



Barranquilla, Abril 2024

Doctores
DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR
Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales
info@derechodeautor.gov.co
Bogotá D.C.
E. S. D.

PROCESO: VERBAL

DEMANDANTE: DARÍO RAFAEL CABRERA RODRÍGUEZ
OSCAR HURTADO RODRÍGUEZ.

DEMANDADO: LAURA ESTER FORTICH SÁNCHEZ

RADICACIÓN: 1-2022-50788

ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN

ALBERTO JOSÉ PEÑA PÉREZ, identificado como aparece al pie de mi correspondiente firma, actuando en nombre y representación de la doctora **LAURA ESTER FORTICH SÁNCHEZ**, de conformidad a poder adjunto, acudo a su despacho para interponer **RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO DE APELACIÓN**, contra la sentencia del 03 de Abril de 2024, en los siguientes términos:

RAZONES DE LA IMPUGNACIÓN.

Que el operador de justicia en la sustentación de la sentencia dejo claro lo siguiente:

(...)
*Iniciemos mencionando que durante la etapa oral del presente proceso se fijó el litigio señalando que, si bien la accionada contestó la demanda de forma oportuna, esta no cumplió con lo establecido en el numeral segundo del artículo 96 del CGP, dado que no se respondió ningún hecho indicando si lo admitía, negaba o no le constaba, por lo que tampoco se expresó en forma precisa y unívoca las razones de su respuesta. Lo anterior tiene como consecuencia que se **presumirán ciertos** los hechos que sean susceptibles de confesión.*
(...)

Es importante indicar que la contestación de la demanda fue clara frente a los hechos y pretensiones cuando se indicó:

(...)
De la manera más atenta nos oponemos a las pretensiones esbozadas por los demandantes, teniendo en cuenta que las mismas no cumplen los supuestos facticos que ellas pretenden.
(...)

Que de esa forma podemos evidenciar en el desarrollo de la sentencia que el operador jurídico no valoro las pruebas solicitadas por esta defensa, tales como las indicadas con la contestación de la demanda y las aportadas en la audiencia soportados en que los hechos fueron declarados presuntamente ciertos, situación que trasgrede principios como acceso a la justicia.



Que las pruebas no decretas ni valoradas por el operador fueron las siguientes:

Solicito tener como pruebas trasladadas las recopiladas en el expediente N° 1-2018-69517, dentro del Proceso Verbal Sumario, entre Oscar Hurtado Rodríguez y otro y Papelería El Cid S.A.S., en lo referente a las certificaciones por pago de usos de canciones, así como soporte de precedente jurisprudencial de esta misma entidad.

Solicito se oficie a las diferentes emisoras del Departamento del Atlántico, para que certifiquen si la pieza publicitaria aquí acusada fue retransmitida por dichos medios de comunicación.

Solicito se oficie a Telecaribe SA, para que certifique si la pieza publicitaria, fue retransmitida en laguna programación de su parrilla.

Solicito se es cite y haga comparecer al señor Oscar Hurtado, para que absuelva cuestionario que le formule en Audiencia.

Solicito se oficie a la Fundación Carnaval de Barranquilla, para que certifique si ha realizado acuerdos conciliatorios con el señor Oscar Hurtado.

El objeto de la actividad probatoria en el proceso judicial es superar el estado de incertidumbre. Puede que ello se logre (o no) acudiendo a los elementos probatorios aportados por las partes. Pero si no es así, y la parte interesada no fue responsable de la insuficiencia probatoria, corresponderá al juez decretar y practicar pruebas de oficio. De allí que la actividad oficiosa del juez sea subsidiaria, porque no reemplaza al binomio demandante-demandado en la demostración de sus dichos. (Sentencia SU129/21)

En Colombia, el juez está obligado a realizar la valoración de la prueba como parte fundamental de su función dentro del sistema judicial. Esto se deriva de principios constitucionales y legales que buscan garantizar un debido proceso y una administración de justicia imparcial y efectiva.

La valoración de la prueba por parte del juez es fundamental para garantizar la imparcialidad y objetividad en la toma de decisiones judiciales. El juez debe analizar las pruebas de manera objetiva, sin prejuicios ni sesgos, y basar su decisión únicamente en la evidencia presentada y en el marco legal aplicable.

