



DNDA
Dirección Nacional
de Derecho de Autor
Ministerio del Interior

Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales, Bogotá D.C.
Sentencia del 15 de diciembre de 2022

Rad: 1-2021-53032
Ref.: Proceso Verbal
Demandante: Egeda Colombia
Demandado: Hotel Plazuela San Ignacio Medellín S.A.S.

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

ANTECEDENTES

1. El día 27 de mayo de 2021, la Entidad de Gestión Colectiva de Derechos de Productores Audiovisuales de Colombia – Egeda Colombia, por medio de apoderado judicial, el abogado Juan Carlos Monroy Rodríguez, presentó demanda contra la sociedad Hotel Plazuela San Ignacio Medellín S.A.S., identificada con NIT 901.162.091-3.
2. Mediante el Auto 1 del 8 de junio de 2021, notificado por estado número 81 del 9 de junio siguiente, este Despacho admitió la demanda referida.
3. El 15 de septiembre de 2021, el extremo pasivo de la litis contestó la demanda y propuso excepciones de mérito.
4. Mediante Auto 4 del 22 de octubre de 2021, se resolvió considerar la objeción al juramento estimatorio presentada por la demandada, y por lo tanto, no tener como prueba del monto de la indemnización solicitada el valor estimado por la parte demandante.
5. Mediante Auto 5 del 9 de noviembre de 2021, se solicitó la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.
6. Una vez finalizada la etapa escrita, el 6 de diciembre de 2022 se llevó a cabo la audiencia inicial y de instrucción y juzgamiento. Teniendo en cuenta que el uso de tecnologías de la información y de las comunicaciones eventualmente pueden presentar fallas que no son de control del Despacho, y con el fin de facilitar la comprensión de la sentencia, se anunció que esta se emitiría escrita en razón a que las posibles fallas en la conexión a internet pueden obstaculizar el derecho de contradicción y defensa de las partes.

CONSIDERACIONES

En la presente litis, el objeto de discusión radica sobre el derecho patrimonial de comunicación pública, que la demandante piensa vulnerado por parte de su contraparte, al considerar que la última ha realizado actos de comunicación pública de las obras audiovisuales de titularidad de los productores que representa. Por su parte la demandada considera que Egeda Colombia no acreditó estar legitimada en la causa, que las habitaciones de un hotel se asimilan a un domicilio privado y que no se realiza comunicación pública de obras audiovisuales pues el establecimiento hotelero no cuenta con el servicio de televisión por suscripción.

Ahora, durante la etapa oral del presente proceso se fijó el litigio señalando que dentro de los hechos reconocidos como ciertos se encuentran que el establecimiento hotelero tiene 92 habitaciones, cada una con un televisor como electrodoméstico, y que la demandada es propietaria de 20 decodificadores TDT los cuales se encuentran en bodega y se entregan previa petición del huésped.

1. INFRACCIÓN

Es bastante conocido que el derecho de autor presenta un doble contenido, del cual se derivan dos tipos de prerrogativas o derechos, unos de carácter moral, que tienen como fin proteger la relación inseparable o personal que tiene el creador con su obra, y otros de carácter patrimonial, que siendo de contenido económico, facultan al autor o titular de una obra a autorizar o prohibir de manera exclusiva cualquier forma de uso, explotación o aprovechamiento conocida o por conocer respecto de la misma.

Siendo el objeto de análisis en la presente causa únicamente los derechos patrimoniales y específicamente aquellos que le corresponden al productor audiovisual o cinematográfico, se procederá a estudiar la infracción en el caso concreto.

En relación con los derechos patrimoniales, es posible afirmar que estamos ante una infracción, cuando un tercero ejerce el derecho exclusivo otorgado al titular (originario o derivado) de una obra, sin la correspondiente autorización previa y expresa, o en su defecto, sin estar amparado en alguna de las limitaciones y excepciones previstas en el ordenamiento jurídico.

En el caso *sub judice*, se menciona en la demanda que la sociedad Hotel Plazuela San Ignacio Medellín S.A.S., ha comunicado al público obras audiovisuales a través de televisores ubicados dentro de las habitaciones y áreas comunes del mencionado hotel sin la autorización previa y expresa de sus titulares, dentro del periodo comprendido entre el 2012 hasta la fecha.

Ahora bien, según lo establece el artículo 15 de la Decisión Andina 351 de 1993, se entiende por comunicación pública, todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. Este derecho patrimonial, como un género, admite varias especies o modalidades, dentro de las cuales de manera ejemplificativa y no taxativa encontramos las siguientes:

“b) La proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y de las demás obras audiovisuales;

(...)

i) En general, la difusión, por cualquier procedimiento conocido o por conocerse, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes”

Así entonces, el concepto de comunicación al público debe entenderse en un sentido amplio, de tal manera que se pueda concretar el objetivo de nuestra norma comunitaria de lograr un suficiente nivel de protección en favor de los autores, con el fin de que estos puedan recibir una compensación adecuada por el uso de su obra.

Teniendo claro lo anterior, se procederá a determinar si en el establecimiento de comercio de la sociedad Hotel Plazuela San Ignacio Medellín S.A.S., se realizan actos de comunicación pública en su modalidad de exhibición, proyección o difusión de las obras audiovisuales, sin la respectiva autorización previa y expresa.

Para que se configure la comunicación pública de acuerdo con nuestra normatividad, debe existir una 1) actividad o actuación del sujeto infractor, 2) por medio de la cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a las obras, 3) sin que concurra el requisito negativo *“sin la previa distribución de ejemplares”*.

En el caso bajo análisis se observa, desde la perspectiva probatoria, un dictamen pericial aportado por el extremo activo de la litis, elaborado el 5 de octubre de 2022 por Juan Esteban Caro Cano.

Para realizar la valoración de este es necesario tener en cuenta los requisitos mínimos que exige el artículo 226 del Código General del Proceso, los cuales se pueden separar en dos grupos, 1) los relacionados con las calidades e idoneidad del perito y 2) los que analizan la forma en que se realizó el dictamen y sus resultados.

Empecemos con el primer grupo de requisitos, estos son la identidad del perito, sus datos de contacto, su profesión u oficio con los anexos que lo acrediten, la lista de publicaciones realizadas, la lista de casos en los que haya sido designado como perito, si ha sido designado en otros procesos por la misma parte y si se encuentra incurso en las causales contenidas en el artículo 50 del CGP¹.

En el informe pericial se echan de menos los datos de contacto del perito, los anexos su profesión, la lista de publicaciones realizadas, la lista de casos en los que haya sido designado como perito, si ha sido designado en otros procesos por la misma parte y si se encuentra incurso en las causales contenidas en el artículo 50 *ejusdem*.

Respecto el segundo grupo de requisitos, nuestro estatuto procesal señala que el experto deberá declarar sobre los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados, de lo que se colige que fue intención del legislador propender porque el juez analice y valore no solo quien es el perito, sino también lo que dice en su dictamen.

Sobre dicho estudio, los doctrinantes Carmen Vázquez Rojas² y Jordi Ferrer Beltrán³, señalan que los dictámenes periciales no deben aceptarse como verdad absoluta sobre un hecho o materia; para sustentar ello acuden al pronunciamiento estadounidense de marzo de 1993 en el caso *Daubert vs. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* que constituye un hito en el análisis de las pruebas periciales, dado que muestra la relevancia que el juez aprecie su fiabilidad probatoria y sugiere factores para realizar dicha valoración, y que para el caso que nos ocupa se analizará el método utilizado por el experto y su aplicación.

Respecto del dictamen pericial elaborado por el abogado Juan Esteban Caro Cano, se debe resaltar el Despacho es que el perito no señala cual fue el método, experimentos e investigaciones implementados.

De otra parte, en el segundo punto del informe debe responder si las habitaciones y áreas comunes del hotel existen televisores aptos para captar la señal de canales de televisión, sobre lo que señala que “*existen televisores aptos para captar la señal de canales de televisión*”. Sin embargo, posteriormente relaciona un cuadro en el que se lee que el lobby es una zona común del hotel y este no tiene televisores. Adicionalmente, en el cuadro antes mencionado se observa que el perito afirma que el salón de eventos es otra zona común del hotel y sí tiene televisor, también escribe entre paréntesis que hay un “*video beam*”; de lo señalado adjunta una foto en la que no se observa el referido televisor y solo aparece un video beam.

Con todo lo mencionado y en razón a las falencias enunciadas, encuentra el Despacho que no puede tener por ciertas las conclusiones que contiene el dictamen pericial realizado por el perito designado por la parte activa.

Teniendo claro lo anterior, procederá este Despacho a analizar las demás pruebas que obran en el expediente. Iniciemos mencionando que la sociedad accionada señaló en la contestación de la demandada que las instalaciones del establecimiento de comercio Hotel Plazuela San Ignacio Medellín se componen de áreas públicas y habitaciones, por lo que este Despacho procederá a hacer un análisis de cada una, empezando por las áreas públicas o zonas comunes y evaluando posteriormente las habitaciones.

¹ **Artículo 50 del Código General del Proceso:** “El Consejo Superior de la Judicatura excluirá de las listas de auxiliares de la justicia: 1. A quienes por sentencia ejecutoriada hayan sido condenados por la comisión de delitos contra la administración de justicia o la Administración Pública o sancionados por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura o sus Seccionales. 2. A quienes se les haya suspendido o cancelado la matrícula o licencia. 3. A quienes hayan entrado a ejercer un cargo oficial. 4. A quienes hayan fallecido o se incapaciten física o mentalmente. 5. A quienes se ausenten definitivamente del respectivo distrito judicial. 6. A las personas jurídicas que se disuelvan. 7. A quienes como secuestrados, liquidadores o administradores de bienes, no hayan rendido oportunamente cuenta de su gestión, o depositado los dineros habidos a órdenes del despacho judicial, o cubierto el saldo a su cargo, o reintegrado los bienes que se le confiaron, o los hayan utilizado en provecho propio o de terceros, o se les halle responsables de administración negligente. 8. A quienes no hayan realizado a cabalidad la actividad encomendada o no hayan cumplido con el encargo en el término otorgado. 9. A quienes sin causa justificada rehusaren la aceptación del cargo o no asistieren a la diligencia para la que fueron designados. 10. A quienes hayan convenido, solicitado o recibido indebidamente retribución de alguna de las partes. 11. A los secuestrados cuya garantía de cumplimiento hubiere vencido y no la hubieren renovado oportunamente.”.

