



**Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales, Bogotá D.C.**  
**Sentencia del 17 de febrero de 2023**

**Rad.:** 1-2020-120817  
**Ref.:** Proceso Verbal Sumario  
**Demandante:** Egeda Colombia  
**Demandado:** C.B. Hoteles y Resorts S.A.

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 392 del Código General del Proceso (en adelante CGP).

**ANTECEDENTES**

1. El 19 de octubre de 2020, la Entidad de gestión colectiva de derechos de productores audiovisuales de Colombia – Egeda Colombia, identificada con el NIT N° 900.085.684-7 por intermedio de apoderado, presentó demanda en contra de la sociedad C.B. Hoteles y Resorts S.A., identificada con el NIT 819.000.986-8.
2. Mediante el Auto 01 del 11 de noviembre de 2020, notificado el 12 de noviembre siguiente, este Despacho decidió admitir la demanda referida.
3. El 1 de junio de 2021 la sociedad C.B. Hoteles y Resorts S.A., contestó la demanda y presentó excepciones de mérito.
4. Una vez finalizada la etapa escrita, el 5 de octubre de 2022 se instaló la audiencia única en la que se suspendió en tanto no obraba en el expediente la interpretación prejudicial.
5. Mediante Auto 14 de 1 de febrero de 2023 se reanudó el proceso. Posteriormente el 8 de febrero de 2023, se continuó de manera virtual la audiencia única y en ella se indicó que el uso de tecnologías de la información y de las comunicaciones eventualmente pueden presentar fallas que no son de control del Despacho, por ello, con el fin de facilitar la comprensión de la sentencia, esta se emitiría escrita, pues las posibles fallas en la conexión a internet podrían obstaculizar el derecho de contradicción y defensa de las partes.

**CONSIDERACIONES**

**1. Síntesis de la demanda y la contestación**

Este litigio se origina a partir de la reclamación que presenta la entidad Egeda Colombia, como sociedad de gestión colectiva que representa a los productores audiovisuales nacionales e internacionales y gestiona, en su nombre, el derecho de autorizar o prohibir la comunicación pública de sus obras audiovisuales. Esta señala que la demandada ha realizado actos de comunicación pública de obras audiovisuales, a través de los televisores ubicados en su establecimiento, sin contar con la correspondiente autorización previa y expresa, ocasionándole varios daños antijurídicos.

Por su parte, la demandada arguyó en su defensa que las pretensiones son contrarias al artículo 1 del Decreto 1318 de 1996 y la sentencia C-282 de 1997, en tanto no hay lugar a la comunicación pública de obras en una habitación hotelera por tratarse de domicilio privado. Así también, manifiesta que suscribió un contrato con el cableoperador DIRECTV quien tiene la obligación de realizar el pago por concepto de derecho de autor. Además indica que no tiene lugar la clasificación por estrellas utilizada en el tarifario de Egeda Colombia para tasar el aparente perjuicio pues la accionada no usa dicha certificación.

## 2. De la fijación del litigio

Iniciemos mencionando que durante la etapa oral del presente proceso se fijó el litigio señalando que dentro de los hechos reconocidos como ciertos se encuentran que Egeda Colombia cuenta con autorización de funcionamiento; que hay aparatos receptores de señal de televisión en las habitaciones; que la sociedad C.B. Hoteles y Resorts S.A. es la propietaria y responsable del establecimiento hotelero Zuana Beach Resort; que la demandada tiene un contrato desde 2016 con la cableoperadora DIRECTV y que la misma cuenta con 39 habitaciones cada una con televisor. Así también, que hubo un acuerdo frente a las zonas comunes entre 2007 y 2020, aunado a que no existe en este proceso pretensión sobre las mismas.

Una vez fijado el litigio y atendiendo a las pruebas aportadas y practicadas, procederá este Despacho a establecer si la sociedad C.B. Hoteles y Resorts S.A. comunicó al público obras audiovisuales representadas por Egeda Colombia sin autorización previa y expresa, en sus habitaciones hoteleras.

## 3. De la obra audiovisual como objeto de protección

Empecemos mencionando que la discusión desde la perspectiva del objeto protegido se refiere a obras, y no emisiones; así, conceptualmente la obra es definida en el artículo 3 de la Decisión Andina 351 de 1993, como toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser reproducida o divulgada por cualquier medio.

Dentro de las categorías de obras protegidas se encuentran las obras audiovisuales, que son definidas en el mismo artículo 3 como *“toda creación expresada mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que esté destinada esencialmente a ser mostrada a través de aparatos de proyección o cualquier otro medio de comunicación de la imagen y de sonido, independientemente de las características del soporte material que la contiene”*.

Sobre la obra audiovisual y la obra cinematográfica ha mencionado la doctrinante Delia Lipszyc, que 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.

Con el fin de darle solución a este inconveniente y de armonizar los distintos intereses que confluyen en la producción de una obra audiovisual, 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<sup>1</sup>.

Sin embargo, 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

---

<sup>1</sup> 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.”*

con todos los derechos patrimoniales, ya que la misma norma más adelante, señala expresamente cuáles 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.

#### 4. Legitimación del demandante

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, 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.

Al respecto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina señaló que *“1.7. La presunción de representación o legitimación procesal de una sociedad de gestión colectiva lo que busca es proporcionar al autor y a los demás titulares de derechos, a través de la sociedad de gestión colectiva, una herramienta eficaz y eficiente que permita proteger y ejercer de manera eficiente los derechos patrimoniales que se encuentran bajo su administración, así como una adecuada recaudación de estos derechos”<sup>2</sup>.*

Ahora bien, de conformidad con las normas mencionadas, a efectos de determinar la existencia de la legitimación presunta 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 dentro del expediente el certificado de existencia y representación legal de Egeda Colombia, expedido por la Oficina Asesora Jurídica de la Dirección Nacional de Derecho de Autor (en adelante DNDA), el 23 de abril de 2020.<sup>3</sup> Asimismo, consta una copia de los estatutos de la accionante,<sup>4</sup> en cuyo *“ARTÍCULO DOS”* se prevé que el objeto de la sociedad es *“1. La gestión, administración, representación, protección y defensa de los intereses y derechos patrimoniales de los productores de obras audiovisuales (...)”*. Respecto de los contratos de reciprocidad, consta en el expediente el 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.<sup>5</sup>

De acuerdo con lo anterior, se dio cumplimiento a los requisitos enunciados anteriormente para que se configure la presunción en favor de la legitimación de Egeda Colombia.

