



INFORME DE RELATORÍA No. 22

Referencia: 1-2017-105088

Proceso Verbal iniciado por la Sociedad Niña Sol S.A.S. y Ana María Piedrahita Jaramillo contra Néstor Hernando Fernández Tapia.

Fallador: Carlos Andrés Corredor Blanco

Bogotá, 22 de mayo de 2019

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

ANTECEDENTES

El día primero (1) de diciembre de 2017 se radicó ante la Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales de la Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional de Derecho de Autor por el abogado Néstor Gómez Hernández en representación de la sociedad Niña Sol S.A.S. y Ana María Piedrahita Jaramillo una demanda por infracción de derechos de autor contra el señor Néstor Hernando Fernández Tapia basada en los hechos que a continuación se resumen:

- a. Niña Sol S.A.S., es una sociedad dedicada al diseño y a la comercialización de productos artesanales, los cuales son producidos y diseñados por su representante legal Ana María Piedrahita Jaramillo.
- b. Ana María Piedrahita Jaramillo en ejercicio de su labor como artesana diseñó las piezas denominadas Niña Sol Afro Flor, Niña Sol Palenquera, Niña Sol Afro Flor versión Mini, obras que fueron registradas en la Dirección Nacional de Derecho de Autor.
- c. El 14 de julio de 2016 en el establecimiento de comercio de propiedad del señor Néstor Hernando Fernández Tapia, denominado Tienda de Artesanías San Jacinto, ubicado en la ciudad de Cartagena de Indias, se encontró que allí se comercializaban copias de las piezas artesanales Niña Sol Afro Mini, Niña Sol Afro Flor, Niña Sol Palenquera, las cuales eran de calidad inferior a las originales.
- d. Estas copias, además de degradar la calidad del producto, han generado inconvenientes a la señora Ana María Piedrahita Jaramillo y la sociedad Niña Sol S.A.S., con sus clientes y distribuidores en la ciudad de Cartagena de Indias, dado que tienen la expectativa de adquirir una pieza artesanal original, elaborada con altos estándares de calidad, pero se han encontrado con una copia que ha afectado su posicionamiento y comercialización.
- e. A pesar de convocarse una audiencia para conciliar, las partes no llegaron a ningún acuerdo.

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



PRIMERO: Se declare que el señor Néstor Hernando Fernández Tapia cometió violación de los derechos de autor, al reproducir copias de los diseños artesanales sin autorización, infringiendo los derechos morales y patrimoniales de la autora Ana María Piedrahita Jaramillo y de la Sociedad Niña Sol S.A.S.

SEGUNDO: Se declare que el señor Néstor Hernando Fernández Tapia obtuvo un provecho económico indebido de los diseños de Ana María Piedrahita Jaramillo.

TERCERO: Se ordene el retiro del mercado y la destrucción de todas las copias de los diseños registrados como derechos de autor de Ana María Piedrahita Jaramillo.

CUARTO: Se condene al señor Néstor Hernando Fernández Tapia a pagar los perjuicios ocasionados a Ana María Piedrahita Jaramillo y a la sociedad Niña Sol S.A.S., estimados en la suma de CIENTO TREINTA MILLONES DE PESOS M/CTE (\$130.000'000) o la suma que se llegare a probar en el proceso.

QUINTO: Se condene al demandando al pago de costas y gastos del proceso.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Frente a la demanda planteada, indicó el apoderado del señor Néstor Hernando Fernández Tapia, que las obras no se encontraban protegidas para la fecha en que fue visitada la Tienda de Artesanías San Jacinto, lo anterior en razón a que su registro fue posterior. Señaló también que el demandado no había reproducido, copiado o falsificado los diseños artesanales de la accionante y que el señor Fernández comercializaba artesanías de palenqueras, sin que en ese medio se hablara de piezas originales o de copias.

Respecto de la pérdida de oportunidad, niega el hecho de que debido a la existencia de las copias distribuidas por el demandado haya disminuido considerablemente la compra de los productos a Niña Sol S.A.S.

Por otra parte, propuso cuatro excepciones de mérito: i) la inexistencia de la conducta imputada al accionado de reproducir las piezas autoría de la accionante; ii) indeterminación en el comercio de Cartagena de qué piezas de palenqueras son copias o falsificaciones y cuales son originales; iii) señalar que las piezas que se vendieron en el establecimiento San Jacinto son copias de las originales autoría de la accionante, es una conclusión subjetiva, las palenqueras son un símbolo y se les identifica con comunes denominadores; y iv) la palenquera como representación cultural dificulta determinar la autenticidad de las piezas de un artesano en particular.