En resumen, el juez en Colombia está obligado a valorar las pruebas presentadas en un proceso judicial como parte de su deber de garantizar un debido proceso, respetar los derechos de las partes y tomar decisiones justas y equitativas conforme a la ley.

Adicionalmente, esta defensa fue errática en indicar que no existieron mayores afectaciones al demandante ya que no sé probó que mi prohijada de ninguna manera haya vulnerado los derechos morales ni patrimoniales de los demandantes porque no se encuentran hechos que sustenten dicha pretensión, de los que se pueda concluir que hubo una vulneración a un derecho moral, una afectación extrapatrimonial o un sufrimiento causado a los demandantes, tampoco obran pruebas en el expediente que acrediten una infracción de esta naturaleza. Primero porque la demandada en ningún momento rompe el vínculo entre la obra y su actor, asumiendo como propia la obra en cuestión, embargándola o propiciando que no perdure en el tiempo; es decir, que en ningún momento la demandada está causando un daño moral ni violando los derechos morales del autor. Recordemos que los derechos morales son aquellos que se caracterizan por ser inalienables, inembargables, imprescriptibles e irrenunciables, por lo tanto, los derechos morales garantizan el vínculo entre el autor y su obra, como se citó anteriormente, por lo tanto, se puede evidenciar que no existe daño moral que les permita a los demandados a acceder a sus pretensiones en lo que se refiere a los derechos morales sobre su obra.

Se tiene entonces que, en principio, el régimen de responsabilidad civil imperante en el ordenamiento jurídico colombiano demanda la necesidad de la existencia de un daño real,



cierto y actual aunado al elemento subjetivo, ya sea llamado culpa o dolo, para poder endilgar a una persona la obligación de reparar los perjuicios acaecidos por un hecho específico.

Que frente a el caso en particular de derecho de autor el operador de justicia debió tener en cuenta que la conducta debe (i) atentar contra una obra protegida, (ii) afectar de manera ilegítima derechos patrimoniales o morales, (iii) no debe haber expirado el término de protección de los derechos patrimoniales, y (iv) la conducta no debe estar inmersa en alguna de las limitaciones o excepciones al derecho de autor (2010a, p. 111).

Así las cosas, en la práctica, para poder endilgar responsabilidad civil a una persona en casos por supuesta vulneración de derechos de autor, el demandante deberá probar no solo el daño producido, sino además cómo la conducta o el hecho aducido configura una infracción a la luz de la regulación específica sobre la materia en Colombia.

En el caso que nos ocupa en la sentencia se indicó lo siguiente frente a los daños patrimoniales:

(...)

*En el caso de marras, se realizó una reproducción al sincronizar, en un video de promoción política, el fonograma que tiene fijada la obra musical “PUYA A CORRE”, **lo que no fue autorizado por el autor; si bien dicha reproducción se presume cierta en razón a la contestación deficiente de la demanda**, en el video denominado “7. Video(2).mov”¹⁵ este Despacho además advirtió un **audiovisual realizado por la accionada**, el que efectivamente es ambientado por la obra musical objeto de debate, sin la autorización previa y expresa del autor Oscar Hurtado Rodríguez.*

(...)

*Ahora, también se observa que **durante los interrogatorios** de parte la demandada confesó que su perfil de Instagram se denomina @laurafortichsenadora. De otra parte, en la prueba denominada “5. Puya a Corré – puya.mp3”¹⁶ se puede escuchar el fonograma en el que se encuentra fijada la obra musical objeto de debate. Teniendo claro lo anterior, es necesario poner de presente que en el ya mencionado medio de convicción “7. Video(2).mov”¹⁷ se grabó el perfil de Instagram identificado como @laurafortichsenadora, en este se observa una publicación compuesta por un video ambientado con el fonograma en el que se encuentra fijada la obra “PUYA A CORRE”, de lo que se colige que a través del referido perfil se permite el acceso a la creación sobre la que se busca tutela. **Aunado a lo anterior, el perfil es público, por lo que, además de los 10.000 seguidores de la accionada, cualquier persona que cuente con servicio de internet pudo ingresar a la publicación sin restricciones y tener acceso a la obra musical.** Así las cosas, resulta claro para esta juzgadora que a través de la mencionada red social se permite a los usuarios acceder la obra referida en el momento y lugar en el cual elijan por las facilidades propias del Internet.*

Como se observa claramente en la sentencia el operador de justicia soporta en tres elementos la supuesta afectación patrimonial.

