incluso el autor allega ejemplares de las obras, estos acuerdos deben ser tenidos en cuenta como pruebas pertinentes, conducentes y útiles para probar quién es el creador de una obra musical.

3. Al proceso fueron allegadas pruebas pertinentes, conducentes y útiles que no fueron valoradas por el fallador de primera instancia, específicamente: i) otros registros de obras, ii) el informe allegado por SAYCO, iii) contratos y iv) ejemplares de las obras.

Sony Music Publishing Colombia Ltda. en su contestación de demanda allegó varias pruebas que el juez de primera instancia omitió por completo valorar. También existen pruebas allegadas por otras partes -e incluso de oficio por el *a quo*- que no fueron

³¹ Ver normas sobre el Contrato de Edición, especialmente los artículos 105 y 138 de la Ley 23 de 1982:

Artículo 105

Por este contrato el titular del derecho de autor de una obra literaria, artística o científica, se obliga a entregarla a un editor que se compromete a publicarla mediante su impresión gráfica o propagarla y distribuirla por su cuenta y riesgo.

Artículo 138

Las normas de este capítulo son aplicables en lo pertinente a los contratos de edición de obras musicales. (...)

valoradas por el juez. Todas ellas demostraban que el señor Nelson González no es el autor de las obras: Bailaderos, Cuando Venga la Primavera, Caracolito, La Sirena, Pascua de Navidad, Llorándote, Canto a la Montaña y Canción India y, por lo tanto, que carecía de legitimación en la causa para iniciar acciones respecto de estas obras. Si hubieran sido valoradas por el juez, la conclusión no hubiera podido ser distinta a afirmar que Nelson González no era el autor de las obras aludidas.

Las pruebas no valoradas eran conducentes porque para probar la autoría de las obras no se exige tarifa legal, es decir que, legalmente podían esgrimirse para probar que Nelson González no era el autor de las obras citadas.

Las pruebas no valoradas eran pertinentes porque eran aptas para probar que el señor Nelson González no era el autor de las obras enunciadas, uno de los aspectos fundamentales que sustentó la excepción de falta de legitimación que se opuso en el momento pertinente.

Para mayor ilustración exhibimos a continuación las pruebas citadas que el juez de primera instancia omitió valorar:

a) PRUEBAS NO VALORADAS: Los registros de las obras ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor – DNDA

El juez de primera instancia omitió valorar los certificados de registro de la DNDA³², donde se acreditaba que las obras Bailaderos y Canción India son de autoría de Luis Felipe González y que contradicen los registros en favor de Nelson González. Los registros se aprecian a continuación:

³² Ver en CUADERNO 3, en carpeta denominada “CUADERNO 3 FOLIO 133 1-2021-14990”, en subcarpeta “CERTIFICADOS REGISTROS NELSON DAVID”, archivos llamados “5-508-243” y “5-508-245”

OBRA BAILADEROS³³

	MINISTERIO DEL INTERIOR DIRECCION NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL OFICINA DE REGISTRO		<u>Libro - Tomo - Partida</u> 5-518-304
	CERTIFICADO DE REGISTRO DE OBRA MUSICAL		<u>Fecha de registro</u> 17-nov.-2016
1. DATOS DE LAS PERSONAS			Page 1 of 1
AUTOR		MUSICA Y LETRA	
Nombres y apellidos	LUIS FELIPE GONZALEZ ROJAS	No de identificación	CC 136779
Nacional de	COLOMBIA		
Dirección	AV 3BN #54N-29	Ciudad	BOGOTA D.C.
2. DATOS DE LA OBRA			
Título original	BAILADEROS		
Fecha de creación	1971		
CLASE DE OBRA	EDITADA		
CARACTER DE LA OBRA	OBRA INDIVIDUAL		
CARACTER DE LA OBRA	OBRA ORIGINARIA		
CARACTER DE LA OBRA	OBRA ANONIMA		
RITMO - GENERO	SALSA		
TÍTULO ANTERIOR DE LA OBRA			
3. DESCRIPCIÓN DE LA OBRA			
4. OBSERVACIONES GENERALES DE LA OBRA			

³³ Ver en CUADERNO 3, en carpeta denominada “CUADERNO 3 FOLIO 133 1-2021-14990”, en subcarpeta “CERTIFICADOS REGISTROS NELSON DAVID”, archivo llamado “5-508-243”.

CANCIÓN INDIA³⁴:

 MINISTERIO DEL INTERIOR DIRECCION NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL OFICINA DE REGISTRO CERTIFICADO DE REGISTRO DE OBRA MUSICAL		Libro - Tomo - Partida 5-518-294 Fecha de registro 17-nov.-2016
1. DATOS DE LAS PERSONAS		Page 1 of 1
AUTOR MUSICA Y LETRA		
Nombres y apellidos	LUIS FELIPE GONZALEZ ROJAS	No de identificación CC 136779
Nacional de	COLOMBIA	
Dirección	AV 3BN #54N-29	Ciudad BOGOTA D.C.
2. DATOS DE LA OBRA		
Título original	CANCIÓN INDIA	
Fecha de creación	1974	
CLASE DE OBRA	INEDITA	
CARACTER DE LA OBRA	OBRA INDIVIDUAL	
CARACTER DE LA OBRA	OBRA ORIGINARIA	
CARACTER DE LA OBRA	OBRA ANONIMA	
RITMO - GENERO	TROPICAL	
TÍTULO ANTERIOR DE LA OBRA		
3. DESCRIPCIÓN DE LA OBRA		
4. OBSERVACIONES GENERALES DE LA OBRA		

b) PRUEBA NO VALORADAS: El informe allegado, a solicitud del a quo, por SAYCO³⁵

El juez de primera instancia solicitó de oficio a SAYCO un informe donde se deja claro que Nelson González no es la persona acreditada ante dicha sociedad como derechohabiente (entre estos están el autor, el editor y el subeditor) de las obras: Bailaderos, Cuando Venga la Primavera, La Sirena, Pascua de Navidad, Llorándote, Canto a la Montaña y Canción India. Se refiere a continuación copia de pantalla del informe:

³⁴ Ver en CUADERNO 3, en carpeta denominada “CUADERNO 3 FOLIO 133 1-2021-14990”, en subcarpeta “CERTIFICADOS REGISTROS NELSON DAVID”, archivo llamado “5-508-245”.

³⁵ Ver CUADERNO 3, archivo denominado “CUADERNO 3 FOLIO 134 A 142”, págs. 5-7.

LA COORDINACIÓN DE DOCUMENTACIÓN DE LA SOCIEDAD DE AUTORES Y COMPOSITORES DE COLOMBIA "SAYCO"

CERTIFICA

Que, a través de los contratos de reciprocidad firmados con más de 101 sociedades del mundo, SAYCO tiene documentadas en su base de datos 8'620.646 de obras, entre las cuales se encuentra las siguientes:

CODIGO INTERNO	OBRA	DRECHOHABIENTES
49229	A FUSAGASUGA	GONZALEZ ROJAS NELSON DAVID FM ENTRETENIMIENTO SAS
44260	ASI TE QUIERO YO	GONZALEZ ROJAS NELSON DAVID ORBEMUSA SAMP COLOMBIA LTDA
1565667	BAILADEROS	GONZALEZ ROJAS LUIS FELIPE ORBE EDIC MUSI ORBEMUSA SAMP COLOMBIA LTDA
2427075	CANCION DEL VIAJERO	GONZALEZ ROJAS NELSON DAVID ORBE EDIC MUSI ORBEMUSA SAMP COLOMBIA LTDA
1173827	CANCION INDIA	GONZALEZ ROJAS LUIS FELIPE ORBEMUSA SAMP COLOMBIA LTDA

4154977	CANTO A LA MONTANA	HERNANDEZ PEDRO TOMAS ORBE EDIC MUSI ORBEMUSA SAMP COLOMBIA LTDA
49240	CARACOLITO DEL MAR	GONZALEZ ROJAS NELSON DAVID ORBEMUSA SAMP COLOMBIA LTDA
44265	CHANGARALA	GONZALEZ ROJAS NELSON DAVID ORBEMUSA SAMP COLOMBIA LTDA
50757	CINTURITA	GONZALEZ ROJAS NELSON DAVID ORBEMUSA SAMP COLOMBIA LTDA
1565824	CUANDO VENGA LA PRIMAVERA	GONZALEZ ROJAS LUIS FELIPE ORBEMUSA SAMP COLOMBIA LTDA
44267	CUMBAN DEL MONTE	GONZALEZ ROJAS NELSON DAVID

1630072	LA SIRENA	LOPEZ JOSE RAFAEL ORBEMUSA SAMP COLOMBIA LTDA
1879151	LA TRIBU DE SANFERNANDO	GONZALEZ ROJAS NELSON DAVID FM ENTRETENIMIENTO SAS
617331	LLORANDOTE	GONZALEZ ROJAS LUIS FELIPE ORBEMUSA SAMP COLOMBIA LTDA
1143618	LLORA CORAZON	HERNANDEZ MARIN RAFAEL PEER INTERNATIONAL CORP PEERMUSIC DE COLOMBIA S A
49231	LONDRES	GONZALEZ ROJAS NELSON DAVID ORBEMUSA SAMP COLOMBIA LTDA
49249	LUNA DEL RIO	GONZALEZ ROJAS NELSON DAVID GONZALEZ ROJAS NELSON DAVID
44303	MARILYN	ORBEMUSA SAMP COLOMBIA LTDA
44314	OYE SONERO	GONZALEZ ROJAS NELSON DAVID FM ENTRETENIMIENTO SAS
49237	PARA TI CALENA	GONZALEZ ROJAS NELSON DAVID ORBEMUSA SAMP COLOMBIA LTDA
4170486	PASCUA EN NAVIDAD	DELGADO ALVAREZ JUAN MANUEL ORBE EDIC MUSI ORBEMUSA SAMP COLOMBIA LTDA

- c) PRUEBAS NO VALORADAS: Los contratos³⁶ donde queda en evidencia que Nelson González no es el autor de varias obras

Sony Music Publishing Colombia Ltda., oportunamente, en su contestación de la demanda, allegó varios contratos con los verdaderos autores de las siguientes obras: Canto a la Montaña (Autor: Pedro Tomás Hernández), La Sirena (Autor: José Rafael López), Llorándote (Autor: Luis Felipe González), Pascua de Navidad (Autor: Juan Manuel Delgado Álvarez). Así se muestra a continuación en copias de pantalla de fragmentos de los contratos que obran en el expediente:

CONTRATO RESPECTO DE LA OBRA “CANTO A LA MONTAÑA”³⁷



CONTRATO DE EDICIÓN
Fecha: 25 de Julio de 1975
Lugar: Caracas, Venezuela
C.I. 542013

CONTRATO DE EDICIÓN
Que se celebra entre ORBE EDICIONES MUSICALES S.A. con domicilio en Caracas, Venezuela, Apartado Postal 3402, en adelante denominado EL EDITOR; y el señor (--), PEDRO TOMÁS HERNÁNDEZ, C.I. 542013.

en adelante llamado (s) EL AUTOR, bajo las siguientes cláusulas:

PRIMERA: El AUTOR por el presente cede, transfiere y asigna al EDITOR, sus sucesores y cesionarios, con carácter de exclusividad, para todos los países del mundo la obra originalmente titulada: PINCELADA MARINA-100%, UNO MAS-100%, CANTO EN LA MONTAÑA 100%, MUCHIMA-100%, CATIRITA LINDA-100%, LA RUTA MARINA-100%, ADIOS, ADIOS CORAZON-100%, ALMA PERDIDA-100%, AMOR QUE ADORE 100%, PARA QUE MENTIR-100% LA TORTUGA DE JUAN GRIECO-100%, PAISAJE MARINO-100% Letra y música de: EL BOTECITO-100%, PRINCESITA-100%, EN TINIEBLAS-100%

de la que afirma ser autor y no tenerla afecta a ninguna carga, responsabilidad o gravamen de cualquier género.

El AUTOR manifiesta asimismo, bajo su responsabilidad, que la obra objeto de este contrato es una creación original y exclusivamente suya y que no infringe el copyright de cualquier otra obra y que está plenamente facultado para celebrar este convenio y ceder los derechos que por el mismo se conceden.

El EDITOR queda facultado, tan ampliamente como fuere necesario, para obtener el registro de propiedad intelectual y copyright de la obra, así como todas las renovaciones y sub-ediciones, en todo los países del mundo, constituyéndose tal mandato por este acto.

³⁶ Ver CUADERNO 3, carpeta denominada “CUADERNO 3 FOLIO 375 1-2022-77613”, archivo llamado “PRUEBAS 1 a 4”, págs. 2,5,13,14 y 28.

³⁷ Ver CUADERNO 3, carpeta denominada “CUADERNO 3 FOLIO 375 1-2022-77613”, archivo llamado “PRUEBAS 1 a 4”, pág. 2. Contrato de fecha 1 de julio de 1975.



CONTRATO RESPECTO DE LA OBRA "LA SIRENA"³⁸

REGISTRO DE AUTORES Y OBRAS MUSICALES
Apt. 3402 Caracas - Teléfono: 47 58.11 al 14

CONTRATO DE DIVULGACION Y UTILIZACION DE OBRAS MUSICALES

Entre ORBE EDICIONES MUSICALES, S.A. (ORBEMUSA), representada en este acto por su GERENTE-----
señor LIGIA DE SARGIA, quien en lo adelante se
llamará LA EDITORA, por una parte, y por la otra, JOSE RAFAEL LOPEZ (RHONY)
Cédula de Identidad N° 3.588.918 llamado en lo adelante EL COMPOSITOR, y JOSE RAFAEL
LOPEZ (RHONY) (Cédula de Identidad N° 3.588.918)
llamado en lo adelante EL AUTOR, se ha celebrado un contrato contenido en las cláusulas siguientes:

PRIMERA--OBJETO DEL CONTRATO: Es objeto del presente contrato, la(s) obra (s) musical (es) titulada(s):
LA SIRENA (100%)

Item(s) en adelante LA OBRA (s) LA OBRA(s) de la(s) aut(ora) EL COMPOSITOR y EL AUTOR entregan a LA EDITORA, 1 ejemplar (os) original (es), firmado(s) por ambos, y que pasarán a formar parte del presente Contrato.

SEGUNDA--ORIGINALIDAD DE LA OBRA: EL COMPOSITOR y EL AUTOR declaran que LA OBRA es original y de su creación exclusiva, que no existe impedimento de cualquier naturaleza para la concesión de los derechos previstos en este Contrato, y que, además, responden por cualquier acción de reivindicación, plagio u otra clase de reclamaciones que al respecto pudieren sobrevenir.

TERCERA--REGISTRO DE LA OBRA: LA EDITORA se obliga a registrar LA OBRA, a cuyos efectos, si ésta no ha sido previamente inscrita en el Registro Público, LA EDITORA procederá a hacerlo de conformidad con lo dispuesto en la Ley sobre el Derecho de Autor.

CONTRATO RESPECTO DE LA OBRA "LLORANDOTE"³⁹

Orbe Ediciones Musicales S.A.
CABLES: ORBEMUSA APARTADO: 3402 - CARACAS

CONTRATO DE EDICION

Que se celebra el día 6 de Abril, de 1971, entre ORBE EDICIONES MUSICALES S. A. con domicilio en Caracas, Venezuela, Apartado Postal 3402, en adelante denominado EL EDITOR y por otra parte el Sr.(s): LUIS FELIPE GONZALEZ - C. I. 3.700.8136
en adelante llamado(s) EL AUTOR, bajo las siguientes cláusulas:

PRIMERA: EL AUTOR por el presente cede, transfiere y asigna al EDITOR, sus sucesores y cesionarios, con carácter de exclusividad, para todos los países del mundo la obra originalmente titulada: LA GUAYABITA = Cumbia-Papelón (Música y Letra)
LLORANDOTE - Papelón - Música
Letra y música de: Luis Felipe González
de la que afirma ser autor y no tenerla afectada a ninguna carga, responsabilidad o gravamen de cualquier género.

El AUTOR manifiesta asimismo, bajo su responsabilidad, que la obra objeto de este contrato es un trabajo original suyo y que no infringe el copyright de cualquier otra obra y que está plenamente facultado para celebrar este convenio y ceder los derechos que por el mismo se conceden.

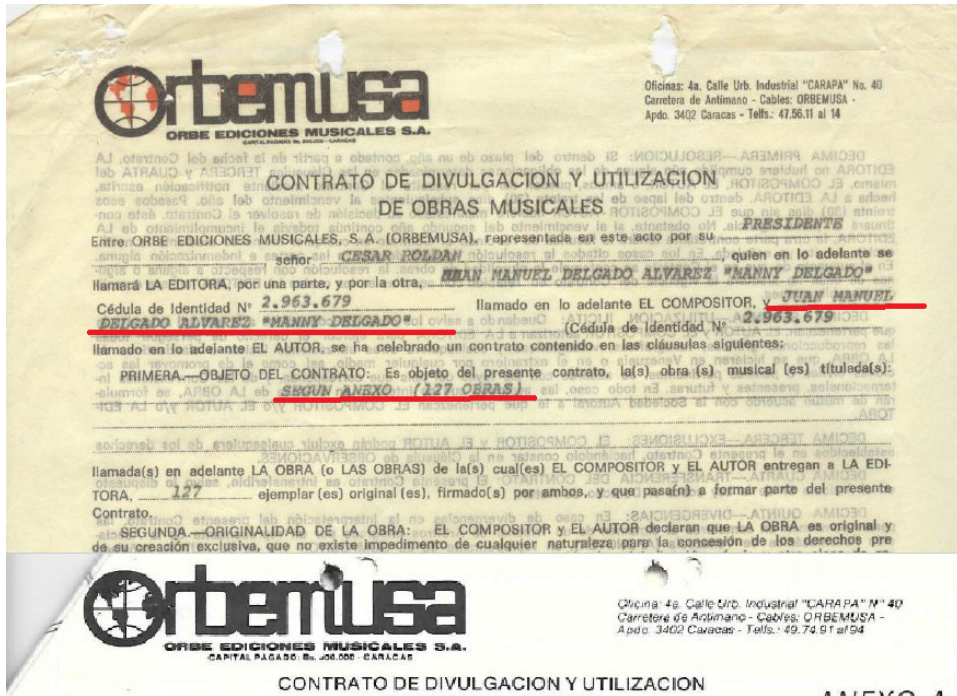
El EDITOR queda facultado, tan ampliamente como fuere necesario, para obtener el registro de propiedad intelectual y copyright de la obra y para hacer las renovaciones y subediciones, en todos los países del mundo.

³⁸ Ver CUADERNO 3, carpeta denominada "CUADERNO 3 FOLIO 375 1-2022-77613", archivo llamado "PRUEBAS 1 a 4", pág. 5. Contrato de fecha 10 de enero de 1972.