SENTENCIA

A continuación, se hará un breve resumen de los temas más relevantes que fueron abordados en la sentencia:

Frente al objeto de protección en el presente caso, se señala que las obras artísticas están contempladas en el Convenio de Berna en su artículo 2°, la Ley 23 de 1982 en el artículo 2° y la Decisión Andina 351 de 1993 en su artículo 4°; normatividad que trae una lista ejemplificativa de las obras que están protegidas por el derecho de autor y que dentro de las mismas se encuentran efectivamente



las obras artísticas en su modalidad de bellas artes y como una categoría de estas, la escultura, que claramente constituye el objeto de discusión de esta causa.

Por su parte, la doctrina ha tratado de descender sobre la definición de escultura, y al respecto Jorge Ortega Doménech en su libro *la Obra Plástica y el Derecho de Autor*, nos menciona que la principal característica de la escultura es la tridimensionalidad. Es preciso señalar que el Despacho a través de las pruebas obrantes dentro del expediente, evidenció la tridimensionalidad de lo que se reclama en el presente caso como objeto protegido.

Ahora bien, respecto de la existencia del objeto protegido, de las obras: “*Niña Sol Afro Flor, Niña Sol Afro Flor Versión Mini y Niña Sol Palenquera*”, se aportó el certificado de registro de la DNDA en el libro 5, tomo 505, partida 34, 35 y 36 respectivamente; y en ese sentido es preciso mencionar que la Ley 44 de 1993, así como la Decisión Andina, consagran como efectos de este, una presunción que radica en entender como ciertos los hechos que en él se inscriben.

Respecto a la legitimación para reclamar los derechos, frente a Niña Sol S.A.S. como empresa, no se observó en el expediente que se configurara la presunción de la Ley 1915 de 2018, ni tampoco algún tipo de transferencia que la convirtiera en titular, por lo tanto, no se encontraba legitimada para entablar las peticiones de la presente demanda.

En relación con la otra demandante Ana María Piedrahita Jaramillo, fue posible probar la calidad de autora de las obras *Niña Sol Afro Flor, Niña Sol Afro Flor Versión Mini y Niña Sol Palenquera*, con el certificado de registro ante la DNDA; situación sobre la cual no hubo ninguna discusión en el proceso, por lo que se concluyó que se encontraba facultada para reclamar una posible vulneración a sus derechos.

En el caso en juicio, la primera pretensión estaba encaminada hacia la reivindicación del derecho de **reproducción**, definido en el artículo 14 de la Decisión Andina 351 de 1993, del cual señaló el demandante fue infringido por la obtención de copias por parte de su contraparte.

Frente a la prueba de la existencia de las copias de las obras, mediante la inspección judicial realizada por el Despacho, se pudo observar que efectivamente existen unas copias de estas obras y del informe técnico obrante a folios 29 y 31, que menciona que las réplicas son sacadas de la escultura original.

Sin embargo, el Despacho no encontró ningún tipo de prueba que permitiera concluir que el demandado Néstor Hernando Fernández Tapia, fue la persona que realizó las reproducciones, y si bien, se encontraban en su poder, el Código General del Proceso consagra una máxima general en relación con la carga de la prueba que, en este caso, le correspondía al demandante y que no logró ser satisfecha frente esta situación puntual.

Frente al derecho de **distribución**, es menester señalar que, se evidenciaron fotografías de recibos de venta de las reproducciones y la señora Lina Avendaño en su testimonio afirmó que personalmente había hecho dichas compras en el establecimiento del accionado. Asimismo, se contó con la confesión en el interrogatorio y en la contestación de la demanda en la que se mencionó fueron



vendidas 20 de estas piezas, por lo que fue posible determinar que el demandado había infringido este derecho.

Respecto del derecho de **comunicación pública**, que es la posibilidad de un público de tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares, se adujo en la sentencia existen diferentes formas de comunicación dependiendo de los tipos de obra, frente a las obras de arte, una de estas es la exhibición pública del soporte de la obra ya sea único o de sus reproducciones.

En el caso estudiado esto fue lo que sucedió, habida cuenta que el establecimiento de comercio del demandado, en el que se ofrecían para la venta las reproducciones, era de acceso abierto y por lo tanto era posible que fueran observadas por pluralidad de personas al encontrarse estas expuestas; hechos que fueron corroborados con las fotografías allegadas y el testimonio del señor Alberto Sandoval.