<sup>2</sup> Tribunal Andino de Justicia. Proceso 353-IP-2021.

<sup>3</sup> Se observa en la página 70 del documento denominado “02 Demanda” del expediente digital.

<sup>4</sup> Se observa en las páginas 71 a 95 del documento denominado “02 Demanda” del expediente digital.

<sup>5</sup> Se observa en las páginas 120 a 128 del documento denominado “02 Demanda” del expediente digital.

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

Encuentra este juzgador que en los alegatos de conclusión el apoderado judicial de C.B Hoteles y Resorts S.A., este 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, ius 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”*<sup>6</sup>.

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 *eiusdem*, es de donde se desprende la existencia de dicha presunción de representación o legitimación procesal en favor de las sociedades de gestión colectiva. 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*

<sup>6</sup> Tribunal Andino de Justicia. Proceso 165-IP-2015.

*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<sup>7</sup>. (Subrayado propio).*

Ahora bien, indicaba ya el Tribunal Andino, en la interpretación prejudicial 378-IP-2019, que esta es una presunción relativa o *iusuris 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 00520186484905<sup>8</sup>; 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.

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

<sup>7</sup> Tribunal Andino de Justicia. Proceso 378-IP-2019.

<sup>8</sup> 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.”

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; 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.

##### **5. Sobre el derecho patrimonial de comunicación pública de los productores audiovisuales y la obligación de quienes usan sus obras de obtener autorización previa y expresa para utilizarlas.**

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 esta.

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 en concreto, se menciona en los hechos quinto y sexto de la demanda que la sociedad C.B. Hoteles y Resorts S.A., en su establecimiento hotelero Zuana Beach Resort, 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 año 2010 hasta la fecha.

Sin embargo, la representante legal de la demandante Egeda Colombia aclaró que el objeto de este proceso es la comunicación pública solo en las habitaciones del establecimiento y excluyó las áreas comunes<sup>9</sup>; en el mismo sentido quedó establecido en la fijación del litigio, por lo que, resulta exento del debate la existencia o no de infracción de áreas diferentes a las unidades habitacionales. Por lo anterior, la excepción denominada “Cobro de lo no debido en zonas comunes” será acogida.

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

<sup>9</sup> Se puede ver en el minuto 8:39 del archivo MP4 denominado “Audiencia Art. 392 del CGP, Egeda Colombia vs. C.B. Hoteles y Resorts S.A., 1-2020-120817.-20221005\_091606-Grabación de la reunión” de la carpeta “74 Audiencia Art. 392” del expediente digital.

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.

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

En el caso bajo análisis, durante el interrogatorio de parte formulado en la audiencia inicial el representante legal de la sociedad demandada afirmó que el establecimiento de comercio tiene 39 habitaciones,<sup>10</sup> así también que cada una de ellas cuenta con un televisor y acceso a señal de televisión por cable<sup>11</sup>, y que cuentan con un contrato suscrito con el cableoperador DIRECTV.<sup>12</sup> Lo anterior, coincide con lo evidenciado en la contestación de la demanda y en el documento aportado por la demandada que da cuenta de un contrato con dichas características identificado con el número 2296932-3<sup>13</sup>

Adicionalmente, es importante señalar que durante el mismo interrogatorio a la parte demandada, se manifestó el bloqueo de los canales indicados por Egeda Colombia en su demanda, sin embargo, no obra en el expediente prueba de tal circunstancia.

Ahora bien, esto no nos permite determinar qué obras audiovisuales se comunican en dichos canales, razón por la cual se estudiará otros medios de prueba que obran en el expediente. Se observa en el expediente, el estudio realizado por Business Bureau<sup>14</sup>, *sobre la cantidad de obras representadas por Egeda Colombia*, en el que se señala que obras audiovisuales como A mano limpia, La Tormenta, Brujeres, Amarte así y Chepe Fortuna, Las santísimas, Tu voz estéreo, La Madre, fueron comunicadas al público a través de canales como RCN, CARACOL TV, CITY TV, Señal Colombia, entre otros.

Así, es posible concluir que a través de los televisores ubicados en las habitaciones del establecimiento de comercio Hotel Zuana Beach Resort, se comunican al público obras audiovisuales, existiendo así una infracción por la utilización no autorizada de las obras representadas por Egeda Colombia.

- **Sobre la excepción de mérito denominada “Legalidad de la actuación de la sociedad demandada”**

Manifiesta el apoderado que no existe comunicación pública por parte de la sociedad C.B. Hoteles y Resorts S.A. en tanto la misma suscribió un contrato celebrado con la cableoperadora DIRECTV Colombia Ltda. quien es la única responsable de asumir los costos de transmisión de los contenidos que ponen a disposición de sus usuarios.

Al respecto es pertinente reiterar que existen varios tipos o modalidades de comunicación pública, el acto reivindicado por Egeda Colombia a los establecimientos hoteles es la exhibición o proyección pública de las obras, tal como lo establece el literal b del artículo 15 de la Decisión Andina 351 de 1993, ahora bien, en el caso de los cableoperadores, el uso correspondería al literal e del mismo artículo que dispone “e) *La retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los literales anteriores y por una entidad emisora distinta de la de origen, de la obra radiodifundida o televisada*”

<sup>10</sup> Minuto 13:57 del documento denominado “Audiencia Art. 392 del CGP, Egeda Colombia vs. C.B. Hoteles y Resorts S.A., 1-2020-120817.-20221817.-20221005\_103055-Grabación de la reunión” de la carpeta “74 Audiencia Art 392” del expediente digital.

<sup>11</sup> Minuto 16:30 del documento denominado “Audiencia Art. 392 del CGP, Egeda Colombia vs. C.B. Hoteles y Resorts S.A., 1-2020-120817.-20221817.-20221005\_103055-Grabación de la reunión” de la carpeta “74 Audiencia Art 392” del expediente digital.