³⁹ Ver CUADERNO 3, carpeta denominada "CUADERNO 3 FOLIO 375 1-2022-77613", archivo llamado "PRUEBAS 1 a 4", pág. 12. Contrato del 6 de abril de 1971.



CONTRATO RESPECTO DE LA OBRA “PASCUA DE NAVIDAD”⁴⁰



N°	TITULOS	PORCENTAJE	SOCIEDAD
136	OH MUNDO	100%	✓
137	OH PATRIA MIA	100%	✓
138	PARRANDA ALEGRE	100%	0
139	PARRANDA CRIOLLA	50%	✓
140	PARRANDA Y SON	100%	✓
141	PARRANDEANDO POR PETARE	100%	✓
142	PASCUA EN NAVIDAD	50%	✓
143	PLEGARIA PARA UNA VIRGEN	100%	✓

d) Los ejemplares de las obras musicales

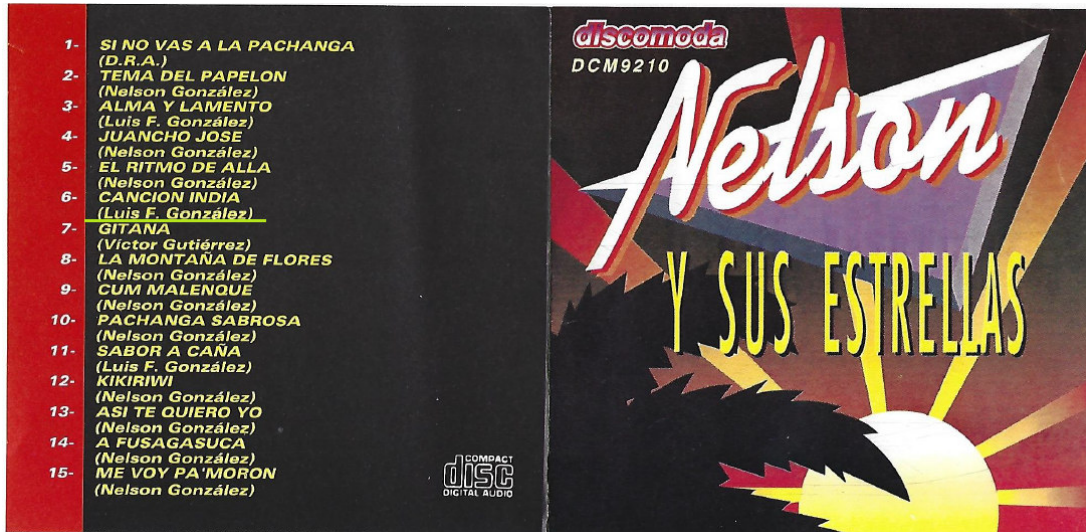
Sony Music Publishing Colombia Ltda. aportó oportunamente en su contestación de la demanda, copias de los ejemplares de las obras musicales⁴¹ donde se acredita que los autores de las siguientes obras son personas diferentes al demandante. Así: Canción India (Autor: Luis F. González), Bailaderos (Autor: Luis Felipe González), Cuando Venga la Primavera (Autor: Luis Felipe González), La Sirena (Autor: José Rafael López), Pascua de Navidad (Autor: Juan Manuel Delgado) y Canto a la montaña (Pedro Hernández).

Se muestran a continuación la imagen de ejemplares de las obras dejados de valorar por el juez de primera instancia:

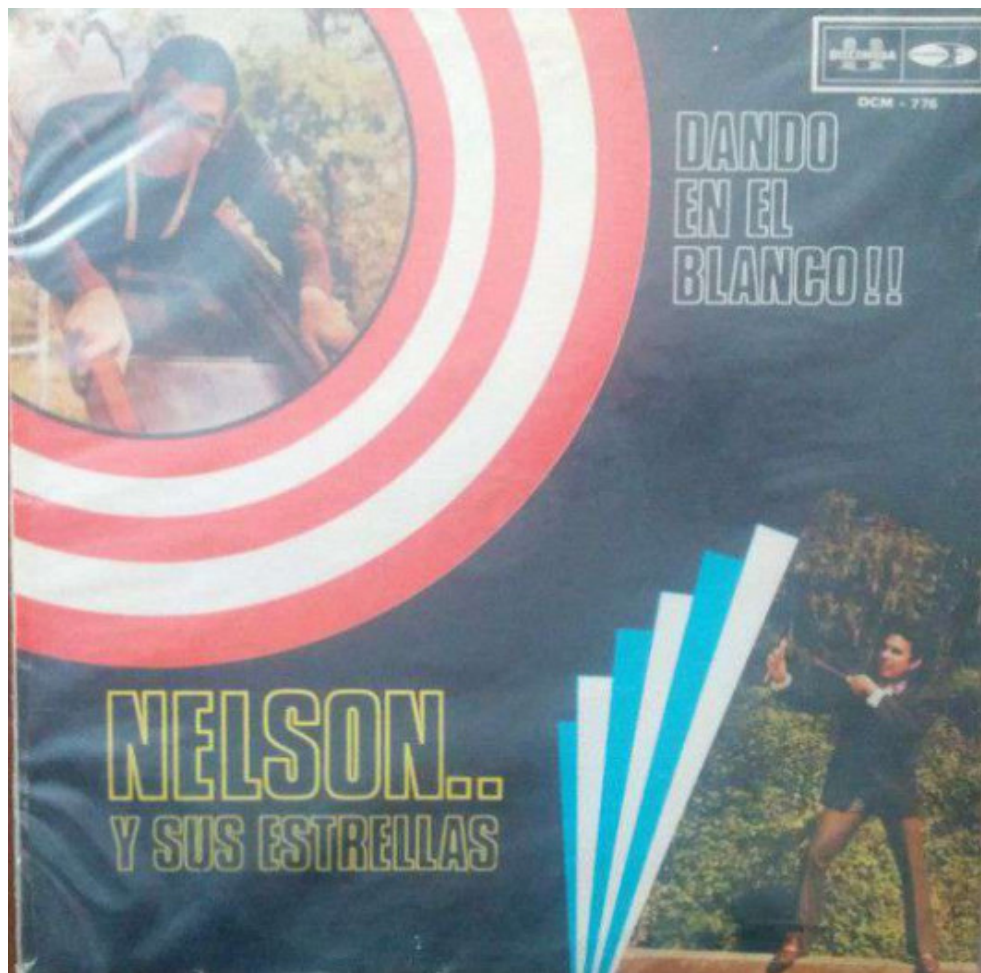
⁴⁰ Ver CUADERNO 3, carpeta denominada “CUADERNO 3 FOLIO 375 1-2022-77613”, archivo llamado “PRUEBAS 1 a 4”, págs. 14 y 28. Contrato del 1 de noviembre de 1979.

⁴¹ Ver CUADERNO 3, carpeta denominada “CUADERNO 3 FOLIO 373 1-2022-77615”, ver pruebas 17 a 26.

EJEMPLA DE “CANCIÓN INDIA”⁴²



EJEMPLAR DE “BAILADEROS” Y “PASCUA DE NAVIDAD”⁴³



⁴² Ver CUADERNO 3, carpeta denominada “CUADERNO 3 FOLIO 373 1-2022-77615”, archivo llamado “Prueba 23 DCM 9210-NELSON Y SUS ESTRELLAS”, págs. 1-2. Ejemplar de la producción discográfica “Nelson y sus Estrellas” (1994).

⁴³ Ver CUADERNO 3, carpeta denominada “CUADERNO 3 FOLIO 373 1-2022-77615”, archivo llamado “Prueba 20 DCM-776-DANDO EN EL BLANCO, CARATULA”, págs. 1, 3 y 4. Portada y ejemplar de la producción discográfica “Dando en el Blanco” de 1971)



EJEMPLAR DE “CANCIÓN INDIA” Y “CUANDO VENGA LA PRIMAVERA”⁴⁴:

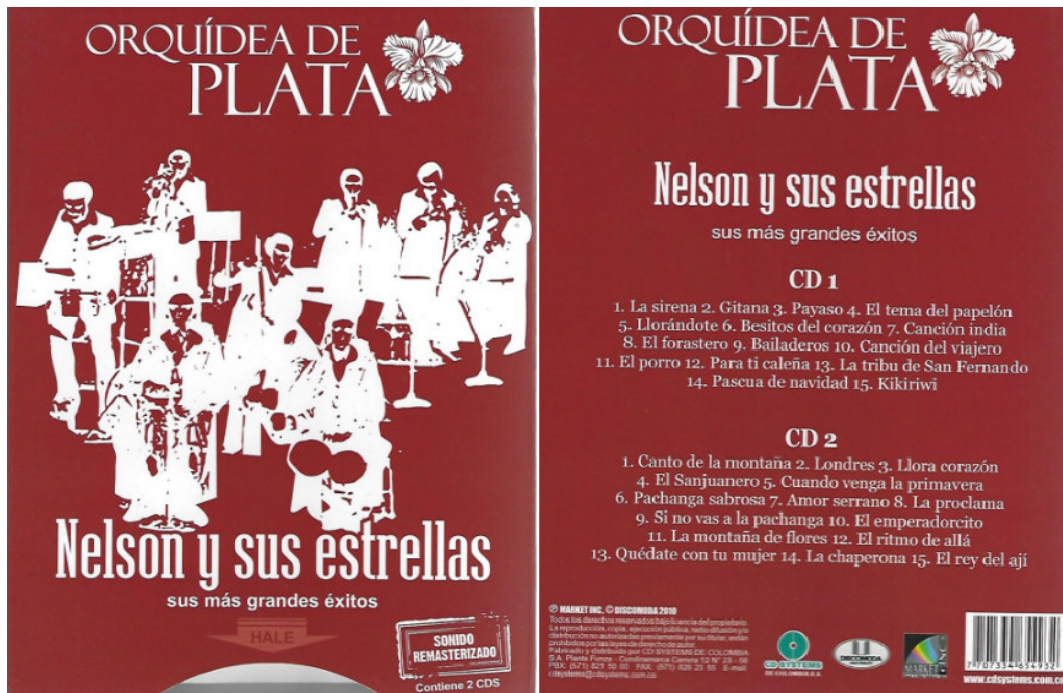


⁴⁴ Ver CUADERNO 3, carpeta denominada “CUADERNO 3 FOLIO 373 1-2022-77615”, archivo llamado “Prueba 18 DCM-913 NELSON INTERNACIONAL PORTADA”, págs. 4-7. Portada y ejemplar de la producción discográfica “Nelson y sus Estrellas” de 1975)





EJEMPLAR DE: “LA SIRENA”, “CANCIÓN INDIA”, “BAILADEROS”, “PASCUA DE NAVIDAD”, “CANTO DE LA MONTAÑA”, “CUANDO VENGA LA PRIMAVERA”⁴⁵:



⁴⁵ Ver CUADERNO 3, carpeta denominada “CUADERNO 3 FOLIO 373 1-2022-77615”, archivo llamado “Prueba 19 ORQUÍDEA DE PLATA, NELSON Y SUS ESTRELLAS”, pág. 1-4. Portada y ejemplar de la producción discográfica “Orquídea de Plata” de 2010.

EJEMPLARES DE “CANTO A LA MONTAÑA”⁴⁶



⁴⁶ Ver CUADERNO 3, carpeta denominada “CUADERNO 3 FOLIO 373 1-2022-77615”, archivo llamado “Prueba 17 DCM-S 293-PARA COLOMBIA”, pág. 1-3. Portada y ejemplar de la producción discográfica “Canto a la Montaña” 45 R.P.M.



El ejemplar (partitura y letra) de la obra “La Sirena”

El juez de primera instancia no apreció el ejemplar de la obra (partitura y letra)⁴⁷ que hacía parte del Contrato allegado oportunamente por Sony Music Publishing Colombia Ltda., entregado en su momento por el autor José Rafael López al Editor Orbemusa. En el ejemplar de la obra -de manera clara e inequívoca- se deja en claro que la obra “La Sirena” es de autoría de José Rafael López y no de Nelson González. A continuación, se muestra la partitura y letra de la canción manuscrita que el autor entregó a la editora Orbemusa:

Handwritten musical score for the song "La Sirena". The score includes a title box "LA SIRENA.", a composer box "L. y M. JOSE RAFAEL LOPEZ 'RHONY'", and a publisher box "ORBEMUSA". The score is written for Trombone and includes a guitar accompaniment section with a "ritmo" marking. The guitar part includes chords such as G, Am7, D7, E7, and Am7. The score is published by Orbemusa Ediciones Musicales S.A. and includes a contact number for Sony Music: 571-6219343/4352. The score is scanned with CamScanner.

⁴⁷ Ver CUADERNO 3, carpeta denominada “CUADERNO 3 FOLIO 375 1-2022-77613”, archivo llamado “PRUEBAS 1 a 4”, págs. 7-10.



15-2003 01:55 PM DISCOMODA

4929175

P. 02

Handwritten musical notation for guitar, consisting of six systems of staves. Each system includes a treble clef, a key signature of one sharp (F#), and a 4/4 time signature. The notation includes chords and rhythmic patterns.

System 1: Chords E7, Am7, Am7, D7. Includes a circled '2' and a circled 'E'.

System 2: Chords D7, G, G G6, G.

System 3: Chords E7, Am7, Am7.

System 4: Chords D7, D7, G, G.

System 5: Chords G, Am7, D7. Includes a circled 'E' and the text "[Percusión]".

System 6: Chords G, E7, Am7.



01-15-2003 01:56 PM DISCOMODA 4829175 P.03

ORBEMUSA
Para Pedagogos Will

Escaneado con CamScanner



15-2003 01:57 PM DISCOMODA

4829175

P. 04

Handwritten musical notation on a staff. It includes a circled 'C' with a slash, a box containing '4 veces', and another box containing 'Bisita 4 veces'.

Handwritten musical notation on a staff. It includes a circled 'G' and a box containing 'CORTE FINAL'.

Empty musical staff with the title "LA SIRENA" written in the center.

YO TE IMAGINO UNA SIRENA
EN UN GRAN MAR DE CIUDAD ESCONDIDA

Empty musical staff with the lyrics:
YO ME IMAGINO UN MARINERO
PENSANDO SIEMPRE
MIS REDES VACIAS

LA SIRENA VIENE HACIA MI
VOY ATRAPARLA EN MI RED MARINERA
Y ME ESPERA PARA GOZAR

Empty musical staff with the lyrics:
LOCA DE RISA
EN LA ESPUMA DEL MAR
BIS.....

YO TE IMAGINO UNA SIRENA
BIS.....

Empty musical staff.

15-2003 01:57 PM

E. Error de derecho: el juzgador de primera instancia no aplicó las presunciones de autoría reconocidas en la ley.

Como consecuencia de haber inobservado o dejado de valorar las pruebas que se detallaron en el anterior cargo, en la sentencia de primera instancia se dejaron de aplicar las presunciones de autoría que establecen **(i)** El artículo 15 del Convenio de Berna⁴⁸, **(ii)** El artículo 8 de la Decisión Andina 351 de 1993⁴⁹ y **(iii)** El artículo 10 de la Ley 23 de 1982⁵⁰. Todas estas normas establecen una presunción legal: que la persona cuyo nombre aparezca impreso en la obra o en sus reproducciones, se presume autor de esta.

Como se expuso ampliamente en el anterior cargo, Sony Music Publishing Colombia Ltda. aportó oportunamente en su contestación de la demanda, copias de los ejemplares de las obras musicales⁵¹ donde se acredita que los autores de las siguientes obras son personas diferentes al demandante. Así:

OBRA	AUTOR
Canción India	Luis Felipe González
Bailaderos	Luis Felipe González
Cuando Venga la Primavera	Luis Felipe González
La Sirena	José Rafael López
Pascua de Navidad	Juan Manuel Delgado
Canto a la montaña	Pedro Hernández

El fallador de primera instancia no solo inobservó la pruebas en cuestión, sino que, además, dejó de aplicar -cuando debía hacerlo- las disposiciones legales antes citadas que consagran la mencionada presunción de autoría.

⁴⁸ ARTICULO 15. 1) Para que los autores de las obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio sean, salvo pruebas de contrario, considerados como tales y admitidos en consecuencia, ante los tribunales de los países de la Unión para demandar a los defraudadores, bastara que su nombre aparezca estampado en la obra en la forma usual.

El presente párrafo se aplicará también cuando ese nombre sea seudónimo que por lo conocido no deje la menor duda sobre la identidad del autor.

⁴⁹ Artículo 8. Se presume autor, salvo prueba en contrario, la persona cuyo nombre, seudónimo u otro signo que la identifique, aparezca indicado en la obra.

⁵⁰ Artículo 10. Se tendrá como autor de una obra, salvo prueba en contrario, la persona cuyo nombre, seudónimo, iniciales, o cualquier otra marca o signos convencionales que sean notoriamente conocidos como equivalentes al mismo nombre, aparezcan impresos en dicha obra o en sus reproducciones, o se enuncien en la declamación, ejecución, representación, interpretación, o cualquiera otra forma de difusión pública de dicha obra. Parágrafo* En todo proceso relativo al derecho de autor, y ante cualquier jurisdicción nacional se presumirá, salvo prueba en contrario, que la persona bajo cuyo nombre, seudónimo o su equivalente se haya divulgado la obra, será el titular de los derechos de autor. También se presumirá, salvo prueba en contrario, que la obra se encuentra protegida.

⁵¹ Ver CUADERNO 3, carpeta denominada "CUADERNO 3 FOLIO 373 1-2022-77615", ver pruebas 17 a 26.

Ahora bien, respecto a la obra “**La Sirena**”, el juez de primera instancia no apreció el ejemplar de la obra (partitura y letra)⁵² que hacía parte del Contrato allegado oportunamente por Sony Music Publishing Colombia Ltda., entregado en su momento por el autor José Rafael López al Editor Orbemusa. En el ejemplar de la obra de manera clara e inequívoca, se deja en claro que la obra “La Sirena” es de autoría de José Rafael López y no de Nelson González.

Así pues, el juez en este contexto tampoco aplicó la presunción de autoría contenida en los artículos 10 de la Ley 23 de 1982 y 8 de la Decisión 351 de 1993, según la cual debía presumirse que el autor de la obra “La Sirena” era José Rafael López, por ser la persona cuyo nombre aparecía indicado en la obra o en su ejemplar.

F. Error de derecho: el juzgador aplicó equivocadamente las normas de la Ley 23 de 1982 a unos contratos que fueron celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de dicha ley.

1. Lo que se impugna

En la sentencia del juez de primera instancia se afirmó, de forma equivocada, que los contratos de edición allegados por Sony Music Publishing Colombia Ltda. relativos a las obras: Cinturita⁵³, Tema del Papelón⁵⁴, Cumban pal Monte⁵⁵, Ritmo de Allá⁵⁶, El Rey del Ají⁵⁷ y Changarala⁵⁸, y que fueron firmados en el año 1969, no eran propiamente “contratos de edición”, sino de “transferencia o cesión de derechos”.