1. La presunción cierta de los hechos por la supuesta contestación deficiente de la demanda.
2. El video aportado por el accionante.
3. Y la publicación en la red social de mi defendida que cuenta con miles de seguidores que pudieron tener acceso a la obra musical.

Como se había indicado anteriormente, el operador de justicia solo valoro las pruebas aportadas por el demandante, pero no se pronuncia sobre las solicitadas por la defensa, inclusive usa el interrogatorio valorándolo de manera parcial.

Dentro de los interrogatorios se expuso que mi defendida no había realizado el video, que solamente lo público, pero el operador de justicia indica que dicha afirmación no fue



probada, es decir, que lo dicho en el interrogatorio solo tenía valor probatorio si lo indicaba la parte demandante.

La culpa como elemento integrante del análisis para determinar la existencia o no de responsabilidad civil es un requisito.

Los derechos de autor no son ajenos a la discusión referente al factor de atribución, y en especial al elemento subjetivo de la conducta, pues -en principio- estarían cobijados dentro de la regla general de la responsabilidad subjetiva, ya que cuando la infracción surge directamente de una conducta que generó un daño al titular de derechos, el supuesto indemnizatorio proviene de una responsabilidad directa, vale decir, aquella en que se incurre por hecho propio, siendo así requerida la culpa.

El factor de atribución se refiere a la atribución adecuada de la autoría de una obra, mientras que el elemento subjetivo de la conducta implica la intención o conocimiento del infractor respecto a la violación de los derechos de autor. Es decir, si el infractor estaba consciente de que estaba utilizando material protegido por derechos de autor sin autorización o si actuó de manera negligente en relación con los derechos de autor. Este elemento puede ser relevante para determinar la responsabilidad y las sanciones en casos de infracción de derechos de autor.

Que la Ley 23 de 1982 indica en su capítulo II, sección primera los derechos patrimoniales y su duración y dice:

Artículo 12. El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen sobre las obras literarias y artísticas el derecho exclusivo de autorizar, o prohibir:

- a) La reproducción de la obra bajo cualquier manera o forma, permanente o temporal, mediante cualquier procedimiento incluyendo el almacenamiento temporal en forma electrónica;
- b) La comunicación al público de la obra por cualquier medio o procedimiento, ya sean estos alámbricos o inalámbricos, incluyendo la puesta a disposición al público, de tal forma que los miembros del público puedan tener acceso a ella desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija;
- c) La distribución pública del original y copias de sus obras, mediante la venta o a través de cualquier forma de transferencia de propiedad;
- d) La importación de copias hechas sin autorización del titular del derecho;
- e) El alquiler comercial al público del original o de los ejemplares de sus obras;
- f) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.

Parágrafo. El derecho a controlar la distribución de un soporte material se agota con la primera venta hecha por el titular del derecho, o con su consentimiento, únicamente respecto de las sucesivas reventas, pero no agota ni afecta el derecho exclusivo de autorizar o prohibir el alquiler comercial y préstamo público de los ejemplares vendidos.

Los derechos patrimoniales en el derecho de autor se refieren a los derechos económicos o monetarios que el titular de los derechos tiene sobre su obra. Estos derechos le otorgan al autor o titular de los derechos el control exclusivo sobre cómo se utiliza su obra y la posibilidad de obtener beneficios económicos derivados de su explotación. Los derechos patrimoniales son una parte fundamental de la protección legal de los derechos de autor y generalmente incluyen los siguientes aspectos:

Derecho de reproducción: Este derecho permite al titular de los derechos autorizar o prohibir la reproducción de su obra en cualquier forma o medio, ya sea físico o digital. La reproducción abarca la copia total o parcial de la obra.