<sup>12</sup> Minuto 12:16 del documento denominado “Audiencia Art. 392 del CGP, Egeda Colombia vs. C.B. Hoteles y Resorts S.A., 1-2020-120817.-20221817.-20221005\_103055-Grabación de la reunión” de la carpeta “74 Audiencia Art 392” del expediente digital.

<sup>13</sup> Se observa en el documento denominado “B-Contrato Direc TV 2016” de la carpeta “21 Contestación demanda 1-2021-54581”

<sup>14</sup> Visible a páginas 151 a 299 del documento denominado “02 Demanda” del expediente digital.

En el mundo del derecho de autor, la retransmisión es todo acto que implique la reemisión de una señal o de un programa recibido de otra fuente, efectuada por difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes, o mediante hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, tal como lo señala el artículo 3 de la Decisión Andina 351.

Sobre el precepto referido es importante mencionar que, la norma comunitaria optó por consagrar una definición jurídica de *retransmisión*, diferente del concepto tecnológico señalado en el artículo 8 de la Ley 23 de 1982; en tal sentido, en virtud del principio de prevalencia de la norma comunitaria, debe concluir este Despacho que la definición aplicable al caso particular es la contenida en la mencionada Decisión 351.

Como se puede observar, el supuesto que consagra nuestra norma comunitaria es el de una forma de difusión, y por lo tanto reivindicable por los productores en el caso de las obras audiovisuales, que está relacionada con un segundo uso de las señales o programas, los cuales, a través de un dispositivo conductor, son distribuidas por vía diferente a la de la primera transmisión, sea esta sonora o audiovisual.

Con lo anterior, es claro que el titular de una obra puede ejercer su derecho autorizando o prohibiendo múltiples formas de uso, puntualmente, el derecho de comunicación pública puede desarrollarse mediante varias modalidades, por lo que el eventual pago y autorización de una de ellas, no impide ni incluye el ejercicio del derecho sobre las demás, razón por la cual, esta excepción no está llamada a prosperar.

**- Sobre la excepción de mérito denominada “Errónea, subjetiva y parcializada interpretación de la sentencia C-282 de 1997 sobre la comunicación de obras audiovisuales dentro de las habitaciones hoteleras”**

El apoderado de la demandada indica que las habitaciones del hotel se asimilan a domicilios privados 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.

Al respecto, debe señalarse que la Corte Constitucional ha señalado que debe distinguirse 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. Así, 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 cubre, 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.

Ahora bien, pese a lo anterior la Corte Constitucional aclaró que si bien las habitaciones de hotel, en efecto, gozan del mismo amparo constitucional previsto para el 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 ese sentido, 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.

Para el caso, 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 tal forma que con los efectos acumulativos que esto provoca, se les 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.

También, cabe mencionar que, para que se configure la comunicación pública de obras, no es menester que la persona que tiene acceso a la obra, en este caso el huésped, acceda efectivamente a ella, sino que basta con que exista la posibilidad de hacerlo, independientemente de que decida realizarlo o no.

Así las cosas, los reparos del demandante sobre la interpretación de la sentencia C-282 de 1997 no tienen vocación de prosperar.

- **Sobre la excepción denominada “Improcedencia de las pretensiones por ser contrarias a la norma expresa vigente – Principio de Legalidad. Decreto 1318 de 1996”**

El demandado refiere en su contestación 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 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.”*<sup>15</sup>

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.”*<sup>16</sup>

Descendiendo al caso, el apoderado de la 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.”*<sup>17</sup>

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*

<sup>15</sup> Corte Constitucional, Sentencia C - 122 del 1 de marzo de 2011 proferida por el Magistrado Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>16</sup> Ibidem

<sup>17</sup> Considerandos del Decreto 1318 de 1996.

*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.

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.

**- Sobre la excepción denominada "Precedente judicial"**

Por otro lado, el apoderado de la demandada afirma que existe precedente judicial, tanto horizontal como vertical, aplicable al caso concreto. 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, 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."*<sup>18</sup>.

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

<sup>18</sup> Corte Constitucional. (11 de marzo de 1993). Sentencia C-104. [M.P.: Alejandro Martínez Caballero].

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 mencionada. En tal proveído la Corte explicó que, para efectos de la utilización de una obra dentro de una habitación de un establecimiento hotelero, debe distinguirse entre dos situaciones. La primera consiste en la utilización de una obra protegida por el derecho de autor que realiza el huésped dentro de la habitación, mediante medios o aparatos electrónicos que lleva consigo, es decir que, el usuario accede a la obra a través de sus propios medios o dispositivos. Así, en este caso, no habría comunicación pública de la obra.

La segunda situación se refiere a la utilización de la obra que hace el huésped debido a que tiene a su alcance los medios que han sido suministrados por el hotel en el que se hospeda, de manera que, el hotelero, con un ánimo de lucro de por medio, 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 segunda 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”<sup>19</sup>.*

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

<sup>19</sup> Corte Constitucional. (30 de junio de 2010). Sentencia C-537. [M.P.: Juan Carlos Henao Pérez].

horizontal como vertical. Frente al precedente horizontal, debe señalarse que las 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 pasado<sup>20</sup>, 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

<sup>20</sup> A manera de ejemplo se mencionan los procesos con radicados 1-2018-64849, 1-2018-64851, 1-2018-64853 y 1-2020-113666.

para fallar en este sentido es la jurisprudencia establecida por la Corte Constitucional y 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.

- **Sobre la excepción denominadas “Falta absoluta de pruebas respecto a las pretensiones demandatorias” y “cobro de lo no debido por presunta comunicación pública de obras audiovisuales dentro de las habitaciones de la instalación hotelera”**

El apoderado de la accionada señala que el simple suministro de instalaciones físicas para facilitar la realización de una comunicación no representa comunicación pública de las obras.