El juez llegó a dicha conclusión luego de acudir a una definición doctrinal del contrato de edición, y de aplicar -de manera errada y retroactivamente- normas de la Ley 23 de 1982 a los contratos firmados en 1969.

Tal aplicación de la ley trajo como resultado que el juez de primera instancia exigiera el cumplimiento de una serie de formalidades, para dar valor a dichos contratos. Y ante la ausencia de dichas formalidades consideró -equivocadamente- que los contratos allegados no tenían valor.

⁵²Ver CUADERNO 3, carpeta denominada “CUADERNO 3 FOLIO 375 1-2022-77613”, archivo llamado “PRUEBAS 1 a 4”, págs. 7-10.

⁵³ Ver CUADERNO 3, carpeta denominada CUADERNO 3 FOLIO 375 1-2022-77613, archivo llamado “PRUEBAS 5 A 12”, págs. 2-3. Contrato de edición del 16 de junio de 1969.

⁵⁴Ver CUADERNO 3, carpeta denominada CUADERNO 3 FOLIO 375 1-2022-77613, archivo llamado “PRUEBAS 5 A 12”, págs. 2-3. Contrato de edición del 16 de junio de 1969.

⁵⁵Ver CUADERNO 3, carpeta denominada CUADERNO 3 FOLIO 375 1-2022-77613, archivo llamado “PRUEBAS 5 A 12”, págs. 2-3. Contrato de edición del 16 de junio de 1969.

⁵⁶ Ver CUADERNO 3, carpeta denominada CUADERNO 3 FOLIO 375 1-2022-77613, archivo llamado “PRUEBAS 5 A 12”, pág. 5. Contrato de edición del 4 de septiembre de 1969.

⁵⁷Ver CUADERNO 3, carpeta denominada CUADERNO 3 FOLIO 375 1-2022-77613, archivo llamado “PRUEBAS 5 A 12”, pág. 7. Contrato de edición del 21 de octubre de 1969.

⁵⁸ Ver CUADERNO 3, carpeta denominada CUADERNO 3 FOLIO 375 1-2022-77613, archivo llamado “PRUEBAS 5 A 12”, pág. 7. Contrato de edición del 21 de octubre de 1969.

Específicamente, el juez de primera instancia dijo lo siguiente⁵⁹:

4.1.4 Sobre los contratos de edición aportados por Sony Music Publishing Colombia Ltda.

El litisconsorte necesario Sony Music Publishing Colombia Ltda. trae como pruebas con su contestación, unos negocios jurídicos denominados contratos de edición⁴⁹, que fueron celebrados en Caracas, Venezuela, entre el acá demandante y Orbemusa, y que versan sobre los derechos patrimoniales de las obras: *Cinturita*, *Tema del Papelón*, *Ven Caraqueña*, *Cumban pal Monte*, *Ritmo de Allá*, *El rey del Aji* y *Chamgarala*.

Teniendo en cuenta que los contratos se denominan de edición, es pertinente citar a Delia Lipszyc quien define estos como:

“aquel por el cual el autor de una obra literaria, musical o artística – o su derechohabiente – autoriza a una persona física o jurídica (el editor), y esta se obliga a reproducir o hacer reproducir en forma gráfica, de una manera uniforme y directa, un número determinado de ejemplares (...), a publicitarlos, distribuirlos y venderlos al público por su cuenta y riesgo, sin subordinación jurídica, así como a pagar a la otra parte una remuneración proporcional a los producidos por la venta de ejemplares, o bien a tanto alzado.”⁵⁰ (subrayado fuera del texto)

De esta definición, acorde con el artículo 119 de la Ley 23 de 1982 que reza *“Por el solo contrato de edición no se transfiere en ningún momento el derecho de autor (...)”*, aplicable al sector musical debido al artículo 138⁵¹ de la misma ley, se puede concluir que este contrato no conlleva la cesión o transferencia de los derechos patrimoniales de las obras que son objeto del negocio jurídico, pues el autor solo autoriza al editor para realizar determinadas acciones relacionadas con la explotación de la obra.

En el caso objeto de estudio se puede evidenciar que los contratos establecen en la cláusula primera que *“El autor por el presente cede, transfiere y asigna al editor sus sucesores y cesionarios, con carácter de exclusividad, para todos los países del mundo la obra originalmente titulada (...)”*. Teniendo en cuenta esta cláusula y la redacción de los contratos en los que consta el uso de forma expresa del término cesión, se puede concluir que los contratos denominados de edición que son objeto de estudio tienen como finalidad la transferencia de los derechos patrimoniales sobre las obras ya mencionadas al principio de este acápite.

En tal sentido, se entenderá que independientemente del nombre que las partes les dieron a los contratos estudiados, estos mutaron a una cesión. Por tanto, se analizará si la Ley 86 de 1946, que era la norma vigente en la materia para la época de su celebración, establecía el cumplimiento de formalidades para la cesión de los derechos en cuestión y si estos contratos las cumplen.

Al respecto, el artículo 52 de la Ley 86 de 1946 estipulaba que: *“Todo acto de enajenación de una obra científica, literaria o musical, sea total o parcial deberá hacerse constar en instrumento público que se inscribirá en el registro nacional de propiedad intelectual. Sin estas formalidades el adquirente no podrá hacer valer su derecho”*. Como se establece en dicho artículo, la legislación colombiana para aquel entonces exigía que la enajenación de

estos derechos se realizara mediante instrumento público, situación que no se encuentra cumplida en los contratos que acá estudiamos.

(...)

⁵⁹ Ver en CUADERNO 3, en archivo denominado “CUADERNO 3 FOLIO 430 a 453 Sentencia 13-07-23” págs. 13-15.

En el caso objeto de estudio, se puede constatar que el litisconsorte necesario aporta los contratos sin indicar cuales serían las normas jurídicas venezolanas que permitan verificar la validez y existencia del negocio jurídico en dicho país, tampoco las allega, ni aporta el dictamen que contempla el artículo ya citado, de igual forma, no indica al Despacho si la norma extranjera es escrita o no, ni pide los testimonios que en este último caso se requerirían.

Por lo tanto, los contratos de edición encaminados a demostrar la titularidad derivada de la sociedad OrbeMusa sobre las obras, *Cinturita*, *Tema del papelón*, *Ven caraqueña*, *Cumban pal monte*, *Ritmo de Allá*, *El rey del Aji* y *Chamgarala*, no cumplen con las formalidades exigidas por la norma interna y que tampoco se probó el cumplimiento de la norma del país en el cual fueron celebrados, razón por la cual no pueden generar efectos declarativos en el presente proceso.

Así las cosas, toda vez que no puede entenderse efectuada la transferencia de los derechos patrimoniales sobre estas obras y que, tal como se indicó en un acápite anterior, el demandante es el autor y por tanto titular originario respecto de las obras que estudiamos, lo que procedía era probar en contra de su legitimación en la presente causa.

En efecto, al no estar probada la transferencia de los derechos que Sony Music Publishing Colombia Ltda. pretende ejercer, este debe asumir las consecuencias que ello le genere y en tal sentido, se entenderá que el demandante está legitimado para reivindicar los derechos patrimoniales de las obras citadas dos párrafos atrás, con excepción de la obra *Ven Caraqueña*, pues como se observa en acápite precedente esta fue objeto de otro tipo de contrato que sí surtirá efectos en el presente proceso.

2. Desarrollo del cargo

En el caso que nos ocupa, el juez de primera instancia aplicó de forma retroactiva la Ley 23 de 1982 a unos contratos allegados por mi representada, que fueron firmados en el año 1969.

La aplicación de forma retroactiva de la ley, en este escenario constituye un error de derecho por cuanto, de acuerdo con el artículo 38 de la Ley 157 de 1887, a todo contrato le están incorporadas las leyes vigentes al momento de su firma o celebración, no las leyes posteriores. El referido artículo 38 de la Ley 157 establece que:

“ARTÍCULO 38. En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

(...)” (Negrilla fuera del texto original)

El error del juez se encuentra en que eligió aplicar retroactivamente a los contratos firmados en el año 1969, normas expedidas en el año 1982, puntualmente los artículos 119 y 138 de la Ley 23 de 1982. Y, estos artículos de la Ley 23 de 1982 no estaban vigentes al momento de la firma de los contratos. Sólo entraron en vigor hasta el año 1982 rigiendo para los contratos celebrados desde este año.

La Ley que sí estaba vigente al momento de la celebración de los contratos -en el año 1969- era la Ley 86 de 1946 sobre propiedad intelectual. Esta era la ley que el juez de primera instancia debió aplicar para hacer el estudio de los contratos de edición firmados en 1969, no la Ley 23 de 1982.

El juez de primera instancia, de haber aplicado la Ley 86 de 1946, particularmente las normas sobre el Contrato de edición, hubiera concluido que los contratos eran plenamente válidos y seguían generando consecuencias jurídicas, como se verá en el acápite siguiente.

G. Error de derecho: El juzgador dejó de aplicar, cuando debía hacerlo, las disposiciones relativas al contrato de edición de la Ley 86 de 1946. Normas especiales que no exigían ninguna formalidad para la realización de dicho contrato.

1. Lo que se impugna

El juez de primera instancia al pronunciarse sobre la validez de los contratos de edición allegados por Sony Music Publishing Colombia Ltda. sobre las obras: Cinturita⁶⁰, Tema del Papelón⁶¹, Cumban pal Monte⁶², Ritmo de Allá⁶³, El Rey del Ají⁶⁴ y Changarala⁶⁵, del año 1969, incurrió en un error de derecho al dejar de aplicar las normas sobre el contrato de edición previstas en la Ley 86 de 1946, que en su momento definían los elementos esenciales del contrato de edición. Se retoma a continuación lo planteado por el juez en su sentencia:

4.1.4 Sobre los contratos de edición aportados por Sony Music Publishing Colombia Ltda.

El litisconsorte necesario Sony Music Publishing Colombia Ltda. trae como pruebas con su contestación, unos negocios jurídicos denominados contratos de edición⁶⁶, que fueron celebrados en Caracas, Venezuela, entre el acá demandante y Orbemusa, y que versan sobre los derechos patrimoniales de las obras: *Cinturita*, *Tema del Papelón*, *Ven Caraqueña*, *Cumban pal Monte*, *Ritmo de Allá*, *El rey del Ají* y *Chamgarala*.

Teniendo en cuenta que los contratos se denominan de edición, es pertinente citar a Delia Lipszyc quien define estos como:

*"aquel por el cual el autor de una obra literaria, musical o artística – o su derechohabiente-autoriza a una persona física o jurídica (el editor), y esta se obliga a reproducir o hacer reproducir en forma gráfica, de una manera uniforme y directa, un número determinado de ejemplares (...), a publicitarlos, distribuirlos y venderlos al público por su cuenta y riesgo, sin subordinación jurídica, así como a pagar a la otra parte una remuneración proporcional a los producidos por la venta de ejemplares, o bien a tanto alzado."*⁶⁷ (subrayado fuera del texto)

De esta definición, acorde con el artículo 119 de la Ley 23 de 1982 que reza "Por el solo contrato de edición no se transfiere en ningún momento el derecho de autor (...)", aplicable al sector musical debido al artículo 138⁶⁸ de la misma ley, se puede concluir que este contrato no conlleva la cesión o transferencia de los derechos patrimoniales de las obras que son objeto del negocio jurídico, pues el autor solo autoriza al editor para realizar determinadas acciones relacionadas con la explotación de la obra.

En el caso objeto de estudio se puede evidenciar que los contratos establecen en la cláusula primera que "El autor por el presente cede, transfiere y asigna al editor sus sucesores y cesionarios, con carácter de exclusividad, para todos los países del mundo la obra originalmente titulada (...)". Teniendo en cuenta esta cláusula y la redacción de los contratos en los que consta el uso de forma expresa del término cesión, se puede concluir que los contratos denominados de edición que son objeto de estudio tienen como finalidad la transferencia de los derechos patrimoniales sobre las obras ya mencionadas al principio de este acápite.

⁶⁰ Ver CUADERNO 3, carpeta denominada CUADERNO 3 FOLIO 375 1-2022-77613, archivo llamado "PRUEBAS 5 A 12", págs. 2-3. Contrato de edición del 16 de junio de 1969.

⁶¹ Ver CUADERNO 3, carpeta denominada CUADERNO 3 FOLIO 375 1-2022-77613, archivo llamado "PRUEBAS 5 A 12", págs. 2-3. Contrato de edición del 16 de junio de 1969.

⁶² Ver CUADERNO 3, carpeta denominada CUADERNO 3 FOLIO 375 1-2022-77613, archivo llamado "PRUEBAS 5 A 12", págs. 2-3. Contrato de edición del 16 de junio de 1969.

⁶³ Ver CUADERNO 3, carpeta denominada CUADERNO 3 FOLIO 375 1-2022-77613, archivo llamado "PRUEBAS 5 A 12", pág. 5. Contrato de edición del 4 de septiembre de 1969.

⁶⁴ Ver CUADERNO 3, carpeta denominada CUADERNO 3 FOLIO 375 1-2022-77613, archivo llamado "PRUEBAS 5 A 12", pág. 7. Contrato de edición del 21 de octubre de 1969.

⁶⁵ Ver CUADERNO 3, carpeta denominada CUADERNO 3 FOLIO 375 1-2022-77613, archivo llamado "PRUEBAS 5 A 12", pág. 7. Contrato de edición del 21 de octubre de 1969.

En tal sentido, se entenderá que independientemente del nombre que las partes les dieron a los contratos estudiados, estos mutaron a una cesión. Por tanto, se analizará si la Ley 86 de 1946, que era la norma vigente en la materia para la época de su celebración, establecía el cumplimiento de formalidades para la cesión de los derechos en cuestión y si estos contratos las cumplen.

Al respecto, el artículo 52 de la Ley 86 de 1946 estipulaba que: “*Todo acto de enajenación de una obra científica, literaria o musical, sea total o parcial deberá hacerse constar en instrumento público que se inscribirá en el registro nacional de propiedad intelectual. Sin estas formalidades el adquirente no podrá hacer valer su derecho*”. Como se establece en dicho artículo, la legislación colombiana para aquel entonces exigía que la enajenación de

estos derechos se realizara mediante instrumento público, situación que no se encuentra cumplida en los contratos que acá estudiamos.

(...)

En el caso objeto de estudio, se puede constatar que el litisconsorte necesario aporta los contratos sin indicar cuales serían las normas jurídicas venezolanas que permitan verificar la validez y existencia del negocio jurídico en dicho país, tampoco las allega, ni aporta el dictamen que contempla el artículo ya citado, de igual forma, no indica al Despacho si la norma extranjera es escrita o no, ni pide los testimonios que en este último caso se requerirían.

Por lo tanto, los contratos de edición encaminados a demostrar la titularidad derivada de la sociedad OrbeMusa sobre las obras, *Cinturita*, *Tema del papelón*, *Ven caraqueña*, *Cumban pal monte*, *Ritmo de Allá*, *El rey del Aji* y *Chamgarala*, no cumplen con las formalidades exigidas por la norma interna y que tampoco se probó el cumplimiento de la norma del país en el cual fueron celebrados, razón por la cual no pueden generar efectos declarativos en el presente proceso.

Así las cosas, toda vez que no puede entenderse efectuada la transferencia de los derechos patrimoniales sobre estas obras y que, tal como se indicó en un acápite anterior, el demandante es el autor y por tanto titular originario respecto de las obras que estudiamos, lo que procedía era probar en contra de su legitimación en la presente causa.

En efecto, al no estar probada la transferencia de los derechos que Sony Music Publishing Colombia Ltda. pretende ejercer, este debe asumir las consecuencias que ello le genere y en tal sentido, se entenderá que el demandante está legitimado para reivindicar los derechos patrimoniales de las obras citadas dos párrafos atrás, con excepción de la obra *Ven Caraqueña*, pues como se observa en acápite precedente esta fue objeto de otro tipo de contrato que sí surtirá efectos en el presente proceso.

2. Desarrollo del cargo

El fallador de primera instancia incurrió en un error de derecho al dejar de aplicar a los contratos de edición allegados por mi representada y firmados en el año 1969, las normas sobre el contrato de edición previstas en la Ley 86 de 1946, que regían para ese momento.

- a) *El juez debía dar aplicación a los artículos 57 y 63 de la Ley 86 de 1946, atendiendo a la vigencia de las normas*

El juez debía aplicar las normas del contrato de edición de la Ley 86 de 1946, esto es, los artículos 57 a 64, porque eran las normas vigentes al momento de celebración de los contratos en 1969.

Puntualmente el fallador debía aplicar los siguientes artículos de la citada Ley 86:

El artículo 57 de la Ley 86 de 1946, que establece:

“Por el contrato de edición el titular del derecho de propiedad de una obra intelectual y un editor se obligan recíprocamente, el uno a entregar tal obra y el otro a reproducirla difundirla y venderla.

Este contrato se regula, por las reglas consignadas en los artículos siguientes, modificables por las partes en cuanto no fuere contrario al orden público o a las buenas costumbres.”

La norma enunciada no exigía ninguna formalidad para que el contrato de edición entre autor y editor pueda ser considerado como tal. Por ello, de haber aplicado la norma pertinente, no podía exigir ninguna formalidad para tener como válidos los contratos de edición del año 1969, allegados.

Hay que señalar que, cuando la norma en su inciso segundo informa que el contrato “...se regula, por las reglas consignadas en los artículos siguientes” se refiere a los artículos que rigen a los contratos de edición, esto es, a los artículos 57 a 64 de la Ley 86 de 1946. También que dichas reglas son especiales.

Igualmente se inaplicó una norma que resultaba determinante: el artículo 63 de la citada Ley 86 de 1946.

El artículo 63 de la Ley 86 de 1946 enuncia que:

“ARTICULO 63. El autor o sus causahabientes pueden transferir al editor la propiedad intelectual de la obra, pero si esto no consta expresamente en el contrato de edición, se entenderá que aquéllos se reservaron la propiedad de la obra.

(...).” (Negrilla fuera del texto original)

El artículo precedente establecía la posibilidad de pactar, en los contratos de edición, la transferencia de derechos, sin condicionarlo a formalidad alguna. Aspecto que deja sin fundamento el razonamiento del juez, según el cual, si se transferían los derechos de autor en los contratos, estos necesariamente debían mutar de contratos de edición a contratos de cesión o de transferencia de derechos.

En efecto, el *a quo* partió de una premisa fáctica correcta: que en los contratos de referencia se utilizaban expresiones que daban a entender que el autor había cedido o transferido (no solo entregado o licenciado) sus derechos a la editora ORBEMUSA. Pero se equivocó al seleccionar las normas que regulan dicho supuesto pues, el art. 119 de la Ley 23 de 1982 que establece que el contrato de edición, por sí solo, no transfiere el derecho patrimonial y consecuentemente incurrió en otro error: procedió a exigir,

para dar validez a los contratos, el cumplimiento de unas formalidades exigidas en otra norma inaplicable (las formalidades del art. 183 de la Ley 23 de 1982).