Derecho de distribución: Este derecho otorga al titular el control sobre la distribución de ejemplares de su obra al público. Puede decidir cómo, cuándo y dónde se distribuirán copias de su obra.



Derecho de comunicación pública: Este derecho faculta al titular para autorizar o prohibir la comunicación pública de su obra al público en general. Esto incluye la transmisión de la obra por medios como la televisión, la radio, Internet, etc.

Derecho de transformación o adaptación: Este derecho permite al titular autorizar o prohibir la creación de obras derivadas basadas en su obra original. Esto incluye traducciones, adaptaciones cinematográficas, versiones musicales, entre otras.

Derecho de alquiler y préstamo: Este derecho permite al titular controlar el alquiler o préstamo de ejemplares de su obra al público. En algunos países, este derecho se limita a ciertas categorías de obras, como programas de ordenador y grabaciones sonoras.

Estos derechos patrimoniales protegen los intereses económicos del autor o titular de los derechos al garantizar que tengan el control exclusivo sobre la explotación comercial de su obra y les permitan beneficiarse de su creatividad e inversión. La duración y el alcance de estos derechos pueden variar según la legislación de cada país, pero en general, los derechos patrimoniales suelen durar durante la vida del autor más un período adicional después de su fallecimiento.

En el caso que nos ocupa mi representado **NO** limitó los derechos patrimoniales del demandante frente a los derechos que tiene sobre la Obra PUYA A CORRE, es decir, no prohibió su reproducción o limitó el derecho autorizar su uso, tampoco se observa que transgredió su derecho a distribución, alquiler o adaptación de su obra.

Concretamente se puede observar que el A Quo realizó una mala interpretación de los derechos patrimoniales de la obra, ya que con la publicación de un video con el fonográfico no quito el control exclusivo del demandante sobre cómo utilizar su obra y la posibilidad de obtener beneficios económicos derivados de su explotación.

No obstante lo anterior, es importante anotar que existen algunas normas que han incluido criterios para la tasación de perjuicios en vulneración a derechos de autor, tal y como es la Ley 44 de 1993 (Colombia. Congreso de la República, 1993), la cual en su artículo 57 indica que para tasar los daños patrimoniales - sin señalar si es por vulneración a derechos patrimoniales o morales - ocasionados por infracciones se deberá tener en cuenta: (i) El valor comercial de los ejemplares producidos o reproducidos sin autorización; (ii) el valor que hubiere percibido el titular del derecho de haber autorizado su explotación y (iii) el lapso durante el cual se efectuó la explotación ilícita.

Que en la sentencia el A Quo indico:

En el caso en juicio, **la infracción es el daño en sí mismo que se demostró con los hechos que se presumen ciertos**, así como las pruebas obrantes en el expediente, **referidas al uso de la obra musical**, sin la autorización previa y expresa de su titular, por parte del extremo pasivo de la litis, el cual además se **materializó en el lucro cesante alegado por el demandante**, que corresponde **a lo dejado de percibir por las licencias que otorga por estos usos**, al no haberse solicitado la licencia o autorización correspondiente, lo cual, además fue admitido como cierto en la contestación de la demanda.

Analicemos lo subrayado:

- **La infracción es el daño en sí mismo que se demostró con los hechos que se presumen ciertos.**

Como se observa el operador de justicia asume la existencia de un daño solo porque se presumió ciertos los hechos de la demanda al considerar de manera personal que la demanda se contestó de manera deficiente, pero no tuvo en cuenta que en la contestación se dejó claro y expresa la oposición a las pretensiones de la demanda. Es decir, que presumió un daño sin verificar los elementos del daño antijurídico.



- las pruebas obrantes en el expediente, **referidas al uso de la obra musical**

En el expediente solo se observa el uso de la obra musical como una ambientación a un video, pero no para explotación económica de la Obra, tampoco se observa que mi representado cobre por reproducción y mucho menos que le haya limitado los derechos al autor para su explotación económica.

La prueba que hace mención el A Quo solo es un video con la obra música que no transgrede los derechos patrimoniales del autor.