Al respecto el artículo 8 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) (1996) prescribe:

*“Derecho de comunicación al público: 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.”*

Asimismo, la declaración concertada respecto del referido artículo 8 señala:

*“Queda entendido 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. También queda entendido que nada de lo dispuesto en el Artículo 8 impide que una Parte Contratante aplique el Artículo 11bis.2).”*

Frente a lo anterior, el Tribunal de Justicia Europeo ha referido que si bien la mera puesta a disposición de las instalaciones materiales – en la que generalmente participan, además del establecimiento hotelero, empresas especializadas en la venta o el alquiler de televisores – no equivale en sí misma a una comunicación en el sentido de la Directiva 2001/29<sup>21</sup>, lo cierto es, que cuando un hotelero instala aparatos de televisión aptos para recibir emisiones de radiodifusión en las habitaciones, realiza actos de comunicación al público, toda vez que con intención permite que sean accesible las obras a sus clientes.

En ese sentido, debe entenderse que cuando la norma hace alusión al “simple suministro de instalaciones físicas”, esta debe entenderse como “la única actividad de venta o alquiler de aparatos de televisión realizada por empresas especializadas.”<sup>22</sup> Por lo que tales sociedades no pueden, por ese solo hecho, considerarse que realizan un acto de comunicación al público, y no como equivocadamente lo interpreta el accionado, que considera que aplica en casos en que el hotel pone a disposición las herramientas idóneas con la finalidad de que sus usuarios puedan acceder a las obras.

## 6. Del daño y perjuicio que se causó

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

<sup>21</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo – (Sala Tercera) del 7 de diciembre de 2006, en el asunto C-306/05.

<sup>22</sup> Auto del Tribunal de Justicia Europeo – (Sala Séptima) del 18 de marzo de 2010, en el asunto C-136/09.

*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. La lesión causada a un derecho subjetivo da lugar a la responsabilidad extracontractual<sup>23</sup>, y la lesión a los derechos de crédito, que nacen de los contratos, a la responsabilidad contractual<sup>24</sup>.

Es pertinente señalar que el fundamento de la responsabilidad puede ser subjetivo, caso en el cual no todo daño causado a otro hace responsable a su autor, ya que tiene un papel determinante el elemento subjetivo o interno del sujeto, es decir, se exige que el autor del daño haya obrado culposamente, de tal manera que los daños causados sin dolo o culpa no son objeto de reparación.

Teniendo claro lo anterior, podemos señalar los cuatro elementos que se deben dar para que exista responsabilidad civil subjetiva: 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<sup>25</sup>.

Si bien el Código Civil no menciona de manera expresa la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que, todo daño imputable a culpa de una persona debe ser reparado por ésta, consagrando así la responsabilidad por culpa *aquiliana* para las personas morales<sup>26</sup>.

Tomando en consideración lo mencionado anteriormente, se analizará si en el presente caso la sociedad C.B. Hoteles y Resorts S.A., está obligada o no a reparar el daño que le haya podido causar a titulares de derechos 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.

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 personas<sup>27</sup>.

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 personas<sup>28</sup>.

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.

<sup>23</sup> Artículos 2341 a 2360 del Código Civil.

<sup>24</sup> Artículos 1602 a 1617 del Código Civil

<sup>25</sup> Valencia Zea, Arturo; Ortiz Monsalve, Álvaro. Derecho Civil Tomo III. Bogotá D.C.: Temis. 2010 pág. 182.

<sup>26</sup> Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil del 28 de octubre de 1975, Magistrado Ponente: Humberto Murcia Ballen.

<sup>27</sup> Diego García, Manual de Responsabilidad Civil y del Estado, 2009, p. 13

<sup>28</sup> Arturo Valencia, Álvaro Ortiz, Derecho Civil Tomo III, 2010, p. 229

En este sentido, la sociedad C.B. Hoteles y Resorts S.A 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.

## 7. La cuantificación del daño y perjuicio

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 cuanto este aspecto, la accionante solicitó que se condene a la C.B. Hoteles y Resorts S.A, a pagar la suma de VEINTICINCO MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS (\$ 25.568.946) por lucro cesante indicando que dicha suma es lo que Egeda Colombia dejó de percibir por cuenta de no haber recibido el valor de la licencia o autorización previa y expresa para la comunicación pública de obras audiovisuales de acuerdo con su reglamento de tarifas aplicable.

Ahora, dentro del traslado respectivo se realizó la objeción al juramento estimatorio por el demandado, en la cual se especificó las inexactitudes relacionadas en la estimación, por lo cual, el Despacho en virtud de la facultad expuesta en el primer inciso del artículo 206 del CGP resolvió mediante Auto 5 del 7 de julio de 2021 considerar la objeción al juramento y, por consiguiente, se concedió al accionante el término de cinco (5) días para que aporte o solicite las pruebas que considere pertinentes.

De acuerdo con lo anterior, la estimación realizada por Egeda Colombia en el juramento estimatorio no constituye prueba del monto pretendido en la presente causa, por lo que, a efectos de cuantificar el daño, este Despacho estudiará los demás medios probatorios obrantes dentro del expediente.

En primer lugar, se observa la prueba denominada *"5.13 Reglamentos de tarifas cobradas por EGEDA COLOMBIA en establecimientos hoteleros, desde el año 2007 hasta la fecha, depositados en la Dirección Nacional de Derecho de Autor."*<sup>29</sup>, 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 podamos 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<sup>30</sup>, este Despacho acudirá al manual de tarifas aportado por la accionante.

Ahora en dichos reglamentos, 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

<sup>29</sup> Se puede ver en la página 300 a 358 del documento denominado "02 Demanda" del expediente digital.

<sup>30</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina IP 221 de 2021

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.

Al respecto, alega el apoderado de la accionada que el establecimiento Hotel Zuana Beach Resort, no ha sido objeto de una certificación o clasificación por estrellas y no existe en el tarifario una categorización adicional a la de “gran lujo o cinco estrellas”, “cuatro estrellas” y “tres o menos estrellas”. Así las cosas, observa este Despacho que hasta el año 2017<sup>31</sup> fue incluido en el reglamento de tarifas generales de Egeda Colombia, una clasificación equivalente a la certificación por estrellas, de manera que, en los años anteriores a este deberá usarse la tarifa más baja para establecimientos hoteleros o de servicios de hospedaje.