Si el *a quo* hubiera aplicado las disposiciones sustantivas vigentes al momento de la celebración del contrato, su conclusión habría sido totalmente diferente. En primer lugar, habría observado que los contratos presentados al plenario, sí se adecuaban a la definición que de contrato de edición traía el artículo 57 de la Ley 86 de 1946. Una vez definido que los acuerdos en cuestión correspondían a contratos de edición, habría llegado a la conclusión que dichos contratos no requerían formalidad adicional alguna, pues el artículo 63 de la citada Ley 86 de 1946 permitía al autor transferir sus derechos al editor, bastando solamente que ello conste expresamente en el contrato.

Como puede observarse, la Sentencia de Primería instancia no solo omitió aplicar los artículos 57 y 63 de la Ley 86 de 1946, sino que indirectamente inaplicó el artículo 38 de la Ley 153 de 1887. Esta omisión, fue determinante para haber negado -a mi representada- la excepción propuesta de falta de legitimación en la causa respecto de las obras Cinturita⁶⁶, Tema del Papelón⁶⁷, Cumban pal Monte⁶⁸, Ritmo de Allá⁶⁹, El Rey del Ají⁷⁰ y Changarala⁷¹.

b) El a quo debía dar aplicación al artículo 63 de la Ley 86 de 1946 y preferirlo sobre el artículo 52 de la misma ley atendiendo al criterio de especialidad de las normas

El a quo debió dar aplicación al artículo 63 de la Ley 86 de 1946 y preferirlo sobre el artículo 52 de la misma ley, en virtud del principio de especialidad de las normas.

El artículo 52 de la Ley 86 de 1946 disponía que:

“Todo acto de enajenación de una obra científica, literaria o musical, sea total o parcial deberá hacerse constar en instrumento público que se inscribirá en el registro nacional de propiedad intelectual”

Este artículo 52 no resultaba aplicable al caso que nos ocupa porque se constituía en una norma de naturaleza general y, para el escenario de los contratos de edición, existía una norma de naturaleza especial cuya aplicación se debía preferir. Se trata del antes

⁶⁶ Ver CUADERNO 3, carpeta denominada CUADERNO 3 FOLIO 375 1-2022-77613, archivo llamado “PRUEBAS 5 A 12”, págs. 2-3. Contrato de edición del 16 de junio de 1969.

⁶⁷ Ver CUADERNO 3, carpeta denominada CUADERNO 3 FOLIO 375 1-2022-77613, archivo llamado “PRUEBAS 5 A 12”, págs. 2-3. Contrato de edición del 16 de junio de 1969.

⁶⁸ Ver CUADERNO 3, carpeta denominada CUADERNO 3 FOLIO 375 1-2022-77613, archivo llamado “PRUEBAS 5 A 12”, págs. 2-3. Contrato de edición del 16 de junio de 1969.

⁶⁹ Ver CUADERNO 3, carpeta denominada CUADERNO 3 FOLIO 375 1-2022-77613, archivo llamado “PRUEBAS 5 A 12”, pág. 5. Contrato de edición del 4 de septiembre de 1969.

⁷⁰ Ver CUADERNO 3, carpeta denominada CUADERNO 3 FOLIO 375 1-2022-77613, archivo llamado “PRUEBAS 5 A 12”, pág. 7. Contrato de edición del 21 de octubre de 1969.

⁷¹ Ver CUADERNO 3, carpeta denominada CUADERNO 3 FOLIO 375 1-2022-77613, archivo llamado “PRUEBAS 5 A 12”, pág. 7. Contrato de edición del 21 de octubre de 1969.

citado artículo 63 que ya no de manera general, sino de forma muy específica se refería a la transferencia de derechos en el marco de los contratos de edición.

Hay que señalar que la aplicación del artículo 63 de la Ley 86 de 1986 debe preferirse sobre el artículo 52 de la misma ley, por el criterio de especialidad según el cual deben preferirse las normas que regulan un asunto especial a las que tratan regulaciones generales. Lo anterior, con fundamento en el artículo 3 de la Ley 153 de 1887, que dispone:

“Ley 153 de 1887.

*ARTÍCULO 3. Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, ó por incompatibilidad **con disposiciones especiales** posteriores, ó por existir una ley nueva **que regula íntegramente la materia** á que la anterior disposición se refería.”* (Negrilla fuera del texto original).

El criterio de especialidad en la aplicación de las normas también se fundamenta en el artículo 5 de la Ley 57 de 1887 sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional, al definir que:

“Artículo 5. Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla.

Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:

1ª La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general;

2ª Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad ó generalidad, y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en artículo posterior; y si estuvieren en diversos Códigos preferirán, por razón de éstos, en el orden siguiente: Civil, de Comercio, Penal. Judicial, Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública.” (Negrilla fuera del texto original)

La jurisprudencia constitucional⁷² ha resumido el criterio de especialidad en la aplicación de las normas así:

“...existen al menos tres criterios normativos para solucionar los conflictos entre leyes: (i) el criterio jerárquico, según el cual la norma superior prima sobre la inferior, (ii) el criterio cronológico, que reconoce la prevalencia de la norma posterior sobre la anterior, y (iii) el criterio de especialidad, según el cual la norma especial prima sobre la general.

⁷² Corte Constitucional. Sentencia C-451 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio.

(...)

2.1.3.- *A su turno, el criterio de especialidad permite reconocer la vigencia de una norma sobre la base de que regula de manera particular y específica una situación, supuesto o materia, excluyendo la aplicación de las disposiciones generales. (...)*”

H. Error de derecho: Se interpretó indebidamente las normas relativas al trato nacional.

1. Lo que se impugna

El fallador, en la sentencia de primera instancia acudió al principio de trato nacional para explicar por qué exigió que los contratos de edición relativos a las obras: Cinturita, Tema del Papelón, Cumban pal Monte, Ritmo de Allá, El Rey del Ají y Changaralá, debían aportarse en escritura pública.

Sin embargo, el juez de primera instancia interpretó erradamente las disposiciones relativas a dicho principio, como quiera que -conforme a las disposiciones normativas tanto del derecho internacional, comunitario y nacional- el trato nacional se predica de reconocer a los autores extranjeros, los **mismos derechos** que la ley nacional reconoce a los autores locales, no se predica de las formalidades que cada país exige como condición de la existencia, validez u oponibilidad de los contratos relativos al derecho de autor. Puntualmente el fallador afirmó lo siguiente⁷³:

4.1.4.1. Sobre las consecuencias de no cumplir con los requisitos que imponía la norma nacional

En este punto, se debe tener en cuenta que tanto las legislaciones extranjeras como la colombiana, contienen normas que regulan a nivel interno cuestiones de derecho de autor, por lo tanto, es posible que exijan o no el cumplimiento de formalidades para la transferencia de determinados derechos, exigencias que en el respectivo país en principio deberían ser cumplidas para hacer valer los derechos en el ámbito nacional, sin importar que el contrato haya sido celebrado en otro país. Es decir, *prima facie* a los negocios jurídicos celebrados según leyes extranjeras, les serán exigidos los mismos requisitos que a los celebrados a nivel nacional.

Como fundamento de lo anterior, encontramos el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC) cuyo artículo 3 establece el trato nacional, indicando que “*Cada Miembro concederá a los nacionales de los demás Miembros un trato no menos favorable que el que otorgue a sus propios nacionales con respecto a la protección de la propiedad intelectual*”⁵². Esto implica, no imponer a estas personas condiciones menos favorables que las ya existentes para los nacionales, por lo tanto, se entiende que, si la legislación nacional establece una serie de requisitos para la existencia, validez y oponibilidad de ciertos negocios jurídicos, estos mismos podrán ser exigidos a nivel nacional a quienes pertenezcan a los países miembros.

Sin embargo, también existe la posibilidad de analizar los contratos a la luz de la legislación bajo la cual fueron celebrados, al respecto, es pertinente citar lo indicado por la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia C-249 de 2004⁵³ en la que se indica que dar aplicación a legislaciones extranjeras no implica una vulneración a la soberanía del estado, toda vez que:

⁷³ Ver en CUADERNO 3, en archivo denominado “CUADERNO 3 FOLIO 430 a 453 Sentencia 13-07-23” págs. 14 y 15.

“Como quiera que el proceso de internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas de Colombia no se puede asumir como la mera sumatoria de voluntades de unos países que deciden concertarse mecánicamente con otros, la propia Constitución reivindica y pone de manifiesto el propósito integrador que debe nutrir las relaciones de nuestro país con las demás naciones en el amplio espectro de lo económico, social y político”.

Es a partir de esta interpretación hecha por la Corte, que en materia de derecho de autor la existencia, validez y oponibilidad de los negocios jurídicos no necesariamente estarán supeditadas a las exigencias de la legislación colombiana para generar efectos en el territorio nacional, pues bastaría con que el negocio jurídico celebrado en el exterior cumpla con las estipulaciones normativas de ese país para generar efectos en Colombia, esto siempre y cuando se cuente con prueba de la norma extranjera.

En tal sentido, al estar decantado que los contratos de cesión de derechos (denominados de edición) que aportó Sony Music Publishing Colombia Ltda., no cumplen con la formalidad impuesta por la norma nacional, se debe concluir que su oponibilidad en el territorio colombiano estaría supeditada a la demostración del cumplimiento de las normas venezolanas en cuanto a la transferencia de los derechos patrimoniales, y para ello, se debe tener en cuenta lo que contempla el artículo 177 del Código General del Proceso:

“El texto de normas jurídicas que no tengan alcance nacional y el de las leyes extranjeras, se aducirá en copia al proceso, de oficio o a solicitud de parte.

La copia total o parcial de la ley extranjera deberá expedirse por la autoridad competente del respectivo país, por el cónsul de ese país en Colombia o solicitarse al cónsul colombiano en ese país.

También podrá adjuntarse dictamen pericial rendido por persona o institución experta en razón de su conocimiento o experiencia en cuanto a la ley de un país o territorio fuera de Colombia, con independencia de si está habilitado para actuar como abogado allí.

Cuando se trate de ley extranjera no escrita, podrá probarse con el testimonio de dos o más abogados del país de origen o mediante dictamen pericial en los términos del inciso precedente (...).”

En el caso objeto de estudio, se puede constatar que el litisconsorte necesario aporta los contratos sin indicar cuales serían las normas jurídicas venezolanas que permitan verificar la validez y existencia del negocio jurídico en dicho país, tampoco las allega, ni aporta el dictamen que contempla el artículo ya citado, de igual forma, no indica al Despacho si la norma extranjera es escrita o no, ni pide los testimonios que en este último caso se requerirían.

Por lo tanto, los contratos de edición encaminados a demostrar la titularidad derivada de la sociedad OrbeMusa sobre las obras, *Cinturita*, *Tema del papelón*, *Ven caraqueña*, *Cumban pal monte*, *Ritmo de Allá*, *El rey del Ají* y *Chamgarala*, no cumplen con las formalidades exigidas por la norma interna y que tampoco se probó el cumplimiento de la norma del país en el cual fueron celebrados, razón por la cual no pueden generar efectos declarativos en el presente proceso.

2. Desarrollo del cargo

El principio de trato nacional fue aplicado de forma incorrecta por el juez de primera instancia lo que lo hizo incurrir en un error de derecho, pues aplicó dicho principio sobre normas procesales y tal principio debe aplicarse es en el reconocimiento de derechos sustantivos.

El principio de trato nacional es un importante y antiguo principio aplicable al derecho de autor que consiste en que, una nación debe reconocer a los autores de una nación extranjera, los mismos **derechos** concedidos a sus nacionales. Este principio encuentra su origen en el artículo 5 numeral 1 del Convenio de Berna de 1886 que estipula:

*“1) Los autores gozarán, en lo que concierne a las obras protegidas en virtud del presente Convenio, en los países de la Unión que no sean el país de origen de la obra, **de los derechos** que las leyes respectivas conceden en la actualidad o concedan en lo sucesivo a los nacionales, así como de los **derechos** especialmente establecido por el presente Convenio.”*

Nótese que la aplicación del principio de trato nacional fue definida para el reconocimiento de derechos, dejando por fuera otro tipo de disposiciones como, normas procesales o formalidades en la protección o comercialización de las obras. De hecho, ya desde 1886 con el Convenio de Berna existía claridad, entre los países que conformaban la Unión de Berna, de convenir la protección y ejercicio de los derechos de autor sin que tuvieran que agotarse formalidades. Así quedó plasmado en el artículo 5, numeral 2) del mencionado Convenio:

*“2) **El goce y el ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad** y ambos son independientes de la existencia de protección en el país de origen de la obra. Por lo demás, sin perjuicio de las estipulaciones del presente Convenio, la extensión de la protección así como los medios procesales acordados al autor para la defensa de sus derechos se regirán exclusivamente por la legislación del país en que se reclama la protección.”* (Negrilla fuera del texto original).

Con el avance a lo largo de las décadas del derecho de autor en las diferentes jurisdicciones y la inminente globalización que llegó a finales del siglo XX era natural que surgieran instrumentos internacionales que facilitaran en comercio de las obras y permitieran un comercio más homogéneo que hiciera más fluidos los intercambios económicos. De ahí que, en el seno de la Organización Mundial del Comercio se creara el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC o, en inglés, TRIPS), correspondiente al Anexo 1C del Convenio por el que se crea la OMC firmado en 1994. En el ADPIC se establecen una serie de principios básicos sobre la propiedad intelectual tendientes a armonizar el comercio mundial de los bienes protegidos por esta forma de propiedad.

El ADPIC también incluye entre sus principios el de trato nacional expandiendo su alcance incluso sobre aquellos países que todavía no eran parte o no habían suscrito en Convenio de Berna. En esos términos se expresa la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual – OMPI, al afirmar:

“En virtud del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC), los principios del trato nacional, la protección automática y la independencia de la protección obligan también a los Miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC) que no son parte en el Convenio de Berna. Además, el Acuerdo sobre los ADPIC impone una obligación de “trato de la nación más favorecida”, en virtud del cual las ventajas que un miembro de la OMC confiere a los nacionales de otro país también deberán conferirse a los nacionales de todos los demás Miembros de la OMC. Cabe observar que la posibilidad de aplazar la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC no se aplica

a las obligaciones relativas al trato nacional y al trato de la nación más favorecida.”⁷⁴

Pero, más allá de los países sobre los que existía el deber de aplicar el principio de trato nacional, lo cierto es que, su incorporación muy en línea con todo el ADPIC y los demás acuerdos de la OMC tenía como norte facilitar los intercambios económicos, no mantener barreras de entrada o formalidades en el comercio. Incluso, la misma OMC ha afirmado que la aplicación del principio de trato nacional debe operar para mercancías o bienes, en nuestro caso obras, que ya están en el comercio, es decir que ya han sido publicadas. Así lo sostiene la OMC⁷⁵:

“2. Trato nacional: igual trato para nacionales y extranjeros

Las mercancías importadas y las producidas en el país deben recibir el mismo trato, al menos después de que las mercancías extranjeras hayan entrado en el mercado. Lo mismo debe ocurrir en el caso de los servicios extranjeros y los nacionales, y en el de las marcas de fábrica o de comercio, los derechos de autor y las patentes extranjeros y nacionales. Este principio de “trato nacional” (dar a los demás el mismo trato que a los nacionales) figura también en los tres principales Acuerdos de la OMC (artículo 3 del GATT, artículo 17 del AGCS y artículo 3 del Acuerdo sobre los ADPIC), aunque también en este caso se aborda en cada uno de ellos el principio de manera ligeramente diferente.

El trato nacional sólo se aplica una vez que el producto, el servicio o la obra de propiedad intelectual ha entrado en el mercado. Por lo tanto, la aplicación de derechos de aduana a las importaciones no constituye una transgresión del trato nacional, aunque a los productos fabricados en el país no se les aplique un impuesto equivalente.

Las normas sobre no discriminación — NMF y trato nacional — tienen por objeto lograr condiciones equitativas de comercio. Es también el objeto de las normas relativas al dumping (exportación a precios inferiores al costo para adquirir cuotas de mercado) y las subvenciones. Las cuestiones son complejas y las normas tratan de establecer lo que es leal o desleal y cómo pueden responder los gobiernos, en particular mediante la aplicación de derechos de importación adicionales calculados para compensar el daño ocasionado por el comercio desleal.” (Negrilla fuera del texto original)

A nivel comunitario, el principio de trato nacional es un principio que también se aplica exclusivamente a los derechos. La Decisión Andina 351 de 1993 establece en su artículo 2 que:

⁷⁴ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Ver en: https://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/summary_berne.html

⁷⁵ Organización Mundial del Comercio. Los principios del sistema de comercio. Ver en: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact2_s.htm

*“Cada País Miembro concederá a los nacionales de otro país, **una protección** no menos favorable que la reconocida a sus propios nacionales en materia de Derecho de Autor y Derechos Conexos.”*

De igual manera se expresa la Ley 23 de 1982, en su artículo 11, al señalar:

*“(...)Esta ley protege a las obras y producciones de los ciudadanos colombianos, de los extranjeros domiciliados en el país, y las obras de extranjeros publicadas por primera vez en el país. Los extranjeros con domicilio en el exterior **gozarán de la protección** de esta ley en la medida que las convenciones internacionales a las cuales Colombia está adherida o cuando sus leyes nacionales aseguren reciprocidad efectiva a los colombianos. (...)”*

Nótese que la norma comunitaria se refiere a la **protección** conferida en materia de derechos de autor y derechos conexos, es decir, al otorgamiento de los mismos derechos y facultades de disponer sobre las obras y prestaciones protegidas.

En consecuencia, la aplicación del principio de trato nacional siempre ha estado dirigida a fortalecer y armonizar el reconocimiento de derechos, a facilitar el comercio y los flujos económicos y los intercambios de obras, no a expandir la exigencia de formalidades ni a imponer barreras económicas que limiten precisamente el intercambio de obras o la libre negociación de derechos patrimoniales de autor.

En el presente asunto, el juez de primera instancia, a través del principio de trato nacional, quiso expandir el reconocimiento de una formalidad que, para el año 1969, época de firma de los contratos allegados por Sony Music Publishing Colombia Ltda. (firmados en Venezuela), estaba vigente en Colombia. Concretamente, la obligación de elevar a escritura pública los contratos de transferencia de derechos de autor dispuesta en el artículo 52⁷⁶ de la Ley 86 de 1946.

Por lo tanto, el error del juez de primera instancia fue interpretar el principio de trato nacional para extender la aplicación de una formalidad prevista en la normatividad colombiana a unos contratos firmados en Venezuela, cuando el citado principio se aplica únicamente para el reconocimiento de derechos y para facilitar los intercambios comerciales de obras. No para impedir el libre ejercicio y disposición de los derechos patrimoniales de autor, ni para extender el uso de formalidades que limitan el comercio normal de obras.