² Vázquez, C. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Pág 98.

³ Jordi Nieva-Fenoll. (23 de marzo de 2022). *Proceso civil: prueba documental y prueba pericial* [Archivo de video]. <https://www.youtube.com/watch?v=0DL8oht0K6E>

a) De las zonas comunes

Durante el interrogatorio de parte formulado en la audiencia inicial el representante legal de la sociedad demandada aseveró que el establecimiento de comercio Hotel Plazuela San Ignacio Medellín tiene dos zonas comunes, la de negocios y el lobby.

Sobre estas no obra prueba en el expediente que acredite que en dichos espacios se encuentren ubicados dispositivos que permitan captar la señal de televisión.

Ahora, se observa que el escrito petitorio señala que una de las zonas comunes del establecimiento hotelero es un restaurante, sobre el cual obra en el expediente un certificado de matrícula de persona natural en el que consta que el nombre del restaurante es *la capilla*, es un establecimiento de comercio diferente al Hotel Plazuela San Ignacio Medellín, y es de propiedad de la señora Ana Yulieth Aristizabal Gonzalez, quien no ha sido demandada en la presente causa, ni se relaciona en los hechos o las pretensiones. Por lo tanto, al no haber legitimación pasiva respecto de la propietaria del restaurante, este Despacho no analizará lo señalado sobre dicha zona común.

De lo anterior se llega a la inevitable conclusión que, en las zonas comunes que son propiedad de la demandada no hay aparatos que permitan realizar actos de comunicación al público de obras audiovisuales.

b) De las habitaciones

Durante la audiencia inicial, las partes fijaron el litigio señalando que es cierto que el establecimiento Hotel Plazuela San Ignacio Medellín tiene 92 habitaciones. Al respecto, excepciona el apoderado judicial de la demandada que estas gozan del mismo amparo constitucional previsto para el domicilio privado y, por tanto, no puede existir comunicación pública dentro de ellas por disposición del artículo 1 del Decreto 1318 de 1996 y por la interpretación hecha por la Corte Constitucional en la sentencia C-282 de 1997.

Por lo anterior, encuentra ese juzgador que es necesario realizar algunas aclaraciones al respecto.

La Corte Constitucional ha señalado que se debe distinguir la privacidad de la habitación de hotel frente al artículo 15 de nuestra carta política, de la privacidad relacionada con la ejecución de obras protegidas.

La primera se refiere al derecho a la intimidad protegido por la Constitución Política, que garantiza la privacidad de la vida personal y familiar de un sujeto, implicando una abstención por parte del Estado o de terceros de intervenir injustificada o arbitrariamente en dicho ámbito, con total independencia de la propiedad o administración del inmueble que las cobija, o del tiempo durante el cual permanezcan dentro de él, por lo que dicho derecho también es susceptible de amparo constitucional para quien habita y tiene como domicilio, al menos temporal, el cuarto de un hotel.

Así las cosas, la materia de protección jurídica en consideración es la persona humana y su dignidad, y en virtud del precepto constitucional, de que ninguna persona ni autoridad puede, sin permiso del huésped, ingresar ni penetrar en la intimidad de estas, invadirlas, registrarlas, requisarlas, espiar, fotografiar, filmar ni grabar lo que en su interior acontece, a menos que medie orden de autoridad judicial competente.

Ahora bien, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en sentencias como la C-282 de 1997, citada por el accionado, resulta importante señalar en este punto, que si bien las habitaciones de hotel, en efecto, gozan del mismo amparo constitucional previsto para el domicilio, pues constituyen, sin duda domicilio, el hecho de que la comunicación de una obra sea considerada como pública, no depende del carácter particular o privado del lugar donde esta se realiza, sino de la naturaleza del acto realizado, el sujeto que la lleve a cabo y del ánimo o motivación que le presida.

En efecto, teniendo en cuenta el análisis realizado por nuestro máximo tribunal constitucional en la sentencia C–282 de 1997, no es lo mismo si el huésped, en la intimidad de su habitación, decide ver una obra audiovisual mediante la utilización de elementos electrónicos que lleva consigo, evento en el cual la comunicación de la obra mal podría ser calificada de pública, que si el establecimiento hotelero difunde las obras a través de su sistema interno de redes y aparatos de televisión, con destino a todas las habitaciones, o a las áreas comunes del hotel, circunstancia que corresponde sin duda a una comunicación pública con ánimo de lucro, de la cual se deriva que el hotel asume en su integridad las obligaciones inherentes a los derechos de autor, de conformidad con la Ley 23 de 1982 y según las normas internacionales.

• **De la aplicación del artículo 1 del Decreto 1318 de 1996**

El demandado refiere que la Subdirección debe dar aplicación al artículo 1 del Decreto 1318 de 1996 el cual señala que *“La utilización de obras científicas, literarias y artísticas en lugares distintos a la habitación que se alquila con fines de alojamiento, dentro del establecimiento hotelero o de hospedaje, da lugar al ejercicio de los derechos de que trata la Ley 23 de 1982.”*, toda vez que el mismo no ha perdido vigencia.

Al respecto este Despacho debe indicar que el inciso primero del artículo 4 de la Constitución Política de 1991 consagró:

“La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.”

Dicha norma cimienta el objeto de la figura de excepción de inconstitucionalidad, asimismo, valida que nuestro sistema de control de constitucional sea catalogado como mixto, lo anterior, dado que *“combina un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y un control difuso de constitucionalidad en donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución.”*⁴

Igualmente, ha referido la Corte que *“el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto. Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o ex officio por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución.”*⁵

Descendiendo al caso, el apoderado del demandante solicita se le de aplicación del Decreto 1318 de 1996, no obstante, esta Subdirección debe advertir que dicha norma fue proferida por el Presidente de la República en ejercicio de su potestad reglamentaria, toda vez que pretendía regular *“(…) la protección de los derechos de autor en los establecimientos hoteleros y de hospedaje”*, especialmente el artículo 83 de la Ley 300 de 1996 que señalaba que *“Para los efectos del artículo 44 de la Ley 23 de 1982 las habitaciones de los establecimientos hoteleros y de hospedaje que se alquilan con fines de alojamiento se asimilan a un domicilio privado”*.⁶

Ahora bien, este artículo 83 de la Ley 300 de 1996 fue objeto de estudio por parte de la Corte Constitucional quien a través de la sentencia C–282 de 1997, estudiada en el título anterior, resolvió declarar exequible el artículo, excepto las palabras *“Para los efectos del artículo 44 de la Ley 23 de 1982”*. Lo anterior, toda vez que si bien se considera que las habitaciones de los establecimientos hoteleros que se alquilan con fines de alojamiento se asimilan a un domicilio privado, lo cierto es que dicha norma autorizaba a que las ejecuciones de obras con el ánimo de lucro, fueran excluidas de lo dispuesto en las normas nacionales e internacionales sobre derecho de autor y más aún en lo relativo al consentimiento previo y expreso que se requiere para su uso, lo que encontró la Corte Constitucional va en contravía del artículo 61 de nuestra carta política.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C - 122 del 1 de marzo de 2011 proferida por el Magistrado Juan Carlos Henao Pérez.

⁵ Ibidem

⁶ Considerandos del Decreto 1318 de 1996.

En ese sentido, los establecimientos hoteleros en ningún caso podrían ampararse en dicha norma de la Ley 300 de 1996, para eludir el cumplimiento de las obligaciones que tienen con los autores y titulares de derecho, cuando comunican al público las obras o prestaciones protegidas.

Así las cosas, antes de dar aplicación del artículo 1 del Decreto 1318 de 1996, debe advertirse que este tiene su génesis en el artículo 83 de la Ley 300 de 1996 que ya fue estudiado por la Corte Constitucional y fue declarado inexecutable precisamente en el aparte que invoca el apoderado de la demandada. Basta con dar lectura del artículo 1 del Decreto 1318 de 1996 para comprender que la norma buscaba que la utilización de obras científicas, literarias y artísticas en habitaciones que se alquilan con fines de alojamiento, no diera lugar al ejercicio de los derechos de la Ley 23 de 1982, lo que claramente va en contravía de nuestra carta magna, como de manera prístina lo expresó nuestra Corte Constitucional.

De conformidad con lo anterior, esta Subdirección no accederá a la petición del accionado y en ejercicio del control difuso no dará aplicación del Decreto 1318 de 1996 por considerar que el aparte cuya aplicación reclama el demandado, es contraria a nuestra Constitución.

- **De la comunicación al público de obras en las habitaciones**

Teniendo claro lo señalado sobre las habitaciones, es necesario determinar si el Hotel Plazuela San Ignacio Medellín difunde o no obras audiovisuales en sus habitaciones.

Lo primero que se debe señalar es que durante los interrogatorios de parte, el representante legal de la sociedad demandada confesó que todas las habitaciones del hotel cuentan con un televisor.

Al respecto se debe poner de presente que el artículo 8 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) (1996) prescribe que *“Sin perjuicio de lo previsto en los Artículos 11.1) ii), 11bis.1) i) y ii), 11ter, 1) ii), 14.1) ii) y 14 bis.1) del Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija”*.

Por su parte, la declaración concertada del mencionado artículo señala que *“el simple suministro de instalaciones físicas para facilitar o realizar una comunicación, en sí mismo, no representa una comunicación en el sentido del presente Tratado o del Convenio de Berna”*.