Recordemos que estas tarifas son base de concertación entre Egeda Colombia y los usuarios de su repertorio, no obstante, fruto de una negociación entre las partes puede pactarse un valor inferior. En ese sentido, es posible afirmar que la aquí accionante y la demandada en un ejercicio de negociación hubieran podido pactar como tarifa un valor menor al establecido en los reglamentos de Egeda Colombia. De manera que, este juzgador, en aras de realizar la cuantificación, tendrá en consideración las conductas de las partes tendientes a evidenciar su comportamiento en un eventual escenario de negociación con su contraparte procesal.

En este sentido, se observa en la demanda, que para la liquidación de los perjuicios de los años 2010 a 2013, se aplicó la tarifa de 1.93 dólares, las cuales, según su reglamento, son las tarifas para establecimientos hoteleros de tres o menos estrellas. Asimismo, se evidenció que incluso el extremo activo de la litis estuvo dispuesto a aplicar una tarifa menor a la establecida en su reglamento de tarifas para los establecimientos de tres o menos estrellas, para cuantificar los perjuicios causados en el año 2014, 2015, 2016 y 2017. Respecto de los años restantes calculados, el demandante aplicó una tarifa intermedia de la establecida para los establecimientos hoteleros de cuatro estrellas y de tres o menos estrellas.

Con lo anterior de presente debemos recordar que uno de los requisitos de la confesión es que esta produzca consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria. En el caso de marras se observa que el manual de tarifas expedido por la demandante consagra una tarifa más alta que la señalada en el escrito petitorio, así es diáfano que las declaraciones relativas al monto de tarifa de la demanda son desfavorables a la accionante y por lo tanto constituyen una confesión<sup>32</sup>. Así las cosas, en tanto nos encontramos frente a una confesión por apoderado<sup>33</sup>, se liquidarán los perjuicios conforme a las tarifas inferiores indicadas en el escrito petitorio.

Ahora, esta Subdirección debe advertir que también encontró dentro del acervo probatorio un documento no controvertido, aportado en la contestación de la demanda en el que se certifica por el representante legal y la directora financiera y contable de la sociedad C.B. Hoteles y Resorts S.A., la disponibilidad de las habitaciones hoteleras del Hotel Zuana Beach Resort de los años 2010 a 2020, en el que se relaciona el año, el total de noches disponibles, total de noches ocupadas y total de noches no ocupadas<sup>34</sup>.

En relación con esta prueba, es pertinente señalar que la Decisión Andina 351 en su artículo 48 refiere que las tarifas a cobrar por parte de las entidades de gestión colectiva

<sup>31</sup> Se observa desde la página 331 del documento denominado “02 Demanda” del expediente digital.

<sup>32</sup> **Artículo 191 del Código General del Proceso:** “La confesión requiere:

1. Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado.
2. Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria.
3. Que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba.
4. Que sea expresa, consciente y libre.
5. Que verse sobre hechos personales del confesante o de los que tenga o deba tener conocimiento.
6. Que se encuentre debidamente probada, si fuere extrajudicial o judicial trasladada.

La simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas.”

<sup>33</sup> **Artículo 193 del Código General del Proceso:** “La confesión por apoderado judicial valdrá cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la cual se entiende otorgada para la demanda y las excepciones, las correspondientes contestaciones, la audiencia inicial y la audiencia del proceso verbal sumario. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita.”

<sup>34</sup> Se observa en el documento denominado “C-Certificación ocupación habitaciones Hoteleras 2010-2020” de la carpeta “21 Contestación demanda 1-2021-54581” del expediente digital.

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 ingresos<sup>35</sup>.

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". Una vez se ha establecido el número de habitaciones en los que efectivamente se puede acceder a las obras, debemos tener en cuenta los ingresos que de estas obtiene el empresario hotelero, y en tal sentido, si sabemos, como ocurre en esta causa, cual es el porcentaje de ocupación de las habitaciones con acceso a las obras, debemos tener en cuenta este factor a la hora de fijar la tarifa.

En ese sentido, dado que el documento mencionado refleja que la ocupación anual del hotel no es total y que esto influye directamente en los ingresos que obtiene la accionada respecto del uso de las obras, considera este juzgador que para la fijación de la tarifa deberá tenerse en cuenta adicionalmente el porcentaje de "*noches disponibles*" y "*noches ocupadas*".

De esta forma, al valor del porcentaje de "*noches ocupadas*", que corresponde al porcentaje de ocupación del hotel, le será aplicada la tarifa estipulada por Egeda Colombia para establecimientos hoteleros de tres o menos estrellas o la más baja confesada para cada anualidad, tal como ya se estableció.

No obstante, respecto a la cifra obtenida por el porcentaje de "*noches no ocupadas*", no encuentra este juzgador que, dentro del Reglamento de Tarifas Generales de la accionante, se establezca un valor diferenciado aplicable para las habitaciones en las que, si bien se ponen a disposición obras audiovisuales, no fueron ocupadas todo el tiempo y, por ende, el accionado no obtuvo los mismos ingresos por la utilización.

En ese sentido, aunque existe una comunicación pública en su modalidad de puesta a disposición, no puede dejarse de lado a la hora de estipular una tarifa el hecho que las habitaciones no estaban ocupadas durante un tiempo y, por tanto, mal haría este juzgador en aplicar una tarifa sin tener en cuenta esta circunstancia. Así, al no existir una tarifa en el reglamento, que pueda aplicarse para la puesta a disposición de obras en el tiempo en que una habitación se encuentra desocupada, ni prueba adicional que permita determinarla, no puede cuantificarse el daño asociado al lucro cesante que la demandante sufrió respecto de esta situación en concreto.

De acuerdo con lo anterior, se procederá a realizar únicamente el cálculo de los porcentajes "*noches ocupadas*", a efectos de obtener el porcentaje de ocupación del hotel en cada año, para lo cual, se dividirá el número de "*total noches ocupadas*" entre el número de "*total noches disponibles*", cuyo resultado será un porcentaje. Respecto al porcentaje de "*noches no ocupadas*", este no se calculará, puesto que no existe una tarifa a la cual aplicar el porcentaje que se obtendría.