⁷⁶ Al respecto, el artículo 52 de la Ley 86 de 1946 estipulaba que: “Todo acto de enajenación de una obra científica, literaria o musical, sea total o parcial deberá hacerse constar en instrumento público que se inscribirá en el registro nacional de propiedad intelectual. Sin estas formalidades el adquirente no podrá hacer valer su derecho”.

I. Error *in procedendo*: Se solicitó interpretación prejudicial ante el TJCA respecto de unas normas comunitarias, pero en el fallo se interpretaron y aplicaron otras normas diferentes a las interpretadas por el Tribunal Andino.

1. Lo que se impugna

El Juez de primera instancia no solicitó al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) que se interpretara el artículo 5 de la Decisión Andina 351 de 1993 que regula las obras derivadas (dentro de las que se encuadran los arreglos musicales). No obstante, aplicó y mal interpretó dicha norma (ver cargo B del presente recurso).

A continuación, se cita la solicitud⁷⁷ de interpretación prejudicial elevada por el juez, que evidencia que no se solicitó la interpretación del artículo 5 de la Decisión 351:

A. NOMBRE E INSTANCIA DEL JUEZ CONSULTANTE.

La solicitud es realizada por la Subdirección Técnica de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia, dentro del proceso verbal de doble instancia, radicado con el No. 1-2019-43638.

B. NORMAS CUYA INTERPRETACIÓN SE REQUIERE

En el proceso de la referencia, se controvierten y podrían resultar aplicables los artículos 3 (Definición de autor, artista, interprete o ejecutante, titularidad), 9, 13 literales a), b), 14, 15 literal a) e i), 31, 33, 34 y 57 literal c) Decisión 351 de 1993.

C. CAUSA QUE ORIGINA LA SOLICITUD

La solicitud se origina en los mandatos del artículo 33 de la Decisión 472 de la Comunidad Andina, a través de la cual se codificó el Protocolo Modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la misma comunidad (Protocolo de Cochabamba) aprobado mediante la Ley 457 de 1998, así como en el artículo 122 de la Decisión 500 o Estatuto del Tribunal, la cual refiere que el Juez Nacional puede solicitar la interpretación prejudicial en todos los procesos en que deba aplicarse alguna norma comunitaria, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno.

En el caso objeto de consulta se analiza una demanda instaurada por el señor Nelson David Gonzales en contra de Luis Felipe Gonzales, en el cuerpo de la demanda la parte actora formula las siguientes pretensiones:

Toda vez que el fallador no solicitó la interpretación prejudicial del artículo 5 de la Decisión 351, el TJCA no se pronunció sobre dicha norma que regula el tema de las obras derivadas (y de su especie, los arreglos musicales)⁷⁸.

⁷⁷ Ver CUADERNO 3, archivo denominado "CUADERNO 3 FOLIO 271 A 275", pág.2.

⁷⁸ Ver CUADERNO 3, archivo denominado "CUADERNO 3 FOLIO 378 A 404 1-2023-15225", págs. 4 y 6.

9.2 Desarrollo del cargo

El juez de primera instancia no solicitó la interpretación prejudicial del artículo 5 de la Decisión 351 de 1993, pese a que fue una norma aplicada y mal interpretada en la sentencia (Ver cargo B). Norma cuya errada interpretación resultó determinante en lo que se refiere a la definición del caso, respecto de los supuestos “arreglos musicales” cuya titularidad la sentencia le reconoció al demandante. El artículo 5 se refiere a las obras derivadas, entre las que se encuentran los arreglos musicales, así:

*“Artículo 5.- Sin perjuicio de los derechos del autor de la obra preexistente y de su previa autorización, son obras del ingenio distintas de la original, las traducciones, adaptaciones, transformaciones o **arreglos de otras obras.**” (Negrilla fuera del texto original).*

Como consecuencia de no solicitar la interpretación prejudicial del citado artículo 5, el TJCA no pudo interpretar dicho artículo 5. Se muestran a continuación algunos apartes⁷⁹ de la interpretación prejudicial en los que se enuncian los artículos y temas interpretados, entre los que no están el artículo 5, ni las obras derivadas, ni los arreglos:

C. NORMAS A SER INTERPRETADAS

La autoridad consultante solicitó la interpretación prejudicial de los Artículos 3 (respecto de las definiciones de «autor», «artista intérprete o ejecutante» y «titularidad») 9, 13 (Literales a y b), 14, 15 (Literales a e i), 31, 33, 34 y 57 (Literal c) de la Decisión 351.

Procede la interpretación de los Artículos 3 (respecto de las definiciones de «autor», «artista intérprete o ejecutante»), 9, 13 (Literales a y b), 14, 15 (Literales a e i), 31, 33 y 34 de la Decisión 351¹ por ser pertinente.

⁷⁹ Ibidem

No procede la interpretación de los Artículos 3, respecto a la definición de: «titularidad», y 57 (Literal c) de la Decisión 351 al no ser un asunto controvertido la definición de «titularidad» ni la competencia de la autoridad nacional en la decisión de ordenar el retiro de los ejemplares que constituyan infracción al derecho de autor de manera definitiva de los canales comerciales.

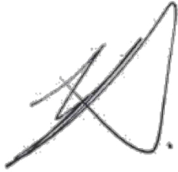
De oficio se interpretarán los Artículos 52 y 53 de la Decisión 351², por ser pertinentes para referirse al principio de informalidad del derecho de autor.

D. TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. Derechos patrimoniales. Facultad exclusiva para realizar, autorizar o prohibir la reproducción, distribución y comunicación pública de una obra.
2. Derechos patrimoniales y morales.
3. Derecho moral de paternidad de la obra.
4. Sobre la cesión del derecho de autor.
5. La protección del derecho de autor sin necesidad de formalidad alguna. Presunción de autoría.
6. Derecho de comunicación pública a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes.
7. El derecho patrimonial de comunicación al público de interpretaciones o ejecuciones (derechos conexos).

En los anteriores términos, sustento recurso de apelación.

Cordialmente,



YECID ANDRÉS RÍOS PINZÓN

C.C. 80.109.249

T.P. 134.590 del C.S. de la J.

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR ACOSTA BUITRAGO RV: REF. Rad. 11001-31-03-021-2018-00178-02

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 03/10/2023 15:06

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 1 archivos adjuntos (321 KB)

SUSTENTACIÓN Recurso de apelación GLADIS MARINA SANDOVAL TRIBUNAL SUPERIOR.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR ACOSTA BUITRAGO

Cordial Saludo,

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA**Secretario Sala Civil****Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá****Avenida Calle 24 N° 53-28 Torre C Oficina 305****Teléfono 423 33 90 Extensión 8349****Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co**

De: Leuro Gutierrez Abogados <leurogutierrez@hotmail.com>**Enviado:** martes, 3 de octubre de 2023 13:31**Para:** Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: Alba Lucy Cock Alvarez <acocka@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Jose Alfredo Molina Ibarra

<jmolinai@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Rodrigo Materón <rodrigomateron@gmail.com>;

jairorinconachury@hotmail.com <jairorinconachury@hotmail.com>; Jefferson Stiven Lozano Jaramillo

<jefferson.lozano@segurosdelestado.com>; jerson pinchao <jfpinchao@arizaygomez.com>;

clausegura@hotmail.com <clausegura@hotmail.com>; Diana Marcela Velez Carvajal (Abogado Procesal III)

<dmvelez@keralty.com>

Asunto: REF. Rad. 11001-31-03-021-2018-00178-02**Honorable Magistrado****RICARDO ACOSTA BUITRAGO****TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.****SALA CIVIL****E.****S.****D.**secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co**RECURSO DE APELACIÓN CONTRA FALLO DE PRIMERA INSTANCIA.****REF. Rad. 11001-31-03-021-2018-00178-02**

MAURICIO LEURO MARTÍNEZ; mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C. Médico y Abogado en ejercicio, Especialista en Derecho Médico, identificado con la cédula de ciudadanía N° 19'434.330 de Bogotá y con Tarjeta Profesional N° 185.434 del CSJ, quien obra en nombre y Representación Legal de **GLADYS MARINA SANDOVAL PEREZ**, mayor de edad, domiciliada en Yopal/Casanare identificada con la cédula de ciudadanía No. 23.740.858 de Yopal y Otros; Presento en términos la Sustentación del Recurso de apelación con los argumentos de inconformidad contra la sentencia emitida por el Honorable Despacho del Juzgado Veintiuno (21) Civil del Circuito, con fecha 18 de agosto de 2023, conforme a lo establecido en los art. 327 y 328 del CGP.

MAURICIO LEURO MARTÍNEZ
LEURO & GUTIÉRREZ ABOGADOS

Calle 163 B N° 48-80 Ofc. 206

Oficina: 313-2098925 Celular 311-8110424/310-6073777

E-Mail: leurogutierrez@hotmail.com

www.abogadosleurogutierrez.com

Bogotá D.C. – Colombia.

Mauricio Leuro Martínez

Médico Cirujano - Abogado
UACH - UMB

Derecho Médico - Responsabilidad y Daño
D. Laboral y Seguridad Social - D. Procesal
U. Externado de Colombia - U. Libre



Carolina Gutiérrez Roa

Abogado
U. Católica de Colombia
Derecho Médico - Responsabilidad y Daño
Conciliador en Derecho
U. Externado de Colombia

Honorable Magistrado

RICARDO ACOSTA BUITRAGO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA CIVIL

E.

S.

D.

secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

RECURSO DE APELACIÓN CONTRA FALLO DE PRIMERA INSTANCIA.

REF. Rad. 11001-31-03-021-2018-00178-02

MAURICIO LEURO MARTÍNEZ; mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C. Médico y Abogado en ejercicio, Especialista en Derecho Médico, identificado con la cédula de ciudadanía N° 19'434.330 de Bogotá y con Tarjeta Profesional N° 185.434 del CSJ, quien obra en nombre y Representación Legal de **GLADYS MARINA SANDOVAL PEREZ**, mayor de edad, domiciliada en Yopal/Casanare identificada con la cédula de ciudadanía No. 23.740.858 de Yopal y Otros; Presento en términos la Sustentación del Recurso de apelación con los argumentos de inconformidad contra la sentencia emitida por el Honorable Despacho del Juzgado Veintiuno (21) Civil del Circuito, con fecha 18 de agosto de 2023, conforme a lo establecido en los art. 327 y 328 del CGP.

Lo primero sea tener en cuenta para efectos de sustentar los reparos al fallo emitido, el problema jurídico planteado desde el escrito de la demanda que corresponde: 1) Determinar si existió **evento adverso** en procedimiento generador de la **SEPSIS DE ORIGEN ABDOMINAL O DEL SITIO OPERATORIO** como hecho generador del fallecimiento de la OLGA MARINA PÉREZ?, 2) Si existió **violación de la obligación de seguridad**, del contrato medico asistencial por la generación de evento adverso por la **SEPSIS DE ORIGEN ABDOMINAL** producida posterior a procedimiento quirúrgico, por violación a guías y protocolos de manejos postquirúrgico?, 3) Si existió violación de la obligación de vigilancia y control de la **ENTIDAD PRESTADORA DEL SERVICIO SANITAS EPS** dentro del aseguramiento en salud y el sistema obligatorio de garantía de calidad en salud contemplados en la Ley 1122 de 2007, art. 14. Decreto 1011 de 2006, Resoluciones 1446 del 2006 y 2003 de 2012?

Teniendo en cuenta que la atención medico asistencia tiene como principal sustento probatorio como documental toda la historia clínica de la paciente señora OLGA MARINA PÉREZ y lo descrito por perito experto en el tema para dar claridad a este despacho la secuencia de hechos generadores que favorecieron el fallecimiento de la paciente.

Es así como se deja demostrado que existió un indudable daño con el fallecimiento de la señora Olga Marina Pérez, y se deja plenamente probado en el plenario e indebidamente valorado por el fallo de instancia lo siguiente:

En el caso que nos atañe de la señora OLGA MARINA PÉREZ, de 85.66 años de edad, quien era una persona activa, madre de **GLADYS MARINA SANDOVAL PÉREZ**, **MARÍA CLAUDIA SANDOVAL PÉREZ**, **NIDIA MARÍA SANDOVAL PÉREZ**, **MARTHA CONSUELO SANDOVAL PÉREZ**, quien por

Mauricio Leuro Martínez

Médico Cirujano - Abogado
UACH - UMB
Derecho Médico - Responsabilidad y Daño
D. Laboral y Seguridad Social - D. Procesal
U. Externado de Colombia - U. Libre



Carolina Gutiérrez Roa

Abogado
U. Católica de Colombia
Derecho Médico - Responsabilidad y Daño
Conciliador en Derecho
U. Externado de Colombia

presentar dificultad para hacer deposiciones, consulta al servicio médico en la Ciudad de Yopal, y por querer tener una atención más oportuna y de calidad decide asistir a la ciudad de Bogotá a consulta médica, en el Hospital San José, en donde es atendida en urgencia el 10 de mayo de 2016, con egreso sin diagnóstico por servicio de urgencias a pesar de su cuadro clínico.

Reingresa el 14 de mayo de 2016, con el mismo cuadro y se sospecha Obstrucción intestinal, razón por la cual se realiza laparotomía exploratoria diagnóstica por abdomen agudo, posterior al procedimiento quirúrgico realizado la paciente queda al cuidado del personal de enfermería.

Según historia clínica el día 22 de mayo de 2016, a la señora Olga Marina deben realizarle drenaje de hemoperitoneo (sangrado abundante posterior a laparotomía) que significa sangrado en cavidad hallazgo por segunda laparotomía.

El deterioro de la señora Olga Marina Pérez día a día se hacía muy evidente, según historia clínica presentaba falla ventilatoria, se diagnostica SEPSIS DE ORIGEN ABDOMINAL (es una infección generalizada originada en abdomen).

El 26 de mayo de 2016 paciente se documenta SEPSIS DE ORIGEN ABDOMINAL, CON CULTIVO POSITIVO PARA AEROMONAS HYDROPHILIA AMPC, por el estado de gravedad de la señora Olga Marina Pérez, la paciente se encuentra en reanimación en UCI.

El 28 de mayo de 2016 “paciente femenina de 85 años de edad con diagnósticos anotados. 1 POP¹ de colectomía total más ileostomía por masa de sigmoides con ciego crítico 16/03/2016 (1ª Cirugía); 2. POP drenaje de hemoperitoneo por laparotomía 22/03/2016. (2ª Cirugía) 3. Falla ventilatoria, 4. SEPSIS DE ORIGEN ABDOMINAL (AEROMONAS HYDROPHILIA AMP C) 5. Adenocarcinoma de colon MODERADAMENTE diferenciado.

La paciente Fallece a las 11:15 horas del 28 de mayo de 2016. (La causa de la muerte es falla multisistémica secundaria o como consecuencia de infección generalizada -sepsis- de origen abdominal)

El fallador yerra al considerar que no logra establecer el nexo de causalidad. Contrario a lo estipulado por la CSJ-SC sentencia del 8 de septiembre de 1998, M.P. Pedro Lafont Pianetta:

*“Refiriéndose a la **obligación de seguridad** en cuanto a la persona, que surge del contrato de hospitalización, han expresado los Hermanos Mazeaud y Tunc,; “...a la obligación de los cuidados se agrega a veces una obligación de seguridad, consistente en la obligación de evitar que le ocurran accidentes al enfermo; y ... esa obligación es normalmente una obligación **“determinada”**. Pasa así cuando el contrato médico va acompañado de un contrato de hospitalización. ... La situación es aquí diferente de la del cliente de un hotel.*

¹ POP: Postoperatorio.

Mauricio Leuro Martínez

Médico Cirujano - Abogado
UACH – UMB
Derecho Médico – Responsabilidad y Daño
D. Laboral y Seguridad Social – D. Procesal
U. Externado de Colombia – U. Libre



Carolina Gutiérrez Roa

Abogado
U. Católica de Colombia
Derecho Médico – Responsabilidad y Daño
Conciliador en Derecho
U. Externado de Colombia

Por el hecho de su estado, el enfermo no tiene la misma libertad, y no quiere tenerla: le entrega enteramente a la clínica el cuidado de garantizar su seguridad; se confía a ella; exige que no se produzca ningún accidente. Tan sólo, en caso de accidente, la prueba de la causa ajena liberaría, pues, al que haya hospitalizado a un enfermo.

La solución es indiscutible cuando se trata de un alienado o de un nervioso agudo, por consistir la finalidad esencial en garantizar, contra el propio enfermo, la seguridad de él”.

Yerra el fallador al desconocer que en este tipo de responsabilidad por violación a la obligación de seguridad por producción de infección adquirida intrahospitalaria -ISO- incumbe a la demandada la demostración de fuerza mayor, caso fortuito o hecho exclusivo de la víctima o de un tercero, y desconoce el fallo que en este caso existe una plena orfandad probatoria de la pasiva de exonerante de responsabilidad. Y contrario a ello, sí está probado con la historia clínica dentro del expediente todos los acontecimientos de su atención, se yerra por restarle valor probatorio e indebido análisis de la historia como plena prueba de los hechos relevantes del caso. Dice la CSJ:

*“Al respecto, el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria en materia civil ha precisado, frente a la historia clínica en particular, que *“la relevancia de ese documento es indiscutible. Ante todo, sirve de herramienta para informar al personal médico sobre todas las condiciones de salud, el tratamiento y la evolución del paciente. También como medio de prueba para reconstruir los hechos frente a la necesidad de establecer una eventual responsabilidad galénica, sin descartar la importancia de otras pruebas, como las notas de enfermería y los demás elementos probatorios admisibles.**

Las historias clínicas y las prescripciones emitidas por los facultativos, en principio, se insiste, no serían suficientes, sin más, para dejar fijados con certeza los elementos de la responsabilidad endilgada. Sin la ayuda de otros medios de convicción que las interpreten, andaría el juez a tientas en orden a determinar, según se dejó sentado en el mismo antecedente inmediatamente citado, ‘(...) si lo que se estaba haciendo en la clínica era o no un tratamiento adecuado y pertinente según las reglas del arte (...)’².