Al respecto, en atención a una interpretación del Tribunal de Justicia Europeo, la Corte Suprema Griega, en sentencia del 18 de marzo de 2010 proferida en el caso ESGAE vs Divani, señaló que suministrar simplemente instalaciones físicas no constituye en sí mismo una comunicación al público y, por lo tanto, no requiere pago de derechos. Así, para que haya comunicación al público, hay que ejecutar un acto independiente cuyo propósito es proporcionar acceso a las obras.

De este modo, la Corte estableció la distinción entre la intervención activa del hotelero y el simple acto de suministrar instalaciones, concluyendo que la instalación cuya técnica hace posible que el público pueda acceder a las obras radiodifundidas no es simplemente un suministro, fuera cual fuere la técnica utilizada para transmitir la señal e independiente de que huésped haga efectivamente uso de la instalación.⁷

Teniendo lo mencionado de presente, encuentra el Despacho que si bien los televisores son dispositivos que permiten la comunicación al público de obras, estos no captan y emiten la señal de televisión por si solos, por lo que, ubicar televisores en las habitaciones del hotel no basta para concluir que a través de ellos se comunican al

⁷ *Chronique de Grèce*. 2012. Revue Internationale du Droit d'Auteur, volumen 231, Pág.118.

público obras.

No obstante lo anterior, observa el Despacho que las partes acordaron tener por cierto que la sociedad demandada es propietaria de 20 decodificadores de Televisión Digital Terrestre – TDT, los cuales entregan a sus huéspedes previa solicitud de estos, para que reciban la señal de televisión en las habitaciones del hotel. Así, encuentra esta Subdirección que el hotel pone a disposición de sus huéspedes dispositivos necesarios para que hasta 20 televisores de manera simultánea puedan captar y emitir la señal de televisión abierta.

En este punto es importante señalar que, si bien es el huésped quien solicita el decodificador para acceder al servicio de televisión en la habitación del hotel, ello no quiere decir que se trate de un dispositivo que lleve consigo, como argumenta el extremo pasivo de la litis, pues es el hotel el que provee dicho dispositivo, y en últimas quien permite instala y dispone de todos los aparatos aptos para recibir emisiones de en las habitaciones, haciendo accesible las obras a sus clientes.

Ahora, si bien esto no nos permite determinar cuáles canales transmiten ni qué obras se comunican en ellos, se estudiará la posibilidad de probar lo mencionado mediante indicios, atendiendo lo descrito en los artículos 240 y 242 de nuestro estatuto procesal, en tanto, el hecho indicador debe estar probado y la apreciación de estos debe hacerse en conjunto teniendo en cuenta su gravedad, concordancia y convergencia con las demás pruebas.

Así, tenemos como hecho indicador que, desde que el establecimiento de comercio Hotel Plazuela San Ignacio Medellín empezó a prestar sus servicios de hotelería ha contado con televisores y 20 decodificadores de Televisión Digital Terrestre – TDT que, como ya mencionó, captan la señal de televisión abierta y su visualización es posible en los televisores ubicados en las habitaciones. Dicho elemento fáctico se encuentra plenamente probado con las confesiones realizadas por la representante legal durante el interrogatorio.

Ahora, tenemos como regla de experiencia que la señal de televisión abierta cuenta con diferentes tipos de canales, los cuales incluyen en su programación obras audiovisuales como series, películas, documentales, etc.

El análisis efectuado permite realizar una inferencia lógica con alto grado de probabilidad que lleva a concluir que a través de los televisores que se conectan a un TDT y que están ubicados en el establecimiento de comercio Hotel Plazuela San Ignacio Medellín se transmiten los canales y se comunican al público obras audiovisuales.

Asimismo, no sobra señalar que el acto de comunicación efectuado por la demandada presenta el carácter de público, ya que se le permite a un número plural e indeterminado de personas tener acceso a las obras. Vale aclarar que en dicho tipo de establecimientos hoteleros la clientela se encuentra en constante rotación y renovación, de forma tal que con los efectos acumulativos que esto provoca, se le concede acceso a las obras a un significativo número de usuarios, cumpliéndose así el requisito establecido en el ya citado artículo 15 de la Decisión Andina 351 en torno a la comunicación pública.

Sobre el particular, la Sala Tercera del Tribunal de Justicia Europeo señaló en sentencia del 7 de diciembre de 2006 lo siguiente: *“hay que tomar en consideración la circunstancia de que normalmente la clientela de un establecimiento de este tipo se renueva con rapidez. Por lo general, se trata de un número considerable de personas, por lo que debe estimarse que forman un público a los efectos del objetivo principal de la Directiva 2001/29, mencionado en el apartado 36 de la presente sentencia.”*

En cuanto al tiempo en el que se lleva realizando estos actos de comunicación pública en las zonas comunes del hotel, la representante legal de la accionada confesó durante el interrogatorio de parte que han prestado el servicio de televisión a través de los decodificadores TDT de manera continua en el establecimiento hotelero desde su

constitución, que de conformidad con el certificado de existencia y representación legal fue en marzo de 2018. De lo anterior se colige que entre marzo 2018 hasta la fecha de la presente providencia, la sociedad demandada comunicó al público obras audiovisuales en las zonas comunes del establecimiento Hotel Plazuela San Ignacio Medellín.

Por otra parte, debe analizarse lo solicitado antes de marzo de 2018, y de revisar el plenario, no se encuentran medios de convicción que acrediten que entre enero de 2012 y febrero de 2018 se realizaron actos de comunicación pública en el establecimiento de comercio Hotel Plazuela San Ignacio Medellín, por lo que, este Despacho entenderá que durante dicho periodo no hubo infracción por la utilización no autorizada de las obras audiovisuales.

Ahora bien, es preciso mencionar que, aunque el lucro no es un factor determinante a la hora de establecer si existe o no comunicación al público, la intervención de la sociedad Hotel Plazuela San Ignacio Medellín S.A.S., para dar acceso a sus clientes a obras y prestaciones protegidas a través de sus televisores conectados a un TDT, es un servicio complementario al de hospedaje con el que la sociedad demandada busca cierto beneficio, así se evidencia en la respuesta dada por el representante legal a la pregunta “¿Con qué propósito tienen ustedes estos TDT señor Sebastián?”, en donde señala: “El propósito de los TDT es si el huésped lo pide, se le da el TDT para que lo instale en la televisión”.

Adicionalmente, en los alegatos de conclusión el apoderado judicial de la accionada confiesa que “es que el huésped dice yo quiero ver televisión, hágame el favor y me da ese servicio, ahí es donde yo le entrego un decodificador”, dejando claro que la señal de televisión es un servicio que presta el establecimiento hotelero, a pesar de que este deba ser solicitado de manera previa por sus clientes.

De manera que, no puede negarse el hecho de que la inclusión de este tipo de servicios influye en cómo se percibe el hotel por sus clientes y tiene como finalidad atraer a estos, a pesar de que no se facture de manera independiente; de tal manera que estamos aquí ante una forma de explotación de las obras y prestaciones, a través de la cual se está percibiendo u obteniendo un provecho y por lo cual se debe remunerar de manera equitativa y proporcional a los correspondientes titulares.

En síntesis, luego de haber hecho una valoración del material probatorio obrante en el expediente, este Despacho concluye que desde marzo de 2018 hasta la fecha de esta providencia, en las habitaciones del establecimiento de comercio Hotel Plazuela San Ignacio Medellín, se realizaron actos de comunicación al público en su modalidad de exhibición, proyección y difusión de obras audiovisuales, sin la correspondiente autorización previa y expresa y sin que se haya configurado alguna de las limitaciones y excepciones establecidas en nuestro ordenamiento jurídico.

En este punto, es importante mencionar que el extremo pasivo de la litis excepciónó señalando que existe precedente judicial, tanto horizontal como vertical, aplicable al caso concreto de los que se concluye que en las habitaciones de los hoteles no se comunican al público obras audiovisuales. En ese sentido, es importante aclarar la distinción que se presenta entre precedente judicial y doctrina probable. Al respecto la Corte Constitucional en la sentencia C-104 de 1993 mencionó que:

“Se observa que entre la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el resto de jurisprudencia de los demás jueces y tribunales del país -en la que se encuentra la del Consejo de Estado-, existen semejanzas y diferencias.

Las semejanzas consisten en que se trata de un pronunciamiento jurisdiccional con fuerza de cosa juzgada. Las providencias tanto de la Corte Constitucional -art. 21 del Decreto 2967 de 1991-, como del Consejo de Estado que declaren o nieguen una nulidad -art. 175 del código contencioso administrativo- tienen efectos erga omnes, mientras que en general las sentencias judiciales sólo tienen efectos inter partes.

Las diferencias estriban en el hecho de que mientras la jurisprudencia de los jueces y tribunales no constituyen un precedente obligatorio^[2], salvo lo establecido en el artículo 158 del código contencioso administrativo (reproducción del acto suspendido). Tales

providencias sólo tienen un carácter de criterio auxiliar -art. 230 CP-, para los futuros casos similares, la jurisprudencia constitucional tiene fuerza de cosa juzgada constitucional -art. 243 CP-, de suerte que obliga hacia el futuro para efectos de la expedición o su aplicación ulterior.

(...) Así las cosas, tienen diferente fuerza jurídica, por disposición de la Constitución, la jurisprudencia constitucional y el resto de la jurisprudencia del país.”⁸.

De acuerdo con lo anterior, la principal diferencia entre el precedente de la Corte Constitucional y los pronunciamientos de los demás jueces de la República radica en su fuerza vinculante, siendo la primera figura de obligatoria observancia y aplicación y la segunda, únicamente un criterio auxiliar. Así, teniendo esto en cuenta, se realizará un análisis de cada figura de manera separada, aplicándola al caso concreto.

- **Del precedente judicial:**

En materia de comunicación pública en las habitaciones de establecimientos hoteleros, el precedente judicial que ha establecido la Corte Constitucional es el expuesto en la sentencia C-282 de 1997 ya analizada. En tal proveído la Corte explicó que, para efectos de la utilización de una obra dentro de una habitación de un establecimiento hotelero, habrá comunicación pública cuando el establecimiento hotelero, con un ánimo de lucro de por medio, suministra y pone a disposición los instrumentos necesarios para que se dé la utilización de la obra, y ello genera que, el establecimiento hotelero deba responder por las obligaciones derivadas de tal utilización, en virtud de los derechos de autor reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico.