En este punto, es pertinente mencionar que en la demanda se pretende el lucro cesante por la infracción causada desde el año 2010, sin embargo, no obra en el expediente medio de prueba alguno que de cuenta de tal afirmación antes del año 2016, en el que fue contratado el servicio de cable operador DIRECTV, ahora, en el interrogatorio realizado al representante legal de la demandada, el mismo no se refirió a años anteriores a dicho contrato, por lo que, si bien se encuentra reconocida la existencia del hotel para el año 2010, no encuentra el Despacho elementos que permitan inferir que desde fecha anterior al 2016 hubiese televisores en las habitaciones ni señal de un cableoperador en estas.

<sup>35</sup> **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.*"

Así se tendrá: para el año 2016, un número de “noches disponibles” de 14.274 y un número de “noches vendidas” de 13.592, y se obtiene un porcentaje de ocupación del 95,22%. Para el 2017, con un número de “noches disponibles” de 14.235 y un número de “noches vendidas” de 14.022, se obtiene un porcentaje de ocupación del 98,50%. Para el 2018, con un número de “noches disponibles” de 14.235 y un número de “noches vendidas” de 13.279, se obtiene un porcentaje de ocupación del 93,28%. Para el 2019, con un número de “noches disponibles” de 14.235 y un número de “noches vendidas” de 13.888, se obtiene un porcentaje de ocupación del 97,56%. Y finalmente, para el año 2020, con un número de “noches disponibles” de 14.274 y un número de “noches vendidas” de 7.075, se obtiene un porcentaje de ocupación del 49,56%.

Las operaciones anteriormente enunciadas, se evidencian de una manera más clara en el siguiente cuadro:

Año	Noches disponibles	Noches ocupadas	% de ocupación
2016	14.274	13.592	95,22%
2017	14.235	14.022	98,50%
2018	14.235	13.279	93,28%
2019	14.235	13.888	97,56%
2020	14.274	7.075	49,56%

Con lo anterior de presente, se procederá a hacer la cuantificación del daño a partir del año 2016 y hasta la fecha del fallo, de acuerdo con lo pretendido en la demanda. De manera que, para calcular el valor a pagar por cada año, el valor de la tarifa mensual obtenida se multiplicará por el número de habitaciones del hotel, estas son 39 habitaciones tal como fue confesado al contestar el escrito petitorio, en el interrogatorio realizado al representante legal de la sociedad C.B. Hoteles y Resorts S.A.<sup>36</sup> y posteriormente fijado en el litigio; este valor, a su vez, le será aplicado el correspondiente porcentaje de ocupación del hotel de cada año, que se calculó previamente. El resultado obtenido, será un valor mensual, de manera que, para calcular el valor anual se deberá, bien sumar los valores mensuales obtenidos, en el caso de que estos sean distintos; o bien multiplicar el valor mensual obtenido por el número de meses correspondientes, en el caso de que este sea el mismo en todos los meses.

- Año 2016:

Para el año 2016, la tarifa mensual para establecimientos hoteleros de tres o menos estrellas es de CINCO MIL SEISCIENTOS VEINTITRÉS PESOS M/CTE. (\$5.623) por cada habitación disponible, sin embargo, la tarifa confesada en el escrito petitorio es de CINCO MIL DOSCIENTOS CATORCE PESOS M/CTE (\$5.214). Ahora para obtener la liquidación mensual, se multiplicará el valor de la tarifa (\$5.214) por el número de habitaciones (39), y el resultado se le aplicará el 95,22% correspondiente al porcentaje de las “noches ocupadas” para el año 2016, lo cual da como resultado la suma de CIENTO NOVENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS VEINTISEIS PESOS M/CTE. (\$193.626), que corresponde a la suma a pagar por cada mes.

De manera que, el resultado obtenido debe multiplicarse por 12 meses, lo cual arroja como resultado la suma de DOS MILLONES TRESCIENTOS VEINTITRES MIL QUINIENTOS DOCE PESOS M/CTE. (\$2.323.512), que corresponde al valor a pagar por la comunicación pública realizada en el establecimiento hotelero por el año 2016.

- Año 2017:

Para el año 2017, la tarifa mensual para establecimientos hoteleros de tres o menos estrellas es de SEIS MIL CIENTO NOVENTA Y UN PESOS M/CTE. (\$6.191) por cada habitación disponible, sin embargo, la tarifa confesada en el escrito petitorio es de

<sup>36</sup> Se puede ver en el minuto 13:57 del archivo denominado “Audiencia Art. 392 del CGP, Egeda Colombia vs. C.B. Hoteles y Resorts S.A., 1-2020-120817,-202221005\_103055-Grabación de la reunión” de la carpeta “74 Audiencia Art. 392” del expediente digital.

CINCO MIL QUINIENTOS OCHENTA PESOS M/CTE (\$5.580). Ahora para obtener la liquidación mensual, se multiplicará el valor de la tarifa (\$5.580) por el número de habitaciones (39), y el resultado se multiplica por el 98.50% correspondiente al porcentaje de las “*noches ocupadas*” para el año 2017, lo cual da como resultado la suma de DOSCIENTOS CATORCE MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS M/CTE. (\$214.355), que corresponde a la suma a pagar por cada mes.

De manera que, el resultado obtenido debe multiplicarse por 12 meses, lo cual arroja como resultado la suma de DOS MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS SESENTA PESOS M/CTE. (\$2'572.260), que corresponde al valor a pagar por la comunicación pública realizada en el establecimiento hotelero por el año 2017.

- Año 2018:

Para el año 2018, la tarifa mensual para establecimientos hoteleros de tres o menos estrellas es de SEIS MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS CON DOS CENTAVOS M/CTE. (\$6.444,2) por cada habitación disponible. Ahora para obtener la liquidación mensual, se multiplicará el valor de la tarifa (\$6.444,2) por el número de habitaciones (39), y el resultado se le aplica el 93.28% correspondiente al porcentaje de las “*noches ocupadas*” para el año 2018, lo cual da como resultado la suma de DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS M/CTE. (\$234.434), que corresponde a la suma a pagar por cada mes.

De manera que, el resultado obtenido debe multiplicarse por 12 meses, lo cual arroja como resultado la suma de DOS MILLONES OCHOSCIENTOS TRECE MIL DOSCIENTOS DIECIOCHO PESOS M/CTE. (\$2'813.218), que corresponde al valor a pagar por la comunicación pública realizada en el establecimiento hotelero por el año 2018.