“Y no sólo la doctrina, sino también la jurisprudencia de esta Corporación ha venido reconociendo desde hace tiempo el valor probatorio de las historias clínicas, sobre el particular la Corporación puntualizó:

*“esta historia clínica, **medio probatorio por excelencia para estos casos dado que contiene un recuento pormenorizado de todos los tratamientos a que ha sido sometido un paciente**, así como de la evolución que va presentado en su cuadro clínico, además de ser elaborada por los mismos médicos tratantes...”³ (negrilla de la Sala)*

² CSJ SC917-2020 Sep. 14 de 2020, rad. 2012-00509-01

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 13 de junio de 1996, expediente No.11272. M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

Mauricio Leuro Martínez

Médico Cirujano - Abogado
UACH - UMB
Derecho Médico - Responsabilidad y Daño
D. Laboral y Seguridad Social - D. Procesal
U. Externado de Colombia - U. Libre



Carolina Gutiérrez Roa

Abogado
U. Católica de Colombia
Derecho Médico - Responsabilidad y Daño
Conciliador en Derecho
U. Externado de Colombia

De igual forma, Se tiene plenamente probado e indebidamente valorado por el fallo recurrido que en el caso de la señora OLGA MARINA PÉREZ, se encuentra una falta de oportunidad⁴ -como violación al sistema de calidad- en la primera atención al darse egreso de la paciente sin profundizar estudios diagnósticos a pesar del cuadro clínico de obstrucción intestinal (ingresa por no hacer deposiciones), su edad y estado de salud; Por otro lado se observa en la documental, la evolución a cuadro séptico y choque séptico en el post operatorio de 2 cirugías realizadas, que la lleva a su fallecimiento como consecuencia de falla multisistémica, del cual se incurre en yerro flagrante del fallo de primera instancia, al no tener en cuenta que el proceso infeccioso séptico adquirido, no lo tenía la paciente a su ingreso y que se generó la infección posterior reintervención (2ª cirugía) por hemoperitoneo (sangrado abundante post quirúrgico) para drenaje de acumulo de sangre en cavidad abdominal y como consecuencia de los cuidados en periodo posoperatorio.

El fallo desestima en su valoración probatoria el testimonio del medico Maicol Pacheco como testigo, el cual mencionó que intervino a la paciente para la cirugía del tumor (1ª cirugía), con drenaje de ganglios linfáticos y dejando una ileostomía al exterior, no recuerda que tipo de bolsa colocó y no sabe si se realizaron los cambios requeridos. Recuerda la segunda cirugía (reintervención) realizada a la paciente por el hemoperitoneo encontrando adicional 1000 centímetros de material purulento en la cavidad y posteriormente menciona que se encuentra una fascitis necrotizante (infección de tejidos superficiales) que comunica la cavidad abdominal con la fosa iliaca derecha. Infección adicional a la contaminación de la cavidad abdominal.

El fallo desestima en su valoración de forma errada lo mencionado por el Dr. Alberto Buitrago infectólogo; Menciona que la causa del fallecimiento fue un choque séptico de origen abdominal, es decir proceso infeccioso de abdomen que se diseminó. Menciona que para el 27 de mayo presentaba peritonitis con 1000 cc de pus en cavidad abdominal, hecho que refleja proceso infeccioso en la cavidad del abdomen. Menciona el experto que se produce por una bacteria Aeromona Hidrofila que originalmente es saprofita (normal del intestino en buen estado) y es patógena (produce proceso infeccioso severo) en cavidad abdominal como en este caso, que produce la sepsis y la falla multisistémica.

Yerra el fallo en la valoración de la pericia presentada por experto Dr. Ronald Villamizar Castro, el cual menciona la falta de oportunidad en la atención primaria en primera consulta cuando debió haberse estudiado y hospitalizado a la paciente para estudio de su obstrucción intestinal; Adicionalmente se deja probado la existencia de una hemorragia abdominal posterior a la segunda cirugía -reintervención- que requirió una primera reintervención quirúrgica, donde el hallazgo fue hemoperitoneo, posteriormente requirió una segunda reintervención con hallazgo de una peritonitis con 1000 de material purulento.

⁴ Calidad, Oportunidad y eficiencia, principios rectores de la Seguridad Social y del Sistema de calidad en Salud: Ley 100 de 1993, Ley 1438 de 2011, Decreto 1011 de 2006, DUR 780 de 2016.

Mauricio Leuro Martínez

Médico Cirujano - Abogado
UACH - UMB
Derecho Médico - Responsabilidad y Daño
D. Laboral y Seguridad Social - D. Procesal
U. Externado de Colombia - U. Libre



Carolina Gutiérrez Roa

Abogado
U. Católica de Colombia
Derecho Médico - Responsabilidad y Daño
Conciliador en Derecho
U. Externado de Colombia

También menciona el experto el hallazgo de la presencia de área de necrosis de pared abdominal en el sitio de la colostomía que favoreció la sepsis -diseminación de la infección-, y describe el hallazgo de tejido muerto en región de colostomía y la evolución rápida de la lesión.

El experto perito, Descarta que sea un riesgo inherente, porque la infección adquirida por la paciente se presenta es una complicación de los procedimientos quirúrgicos realizados, y que dicha infección no es propio de esos procedimientos, toda vez que se sale de la normalidad de la cirugía y de la patología de base, además menciona que se presenta una fascitis necrotizante del sitio operatorio que desencadena la sepsis generalizada, y la muerte de la paciente.

El experto perito, también menciona que a pesar de presentar como comorbilidad el mismo cáncer de colon y su edad avanzada, la causa de la muerte de la señora OLGA MARINA PÉREZ fue un proceso infeccioso adquirido posterior a reintervenciones quirúrgicas. En las respuestas del Perito experto deja claro que está plenamente documentada la infección, con el hallazgo de pus en cavidad abdominal 1000 cc, adicional se documenta el choque séptico, con la sepsis abdominal, también la menciona que la sepsis es una complicación de las cirugías realizadas y que se favoreció por el inadecuado manejo de la colostomía, el cual no se evidencia en las historias los cambios frecuentes de bolsa y aseo por enfermería.

Cualquier infección bacteriana, de hongos, de virus, o de protozoos se puede producir al interior de los hospitales produciendo infección intrahospitalaria, y esta cuando se produce por gérmenes multirresistentes propios de las entidades hospitalaria se denominaban nosocomiales (hoy intrahospitalarias), ahora son infecciones adquiridas por la atención de salud. (nosocomial: termino no usado en la actualidad por la OMS); Así las cosas, yerra el fallador en sus consideraciones, con base en las definiciones y contenidos doctrinarios al respecto, que además fueron aportados al expediente, desconoció en todas sus consideraciones, estando debidamente probado la mención al proceso infeccioso, es decir el fallador de instancia no tuvo en cuenta el origen del problema jurídico plantado: Muerte por sepsis⁵ -falla multisistémica- de origen abdominal.

Por ninguna parte del fallo recurrido, se observa un análisis del fallador de instancia de este tipo de responsabilidad -Objetiva- por infección intrahospitalaria o de sitio operatorio ISO, y tampoco se encuentra dentro del fallo, su verdadero análisis de la responsabilidad objetiva asistencial por producción de este tipo de infecciones. Aplica en sus consideraciones en indebida forma el art 1604 del Código civil, que para estos efectos es aplicable en su inciso tercero, que menciona que *“la prueba de la diligencia o cuidado incumbe a quien ha debido emplearlo, la prueba del caso fortuito a quien lo alega”*

Al respecto la CS-SC Magistrado Ponente: Doctor PEDRO LAFONT PIANETTA Santafé de Bogotá D.C., ocho (8) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998), menciona:

⁵ Infección diseminada.

Mauricio Leuro Martínez

Médico Cirujano - Abogado
UACH - UMB
Derecho Médico – Responsabilidad y Daño
D. Laboral y Seguridad Social – D. Procesal
U. Externado de Colombia – U. Libre



Carolina Gutiérrez Roa

Abogado
U. Católica de Colombia
Derecho Médico – Responsabilidad y Daño
Conciliador en Derecho
U. Externado de Colombia

(...) *Las anteriores afirmaciones, a juicio de la recurrente, "evidencian que no se consideró el hecho de que en los contratos de prestación de servicios médicos y hospitalarios, existen compromisos, propios e inherentes, que van más allá de la simple atención y tratamiento del momento, al cuadro o situación clínica y médica que se les confía", entre los cuales se encuentra la prevención y tratamiento oportuno de las posibles secuelas y riesgos de la operación o intervención quirúrgica, como ocurre con **"las enfermedades nosocomiales o intrahospitalarias, que son causadas por bacterias, virus, protozoarios y hongos que conviven en los hospitales y clínicas, al igual que la información completa y oportuna al paciente sobre su estado, así como la fórmula adecuada y completa de los medicamentos que requiera y la garantía de un ambiente óptimo de higiene asepsia y esterilización en todas sus dependencias, personal e instrumental y, por consecuencia de todo ello a asumir la responsabilidad que de la inobservancia de tales obligaciones pudiere resultar por daños causados al paciente"***

(...)

Yerra el fallador al apartarse de la jurisprudencia del tema, que menciona la infección intrahospitalaria y la **obligación de resultados**, así la sentencia CSJ-SC Magistrado Ponente: Pedro Octavio Munar Cadena, Bogotá, D. C., veintidós (22) de julio de dos mil diez (2010). Ref.: Expediente No.41001 3103 004 2000 00042 01, menciona:

*Por lo demás, es evidente, y así lo ha puesto de relieve la reiterada jurisprudencia de esta Corporación (sentencias de 12 de septiembre de 1985, 1º de febrero de 1993, 18 de octubre de 2005, entre otras), que dichas entidades también adquieren una obligación de seguridad, definida como aquella en virtud de la cual una de las partes en la relación comercial se compromete a devolver, al concluir el objeto de la prestación, sanos y salvos tanto a la persona del otro contratante como sus bienes, **obligación esta que puede ser de resultado**, en cuyo caso **el deudor se compromete a evitar que el acreedor sufra un accidente en la ejecución del contrato que lesione su persona o sus bienes, por lo que le incumbe probar un hecho extraño para exonerarse de responsabilidad**; o, por el contrario, puede tratarse, en hipótesis más reducidas, de un "deber general de prudencia y diligencia", enderezado a disponer de los medios necesarios para prevenir la producción de cualquier accidente.*

Así las cosas, el fallador de instancia considera de forma errada en sus análisis no observar la existencia de la totalidad de los elementos de la responsabilidad civil a pesar de lo probado con las historias clínicas, con los indicios, testimonios y especialmente el peritazgo obtenidos en el proceso; Así las cosas se incurrió por parte del fallo de instancia en la indebida valoración probatoria e incurre yerro al apartarse de la aplicación de la norma sustantiva dentro del proceso y la jurisprudencia aplicable al caso.

Yerra el fallo recurrido al desestimar que se encuentra probado el hecho generador de daño directo por ser una consecuencia de la atención asistencial, es directo por presentarse una infección intrahospitalaria por un germen nocivo que desencadena

Mauricio Leuro Martínez

Médico Cirujano - Abogado
UACH - UMB
Derecho Médico - Responsabilidad y Daño
D. Laboral y Seguridad Social - D. Procesal
U. Externado de Colombia - U. Libre



Carolina Gutiérrez Roa

Abogado
U. Católica de Colombia
Derecho Médico - Responsabilidad y Daño
Conciliador en Derecho
U. Externado de Colombia

la falla multisistémica y sepsis en la paciente con la consecuente muerte por esa infección, demostrada con los resultados de laboratorio, la historia clínica y los peritazgos realizados que confirman la presencia del diagnóstico de sepsis de origen abdominal y se prueba el cultivo de aeromonas hydrofila.

Las IAAS, también denominadas infecciones «nosocomiales» u «hospitalarias», son infecciones contraídas por un paciente durante su tratamiento en un hospital u otro centro sanitario y que dicho paciente no tenía ni estaba incubando en el momento de su ingreso. OMS

El fallador se aparta del Régimen de responsabilidad en casos de infección intrahospitalaria o nosocomial que es objetiva, por lo que la carga de la prueba se invierte, siendo el demandado el llamado a demostrar haber actuado con diligencia y cuidado o exonerarse con la fuerza mayor, el caso fortuito o la culpa exclusiva de la víctima (Art. 1604-3 C. Civil); Causales que no se probaron en este caso no se presentaron como excepciones de fondo; Contrario a la demostración de esta activa, con la historia clínica, los exámenes paraclínicos, testimonios y peritazgos.

Asume el fallo de forma errada que la paciente oriunda de Yopal, Casanare puede tener la bacteria AEROMONAS HYDROPHILIA por ser una bacteria de origen hídrico -origen de agua en cualquier clima que reside en el cuerpo humano de todas las personas-, que además se dejó claro que es una bacteria propia del intestino humano saprofita -no produce patología- a menos que sea extraída de su medio ambiente, como en este caso -por cirugía contaminada- a la cavidad peritoneal que es normalmente una cavidad limpia y aséptica, por ello se describe como una sepsis de origen abdominal. Y desestima que el experto perito de parte mencionó adicionalmente el hallazgo clínico de la fascitis necrotizante del sitio operatorio que desencadena la sepsis generalizada, y que no tiene el origen por esa bacteria sino por contaminación quirúrgica; Es decir el fallo desestima la existencia de dos infecciones generadoras de la sepsis fatal que lleva a la muerte de la paciente.

Yerra el fallo recurrido al apartarse en sus consideraciones y análisis del precedente jurisprudencial de forma tajante: Al respecto tener en cuenta la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 8 de septiembre de 1998, M.P. Pedro Lafont Pianetta.

“...Como es suficientemente conocido, las clínicas y hospitales también pueden incurrir en responsabilidad contractual por culpa para con los usuarios de las mismas, entre otras, cuando por negligencia de aquéllas en la asepsia del instrumental quirúrgico transmiten enfermedades al paciente, o cuando éstas son adquiridas por contagio causado por sus dependientes, o cuando el paciente las adquiere a través del medio ambiente del establecimiento respectivo, así como cuando por imprudencia o impericia, o falta de cuidado y atención no se suministran los medicamentos formulados a los pacientes, o se cumple con esta actividad de manera inoportuna, o se le aplican por equivocación otros distintos con consecuencias negativas para la salud del enfermo...”

Mauricio Leuro Martínez

Médico Cirujano - Abogado
UACH - UMB
Derecho Médico - Responsabilidad y Daño
D. Laboral y Seguridad Social - D. Procesal
U. Externado de Colombia - U. Libre



Carolina Gutiérrez Roa

Abogado
U. Católica de Colombia
Derecho Médico - Responsabilidad y Daño
Conciliador en Derecho
U. Externado de Colombia

CSJ. SC-Sentencia SC 13925-2016 30 septiembre de 2016. menciona

“El numeral 9° del artículo 153 de la Ley 100 de 1993 consagra entre las normas rectoras del servicio público de salud la garantía a los usuarios de una atención de calidad, oportuna, personalizada, humanizada, integral y continua de acuerdo a los estándares profesionales...La atención de calidad, oportuna, humanizada, continua, integral y personalizada hace parte de lo que la literatura médica denomina “cultura de seguridad del paciente”, que por estar suficientemente admitida como factor asociado a la salud del usuario y por ser un mandato impuesto por la Ley 100 de 1993, es de imperiosa observancia y acatamiento por parte de las empresas promotoras e instituciones prestadoras del servicio de salud, por lo que su infracción lleva implícita la culpa de la organización cuando tal omisión tiene la virtualidad de repercutir en los eventos adversos.”

CSJ:SC-Sentencia SC 13925-2016: también menciona:

“La culpa civil sólo logra configurarse cuando se verifican las posibilidades reales que el agente tuvo al ejecutar su conducta. Los parámetros que rigen la conducta del agente normalmente no están positivizados, salvo algunos casos de reglamentaciones administrativas, como por ejemplo las normas de tránsito; las normas sobre calidad total del servicio de salud; las guías y protocolos médicos de los servicios seccionales de salud de los municipios; las reglamentaciones sobre calidad de las construcciones y sismorresistencia, para evitar que las construcciones causen daños a terceros, etc”.

La violación de tales pautas, como ya se dijo, lleva implícita la culpa siempre que su inobservancia tenga una correlación jurídica con el evento lesivo. El fallo recurrido yerra en sus consideraciones al omitir cualquier valoración o análisis de las normas sustantivas aplicables al caso en concreto, omite de forma flagrante la aplicación de las normas propias de la seguridad social en salud -especialmente el aseguramiento⁶- y de la garantía de calidad en salud, que para el caso en concreto le permitirían tener la visión del caso y su responsabilidad endilgada para la EPS demandada:

El fallo recurrido incurre en un yerro al considerar las comorbilidades de la víctima como causales del daño generado como evento adverso en salud, incurre en yerro garrafal a relacionar las comorbilidades de la paciente como causales o hecho generador de la muerte -daño- por falla multisistémica por sepsis producto de infección adquirida en la atención brindada. Es un yerro asumir que las enfermedades propias de la paciente, como en este caso el cáncer desencadena una infección severa y diseminada, es darle en forma errónea una etiología no esperada como el cancer a la infección fatal para descartar la responsabilidad endilgada.

Al respecto de las comorbilidades la sentencia CSJ. SC-13925-2016. Menciona

⁶ Art. 14 de la Ley 1122 de 2007.

Mauricio Leuro Martínez

Médico Cirujano - Abogado
UACH - UMB
Derecho Médico - Responsabilidad y Daño
D. Laboral y Seguridad Social - D. Procesal
U. Externado de Colombia - U. Libre



Carolina Gutiérrez Roa

Abogado
U. Católica de Colombia
Derecho Médico - Responsabilidad y Daño
Conciliador en Derecho
U. Externado de Colombia

“La complejidad de las enfermedades y la fragilidad de la salud humana muchas veces se traducen en errores o eventos adversos no culposos, pero no hacer nada para evitar la aparición o repetición de tales fallas siendo previsibles y teniendo el personal médico la oportunidad y el deber legal de evitarlas, es constitutivo de culpa. Los errores y fallas médicas no son obra del infortunio sino procesos atribuibles a la organización y al equipo médico; y si bien es cierto que muchos de esos defectos no son previsibles ni producto de la negligencia o descuido, no lo es menos que tantos otros se pueden evitar con un mínimo de prudencia, diligencia o cuidado según los estándares de buenas prácticas de la profesión.”

El error de apreciación probatoria esta centrar sus consideraciones del historial patológico de la paciente, sin tener plena prueba de una causal patológica probada que favoreciera los daños post quirúrgicos sufridos y la contaminación intrahospitalaria adquirida en el post operatorio y causal de la muerte de la víctima. Desestimando lo dicho por el perito experto que confirmó la muerte por infección y no por cáncer.

Tener como consideración que las comorbilidades o patologías adiciones son propias al daño producido o tomarlos como exonerantes, es asumir de forma no aceptable que la víctima del daño tenga que soportar ese daño por culpa de sus propias enfermedades; Por ello, el Consejo de Estado en jurisprudencia acuño un concepto dado en un caso donde se considera por la defensa que haber favorecido la muerte del paciente por falta de atención, no interesa cuando la paciente ya tenía una enfermedad que la iba a llevar de todos modos a la muerte, que aunque no se relaciona directamente en el caso en comento, si deja entredicho el concepto de las comorbilidades como excusa para exonerarse de la producción de daños en la atención en salud (presanidad).