En ese sentido, a pesar de que la Corte Constitucional reconoce el carácter de domicilio privado de las habitaciones de un hotel, es clara en señalar que, dicha calidad se da para efectos del amparo a los derechos de dignidad e intimidad de la persona que se hospeda en dicho lugar, mas no es aplicable respecto de las disposiciones en materia de protección de los derechos de autor. Razón por la cual, declara inexecutable el aparte del artículo 83 de la Ley 300 de 1996 que vincula la habitación hotelera a la limitación y excepción del artículo 44 de la ley 23 de 1982.

En concordancia con lo anterior, al considerar este Despacho que las actuaciones del establecimiento hotelero demandado se enmarcan en la circunstancia descrita, se da aplicación a la postura de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en consecuencia, no se desconoce el precedente judicial establecido por dicha corporación.

- **De la doctrina probable:**

Ahora bien, respecto a la doctrina probable, la Corte Constitucional, en sentencia C-537 de 2010 estableció lo siguiente:

“La doctrina probable puede ser definida como una técnica de vinculación al precedente después de presentarse una serie de decisiones constantes sobre el mismo punto. Esta técnica tiene antecedentes en el derecho romano en lo que se llamaba la perpetuo similiter judicatarum. En Colombia, como se indica en la Sentencia C – 836 de 2001, la figura tuvo origen en la doctrina legal más probable, consagrada en el artículo 10º de la Ley 153 de 1887. Posteriormente en la Ley 105 de 1890 se especificó aún más los casos en que resultaba obligatorio para los jueces seguir la interpretación hecha por la Corte Suprema y cambió el nombre de doctrina legal más probable a doctrina legal. Finalmente en el artículo 4º de la Ley 169 de 1896 estableció el artículo vigente de la doctrina probable para la Corte Suprema de Justicia”⁹.

Así, para que exista doctrina probable debe haber una serie de decisiones uniformes respecto al mismo aspecto, de manera que, tal forma de decidir el asunto se constituye en la manera más probable de que el mismo sea resuelto con posterioridad.

Dejando claro lo anterior, debemos recordar que al fundamentar la excepción bajo estudio, el apoderado judicial de la accionada mencionó que existe un precedente tanto horizontal como vertical. Frente al precedente horizontal, debe señalarse que las

⁸ Corte Constitucional. (11 de marzo de 1993). Sentencia C-104. [M.P.: Alejandro Martínez Caballero].

⁹ Corte Constitucional. (30 de junio de 2010). Sentencia C-537. [M.P.: Juan Carlos Henao Pérez].

decisiones a las que este Despacho se encuentra atado y debe aplicar, son las que esta misma Subdirección ha proferido al resolver casos semejantes con anterioridad. Así, debe mencionarse que al resolverse el caso en concreto se acogió la postura ya adoptada por esta Subdirección en el pasado¹⁰, continuándose así con una perspectiva uniforme sobre la materia. Por lo tanto, el precedente horizontal no es desconocido en la presente causa.

Ahora, si bien el suscrito trae a colación los fallos proferidos por el Juzgado Quince Civil del Circuito de Bogotá y por el Juzgado Treinta y Siete Civil del Circuito de Bogotá, con radicados No. 11001310301520160017500 y No. 11001310303720180033100, respectivamente, en los cuales los jueces referidos han establecido que no existe infracción al derecho de comunicación pública en las habitaciones de un hotel, por su carácter de domicilio privado, debe señalarse que las sentencias proferidas por otros operadores judiciales que ostentan la misma jerarquía funcional que esta Subdirección, no son de obligatorio seguimiento, sino que, como previamente se mencionó, las mismas únicamente fungen de criterio auxiliar para los demás jueces. Además, tales pronunciamientos no siguen la postura mayoritaria establecida en la materia, sino que corresponden a decisiones aisladas y excepcionales, y es por tal condición que las mismas no pueden ser consideradas por este Despacho para decidir el presente asunto.

Por otro lado, a efectos de fundamentar el precedente vertical, el accionado menciona los fallos proferidos por el Tribunal Superior de Bogotá con radicación No. 11001220300020180163600 y No. 11001220300020180279700, en los cuales se confirman las sentencias de los jueces civiles de circuito referidas anteriormente; y también menciona las sentencias proferidas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia bajo radicados No. 11001220300020180163601 y No. 11001220300020180279701.

Respecto a los primeros fallos, debe aclararse que las providencias traídas a colación por el excepcionante, no se articulan en la misma línea con la tesis mayoritaria existente sobre la materia objeto de este proceso, sino que son fallos con una postura aislada que no constituye la forma más probable de decidir, razón por la cual, no pueden considerarse doctrina probable.

Adicionalmente, las decisiones mencionadas por el suscrito no constituyen precedente vertical para esta Subdirección, pues las mismas confirman fallos de otros jueces que como se indicó, no constituyen precedente de obligatorio cumplimiento.

Ahora bien, existen sentencias proferidas por otras salas del Tribunal Superior de Bogotá en las que se han confirmado en su integridad las decisiones de este Despacho en las que se ha expuesto la postura sobre el caso que aquí se estudia, que es la mayoritaria, y son estas sentencias del Tribunal las que constituyen el precedente vertical que debe seguir esta Subdirección, y que, además, se encuentra conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional expuesta en párrafos anteriores.

Frente a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia señaladas por el abogado de la accionada, debe indicarse que, en tales fallos el alto tribunal no decide el fondo del asunto referente a la comunicación pública en establecimientos hoteleros, sino que se limita a estudiar la existencia de una vulneración a los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia en el marco de la tutela instaurada por la aquí demandante, por lo tanto, no podría considerarse que dichos proveídos establecen doctrina probable respecto a la existencia o no de comunicación pública en establecimientos de comercio que presten el servicio de hospedaje.

Finalmente, cabe destacar que aun cuando dichas providencias constituyeran doctrina probable, es posible que los jueces se aparten de esta, siempre y cuando se exponga clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican la separación, situación que en todo caso, ha sido cumplida por este Despacho, pues el fundamento utilizado para fallar en este sentido es la jurisprudencia establecida por la Corte Constitucional y

¹⁰ A manera de ejemplo se mencionan los procesos con radicados 1-2018-64849, 1-2018-64851, 1-2018-64853 y 1-2020-113666.

el precedente vertical instaurado por las salas de decisión del Tribunal Superior de Bogotá al confirmar los fallos proferidos por este juzgador.

En conclusión, al determinarse que en la presente causa existe comunicación pública, no se estaría desconociendo la jurisprudencia constitucional ni tampoco el precedente horizontal y vertical, por lo tanto, la excepción alegada por el demandado no está llamada a prosperar.

2. EL AUDIOVISUAL COMO OBJETO DE PROTECCIÓN Y SU TITULARIDAD

Es pertinente resaltar algunas particularidades de la obra audiovisual y la obra cinematográfica. Al respecto como ha mencionado la doctrinante Delia Lipszyc, en este tipo de obras se congregan múltiples intereses intelectuales y patrimoniales, puesto que su producción no solo requiere de fuertes inversiones financieras, sino que en ella convergen un elevado número de creadores (autores de obras literarias, dramáticas y musicales preexistentes, autores del guion y de los diálogos, de las composiciones musicales con letra o sin ella, del vestuario, escenógrafos, etc.), de intérpretes (actores y ejecutantes), y de técnicos y auxiliares.

Teniendo en cuenta la cantidad de personas que participan de la realización de la obra audiovisual y especialmente de la obra cinematográfica, otorgar a cada una de ellas en condiciones de igualdad la facultad de ejercer sus derechos exclusivos, implicaría una serie de complicaciones que impediría en la práctica la explotación de la obra, razón por la cual, se ha hecho necesario crear un régimen especial.

Con el fin de darle solución a este inconveniente y de armonizar los distintos intereses que confluyen en la producción de una obra audiovisual, en el artículo 14 bis del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, aprobado en Colombia por la Ley número 33 de 1987, se estableció que *“en los países de la Unión en que la legislación reconoce como titulares a los autores de las contribuciones aportadas a la realización de la obra cinematográfica, éstos, una vez que se han comprometido a aportar tales contribuciones, no podrán, salvo estipulación en contrario o particular, oponerse a la reproducción, distribución, representación y ejecución pública, transmisión por hilo al público, radiodifusión, comunicación al público, subtítulo y doblaje de los textos, de la obra cinematográfica.”*

Si bien nuestra legislación interna reconoce como autores de la obra cinematográfica al director o realizador; al autor del guion o libreto cinematográfico, al autor de la música y al dibujante o dibujantes, si se tratare de un diseño animado, de conformidad con lo establecido en el artículo 95 de la Ley 23 de 1982; siguiendo un poco la filosofía del Convenio de Berna, se ha establecido una presunción donde los derechos patrimoniales se reconocen, salvo estipulación en contrario a favor del productor, entendido este, como la persona natural o jurídica, legal y económicamente responsable de los contratos con todas las personas y entidades que intervienen en la realización de la obra cinematográfica, lo anterior de acuerdo con los artículos 97 y 98 de la Ley 23 de 1982.

Dicha solución adoptada por nuestra norma interna permite establecer de manera clara a quien le corresponde ejercer los derechos sobre la obra cinematográfica considerada en su conjunto, impidiendo así que el ejercicio simultáneo de los derechos de todas las personas que participan en su creación obstaculice su explotación, que es en esencia, a lo que está llamado este tipo de obras.

Al respecto ha mencionado la Corte Constitucional en la sentencia C – 276 de 1996, al analizar la constitucionalidad de los artículos 20, 81 y 98 de la Ley 23 de 1982, que el legislador colombiano *“no optó en este caso por la modalidad de la cesión convencional, o por la cessio legis, sino por la presunción de cesión legal salvo estipulación en contrario, la cual antes que vulnerar el principio de libertad contractual de las personas, lo reivindica, pues radica, salvo acuerdo expreso en contrario, la capacidad de disposición sobre la obra en quien la impulsa, la financia, realiza las correspondientes inversiones y asume los riesgos, sin menoscabar con ello los derechos morales de cada uno de los colaboradores y sin restringir su capacidad para libremente acordar los*

términos de sus respectivos contratos.”