- Año 2019:

Para el año 2019, la tarifa mensual para establecimientos hoteleros de tres o menos estrellas es de SEIS MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS CON UN CENTAVO M/CTE. (\$6.649,1) por cada habitación disponible. Ahora para obtener la liquidación mensual, se multiplicará el valor de la tarifa (\$6.649,1) por el número de habitaciones (39), y el resultado se multiplica por el 97.56% correspondiente al porcentaje de las “*noches ocupadas*” para el año 2019, lo cual da como resultado la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS M/CTE. (\$252.987), que corresponde a la suma a pagar por cada mes.

De manera que, el resultado obtenido debe multiplicarse por 12 meses, lo cual arroja como resultado la suma de TRES MILLONES TREINTA Y CINCO MIL OCHOSCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS M/CTE. (\$3'035.844), que corresponde al valor a pagar por la comunicación pública realizada en el establecimiento hotelero por el año 2019.

- Año 2020:

Para el año 2020, la tarifa mensual para establecimientos hoteleros de tres o menos estrellas es de SEIS MIL NOVECIENTOS UN PESOS CON SETENTA Y SIETE CENTAVOS M/CTE. (\$6.901,77) por cada habitación disponible. Ahora para obtener la liquidación mensual, se multiplicará el valor de la tarifa (\$6.901,77) por el número de habitaciones (39), y el resultado se le aplicará el 49.56% correspondiente al porcentaje de las “*noches ocupadas*” para el año 2020, lo cual da como resultado la suma de CIENTO TREINTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS PESOS M/CTE. (\$133.400), que corresponde a la suma a pagar por cada mes.

De manera que, el resultado obtenido debe multiplicarse por 10 meses, toda vez que corresponde al término solicitado anterior a la presentación de la demanda. De realizar tal operación, se obtiene como resultado la suma de UN MILLÓN TRESCIENTOS

TREINTA Y CUATRO MIL UN PESOS M/CTE. (\$1'334.001), que corresponde al valor a pagar por la comunicación pública realizada en el establecimiento hotelero por los meses de enero a octubre del año 2020.

De acuerdo con los valores calculados anteriormente, el total de los perjuicios causados por la comunicación pública realizada en el establecimiento de comercio C.B. Hoteles y Resorts S.A. desde 2016 hasta octubre de 2020 corresponden a la suma de DOCE MILLONES SETENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS M/CTE. (\$12'078.835).

Adicionalmente, la accionante solicita que se indexen los valores de la condena a la fecha en que sea realizado el pago, 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 CGP<sup>37</sup>, 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 referida de acuerdo con la serie de empalme de 2003 a 2022 emitida por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE, actualizada el 4 de febrero de 2023. Según esto, el IPC inicial es de 105,08 y el actual de 128,27, de este modo, el valor correspondiente a la suma adeudada desde el mes de noviembre del año 2010 hasta la presentación de la demanda, indexado a fecha del fallo, es CATORCE MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS UN PESOS M/CTE. (\$14.744.501).

- **De los perjuicios causados con posterioridad a la presentación de la demanda**

De otra parte, la demandante solicita también que se condene a la sociedad C.B. Hoteles y Resorts S.A. por los perjuicios causados con posterioridad a la presentación de la demanda, esto son el valor de la remuneración desde noviembre de 2020 a febrero de 2023, para ello, se dará aplicación a la tarifa para establecimientos hoteleros de tres o menos estrellas vigente para el año 2020, actualizando tal valor al respectivo año tomando como referencia el IPC, pues este es el indicador económico que hubiese utilizado Egeda Colombia para actualizar dicha tarifa, tal como se evidencia en el reglamento de tarifas del año 2020<sup>38</sup>.

Igualmente, la accionante solicita que los valores obtenidos de cuantificar los perjuicios posteriores a la demanda sean debidamente indexados, de manera que, se procederá a calcular el valor de los perjuicios causados en cada año y seguidamente se indexará cada valor de acuerdo con la fórmula ya mencionada.

- Noviembre y Diciembre del año 2020:

Para el año 2020, la tarifa mensual para establecimientos hoteleros de tres o menos estrellas es de SEIS MIL NOVECIENTOS UN PESOS CON SETENTA Y SIETE CENTAVOS M/CTE. (\$6.901,77) por cada habitación disponible, así en vista de que esta tarifa estuvo vigente por todo el año 2020, no es necesario realizar su actualización. Ahora para obtener la liquidación mensual, se multiplicará el valor de la tarifa (\$6.901,77) por el número de habitaciones (39), y el resultado se le aplicará el 49,56% correspondiente al porcentaje de las "*noches ocupadas*" para el año 2020, y multiplicará por los (2) dos meses faltantes, lo cual da como resultado la suma de DOSCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS PESOS M/CTE. (\$266.800).

<sup>37</sup> Artículo 180 del Código General del Proceso: "*Todos los indicadores económicos nacionales se consideran hechos notorios.*"

<sup>38</sup> Se observa en las páginas 352 a 358 del PDF denominado "*02 Demanda*" del expediente digital.

Ahora, tal monto debe indexarse hasta la fecha del fallo, para ello, se tomará un IPC inicial de 105,48 y un IPC final de 128,27, obteniendo como resultado la suma indexada de TRESCIENTOS VEINTICUATRO MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS M/CTE. (\$324.444), que corresponde al valor a pagar por la comunicación pública realizada en el establecimiento hotelero por los meses de noviembre y diciembre del año 2020.

- Año 2021:

Para el año 2021, la tarifa mensual para establecimientos hoteleros de tres o menos estrellas por cada habitación disponible vigente en 2020 (\$6.901,77), debe ser actualizada hasta 2021. Para ello, se tomará un IPC inicial de 105,48 y un IPC final de 111,41, lo que da como resultado la tarifa actualizada de SIETE MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y NUEVE PESOS M/CTE. (\$7.289). Ahora para obtener la liquidación mensual, únicamente se multiplicará el valor de la tarifa (\$7.289) por el número total de habitaciones (39), ya que no existen pruebas en el expediente que acrediten el porcentaje de ocupación del hotel en el año 2021. Así, la anterior operación, da como resultado la suma de DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS SETENTA Y UN PESOS M/CTE. (\$284.271), que corresponde a la suma a pagar por cada mes.