“No es aceptable formular como hipótesis, señalada por la demandada, que en cualquier caso en atención a las circunstancias y condiciones médicas el deceso de la paciente se iba a producir, porque sería tanto como aceptar que la prestación del servicio médico queda sujeta a si el (o la) paciente se encuentra en grave riesgo de muerte o no, lo que es, sin duda, absolutamente censurable ya que no se puede condicionar la protección del derecho a la salud, y la prestación del servicio a la indefectibilidad o no de la sucesión de la muerte como resultado irreversible.”⁷

Así las cosas, y en el mejor de los sentidos, no es válido esgrimir como consideraciones del fallo en la valoración probatoria errada que todas las enfermedades antecedentes de la paciente justifican los daños post quirúrgicos y menos la contaminación intrahospitalaria sufrida, cuando ese daño se produce por actuaciones que afectan la seguridad del paciente, cuando las instituciones de salud descuidan sus cuidados y favorecen la contaminación como en este caso.

⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C, Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Bogotá D.C., Trece (13) de Abril de dos mil once (2011), Radicación: 66001-23-31-000-1998-00626-01(20220)

Mauricio Leuro Martínez

Médico Cirujano - Abogado
UACH - UMB
Derecho Médico - Responsabilidad y Daño
D. Laboral y Seguridad Social - D. Procesal
U. Externado de Colombia - U. Libre



Carolina Gutiérrez Roa

Abogado
U. Católica de Colombia
Derecho Médico - Responsabilidad y Daño
Conciliador en Derecho
U. Externado de Colombia

Por lo anterior, es un error del fallo recurrido, aludir todas las patologías existentes y las probables como justificación de las complicaciones post quirúrgicas sufridas como origen infeccioso, cuando el fallecimiento tienen como origen la infección intrahospitalaria sufrida, y que la paciente no tenía antes de ser intervenida quirúrgicamente en cirugía de colon - no existe en el plenario prueba que demuestre la existencia de infección previa a las intervenciones quirúrgicas realizadas.

Así las cosas, es claro que el fallo recurrido yerra cuando se parta de la aplicación de normas sustantivas del sistema de seguridad social en salud, del sistema de calidad; El fallo recurrido incurre en yerros por indebida valoración probatoria, y yerra por apartarse del precedente jurisprudencial.

PRETENSIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN:

Solicito respetuosamente a la Honorable Magistrado Ponente, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, se revoque el fallo recurrido y en sede de apelación se concedan todas y cada una de las pretensiones de la demanda y se condene en costas a la pasiva.

Respetuosamente,

MAURICIO LEURO MARTÍNEZ

CC 19'434.330 Bogotá.
TP 185.434. CSJ.

CC:

acocka@cendoj.ramajudicial.gov.co

jmolinai@cendoj.ramajudicial.gov.co

rodrigomateron@gmail.com

jairorinonachury@hotmail.com

Jefferson.lozano@segurosdelestado.com

jfpinchao@arizaygomez.com

clausegura@hotmail.com

dmvelez@keralty.com

mmgomez5@gmail.com

LEURO & GUTIERREZ S.A.S.

Calle 163 B N° 48-80 Oficina 206

Oficina: 313-2098925 Celular 311-8110424/310-6073777

E-Mail: leurogutierrez@hotmail.com

www.abogadosleurogutierrez.com

Bogotá D.C. - Colombia.

Especialista - Magister en Derecho Médico
Responsabilidad Civil y Responsabilidad asistencial
Responsabilidad Patrimonial del Estado
Derecho Laboral y Seguridad Social
Auditores y Consultores en Salud


MEMORIAL PARA REGISTRAR DR VALENZUELA VALBUENA RV: ASUNTO: ALEGATOS APELACIÓN. Señor Magistrado Dr. GERMAN VALENZUELA VALBUENA H. Magistrado Ponente. Sala civil Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá E. S.

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mié 04/10/2023 16:59

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 1 archivos adjuntos (240 KB)

ALEGATOS ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR CONTRA LA SENTENCIA.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR VALENZUELA VALBUENA

Cordial Saludo,

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA

Secretario Sala Civil

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Avenida Calle 24 N° 53-28 Torre C Oficina 305

Teléfono 423 33 90 Extensión 8349

Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: JESUS ROSADO <jesusrosadoq@hotmail.com>

Enviado: miércoles, 4 de octubre de 2023 16:52

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: ASUNTO: ALEGATOS APELACIÓN. Señor Magistrado Dr. GERMAN VALENZUELA VALBUENA H. Magistrado Ponente. Sala civil Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá E. S. D. REF. PROCESO VERBAL DE SIMULACIÓN. RAD. 110013103021202100

ASESORIAS JURIDICAS INTEGRALES
ABOGADOS ASOCIADOS

JESÚS M. ROSADO QUINTERO
ABOGADO

Señor Magistrado
Dr. **GERMAN VALENZUELA VALBUENA**
H. Magistrado Ponente. Sala civil
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá
E. S. D.

REF. PROCESO VERBAL DE SIMULACIÓN.
RAD. 11001310302120210032701
De: JUAN TORRES PATIÑO Y OTRA
Contra: PATRICIA NOGUERA ARANA y OTROS

JESUS MIGUEL ROSADO QUINTERO, abogado en ejercicio, obrando en mi condición de apoderado de los demandantes en el proceso de la referencia, a usted le manifiesto de manera respetuosa que dentro de la oportunidad procesal respectiva, me permito sustentar la apelación interpuesta contra la sentencia emitida por el Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá; mediante la cual no se accedió a declaratoria de simulación del contrato de compraventa solicitada. Los motivos que justifican nuestro disenso contra la negativa en comento los expongo de la siguiente manera.

En dicha providencia el A quo se pronunció negando las pretensiones interpuestas en nombre y representación de los señores JUAN TORRES PATIÑO y PAOLA TORRES PATIÑO, también hijos del ahora fallecido padre, como los son los dos demandados que suscribieron el correspondiente documento escriturario en calidad de compradores, junto con la señora PATRICIA NOGUERA ARANA —madre de éstos últimos, quien obró en dicha contratación como vendedora—.

Para no reconocer la simulación deprecada por los accionantes, la Juzgadora de primera instancia expuso claramente que la razón para ello estribaba en:

Bogotá, D.C. Calle 73 No. 10- 10 Of. 405. Edificio El Dorado
E-mail: jesusrosadoq@hotmail.com

ASESORIAS JURIDICAS INTEGRALES ABOGADOS ASOCIADOS

JESÚS M. ROSADO QUINTERO
ABOGADO

- Que los señores JUAN TORRES PATIÑO y PAOLA TORRES PATIÑO no tienen legitimidad como parte activa para peticionar dicha simulación y sus consecuencias jurídicas, como se efectuó en su momento en el escrito demandatorio.
- Y, **también anunció** que en el hipotético caso que los demandantes tuvieran legitimidad para ello, la Simulación no aparece demostrada en el plenario.

Estos dos puntos son precisamente los que con el debido respeto disentimos, y lo fundamentamos así:

I.- QUE LOS DEMANDANTES NO TIENEN LEGITIMIDAD POR ACTIVA.

La determinación de que esta excepción se encuentra probada en el presente contradictorio, la señora Jueza lo hace de manera oficiosa (se entiende que así debió decirlo) por cuanto no estuvo sustentada ni en lo probado ni lo expuesto por los accionados; bien en su escrito de réplica, en las pruebas recaudadas o en los alegatos de conclusión.

En todo caso, la base esencial de lo impartido en este sentido en la sentencia impugnada, **es que mientras no se disuelva la sociedad patrimonial o conyugal, el titular de los bienes puede obrar con omnímoda libertad y disponer de ellos.**

Al respecto, consideramos que si bien la adquisición y luego la mencionada venta del inmueble se realizó en vigencia de la sociedad patrimonial (aunque después se casaron) **esta potestad no es absoluta.**

Bogotá, D.C. Calle 73 No. 10- 10 Of. 405. Edificio El Dorado
E-mail: jesusrosadoq@hotmail.com

ASESORIAS JURIDICAS INTEGRALES ABOGADOS ASOCIADOS

JESÚS M. ROSADO QUINTERO
ABOGADO

En efecto, se entiende que en el caso de serlo el Legislador no se hubiera ocupado de reglamentar algunas situaciones que se presentan entre éstos, con relación a sus bienes logrados dentro de la sociedad patrimonial. Parece simple: si el titular puede hacer libre y desenfrenadamente lo que quiera con su bien, para qué se ocupa la ley en decir entonces, cosas como:

1.- Que se deben recompensas al cónyuge por las expensas que éste haya realizado sobre el bien, y de manera concomitante posibilitar que este derecho se le arrebatase torcida y suciamente mediante un contrato simulado. La verdad, creemos que la figura jurídica de la simulación se instituyó, en parte, para poner cortapisas a actos como estos que, inclusive, podrían rayar con una conducta delictual. No habría ninguna seguridad jurídica para aquel que aporta las expensas, que, por lo general de hace con el propósito incrementar el avalúo del mismo. Sobre este tipo de recompensas así lo tiene estipulado nuestra codificación civil vigente:

ARTICULO 1802. <RECOMPENSA POR GASTOS EN BIENES DE LOS CONYUGES>. Se le debe así mismo recompensa por las expensas de toda clase que se hayan hecho en los bienes de cualquiera de los cónyuges, en cuanto dichas expensas hayan aumentado el valor de los bienes, y en cuanto subsistiere este valor a la fecha de la disolución de la sociedad; a menos que este aumento de valor exceda al de las expensas, pues en tal caso se deberá sólo el importe de éstas.

2.- Igualmente, de ser absoluta esta disponibilidad, el cónyuge podría hacer donaciones o pagos en favor de terceros (incluida, por ejemplo, la donación de un inmueble) y por lo tanto, no tendría ninguna limitación; pero no, el Legislador establece, en aras de presentar derechos para el otro cónyuge, bien sea por malversación, o por jugar sucio, u obrar de manera delictiva para birlar sus derechos, lo siguiente:

ARTICULO 1803. <RECOMPENSA POR EROGACIONES EN FAVOR DE TERCEROS>. En general, se debe recompensa a la sociedad por toda erogación gratuita y cuantiosa a favor de un tercero que no sea descendiente común.

Bogotá, D.C. Calle 73 No. 10- 10 Of. 405. Edificio El Dorado
E-mail: jesusrosadoq@hotmail.com

ASESORIAS JURIDICAS INTEGRALES ABOGADOS ASOCIADOS

JESÚS M. ROSADO QUINTERO
ABOGADO

3.- O, también, como el cónyuge no tiene límite alguno sobre su bien, podría destinar un inmueble para la venta de estupefacientes y es irrelevante si le **extinguen el dominio del mismo**; pues, al fin y cabo, de aplicar ese criterio, nada puede hacer el otro cónyuge al respecto, así hubiera invertido ingentes sumas dinerarias para mejorarlo.

De modo que, de no aplicar una interpretación tan rigurosamente literal, todo apunta a que el cónyuge no titular del dominio tiene derecho a oponerse a que se sustraiga del haber social liquidable, llegado el momento, los bienes de manera simulada o fraudulenta, mientras no haya prescrito la acción respectiva; que no es el tema, como tardíamente lo expusiera el abogado de los demandados en sus alegatos. Y, al faltar éste, como es el caso presente, no avizoramos inconvenientes jurídicos para que lo hagan sus causahabientes, que, en este caso, lo hicieron sus hijos JUAN TORRES PATIÑO y PAOLA TORRES PATIÑO.

De otra parte, lejos está es Legislador de cohonestar un negocio con un objeto o causa ilícita, de manera que si es evidente de que este es el propósito de la negociación, también es nulo. **Nulidad que, inclusive, puede y debe ser decretada de manera oficiosa por el juez que tenga conocimiento del mismo en determinado proceso, si dicha contratación no cumple con determinados requisitos** (Artículo 1742 del Código Civil)

II.- QUE NO FUE DEMOSTRADA LA SIMULACIÓN

Este tema en la práctica no abordó en la sentencia, pues simplemente lo que se hizo fue un anuncio de que no había indicios de ello, es decir que ni siquiera fue enunciado, esto es, que no hubo un desarrollo del asunto después de indicarlo. Máxime, si se tiene en cuenta que en el relato previo, se manifiesta que en este tipo de procesos los indicios juegan papel destacado, entre otros, apoyándose precisamente en la jurisprudencia que se trajo a colación en el fallo refutado, los siguientes:

Bogotá, D.C. Calle 73 No. 10- 10 Of. 405. Edificio El Dorado
E-mail: jesusrosadoq@hotmail.com

ASESORIAS JURIDICAS INTEGRALES ABOGADOS ASOCIADOS

JESÚS M. ROSADO QUINTERO
ABOGADO

1.- **EL PARENTESCO.** En este asunto el contrato de compraventa se efectuó entre los otros dos hijos del señor JUAN TORRES, CAROL BIBIANA TORRES NOGUERA y ANDRES FELIPE TORRES NOGUERA y su compañera y madre de éstos, señora PATRICIA NOGUERA ARANA.

2.- **LA FORMA DE PAGO.-** A pesar de que en la escritura contentiva o mediante la cual se protocolizó “la venta” se indica en la **cláusula Sexta**, que el dinero del precio convenido fue recibido en su totalidad el día en que se firmó el instrumento; los demandados mismos indicaron que no fue así, que se fueron dando unos dineros, que se le participó en otra venta, y peor aun, que a ANDRES FELIPE TORRES NOGUERA su hermana le prestó el dinero que le correspondía pagar; pero que, diez (10) años después de esa negociación, solo le ha devuelto la mitad aproximadamente. El complemento es que la madre de éste declara que no sabe como fue la negociación entre ellos dos, pese a vivir bajo el mismo techo.

3.- **TIEMPO SOSPECHOSO PARA EFECTUAR EL PAGO.** Me remito a lo indicado en el punto anterior.

4.- **NO HABER CLARIDAD EN EL PAGO.** Quedó demostrado en el plenario de que estos pagos no se hicieron en la forma como se indica por parte de los accionados, pues, para empezar, en las consignaciones arrimadas al proceso, no está claro cuantas o cuales fueron para amortizar el pago supuestamente convenido.

5.- **LA VENDEDORA SIGUIÓ HABITANDO EL INMUEBLE.** Efectivamente, así ocurrió. Los tres, junto con el señor TORRES continuaron habitando el inmueble materia de la negociación.

En resumen, si todos estos indicios no fueran suficientes para demostrar el vicio enrostrado, equivaldría a hacer nugatoria la figura jurídica de la simulación.

Bogotá, D.C. Calle 73 No. 10- 10 Of. 405. Edificio El Dorado
E-mail: jesusrosadoq@hotmail.com

ASESORIAS JURIDICAS INTEGRALES
ABOGADOS ASOCIADOS

JESÚS M. ROSADO QUINTERO
ABOGADO

Por lo anterior, creo haber sustentado cuidadosamente el recurso elevado, por lo que ruego a su aplicado y eficiente Despacho examinarlo, a fin de que la sentencia opugnada se revoque o modifique en los términos peticionados.

Del señor Magistrado, atentamente,

JESUS MIGUEL ROSADO QUINTERO
C.C. No. 19.429.948 de Btá
T.P. No. 75782 del C. S. J.

Bogotá, D.C. Calle 73 No. 10- 10 Of. 405. Edificio El Dorado
E-mail: jesusrosadoq@hotmail.com

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA GONZALEZ FLOREZ RV: SUSTENTACION DE RECURSO DE APELACION REF. PROCESO: SIMULACIÓN 2019-00044-01 DE GERMAN ALBERTO GUEVARA GONZALEZ - ROSALEDA S.A.S

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.
<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Miércoles 4/10/2023 3:26 PM

Para: 2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

📎 1 archivos adjuntos (140 KB)

SUSTENTACION DE RECURSO DE APELACIÓN SIMULACION ROSALEDA.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA GONZALEZ FLOREZ

Cordial Saludo,

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Sala Civil
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá
Avenida Calle 24 N° 53-28 Torre C Oficina 305
Teléfono 423 33 90 Extensión 8349
Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: Secretaría Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: miércoles, 4 de octubre de 2023 15:22

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: Simanca & Asociados Abogados <simancaasociados@outlook.com>

Asunto: RV: SUSTENTACION DE RECURSO DE APELACION REF. PROCESO: SIMULACIÓN 2019-00044-01 DE GERMAN ALBERTO GUEVARA GONZALEZ - ROSALEDA S.A.S

Cordial saludo,

Se remite por competencia a OSCAR CELIS FERREIRA - SECRETARIO JUDICIAL DE LA SALA CIVIL, cualquier inquietud sobre su proceso debe dirigirla al correo secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

LAURA MELISSA AVELLANEDA MALAGON
Secretaria Administrativa de la Sala Civil
Tribunal Superior de Bogotá
PBX 6013532666 Ext. 8378
Línea gratuita nacional 018000110194
secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co
Avenida Calle 24A No. 53-28, Of. 305 C
Bogotá D.C.

De: Simanca & Asociados Abogados <Simancaasociados@outlook.com>

Enviado: miércoles, 4 de octubre de 2023 15:20

Para: Secretaría Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<secscribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>; German Guevara <germanguuevara@gmail.com>

Asunto: SUSTENTACION DE RECURSO DE APELACION REF. PROCESO: SIMULACIÓN 2019-00044-01 DE GERMAN ALBERTO GUEVARA GONZALEZ - ROSALEDA S.A.S

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. SALA CIVIL
HONORABLE MAGISTRADA FLOR MARGOTH GONZALEZ FLOREZ
E S D

REF. PROCESO : SIMULACIÓN 2019-00044-01
DTE EXCLUYENTE : GERMAN ALBERTO GUEVARA GONZALEZ
DEMANDADA : ROSALEDA INVERSIONES S.A.S.

JUZGADO DE ORIGEN: JUEZ 23 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA D.C.

SIMANCA & ASOCIADOS ABOGADOS S.A.S.

Calle 11 No. 8 - 54 Oficinas 705 - 706 Edificio Latuf Bogotá D.C.

Carrera 9 # 11 - 48 Oficina 201, Paz de Ariporo Casanare

**Teléfono: (+57)(601) 341 89 94 - 320 328 75 87 - 313 844 36 01 - 320 410 26
65**

E-MAIL: Simancaasociados@outlook.com

AVISO LEGAL

Este mensaje electrónico contiene información privada y confidencial, siendo para uso exclusivo de la persona(s) o entidades arribas mencionadas. Si usted no es el destinatario señalado, le informamos que cualquier divulgación, copia, distribución, uso o lectura de los contenidos se encuentra prohibida. Si usted ha recibido este mensaje por error, por favor avise al remitente y posteriormente borre su contenido.

Como titular de sus datos, podrá ejercer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición utilizando para ello cualquiera de los canales de comunicación de SIMANCA & ASOCIADOS S.A.S., dirigida a Servicios de Sistemas de Información - Seguridad Informática con dirección Calle 11 N° 8 -54, Oficina 705 - 706, de la ciudad de Bogotá D.C., Colombia o en general, por el medio de comunicación que habitualmente utilice.

Doctor(a)

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. SALA CIVIL
HONORABLE MAGISTRADA FLOR MARGOTH GONZALEZ FLOREZ

E S D

REF. PROCESO : SIMULACIÓN 2019-00044-01
DTE EXCLUYENTE : GERMAN ALBERTO GUEVARA GONZALEZ
DEMANDADA : ROSALEDA INVERSIONES S.A.S.