- **materializó en el lucro cesante alegado por el demandante**, que corresponde **a lo dejado de percibir por las licencias que otorga por estos usos**

Que revisado el expediente y la sentencia se puede evidenciar que el demandante no prueba con absolutamente nada que mi defendida le haya limitado sus derechos patrimoniales de tal forma que con la publicación del video por el termino mínimo de dos días no le hubiese permitido vender o autorizar la reproducción de la obra en mención.

Tampoco se avizora como mal indica el operador de justicia la existencia de la limitación por parte de mi defendida para que el señor Oscar Hurtado Rodríguez en esos días no pudiera percibir dineros de licencias por uso de su obra.

Al tener claro que no existe una violación a los derechos patrimoniales del Autor ya que no se configura los elementos establecidos en la Ley 44 de 1993 en su artículo 57 que son (i) El valor comercial de los ejemplares producidos o reproducidos sin autorización; (ii) el valor que hubiere percibido el titular del derecho de haber autorizado su explotación y (iii) el lapso durante el cual se efectuó la explotación ilícita, debemos mirar lo expuesto en la sentencia sobre los daños morales y el daño extrapatrimonial.

Para el caso de los derechos morales, siguiendo a Pascual Martínez Espín, en su obra titulada “El daño moral contractual en la ley de propiedad intelectual”, podemos afirmar que “el daño que puede derivar de la lesión de un derecho moral puede ser de carácter patrimonial o moral, (...) existirá un daño moral cuando la lesión de un derecho moral no tenga repercusiones sobre el patrimonio del autor”.

Es decir, la infracción a un derecho moral supone un daño extra patrimonial, pues esto es lo que busca proteger el legislador con la consagración de tales prerrogativas, adicionalmente, una infracción a un derecho moral también puede generar daños materiales, cuando dicha infracción tenga repercusión sobre el patrimonio del autor, sin embargo, como la finalidad de estos derechos no es la protección económica del creador, **mientras el primero debe ser alegado, el segundo debe ser probado.**

Revisemos lo que se indicó en la sentencia:

En el caso de marras, debemos resaltar que se encuentra plenamente acreditado en el proceso que la señora Laura Ester Fortich Sánchez durante dos días realizó una publicación en sus redes sociales, que son de alta concurrencia de usuarios, en la que utilizó la obra musical “PUYA A CORRE” sin reconocer en ninguna forma la paternidad del señor Oscar Hurtado Rodríguez.

Lo anterior **permite concluir que una cantidad considerable de personas que escucharon las obras desconocen que el señor Hurtado Rodríguez es el creador de la obra musical “PUYA A CORRE”**. En tal sentido, por considerarlo resarcitorio, se ordenará a la demandada que realice una publicación por medio de sus redes sociales en la que mencione que el señor Oscar Hurtado Rodríguez es el autor de la obra musical “PUYA A CORRE”, la cual fue utilizada durante su campaña política sin la autorización correspondiente. La referida publicación deberá permanecer visible por lo menos dos días.



Debemos señalar que las medidas antes relacionadas, si bien son importantes, no son suficientes para reparar, precisamente porque la infracción al derecho moral del señor Oscar Hurtado Rodríguez ocurrió en el pasado, y la plataforma en la que fueron usadas las obras **permite un acceso libre a las mismas y una amplia rotación de público que pudo visualizarlas, por lo que, será imposible que todas las personas que debían conocer de la autoría de la obra musical tengan ese conocimiento meramente de la acción ordenada. Ante la imposibilidad referida, se hace necesario acudir al dinero como medio sustitutivo** que le ayude al demandante a soportar el daño referido y en tal sentido, teniendo en cuenta que la infracción se realiza a través de internet, se condenará a la señora Laura Ester Fortich Sánchez a pagarle al accionante, dentro de los noventa (90) días calendario siguientes a la ejecutoria de este fallo, la suma de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por concepto de perjuicio extrapatrimonial, la cual, al vencimiento de dicho plazo, devengará un interés legal civil moratorio del 6% anual, hasta el momento en que se satisfaga la obligación.

Finalmente, sobre la pretensión de difundir la obra a través de las redes sociales a la demandada y realizar un concierto temático, estas serán negadas.