A pesar de lo mencionado anteriormente, es importante resaltar que la presunción que ha establecido el artículo 98 de la Ley 23 de 1982 a favor del productor audiovisual, no se puede entender en relación con todos los derechos patrimoniales, ya que la misma norma más adelante, señala expresamente cuales son los derechos exclusivos que le corresponden al productor de la obra cinematográfica. En efecto, dentro del mismo capítulo VII de la Ley 23 de 1982, dedicado a la obra cinematográfica, se encuentra el artículo 103 que en su literal a) consagra que el productor tendrá el derecho a obtener un beneficio económico por la difusión de la obra.

3. LEGITIMACIÓN DE LAS SOCIEDADES DE GESTIÓN COLECTIVA

Ahora, si bien en el caso de las obras audiovisuales, es en principio el productor el encargado de autorizar o prohibir la utilización de la obra en el marco de los derechos que le han sido concedidos, debe tenerse en cuenta que en los artículos 49 de la Decisión Andina 351 de 1993 y 2.6.1.2.9. del Decreto 1066 de 2015, se han consagrado casos de legitimación presunta, para que, a sujetos diferentes de los titulares del derecho de autor, puedan ejercer las diferentes acciones destinadas a su protección o restablecimiento y a la obtención de las indemnizaciones correspondientes.

Igualmente, el inciso final del artículo 2.6.1.2.9. en comento, refiere que quien tiene la carga de desvirtuar dicha presunción, es el demandado, pues a él le *“corresponderá acreditar la falta de legitimación de la sociedad de gestión colectiva.”*

Al amparo de esta presunción, una sociedad de gestión colectiva puede ejercer los derechos confiados a su administración y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales. Así, si bien la sociedad de gestión colectiva no es titular de los derechos, la ley le otorga esta facultad para iniciar acciones como la que nos ocupa, tendientes a proteger o restablecer los derechos de autor o conexos que gestiona en virtud de sus estatutos o de los contratos celebrados con entidades de gestión extranjeras.

Ahora bien, de conformidad con las normas mencionadas, a efectos de determinar la existencia de la legitimación especial de las sociedades de gestión colectiva, resulta necesario el certificado de existencia y representación legal expedido por la DNDA y copia de los estatutos y los contratos de representación recíproca que quiera hacer valer.

En el caso objeto de análisis se observa que reposa en la carpeta *“03 Anexos”* el PDF número 5 que contiene el certificado de existencia y representación legal de Egeda Colombia, expedido por la Oficina Asesora Jurídica de la DNDA el 26 de marzo de 2021. Así mismo, el PDF número 6 contiene una copia de los estatutos de esta, en cuyo artículo dos (2) se prevé que el objeto de la sociedad es la gestión, administración, representación, protección y defensa de los intereses y derechos patrimoniales de los productores de obras audiovisuales, cuando estos, conforme a la legislación aplicable, sean autores, coautores o titulares derivados de obras audiovisuales.

Respecto de los contratos de reciprocidad es importante resaltar que mediante dichos acuerdos una sociedad de gestión colectiva nacional representa en su territorio a una sociedad extranjera del mismo tipo en lo que atañe a la gestión de sus obras y prestaciones, estando obligada la sociedad extranjera a hacer lo mismo en su territorio, como lo menciona Ernst- Joachim Mestmäcker. La razón de ser de dichos acuerdos es el carácter territorial del derecho de autor y en consecuencia de la gestión colectiva, constando en el expediente certificado de inscripción expedido por el Jefe de Registro de la DNDA que acredita la existencia de acuerdos de reciprocidad entre Egeda Colombia y sus homólogas en otros países, como consta en el PDF número 8 ubicado en la misma carpeta.

En el caso bajo examen, encuentra este juzgador que la accionada no probó en contrario sobre tal legitimación presunta.

De tal forma, teniendo en cuenta la presunción aludida y el cumplimiento de los requisitos enunciados anteriormente, para este Despacho es claro que Egeda Colombia se encuentra legitimada para actuar como demandante en la presente causa y reclamar los derechos por los usos efectivamente realizados que enuncia de los productores audiovisuales representados por esta, y respecto sus obras audiovisuales.

- **De la sentencia del 26 de mayo de 2021 del Tribunal Superior de Bogotá – Sala Civil**

Encuentra este juzgador que en la contestación de la demanda y los alegatos de conclusión el apoderado judicial de Compañía Hotelera Cartagena Plaza Limitada alegó la falta de legitimación de la demandante, sustentando sus argumentos en la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá – Sala Civil del 26 de mayo de 2021, con radicación 11001-31-03-019-2017-00381-01. Según afirmó el abogado, el Tribunal Superior reevaluó la legitimación presunta y, por lo tanto, está ya no opera. Así las cosas, este Despacho procederá a estudiar tales manifestaciones, para lo cual, deberá analizarse la sentencia indicada.

De revisar el fallo mencionado, se observa que la sala de decisión del tribunal revocó la sentencia de primera instancia por cuanto consideró que la excepción de falta de legitimación debía prosperar, dado que no existía prueba de que la demandante (EGEDA COLOMBIA) representara a los productores que dice representar, siendo esta la que debía allegar las pruebas que acreditaran sus afirmaciones.

Para llegar a dicha conclusión los magistrados del Tribunal Superior de Bogotá hacen uso de la interpretación prejudicial 378-IP-2019 proferida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para el proceso objeto de estudio, interpretación de la cual traen a colación las siguientes consideraciones:

En primer lugar, respecto a la legitimidad para actuar de las sociedades de gestión colectiva el Tribunal Andino indicó que estas se encuentran legitimadas para obrar bajo dos supuestos: **a)** bajo los términos de sus propios estatutos; y **b)** bajo los contratos que celebren con entidades extranjeras, para que a nombre de ellas pueda iniciar las acciones legales necesarias.

En segundo lugar, en relación con la legitimación procesal de las sociedades de gestión colectiva, el Tribunal Andino cita la interpretación prejudicial 165-IP-2015, en la que se menciona que *“para que una sociedad de gestión colectiva ejerza a nombre y en representación de los titulares las acciones encaminadas a la protección de los derechos de autor, debe contar con la facultad para actuar a nombre de un tercero, la cual puede ser conferida por el propio afiliado (mandato voluntario), por mandato estatutario o por imperio de la ley a través de la presunción legal (...) La citada norma andina [artículo 49] establece una presunción relativa, iuris tantum de representación o legitimación procesal, tanto en la fase administrativa como judicial, en favor de las sociedades de gestión colectiva legalmente establecida en el territorio andino (...) [.] No obstante lo anterior, esta presunción admite prueba en contrario; es decir, que en un caso en concreto, la persona a quien se le impute estar utilizando o explotando obras sin contar con la autorización respectiva deberá demostrar que el titular del derecho sobre la obra no es afiliado de la sociedad de gestión colectiva, o que no se encuentra incorporado a la sociedad colectiva extranjera con la cual mantiene contratos de representación recíproca.”*

Y finalmente, en relación con la infracción por falta de autorización de comunicación pública de una obra audiovisual que forma parte de un repertorio inscrito en una sociedad de gestión colectiva, los magistrados del Tribunal Superior de Bogotá señalan que el Tribunal Andino destacó la concurrencia de los siguientes elementos: *“a) Se debe considerar la existencia de derecho de autor, en concreto de obras audiovisuales reconocidas a favor de sus titulares. b) Que sus titulares hayan inscrito el repertorio de obras ante la sociedad de gestión colectiva para la protección de sus derechos. c) Que se haya efectuado la comunicación pública de las obras audiovisuales sin autorización de la sociedad que los representa”.*

De esta forma, al interpretar tales apreciaciones del Tribunal Andino, nuestro superior funcional refiere que *“se impone llamar atención que, así como el Tribunal Andino pregonó, in genere, la existencia de una presunción legal en torno a la representación de los entes de gestión colectiva, también puso énfasis en que éstos gozan de legitimidad en los términos de sus propios estatutos y conforme con los acuerdos celebrados, a fin de defender los derechos de sus asociados”*. Así, continúa señalando el superior que, en los estatutos de EGEDA COLOMBIA se indica que, para ser miembro de tal sociedad, es necesario *“Formalizar el contrato de gestión, una vez acordado el ingreso en la Sociedad de gestión”*, situación que, según el Tribunal de Bogotá, no fue acreditada.

De esta manera, concluye que, en tanto el demandante no cumplió el deber de probar que los productores que afirma representar, son sus afiliados de la forma como se dispuso en sus estatutos, no podía establecerse que la demandante tenía legitimación en la causa para petitionar la protección de los autores mencionados en la demanda. Lo anterior, conforme al principio básico de *onus probandi incumbit actori*, esto es al ‘demandante’ le corresponde probar los fundamentos fácticos de su ‘acción’.

Es decir que, para esa sala del Tribunal Superior de Bogotá, en la sentencia referida, es la sociedad de gestión colectiva demandante quien tiene la carga de demostrar su legitimación procesal, por lo que no habría a su favor una legitimación presunta. No obstante, este Despacho difiere de esta conclusión, por lo cual, su tesis no será empleada en el caso concreto por las razones que se pasan a exponer.

En primera medida, se analizará lo mencionado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en la interpretación prejudicial 378-IP-2019. Así, tal como lo señala el Tribunal Andino, en virtud del artículo 49 de la Decisión Andina 351 de 1993, los supuestos en los que una sociedad de gestión colectiva tiene legitimación son dos, primero, estas sociedades estarán legitimadas en los términos de sus propios estatutos y, segundo, también lo estarán en los términos de los contratos que celebren con entidades extranjeras. Ello es así porque es en tales documentos o acuerdos en los que se encuentran determinadas las acciones que podrá iniciar la sociedad de gestión en nombre de sus representados, es decir, cuáles son las labores que va a desempeñar la sociedad de gestión, de allí que los mismos deban estar aprobados por la autoridad nacional competente.