ÓSCAR ANDRÉS MORALES URBANO, en mi condición de apoderado judicial del demandante **GERMAN ALBERTO GUEVARA GONZALEZ**, con todo respeto manifiesto a la Honorable Magistrada, que mediante el presente **SUSTENTO** el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto en contra de la sentencia proferida el día 10 de Agosto de 2023, notificada mediante estado el día 11 de Agosto de 2023, estando dentro del término de ley, de conformidad al auto de fecha 26 de septiembre del presente año, mediante el cual admitió el recurso de apelación, y ordenó sustentar el mismo, lo cual hago de la siguiente manera:

PETICIONES

1. Pido a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá D.C., Sala Civil **REVOCAR** en su totalidad la sentencia recurrida.
2. Como consecuencia de lo anterior, se concedan las pretensiones de la demanda de intervención excluyente.
3. Condenar en costas y gastos a la parte demandada

ARGUMENTOS DE SUSTENTACIÓN

Tal y como se indicó al momento de la interposición del recurso de apelación al momento de realizar los reparos en contra de la sentencia, de igual forma se sustentó en debida forma, sin embargo, dichos argumentos se traen a colación y en los siguientes términos:

- **INDEBIDA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA SUSTANCIAL - CONFIGURACIÓN DE LA SIMULACIÓN RELATIVA.**

La simulación de los negocios jurídicos puede ser definida como la alteración de la realidad o una parte de la misma al interior del contenido de un contrato.

SIMANCA & ASOCIADOS

ABOGADOS

La Honorable Corte Suprema de Justicia en materia de simulación ha afirmado:

“La acción de simulación –también llamada acción de prevalencia– tiene por propósito develar la verdadera intención de las partes de un contrato, oculta de manera concertada tras un negocio jurídico aparente. En ese sentido, debe existir una discordancia entre el contenido del contrato que podría percibir un observador externo –razonable e imparcial–, y lo que acordaron los estipulantes de forma privada, antinomia que debe ser el resultado de una voluntad recíproca y consciente, orientada a distorsionar la naturaleza del pacto, modificar sus características principales, o fingir su misma existencia.”

A partir de lo anterior, los desarrollos jurisprudenciales han permitido establecer dos clases de simulación, a saber, la absoluta y la relativa, destacándose que esta última corresponde a la existencia de verdadera intención en el objeto final del acto jurídico que se materializa, pero que en alguna otra parte del contrato cuenta con una intención oculta, bien sea, el precio, una de las partes que intervienen, o el tipo de contrato a través del cual se ejecuta el acto, entre otros.

A diferencia de la simulación absoluta, la simulación relativa no siempre se deriva de un actuar premeditado, ardit, o acuerdo preexistente entre todas las partes que al interior del negocio jurídico participan, pues puede ocurrir que únicamente una de ellas sea la encargada de maquinar y establecer la alteración de la realidad negocial, circunstancia que puede tener ocurrencia por ejemplo en los eventos en que el verdadero comprador designa a un tercero para que figure en el instrumento público por razones ajenas a este último, circunstancia en la cual evidentemente no existe una participación activa del enajenante en la alteración de la realidad.

A través del proveído SC1971-2022-2018-00106-01.

“Similarmente, para esta Corporación el instituto de la simulación de contratos “(...) comprende una situación anómala en la que las partes, de consuno, aparentan una declaración de voluntad indeseada (...). Si hay un contenido negocial escondido tras el velo del que se exhibe al público, la simulación se dice relativa. Pero si no hay vínculo contractual de ninguna especie y por lo tanto el único acto en realidad celebrado consiste en el convenio de las partes para dar vida a una apariencia que engañe públicamente demostrando ante terceros la existencia de un negocio que las partes nunca se propusieron ajustar, la simulación se califica de absoluta.”

SIMANCA & ASOCIADOS

ABOGADOS

Para el presente caso, el Despacho de primera instancia al momento de analizar la figura de la simulación relativa que fue objeto de reclamo por el señor **GERMAN ALBERTO GUEVARA GONZALEZ**, determinó en forma equivocada:

“(S)e concluye que no se cumple con el primero de los requisitos para la configuración de la simulación pretendida por el interviniente, pues mírese que este fracasa en demostrar que entre el vendedor Hernando Rosero Cifuentes (qepd) y el representante de Rosaleda Inversiones SAS existió algún acuerdo torticero para dar la apariencia de buen negocio al que a juicio del interviniente, no lo era (...)”

El anterior argumento evidentemente desconoce no solamente la correcta interpretación de la norma sustancial en lo que respecta de la simulación relativa, sino, que igualmente es una conclusión derivada del indebido ejercicio valorativo de los medios de prueba que tuvieron la oportunidad de practicarse al interior del presente trámite.

- **INDEBIDA VALORACIÓN DE LOS ANTECEDENTES FÁCTICOS, LOS MEDIOS PROBATORIOS, CERCENAMIENTO DE LA PRUEBA DOCUMENTAL Y FALTA DE IMPARCIALIDAD DE LA PRUEBA TESTIMONIAL PRACTICADA**

Como ya se anotó anteriormente, la simulación relativa por alteración en el comprador no en todas las ocasiones puede deberse a un acuerdo entre el vendedor y el comprador real para la alteración de la realidad, sino, que esta alteración puede tener ocurrencia únicamente en cabeza del comprador y la persona o personas que pasarán a adquirir la titularidad del dominio, así para el presente caso, se hace necesario destacar los hechos y circunstancias que dieron origen a los dineros que entre otros fueron utilizados para la adquisición del local comercial 3-43 C del Centro Comercial Salitre Plaza, objeto del presente contrato y los conflictos derivados de los mismos entre la familia **GUEVARA GONZALEZ**

- Venta de tres predios rurales que conformaban la finca “La Pampa”, de propiedad de los hermanos **CARLOS, LILIANA, GERMÁN** y **ENRIQUE GUEVARA GONZALEZ.**
- Falta de pago de la porción de la venta al señor **ENRIQUE GUEVARA GONZALEZ.**
- Conformación del Fideicomiso grupo GG de Alianza Fiduciaria
- Iniciación del proceso de rendición provocada de cuentas 2016 - 607
- Iniciación del proceso de simulación 2016 - 850
- Acuerdo conciliatorio de fecha 9 de Abril de 2018

SIMANCA & ASOCIADOS

ABOGADOS

Como es sabido el origen del conflicto entre la familia **GUEVARA GONZÁLEZ** se deriva del acto de compraventa realizado mediante escritura pública número 4174 de 15 de Junio de 2011 de la Notaría 19 del Circulo de Bogotá D.C., instrumento este que debe resaltarse no ha sido objeto de proceso alguno tendiente a su anulación o modificación.

No obstante lo anterior, han sido los negocios jurídicos sobrevinientes a la venta antes mencionada los que a través de diversas acciones han pretendido hacer creer a diferentes instancias judiciales que los dineros provenientes de la venta de los tres inmuebles rurales que componían la hacienda “LA PAMPA”, únicamente pertenecían al señor **HERNANDO GUEVARA PEAFIEL** y a su esposa **ROSA LILIA GONZALEZ DE GUEVARA**.

Así, entonces es como se tiene el origen de los dineros que sirvieron para comprar entre otros el local comercial objeto del presente proceso, pues como se probó a lo largo del trámite procesal, los dineros obtenidos ascendieron a más de **CUATRO MIL MILLONES DE PESOS M/CTE (\$4.000.000.000)**

La suma de dinero antes mencionada, como se evidenció en el trámite probatorio, fue objeto de división entre los nudos propietarios y los usufructuarios de la hacienda “LA PAMPA”

A pesar de dicho acuerdo divisorio, debe resaltarse que:

1. Al nudo propietario vendedor **ENRIQUE GUEVARA GONZALEZ**, no le fue entregada suma alguna de dinero
2. La “división” del producto de la venta es una hipótesis, teniendo en cuenta que parte de los dineros fueron aportados a la constitución del fideicomiso grupo GG de Alianza Fiduciaria.

Las mencionadas circunstancias constituyen entonces un elemento indispensable para lograr comprender lo realmente ocurrido al momento de la adquisición del bien inmueble distinguido con folio de matrícula inmobiliaria número 50C - 1614658 de la Oficina de Instrumentos Públicos de Bogotá Zona Centro y en efecto hace parte de las situaciones que poco o nada fueron analizadas en debida forma al momento de emitirse la sentencia de primera instancia.

Ahora bien, el señor **HERNANDO GUEVARA PEÑAFIEL** y sus hijos **LILIANA ROCIO** y **CARLOS ALFONSO GUEVARA GONZÁLEZ** fueron enfáticos en referir la división del producto de la venta en seis partes iguales, no obstante ello, como se desprendió de los procesos de rendición provocada de cuentas y de simulación que cursaron ante los juzgados 5 y 11 Civil del Circuito de Bogotá D.C., respectivamente, en efecto al nudo propietario vendedor **ENRIQUE GUEVARA GONZALEZ**, no le fue entregada su porción de la venta, es decir materialmente los dineros percibidos únicamente fueron distribuidos

SIMANCA & ASOCIADOS

ABOGADOS

en 5 partes, cuestión esta que modifica notoriamente la proporción recibida por cada uno.

Al respecto de este punto y en lo que del monto efectivamente atribuido a cada uno se refiere, se hizo evidente cómo ni el señor **HERNANDO GUEVARA PEÑAFIEL, CARLOS ALFONSO**, ni **LILIANA ROCIO** lograron determinar dicho valor, su forma de pago, ni mucho menos en que fue distribuido, situación esta que permite vislumbrar la maniobra engañosa por estos desplegada en el presente asunto, con la finalidad única de intentar otorgar mayor fuerza y credibilidad a la postura y tesis que de la demanda inicial presentada por el señor **GEVARA PEÑAFIEL** se derivaba.

Por otra parte y en lo que toca el acuerdo conciliatorio de fecha 9 de Abril de 2018, surtido ante el Juzgado 11 Civil del Circuito de Bogotá D.C., el Despacho de primera instancia unicamente da valor a la manifestación equivocada alla plasmada consistente en indicar que *“Inmueble que se informa es propiedad de los señores Luis Hernando Guevara Peñafiel y Rosa Lilia Gonzalez de Guevara”*, sin tener en cuenta y dar validez al acta 001 de Junta Directiva de la Sociedad Rosaleda S.A.S., suscrita en la misma fecha, inclusive dentro del mismo Despacho judicial y cuyo original reposa en el expediente, a través del cual los accionistas de dicha sociedad acordaron la venta del inmueble objeto del presente proceso con la finalidad de saldar obligaciones propias de los accionistas, tales como el saldo en efectivo que debía cancelarse a **ENRIQUE GUEVARA GONZALEZ**, de conformidad al acuerdo conciliatorio, el pago de los gastos y acreencias con el fideicomiso grupo gg y la posterior adquisición de nuevos inmuebles, los cuales quedarían en nombre de los tres accionistas de la sociedad, es decir, **GERMAN ALBERTO, LILIANA ROCIO y CARLOS ALFONSO GUEVARA GONZALEZ**.

Claro es entonces y sin duda alguna que en efecto la sociedad **ROSALEDA INVERSIONES S.A.S.**, nunca ha ejercido actividad de comercio alguna, por cuanto su objeto social respondió fue a la invención de un mecanismo para impedir malas prácticas entre los verdaderos propietarios, quienes finalmente quedaron como accionistas de la empresa; invención esta que conllevó la implementación de estatutos comerciales totalmente blindados para evitar la toma de decisiones sin que concurriera acuerdo del 100% de las cuotas accionarias.

Consonantes fueron las declaraciones testimoniales en afirmar que la creación de la figura societaria fue una invención de **GERMAN ALBERTO GUEVARA** planteada y trasladada a sus hermanos en cada una de sus etapas como se desprende de la prueba documental correos electrónicos, al punto tal que los mismos consintieron su creación para la incorporación del bien inmueble objeto de simulación como único activo social y con la claridad de ser únicamente ellos tres los accionistas y “dueños” de la figura societaria y por ende se su patrimonio.

SIMANCA & ASOCIADOS

ABOGADOS

Los mentados correos electrónicos, debe anotarse únicamente sirvieron de sustento en el párrafo final de la sentencia objeto de reproche a fin de resumirlos y trasladar su reproducción en la decisión para argumentar que *“no se encuentran configurados los demás elementos necesarios para declarar la simulación que se pregona”*, pero sin que se indique en momento alguno el ejercicio valorativo, metodología y verificación para llegar a tal conclusión.

Finalmente y en este punto, es necesario resaltar la conducta procesal del Despacho, quien a pesar de que desde lo hechos de la demanda de intervención excluyente tuvo conocimiento de que las pretensiones se encontraban enfocadas a establecer que los verdaderos compradores del inmueble fueron las personas que figuraban como accionistas de la sociedad **ROSALEDA INVERSIONES S.A.S.**, se negó a la integración del litisconsorcio efectivamente indispensable, pues contrario a lo afirmado en la sentencia, no es la condición de accionista la que ha sido entendida por el demandante excluyente como la situación que lo podría configurar como propietario de una tercera parte del bien, sino, las circunstancias negociales y acuerdos de conformación de la sociedad, los que permiten establecer el acuerdo simulatorio concretado en tal sentido por este y sus hermanos.

● INEXISTENCIA DE VALORACIÓN PROBATORIA DE LOS INDICIOS.

Tal y como lo ha reconocido la Honorable Corte Suprema de Justicia, tratándose de la verificación de la intención oculta o simulada, al interés del trámite procesal y especialmente en lo concerniente a la emisión del fallo, es la prueba indiciaria quizá el mecanismo o instrumento más idóneo para el esclarecimiento de las situaciones que en virtud de un instrumento público han pretendido distraer la intención real del actuar de sus intervinientes.

Así mismo, la Honorable Corte Suprema de Justicia al respecto de la prueba indiciaria ha afirmado:

“Es a través de la inferencia indiciaria como el sentenciador puede, a partir de hechos debidamente comprobados y valorados como signos, arribar a conclusiones que no podría jamás revelarse de no ser por la medicación del razonamiento deductivo

De ahí que a este tipo de prueba se le llame también circunstancial o indirecta, pues el juez no tiene ningún tipo de contacto sensible (empírico) con el hecho desconocido, pero sí con otros que únicamente el entendimiento humano puede ligar con el primero.”

Aunado a lo anterior, se han establecido los siguientes elementos de la prueba indiciaria.

- (i) Los hechos indicadores o indicantes: son los hechos conocidos, los rastros o huellas que se dejan al actuar, la motivación previa,

SIMANCA & ASOCIADOS

ABOGADOS

(ii) Una regla de experiencia, de la técnica o de la lógica, es el instrumento que se utiliza para la elaboración de razonamiento.

(iii) Una inferencia mental: el razonamiento, la operación mental, el juicio lógico crítico que hace el juzgador; la relación de causalidad entre el hecho indicador y el hecho desconocido que se pretende probar.

(iv) El hecho que aparece indicado, esto es, el resultado de esa operación mental.

Para el presente caso, los hechos indicadores pueden determinarse de la siguiente manera:

- ❖ Acuerdos previos entre los hermanos **GUEVARA GONZÁLEZ** y consentimiento para la constitución de la sociedad **ROSALEDA INVERSIONES S.A.S.**
- ❖ Inexistencia de actividad comercial alguna por parte de la sociedad **ROSALEDA INVERSIONES S.A.S.**
- ❖ Capacidad económica de los accionistas de la sociedad **ROSALEDA INVERSIONES S.A.S.**, para adquirir el inmueble objeto de simulación.
- ❖ Existencia de enemistad entre el demandante en intervención excluyente, su padre y sus hermanos **CARLOS ALFONSO** y **LILIANA ROCIO**.
- ❖ Existencia de discrepancias en la forma de distribución del producto de la venta de la hacienda “La Pampa”
- ❖ Acuerdo conciliatorio como consecuencia del proceso de simulación 2016-850 del Juzgado 11 Civil del Circuito de Bogotá D.C.
- ❖ Acuerdo de venta y distribución del inmueble para el pago de obligaciones personales de los accionistas y posterior distribución de la diferencia en favor de cada uno de ellos (Poder dispositivo sobre el inmueble)
- ❖ Desconocimiento al anterior acuerdo, e intención de no pago a **HERNANDO ENRIQUE GUEVARA GONZALEZ**, por parte de los señores **HERNANDO GUEVARA PEÑAFIEL**, **LILIANA ROCIO GUEVARA GONZALEZ** y **CARLOS ALFONSO GUEVARA GONZALEZ**.
- ❖ Desinterés del Representante Legal de **ROSALEDA INVERSIONES S.A.S.** para ejercer la defensa de los derechos de la sociedad al interior del presente asunto.

SIMANCA & ASOCIADOS

ABOGADOS

- ❖ Participación de **LILIANA ROCIO GUEVARA GONZÁLEZ** en la recepción de los valores derivados del arrendamiento del local comercial objeto del presente proceso
- ❖ Estado de liquidación de la sociedad **ROSALEDA INVERSIONES S.A.S.**
- ❖ Desistimiento de las pretensiones de la demanda principal iniciada por **HERNANDO GUEVARA PEÑAFIEL**.


Son precisamente los anteriores elementos indicadores, los que no fueron punto de debate al interior de la sentencia impugnada en el presente escrito, constituyéndose así una incapacidad o falta de convicción plena para llegar a la conclusión del Despacho, máxime cuando la misma dió por probada únicamente la excepción denominada “*Inexistencia de la causal de configuración de la simulación relativa*”

Al respecto de tal situación, la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, ha indicado, encuadrando dentro del error de hecho por vía indirecta:

“El error, entonces, “atañe a la prueba como elemento material del proceso, por creer el sentenciador que existe cuando falta, o que falta cuando existe, y debido a ella da por probado o no probado el hecho”.

Finalmente, cabe resaltar que ante el estado de liquidación en que se encuentra la sociedad **ROSALEDA INVERSIONES S.A.S.**, la falta de actividad alguna que haya podido generar pasivo por pagarse y la titularidad actual sobre el bien objeto de simulación, conllevaría imprescindiblemente a la distribución del único activo entre sus tres accionistas actuales, esto sin perjuicio de las posibles acciones judiciales que el señor **HERNANDO GUEVARA PEÑAFIEL** tenga lugar a iniciar con la finalidad de valerse del apoyo de sus dos hijos **CARLOS ALFONSO GUEVARA** y **LILIANA ROCIO GUEVARA** con la finalidad de extraerlo de dicha sociedad y consecuentemente alterar los derechos del aquí demandante en intervención excluyente.

Cordialmente,



ÓSCAR ANDRÉS MORALES URBANO

C.C. N° 1.010.214.685 de Bogotá D.C.

T.P. N° 386.204 del Consejo Superior de la Judicatura