Teniendo claro que no existe una afectación a los derechos patrimoniales al autor de la obra conforme a la norma citada, nos parece elevada y desproporciona el valor de los daños morales, cuando se demostró dentro del proceso de la referencia que mi defendida una vez el autor le indicó que no estaba autorizada para el uso de su fonograma quitó el video de manera inmediata.

Adicionalmente, intento conciliar con el demandante para reconocer su derecho de paternidad y este no accedió a dicha solicitud de conciliación.

Adicionalmente la afirmación de la imposibilidad de que todas las personas conozcan la autoría de la Obra, porque en el término de dos días un video con el fonograma estuvo en las redes sociales de mi representada, tampoco cumple con la realidad de las situaciones, teniendo en cuenta que el fonograma es de reproducción pública ya que se encuentra en múltiples plataformas digitales.

Y como se ha mencionado anteriormente, en el proceso hablan de una responsabilidad a partir de una imputación objetiva, cuando fue posible determinar el dolo o la culpa. Así que estipular un valor a pagar sin esos elementos configura un error judicial por parte del Juez, que llevó a una decisión que no refleja adecuadamente las circunstancias del caso y que se percibe como injusta.

Por lo anterior argumentado, realizamos la siguientes

PETICIONES

1. Conforme a lo anteriormente expuesto, interpongo Recurso de Reposición y en Subsidio de Apelación, para que de manera respetuosa profiera decisión revocando las siguientes decisiones.

- SEGUNDO: Declarar que la señora Laura Ester Fortich Sánchez, identificada con la cédula de ciudadanía 45.546.723, utilizó la obra musical "PUYA A CORRE" de autoría del señor Oscar Hurtado Rodríguez, sin la debida autorización y, en consecuencia, vulneró los derechos patrimoniales de reproducción y comunicación al público.

QUINTO: Condenar a la señora Laura Ester Fortich Sánchez, identificada con la cédula de ciudadanía 45.546.723, a pagarle al señor Oscar Hurtado Rodríguez, dentro de los noventa (90) días siguientes a la ejecutoria de este fallo, la suma indexada de DIECISÉIS MILLONES QUINIENTOS SIETE MIL DIECISÉIS PESOS M/CTE (\$16'507.016), como indemnización de los perjuicios materiales derivados



de la infracción de los derechos patrimoniales, de conformidad con lo mencionado en la parte considerativa de la presente providencia.

Revocarlos por no estar incurso en violación a los derechos patrimoniales conforme a la norma y lo sustentado.

- SEXTO: Como reparación del daño extrapatrimonial derivado de la infracción del derecho moral de paternidad, condenar a la señora Laura Ester Fortich Sánchez, identificada con la cédula de ciudadanía 45.546.723, a:
 - . • Pagar a Oscar Hurtado Rodríguez, dentro de los noventa (90) días calendario siguientes a la ejecutoria de este fallo, la suma de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a la fecha de esta providencia, correspondientes a TRECE MILLONES DE PESOS MCTE. (\$13'000.000), el cual, al vencimiento de dicho plazo, devengará un interés legal civil moratorio del 6% anual, hasta el momento en que se satisfaga la obligación.

Revocarlo por no existir una tasación conforme a elementos de dolo y culpa y porque no existe un daño moral patrimonial probado dentro del proceso.

- NOVENO: Condenar en costas a la señora Laura Ester Fortich Sánchez, identificada con la cédula de ciudadanía 45.546.723.

DÉCIMO: Fijar agencias en derecho en favor del señor Oscar Hurtado Rodríguez por el valor de UN MILLÓN CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA PESOS M/CTE (\$1'475.350).

NOTIFICACIONES

Recibo notificaciones en la Calle 13A N° 14B-66, Casa 8, del municipio de Puerto Colombia – Atlántico, correo electrónico rhmcolombia@rhmcolombia.com

Cordialmente,

ALBERTO JOSÉ PEÑA PÉREZ

C.C. No. 11.233.317

T.P. No. 170.481 del C. S. de la Judicatura

rhmcolombia@rhmcolombia.com

Apoderado **LAURA ESTER FORTICH SÁNCHEZ**