Además, en este punto vale recordar que, el Tribunal Andino en la interpretación prejudicial 165-IP-2015 indica que para que una sociedad de gestión colectiva ejecute acciones legales tendientes a proteger los derechos de autor en representación de los titulares de las obras que le fueron encomendadas, esta debe contar con la facultad para ello, la cual puede ser conferida directamente por el titular de la obra (mandato voluntario), por mandato estatutario (cuando la sociedad de gestión se entiende mandataria de sus socios por el simple acto de afiliación) o por imperio de la ley (a través de la presunción legal). Indica el Tribunal de Justicia seguidamente que *“[e]n el primer caso, el autor debe señalar cuáles derechos posee a partir de lo cual la Sociedad creará un repertorio de las obras bajo su gestión, y finalmente debe existir un tarifario en donde se enuncien los valores por uso de las obras bajo su custodia y cuáles son. Mientras que, en los demás casos, será la ley, de conformidad con el estatuto de la correspondiente sociedad, la que establezca la presunción de representación en favor de la misma”*¹¹.

Es decir que en los casos en que no hubiere un mandato concreto o específico, la sociedad de gestión aún podría estar legitimada en virtud de sus estatutos (mandato estatutario) o en virtud de la ley (legitimación presunta). Y en el último caso, por tratarse de una presunción, la sociedad de gestión colectiva no deberá aportar los contratos a través de los cuales sus socios fueron afiliados, para acreditar que se encuentra legitimada para actuar en su nombre y representación.

En este mismo sentido, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina refiere que, del artículo 49 *ejusdem*, es de donde se desprende la existencia de dicha presunción de representación o legitimación procesal en favor de las sociedades de gestión colectiva.

¹¹ Tribunal Andino de Justicia. Proceso 165-IP-2015.

Adicionalmente, señala que esta presunción lo que busca es brindar una herramienta eficaz y eficiente a los autores y demás titulares de derechos, para que, a través de la sociedad de gestión colectiva, puedan ejercer de manera eficiente sus derechos patrimoniales, pues “[s]i se exigiera que una sociedad de gestión colectiva tenga que demostrar la representación de todo su repertorio como condición para protegerlo ante una autoridad y recaudar así el derecho de sus asociados, ello significaría la asunción de costos excesivos por parte de dicha sociedad, lo que haría inviable una eficiente y adecuada recaudación de los derechos de sus asociados.

Más aún si se tiene presente que el repertorio de obras administradas por una sociedad de gestión colectiva puede variar constantemente y que la incorporación de nuevos asociados puede efectuarse en cualquier momento, lo que haría difícil o hasta imposible que estas sociedades de (sic) puedan demostrar en tiempo real todo el repertorio que se encuentra bajo su administración al momento de iniciar la defensa de los derechos de sus asociados o al momento de efectuar la recaudación patrimonial correspondiente. Por tal razón se justifica que una sociedad de gestión colectiva no se encuentre obligada a demostrar la representación de todo su repertorio por cada proceso iniciado o por cada requerimiento de pago efectuado a un tercero. Así es como funciona esta presunción de legitimidad que la decisión 351 ha reconocido a favor de las sociedades de gestión colectiva”¹². (Subrayado propio).

Ahora bien, indicaba ya el Tribunal Andino, en la interpretación prejudicial 378-IP-2019, que esta es una presunción relativa o *iuris tantum*, es decir que, la misma admite prueba en contrario, la cual deberá provenir de la persona que aparentemente está utilizando o explotando las obras sin autorización, esto es del accionado del proceso judicial. Circunstancia que es apenas lógica, ya que, el demandante no está obligado a probar en contra de la misma presunción que lo beneficia. Así, estas consideraciones del Tribunal Andino encuentran total coincidencia con nuestra normatividad interna en la materia, esta es, el ya mencionado Decreto 1066 de 2015, el cual en su artículo 2.6.1.2.9 establece que, quien tiene la carga de probar en contrario de la presunción de legitimación, es el demandado.

Así, con todo lo anterior de presente, este Despacho considera que, la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, en el fallo referido, incurre en una imprecisión al considerar que quien tenía la carga de probar su legitimación era la sociedad de gestión demandante; pues es claro que, tanto la normatividad comunitaria como la interna, esto es, la Decisión Andina 351 y el Decreto 1066 de 2015, respectivamente, establecen la existencia de una presunción de legitimación procesal en favor de las sociedades de gestión colectiva, así, al estar amparadas por una presunción, estas no están obligadas a aportar pruebas que acrediten si están legitimadas o no, salvo las exigidas para que dicha presunción se configure. Al contrario, es el demandado, quien debe aportar o solicitar las pruebas necesarias para desvirtuar la presunción legal establecida en favor de la sociedad de gestión demandante.

Adicionalmente, cabe precisar que, esta postura adoptada en el caso concreto, es uniforme con la posición que asiduamente se ha acogido respecto al tema en los fallos proferidos por esta Subdirección, los cuales han sido confirmados por el Tribunal Superior de Bogotá en sede de apelación, en providencias como la emitida el 28 de junio de 2021 con Clara Inés Márquez Bulla como Magistrada Ponente y radicación 11001319900520182173501; la proferida el 21 de octubre de 2021 con Magistrada Ponente María Patricia Cruz Miranda con radicado 00520186484905¹³; o el fallo del 11 de marzo de 2022 con Carlos Augusto Zuluaga Ramírez como Magistrado Ponente y radicación 11001319900520165446401; entre otros. Así, la postura en la que se acoge la existencia de la legitimación presunta de las sociedades de gestión colectiva, se constituye en la tesis mayoritaria respecto al asunto.

¹² Tribunal Andino de Justicia. Proceso 378-IP-2019.

¹³ Fallo que confirma la siguiente consideración de la Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales de la DNDA: “En punto a la legitimación por activa, tras hacer alusión a que en las obras audiovisuales y cinematográficas existen múltiples intereses, por razón de las personas que intervienen en su creación y difusión, se debe tener en cuenta que aplica un régimen especial conforme al artículo 14 Bis del convenio de Berna aprobado por Colombia; y si bien el artículo 98 de la Ley 23 de 1982 la prevé en favor del productor, la Decisión 351 y el Decreto 1055 de 2015 consagran una legitimación presunta en las entidades de gestión colectiva, como lo es la demandante, pese a que no es el titular de los derechos.”

Igualmente, recordemos que para el caso concreto EGEDA COLOMBIA allegó las pruebas suficientes para configurar la presunción de legitimación en su favor, por lo tanto, es válido afirmar que el demandante está amparado por la presunción de legitimación.

Ahora bien, en el presente proceso no obran pruebas que controviertan la presunción de legitimación configurada, esto es, medios que acrediten, por ejemplo, que algún titular de derecho de obras usadas por el demandado, no es afiliado de la sociedad de gestión colectiva o a su homónima en el extranjero; que cierta obra no hace parte del repertorio encomendado a EGEDA COLOMBIA; que la obra usada se encuentra en el dominio público; que se incumplieron los procesos de afiliación internos de la sociedad de gestión colectiva; que no se formalizaron los contratos de afiliación; o que se cuenta con autorización previa y expresa del titular de la obra usada para realizar la explotación de la misma, y que aquel no es afiliado a la sociedad demandante. Así, es dable concluir que, el accionado no logró desvirtuar la legitimación presunta de su contraparte. En ese sentido, debe advertirse que los argumentos del demandado no tienen vocación de prosperar.

4. RESPONSABILIDAD

En relación con las pretensiones consecuenciales de condena debemos mencionar que, si bien la Decisión Andina 351 de 1993, en su artículo 57 dispone que la autoridad nacional competente, podrá ordenar: “*a) El pago al titular del derecho infringido una reparación o indemnización adecuada en compensación por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la violación de su derecho; (...)*”; este concepto debe ser entendido en contexto, en virtud del principio de complemento indispensable, con el artículo 2341 del Código Civil Colombiano, relativo a la responsabilidad, el cual señala que: “*El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización (...)*”.

A pesar de que toda responsabilidad civil parte de la noción antes mencionada, de tiempo atrás se ha diferenciado principalmente entre la responsabilidad civil extracontractual y la contractual, cuya distinción radica en el tipo de derecho que es vulnerado. De acuerdo con los artículos 2341 a 2360, la lesión causada a un derecho subjetivo absoluto da lugar a la responsabilidad extracontractual, y la lesión a los derechos de crédito, que nacen de los contratos, a la responsabilidad contractual (Código Civil, Artículos 1602 a 1617).

En este caso nos encontramos frente a supuestos de responsabilidad extracontractual, precisamente porque se reclama del demandante la ausencia de acuerdo previo para el uso de las obras audiovisuales de su repertorio.

Teniendo claro lo anterior, podemos señalar los elementos que se deben dar para que exista responsabilidad civil, los cuales variarán según se deban aplicar los principios de la responsabilidad subjetiva u objetiva. En el primer escenario se exigen cuatro elementos: a) una conducta que sea la causa del daño; b) que la conducta haya sido dolosa o culposa; c) un daño o perjuicio; d) que entre el daño y la conducta exista un nexo causal. En el segundo escenario, se exigen únicamente tres elementos: la autoría material o imputabilidad, el daño y un nexo causal entre estos, prescindiendo del elemento subjetivo del individuo¹⁴.

A. El daño y su cuantificación

Tomando en consideración lo mencionado, se analizará si en el presente caso la sociedad Hotel Plazuela San Ignacio Medellín S.A.S., está obligada o no a reparar el daño que le haya podido causar a titulares de derechos de autor representados por la sociedad demandante Egeda Colombia. Para tal fin, se tendrá que verificar si se configuran los ya mencionados elementos de la responsabilidad subjetiva, en tanto en este caso estamos ante un posible escenario de responsabilidad directa por el hecho propio.