En conclusión, frente a la infracción, encontró este Despacho, que efectivamente se vulneraron a la señora Ana María Piedrahita Jaramillo, los derechos patrimoniales de comunicación pública en la modalidad de exhibición de obras de bellas artes o sus reproducciones y el derecho de distribución a través de la venta de copias de las obras artísticas tituladas *Niña Sol Afro Flor*, *Niña Sol Afro Flor*, y *Niña Sol Palenquera*.

En la demanda también se solicitó el retiro del mercado y la destrucción de todas las copias de las obras tituladas *Niña Sol Afro Flor*, *Niña Sol Afro Flor Versión Mini*, y *Niña Sol Palenquera*, que estuvieran en posesión del señor Néstor Hernando Fernández Tapia, a su cargo y costa, lo cual se consideró por el juzgador como una forma de reivindicación consecuente con la declaratoria de la infracción.

Por otra parte, respecto de la responsabilidad, se observa en la demanda que se optó por el sistema general de indemnización de perjuicios consagrado en el Código Civil, razón por la que el Despacho efectuó un estudio desde la perspectiva aquiliana, analizándola desde la existencia de un daño, la culpa y el nexo causal.

Frente al daño material se dijo que afectar la facultad exclusiva que tiene el autor de disponer de su obra, puntualmente en este caso de prohibir su exhibición como forma de comunicación pública y su venta como forma de distribución, materializa el daño.

Adicionalmente, en la presente causa se evidenció una pérdida de oportunidad, al cumplirse con todos los elementos que jurisprudencialmente deben tenerse presentes en estas situaciones, como es que efectivamente exista certeza de la oportunidad perdida, la imposibilidad definitiva de obtener el provecho que se obtendría y no depender este de la realización de una condición futura.

En ese sentido, se resolvió reconocer la cifra delimitada en el juramento estimatorio por el monto de CUARENTA MILLONES DE PESOS (\$40.000.000), que fue inferior a la probada, dado que el artículo 206 del CGP estatuye que no es posible otorgar una suma superior a la realizada en la estimación.

Respecto de la culpa, se resaltó que efectivamente existe un deber objetivo de cuidado en relación con las normas preexistentes, que para el caso consagran



que los autores tienen el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la exhibición como una de las modalidades de la comunicación pública y la distribución mediante la venta de copias o ejemplares; por lo que se señaló que no es excusa desde la perspectiva analizada, el hecho de que exista informalidad en la comercialización de artesanías en la ciudad de Cartagena de Indias.

Frente al nexo causal, se argumentó era evidente que fue el actuar del demandado el que generó el daño del que ya se hizo mención y que este revestía las características de ser actual, próximo, necesario y determinante para materializar los perjuicios y además de ser apto para lograr dicha finalidad.

A continuación, se transcribe la parte resolutive de la sentencia,

“RESUELVE

PRIMERO: Declarar que la Sociedad Niña Sol S.A.S. identificada con NIT 900.875.587-0 no está legitimada por activa en la presente causa.

SEGUNDO: No declarar probada la pretensión primera de la demanda consistente en violar el derecho de reproducción y los derechos morales que le corresponden a Ana María Piedrahita Jaramillo, como autora de las obras Niña Sol Afro Flor, Niña Sol Afro Flor versión mini y Niña Sol Palenquera por parte del señor Néstor Hernando Fernández Tapia.

TERCERO: Declarar que el señor Néstor Hernando Fernández Tapia, obtuvo provecho económico de infringir los derechos patrimoniales de comunicación pública y distribución de Ana María Piedrahita Jaramillo respecto de las obras enunciadas.

CUARTO: Ordenar al demandado retirar del mercado y a su costa la destrucción de las copias que estén en su poder de las obras tituladas Niña Sol Afro Flor, Niña Sol Afro Flor versión mini y Niña Sol Palenquera.

QUINTO: No condenar al demandado a pagar indemnización alguna por concepto de daño emergente.

SEXTO: Condenar al demandado a pagar la suma de CUARENTA MILLONES DE PESOS M/CTE (\$40.000.000) como indemnización de perjuicios por concepto de pérdida de oportunidad a la demandante señora Ana María Piedrahita Jaramillo.

SÉPTIMO: Sin condena en costas en la presente causa.”