¹⁴ Arturo Valencia y Álvaro Ortiz, Derecho Civil Tomo III, 2010, p. 182.

Iniciando con el daño, debemos reconocer que es el elemento más importante en la responsabilidad civil, pues la reparación parte de la base de su existencia, de tal manera que solo puede predicarse que alguien es civilmente responsable cuando hay un daño resarcible. De antaño se ha señalado que el daño es la lesión o menoscabo de algún interés legítimamente protegido o de alguno de los derechos subjetivos de las personas¹⁵.

En cuanto a la tipología del daño, podemos afirmar que este es material cuando nos encontramos ante la destrucción o menoscabo de alguno de los derechos patrimoniales de una persona, ya sea en forma directa o indirecta, e inmaterial o moral, cuando se produce una lesión o afectación de orden interno a los sentimientos o al honor de las personas¹⁶.

En el caso del derecho de autor, el objeto de protección son las obras y la protección jurídica de estas se ve reflejada a través de una serie de derechos de carácter exclusivo. Así entonces, la infracción de alguna de estas prerrogativas materializa el daño, precisamente porque se le priva al titular de la facultad de ejercer el derecho que solo le corresponde a este, afectándole así sus intereses legítimos en relación con las obras, como lo sería, recibir una remuneración proporcional por la explotación o utilización de estas, con base a las licencias.

En este sentido, la sociedad Hotel Plazuela San Ignacio Medellín infringió los derechos patrimoniales de los productores audiovisuales representados por Egeda Colombia, lo que causó a los mismos un daño de carácter material, ya que no solamente se les impidió ejercer su facultad exclusiva de autorizar o prohibir la utilización de las obras, sino que se vio menoscabado su interés legítimo de obtener una remuneración por la utilización o explotación de las mismas, el cual se manifiesta en el lucro cesante por aquellos ingresos que debiendo entrar a su patrimonio en el curso normal de los acontecimientos, esto es, con la licencia correspondiente, nunca lo hicieron debido a la utilización sin autorización previa y expresa de sus obras.

Frente a la cuantificación o el monto del daño o perjuicio material a tasar, el artículo 206 del CGP establece que quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo, considerándose sólo la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

En el caso bajo análisis, el demandado presentó dentro del traslado respectivo una objeción razonada al juramento estimatorio que especificaba la inexactitud de la estimación, por lo tanto, el realizado por el accionante no hace prueba del monto que pretende, motivo por el cual se valorarán las demás pruebas obrantes en el expediente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 176 de nuestro estatuto adjetivo con la finalidad de cuantificar el daño.

En el marco de las actividades propias de una sociedad de gestión colectiva, encontramos que es un deber legal emitir sus correspondientes reglamentos de tarifas, los cuales son en esencia, una manifestación de voluntad de carácter unilateral por parte de este tipo de entidades, encaminada a generar efectos o relaciones jurídicas entre otros, respecto de aquellas personas que hagan o pretendan hacer una efectiva utilización o explotación de las obras que requiera autorización por parte de sus titulares, esto en razón a que son los reglamentos la guía que orienta el establecimiento de una tarifa en cada licencia que se celebra en particular y la base de la negociación cuando los usuarios soliciten la concertación de la misma.

En este sentido, salvo que exista una negociación en un determinado caso concreto, lo establecido en los reglamentos de tarifas de una sociedad de gestión colectiva, son los

¹⁵ Diego García, Manual de Responsabilidad Civil y del Estado, 2009, p. 13

¹⁶ Arturo Valencia, Álvaro Ortiz, Derecho Civil Tomo III, 2010, p. 229

ingresos que dichas entidades, en representación de sus asociados, esperan recibir por la explotación de las obras de su repertorio.

Así, se observa en el PDF denominado “12. Tarifas cobradas por EGEDA COLOMBIA a los operadores de televisión, desde el año 2007 hasta la fecha”¹⁷, que está conformada por el Reglamento de Tarifas Generales cobradas por la accionante como contraprestación por el uso de las obras audiovisuales que forman parte de su repertorio. Aquí es importante advertir que no reposan dentro del expediente transacciones comparables con otros establecimientos hoteleros a las que podemos acudir para cuantificar, por lo que al observarse que el Tribunal Andino ha referido que pueden utilizarse las tarifas cobradas por parte de las entidades de gestión colectiva para esta función,¹⁸ este Despacho acudirá al manual de tarifas aportado por la accionante.

Ahora en dicho reglamento, en el aparte 2 del Capítulo II, se consagran las tarifas a cobrar cuando se trate de la comunicación pública de obras audiovisuales contenidas en emisiones, transmisiones y retransmisiones de radiodifusión televisada efectuada en establecimientos hoteleros y otros similares que presten el servicio de alojamiento. Allí, se establecen distintas tarifas mensuales en atención a la cantidad de estrellas que posea el establecimiento hotelero, esto es, una tarifa para los establecimientos hoteleros de gran lujo y cinco estrellas, otra para los de cuatro estrellas y otra en el caso de que el establecimiento tenga tres o menos estrellas.

En ese sentido, se observa en el expediente que no obra prueba que acredite la categoría del hotel, por lo que, para cuantificar el daño se va a aplicar la tarifa más baja, esto es, la establecida para establecimientos hoteleros de cuatro estrellas y de tres o menos estrellas.

Ahora, también se debe advertir que el valor antes mencionado debe multiplicarse por el número de plaza hotelera o habitación.

En este punto se debe señalar que la Decisión Andina 351 en su artículo 48 refiere que las tarifas a cobrar por parte de las entidades de gestión colectiva deberán ser proporcionales a los ingresos que se obtengan con la utilización de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas o producciones fonográficas. De igual manera, se consagraron en el Decreto 1066 de 2015 en su artículo 2.6.1.2.7. los criterios para establecer las tarifas replicando en su primer inciso lo referido en el artículo 48 de la Decisión Andina 351, es decir, que las tarifas deben ser proporcionales a los ingresos¹⁹.

Una tarifa proporcional a los ingresos debe descontar las habitaciones que no tengan acceso a obras audiovisuales, sea porque no se ofrece este tipo de amenidades en el hotel, o porque por algún motivo, como puede ser una obra civil, estas habitaciones no pueden ser usadas por un “público”. Así, en el presente caso se encontró que si bien el número de habitaciones del hotel sean 92 solo en hasta 20 de ellas se puede captar y emitir la señal de televisión abierta.

Por lo referido, es claro que el factor a aplicar en la tarifa en el caso particular no es el número de habitaciones en sí mismas consideradas, sino el número de habitaciones en las cuales efectivamente se comunican al público obras audiovisuales, que en el caso que nos ocupa son veinte.

Finalmente, el resultado que se obtenga debe multiplicarse por el número de meses durante el cual se han comunicado públicamente creaciones protegidas, que como ya se mencionó, en el caso particular inician en el mes de marzo de 2018.

Ahora, teniendo en cuenta que el valor de la tarifa cambia año a año, será necesario despejar la fórmula descrita discriminando cada anualidad.

¹⁷ Ubicado en la carpeta “03 Anexos”, del expediente digital.

¹⁸ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina IP 221 de 2021

¹⁹ Inciso primero, Artículo 2.6.1.2.7 del Decreto 1066 de 2015 “Criterios para establecer las tarifas. Por regla general, las tarifas a cobrar por parte de las sociedades de gestión colectiva deberán ser proporcionales a los ingresos que obtenga el usuario con la utilización de las obras, interpretaciones, ejecuciones artísticas o fonogramas, según sea el caso.”

- En el año 2018 la tarifa fue de \$6.444, que de multiplicarlos por las 20 habitaciones, y este resultado multiplicarlos por los 10 meses del año durante los que se comunicaron al público obras, se obtiene que la licencia debió tener un valor de \$1'288.800.
- En el año 2019 la tarifa fue de \$6.649, que de multiplicarlos por las 20 habitaciones, y este resultado multiplicarlos por los 12 meses del año durante los que se comunicaron al público obras, se obtiene que la licencia debió tener un valor de \$1'595.760.
- En el año 2020 la tarifa fue de \$6.901, que de multiplicarlos por las 20 habitaciones, y este resultado multiplicarlos por los 12 meses del año durante los que se comunicaron al público obras, se obtiene que la licencia debió tener un valor de \$1'656.240.
- En el año 2021 la tarifa fue de \$7.012, que de multiplicarlos por las 20 habitaciones, y este resultado multiplicarlos por los 12 meses del año durante los que se comunicaron al público obras, se obtiene que la licencia debió tener un valor de \$1'682.880.

Así, de sumar los valores obtenidos de marzo de 2018 al año 2021 se obtiene un total de SEIS MILLONES DOSCIENTOS VEINTITRÉS MIL SEISCIENTOS OCHENTA PESOS M/CTE (\$6'223.680).

Adicionalmente, la accionante solicita que se indexen los valores de la condena a la fecha de terminación del proceso, sin embargo, a este Despacho solo le es posible realizar tal operación hasta el momento de la sentencia. En este sentido, Obdulio Velásquez Posada señala en su libro "*Responsabilidad Civil Extracontractual*" que la fórmula que se apoya en el índice de precios al consumidor (IPC), que es mayormente utilizada por la jurisprudencia y la más recomendada por la doctrina es, dividir el IPC al momento de la liquidación (también llamado final) entre el IPC en la fecha del monto a indexar (también llamado inicial) y este resultado multiplicarlo por el valor que se quiere actualizar; ahora, sobre el índice de precios al consumidor, debemos señalar que este mantiene el poder adquisitivo del dinero y es un indicador económico, así que debemos atenernos a lo consagrado en el artículo 180 del CGP²⁰, que consagra que estos son de carácter notorio, por lo que están exentos de prueba.

Así las cosas, procede este Despacho a realizar la actualización de los valores antes referidos de acuerdo con la serie de empalme de 2003 a 2022 emitida por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE, que señala que el IPC inicial es de 111.41 y el actual de 124.46, de este modo, el valor correspondiente a la suma adeudada desde marzo de 2018 hasta la presentación de la demanda, indexado a fecha del fallo, es de SEIS MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS NOVENTA PESOS M/CTE (\$6'952.690).

De otra parte, la demandante solicita que se condene a la sociedad Hotel Plazuela San Ignacio Medellín S.A.S., por los perjuicios causados con posterioridad a la presentación de la demanda hasta la fecha del fallo.

Si bien no se tiene el valor de la tarifa para el 2022, este Despacho actualizará el monto cobrado en el 2021, esto es \$7.012, y utilizará la fórmula de indexación antes descrita. Así, para calcular el valor de la tarifa que se hubiera cobrado en el año 2022, se tiene que el IPC inicial es de 111.41 y el final de 124.46, de este modo, el valor que se obtiene correspondiente a la tarifa para el mencionado año es de \$7.833.

Entonces, si multiplicamos \$7.833 por las 20 habitaciones, y este resultado lo multiplicamos por 11, que son el número de meses del año que han transcurrido, ello nos da un resultado de \$1.723.260.

En conclusión, el valor total del perjuicio es la suma del monto indexado

²⁰ Artículo 180 del Código General del Proceso: "*Todos los indicadores económicos nacionales se consideran hechos notorios.*"

correspondiente el tiempo entre marzo de 2018 y 2021 (\$6'952.690) y los perjuicios causados con posterioridad a la presentación de la demanda (\$1'723.260), de lo que se obtiene el resultado de OCHO MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS CINCUENTA PESOS M/CTE (\$8.675.950).

i) Sanción del artículo 206 del CGP

Ahora, en atención a lo establecido en el párrafo del artículo 206 del CGP, que contempla dos sanciones, la primera cuando la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento a la que resulte probada, y la segunda cuando se nieguen las pretensiones por falta de demostración de perjuicios. Estas sanciones procederán cuando la causa sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte.

En el caso concreto no observa este Despacho la configuración de alguno de los casos establecidos en el artículo 79 del CGP²¹, ni se evidencia un actuar descuidado ni desprevenido en la actividad probatoria desplegada. Por esta razón, al no acreditarse estos elementos, este juzgador se abstendrá de imponer esta sanción.

B. Los demás elementos de la responsabilidad

En lo que respecta al componente subjetivo de la responsabilidad civil, no basta que la acción generadora del daño se atribuya al artífice como obra suya (*imputatio facti*), sino que hace falta entrar a valorar si esa conducta es meritoria o demeritoria de conformidad con lo que la ley exige (*imputatio iuris*)²².

De esta forma, la culpa de la responsabilidad extracontractual no es un objeto de la naturaleza ni una vivencia subjetiva que pueda ser percibida o sentida, sino que surge de una situación concreta que es valorada a partir de sus posibilidades de realización, como capacidad, potencia o previsibilidad. El reproche civil no radica en haber actuado mal sino en no actuar conforme al estándar de prudencia exigible, el cual se aprecia teniendo en cuenta el modo de obrar del hombre medio, es decir, de aquel hombre que normalmente obra con cierta prudencia y diligencia²³.

Tal como quedó establecido en el análisis correspondiente a la infracción, en el marco de la actividad y los servicios ofrecidos por la sociedad Hotel Plazuela San Ignacio Medellín S.A.S., se realizaron actos de comunicación pública de obras audiovisuales, sin la respectiva autorización de sus correspondientes titulares.

Así las cosas, no solo es posible afirmar que estamos ante un acto o conducta propia de la sociedad demandada, sino que dicha conducta tiene el carácter de culposa, en la medida que no se previó el daño habiéndose podido preverlo. En efecto, los derechos de propiedad intelectual no solo se encuentran reconocidos en la constitución sino en una serie de leyes especiales, por lo cual resulta evidente que una sociedad u organización que gestione sus negocios y asuntos de una manera diligente y prudente, está en la posibilidad de prever el daño que se causa a los intereses legítimos del autor o titular de una obra, al utilizar o explotar económicamente la misma en el ejercicio de sus funciones, actividades o servicios, sin tomar las medidas correspondientes para conseguir la correspondiente autorización.

Adicionalmente, es claro que fruto de los derechos exclusivos reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico a los creadores, quien desee utilizar una obra protegida por el derecho de autor, si no se encuentra amparado por una limitación o excepción, tiene el deber de abstenerse de utilizarla o explotarla económicamente sin la respectiva autorización previa y expresa. Por tal motivo, ante la desatención de esta obligación, puede afirmarse que existe una omisión consciente del deber de orientar la conducta según las normas preestablecidas, con el fin de frenar actos y conductas que atenten

²¹ **Artículo 79 del Código General del Proceso:** "Se presume que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos: 1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad. 2. Cuando se aduzcan calidades inexistentes. 3. Cuando se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos. 4. Cuando se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas. 5. Cuando por cualquier otro medio se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso. 6. Cuando se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas."

²² Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de septiembre de 2016

²³ Cas. Civil. Sentencia 3925 del 30 de septiembre de 2016 M.P. Ariel Salazar

contra el derecho ajeno.

En este punto, tal como lo ha reiterado la Corte Suprema de Justicia, es oportuno mencionar que la inobservancia de reglas o normas preestablecidas de conducta es imprudencia *in re ipsa*, es decir, que implica un juicio automático de culpa cuando tiene una correlación jurídica con el daño resarcible, como es el caso que nos ocupa.

Frente al nexo causal, debemos manifestar que luego de hacer una valoración de las circunstancias y el material probatorio correspondiente al presente caso, se concluye que los hechos atribuidos a la demandada, no son causas remotas sino actuales o próximas del daño causado a los titulares de derechos de autor representados por Egeda Colombia, en tanto el menoscabo o lesión al derecho subjetivo tutelado en este caso, fue consecuencia directa de los actos de comunicación al público de obras realizados en el Hotel Plazuela San Ignacio Medellín.

De igual manera, el hecho de exhibir y proyectar obras audiovisuales al público a través de aparatos o dispositivos como por ejemplo, televisores, no solo se configura en este caso como un acto necesario o determinante para la materialización del daño, debido a que sin la realización de dicha conducta nunca se hubiera producido el mismo, sino también como un medio apto o adecuado para lesionar o menoscabar el derecho patrimonial de autor, ya que este tipo de conductas ponen en evidencia un uso de los derechos que se han reconocido a los distintos titulares, lo cual requiere la autorización previa y expresa de los mismos o de la sociedad de gestión colectiva que los represente.

5. DE LAS COSTAS

El numeral 1 del artículo 365 del CGP, señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, las cuales están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho. También se establece en el artículo 361 del CGP, que las costas serán tasadas y liquidadas con criterios objetivos y verificables en el expediente.

Así las cosas, este Despacho condenará en costas a la sociedad Hotel Plazuela San Ignacio Medellín S.A.S., identificada con NIT 901.162.091-3, cuya liquidación se realizará a través de la secretaría, inmediatamente quede ejecutoriada la presente providencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 366 del CGP.

En lo referente a las agencias en derecho, de acuerdo con lo establecido en el Acuerdo No. PSAA16-10554, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, y teniendo en cuenta criterios como la cuantía y naturaleza del proceso, así como la calidad y la duración de la gestión realizada por el apoderado de la parte demandante, se procederá a fijar como monto de las mismas el 5% de lo concedido fruto de las pretensiones pecuniarias, esto es CUATROCIENTOS TREINTA TRES MIL SETECIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS M/CTE (\$433.797).

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

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar que a través de los televisores conectados a los 20 decodificadores de Televisión Digital Terrestre – TDT se comunicaron públicamente obras audiovisuales de titularidad de los productores representados por EGEDA COLOMBIA, en las habitaciones del establecimiento hotelero de propiedad de la sociedad Hotel Plazuela San Ignacio Medellín S.A.S., identificada con NIT 901.162.091-3, esto sin autorización previa y expresa, infringiendo así el derecho patrimonial de comunicación pública, dentro del periodo comprendido entre marzo de 2018 hasta la fecha de la providencia.

SEGUNDO: Declarar que en las zonas comunes del establecimiento de comercio Hotel Plazuela San Ignacio Medellín, de propiedad de la sociedad demandada, no se comunicaron al público obras audiovisuales de titularidad de los productores representados por EGEDA COLOMBIA, y, en consecuencia, acoger la excepción de mérito denominada “*Cobro de lo no debido por presunta comunicación pública de obras audiovisuales en zonas de acceso al público en general*”.

TERCERO: Negar las demás excepciones de mérito propuestas por el demandado.

CUARTO: Ordenar a la sociedad Hotel Plazuela San Ignacio Medellín S.A.S., identificada con NIT 901.162.091-3, abstenerse de utilizar o explotar las obras del repertorio de EGEDA COLOMBIA, sin la correspondiente autorización previa y expresa por parte de dicha sociedad de gestión colectiva.

QUINTO: Declarar que la Hotel Plazuela San Ignacio Medellín S.A.S. es civilmente responsable de los daños causados a los productores de obras audiovisuales representados por la demandante.

SEXTO: Condenar a la sociedad Hotel Plazuela San Ignacio Medellín S.A.S., identificada con NIT 901.162.091-3, a pagarle a EGEDA COLOMBIA, dentro de los noventa (90) días siguientes a la ejecutoria de este fallo, la suma indexada de OCHO MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS CINCUENTA PESOS M/CTE (\$8.675.950), por concepto de lucro cesante de conformidad con lo mencionado en la parte considerativa de la presente providencia.

SÉPTIMO: Condenar en costas a la sociedad Hotel Plazuela San Ignacio Medellín S.A.S., identificada con NIT 901.162.091-3.

OCTAVO: Fijar agencias en derecho por el 5% de lo concedido fruto de las pretensiones pecuniarias, esto es, CUATROCIENTOS TREINTA TRES MIL SETECIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS M/CTE (\$433.797).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARIA FERNANDA CÁRDENAS NIEVES
Profesional Universitario 2044 grado 08
Dirección Nacional de Derecho de Autor