De manera que, el resultado obtenido debe multiplicarse por 12 meses, lo cual arroja como resultado la suma de TRES MILLONES CUATROCIENTOS ONCE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS M/CTE. (\$3.411.252). Ahora, tal monto debe indexarse hasta la fecha del fallo, para ello, se tomará un IPC inicial de 111,41 y un IPC final de 128,27, obteniendo como resultado la suma indexada de TRES MILLONES NOVECIENTOS VEINTISIETE MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS M/CTE. (\$3.927.486), que corresponde al valor a pagar por la comunicación pública realizada en el establecimiento hotelero en el año 2021.

- Año 2022:

Para el año 2022, la tarifa mensual para establecimientos hoteleros de tres o menos estrellas por cada habitación disponible vigente en 2020 (\$6.901,77), debe ser actualizada hasta 2022. Para ello, se tomará un IPC inicial de 105,48 y un IPC final de 126,03, lo que da como resultado la tarifa actualizada de OCHO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS M/CTE. (\$8.246). Ahora para obtener la liquidación mensual, únicamente se multiplicará el valor de la tarifa (\$8.246) por el número total de habitaciones (39), ya que no existen pruebas en el expediente que acrediten el porcentaje de ocupación del hotel en el año 2022. Así, la anterior operación, da como resultado la suma de TRESCIENTOS VEINTIUN MIL QUINIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS M/CTE. (\$321.594), que corresponde a la suma a pagar por cada mes.

De manera que, el resultado obtenido debe multiplicarse por 12 meses, lo cual arroja como resultado la suma de TRES MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL CIENTO VEINTIOCHO PESOS M/CTE. (\$3.859.128). Ahora, tal monto debe indexarse hasta la fecha del fallo, para ello, se tomará un IPC inicial de 126,03 y un IPC final de 128,27, obteniendo como resultado la suma indexada de TRES MILLONES NOVECIENTOS VEINTISIETE MIL SETECIENTOS DIECIOCHO PESOS M/CTE. (\$3.927.718), que corresponde al valor a pagar por la comunicación pública realizada en el establecimiento hotelero en el año 2022.

- Enero del año 2023:

Para el año 2023, la tarifa mensual para establecimientos hoteleros de tres o menos estrellas por cada habitación disponible vigente en 2020 (\$6.901,77), debe ser actualizada hasta enero de 2023. Para ello, se tomará un IPC inicial de 105,48 y un IPC final de 128,27, lo que da como resultado la tarifa actualizada de OCHO MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS M/CTE. (\$8.392). Ahora para obtener la liquidación mensual, únicamente se multiplicará el valor de la tarifa (\$8.392) por el

número total de habitaciones (39), ya que no existen pruebas en el expediente que acrediten el porcentaje de ocupación del hotel en lo que lleva del año 2023. Así, la anterior operación, da como resultado la suma de TRESCIENTOS VEINTISIETE MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS M/CTE. (\$327.288), que corresponde a la suma a pagar por cada mes, de manera que será este el valor a pagar por la comunicación pública realizada en el establecimiento hotelero en el año 2023. Este valor no se indexará debido a que la tarifa ya fue actualizada hasta enero de 2023.

Así, de acuerdo con los valores anteriormente obtenidos, el valor total de los perjuicios causados con posterioridad a la demanda y hasta la fecha del fallo, equivalen a la suma de OCHO MILLONES QUINIENTOS SEIS MIL NOVECIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS M/CTE. (\$8'506.936).

## 8. De la 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, esto de acuerdo con los artículos 1602 a 1617 del Código Civil.

En este caso nos encontramos frente a supuestos de responsabilidad extracontractual, precisamente porque se reclama la ausencia de autorización previa para el uso de las obras audiovisuales representadas por la demandante.

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 individuo<sup>39</sup>.

Para entrar a realizar dicho estudio debe ponerse de presente que si bien esta Subdirección en virtud de las disposiciones de su ordenamiento interno mantenía la postura de que debía aplicarse la responsabilidad subjetiva, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en interpretación prejudicial del 21 de septiembre de 2022<sup>40</sup> explicó:

*“Independientemente de si la acción por infracción del derecho de autor se conduce a través de un procedimiento administrativo o un proceso jurisdiccional, la autoridad competente debe aplicar el criterio de la responsabilidad objetiva, al momento de verificar si la conducta denunciada o demandada constituye uno o más de los supuestos de hecho previstos en el Artículo 13 de la Decisión 351.”*

Además, reafirma que no será necesario que el “*investigado*” haya actuado con dolo o culpa para acreditar la existencia de la infracción, sino que basta con verificar que la

<sup>39</sup> Arturo Valencia y Álvaro Ortiz, Derecho Civil Tomo III, 2010, p. 182.

<sup>40</sup> 191-IP-2021

conducta encaje en el supuesto de hecho de alguno o varios tipos infractores. Con esto también resalta que los únicos eximentes de responsabilidad son: *“las limitaciones al derecho de autor contenidas en el artículo 22 de la Decisión 351, el caso fortuito, la fuerza mayor o el hecho exclusivo y determinante de un tercero, los cuales tienen que ser imprevisibles e irresistibles.”*

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 por la sociedad C.B. Hoteles y Resorts S.A.

De igual manera, el hecho de comunicar obras audiovisuales al público, 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 como mencionó el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 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.

## 9. De las costas

Respecto de las costas, el numeral 1 del artículo 365 del CGP, señala que se condenará en estas 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 C.B. Hoteles y Resorts S.A., identificada con NIT 819.000.986-8, cuya liquidación se realizará a través de la secretaría, cuando quede ejecutoriada la presente providencia, según lo establecido en el artículo 366 del CGP.

En lo referente a las agencias en derecho, de acuerdo con lo señalado por el parágrafo quinto del artículo 3 y el artículo 5 del Acuerdo No. PSAA16-10554, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, y considerando 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 estas el 5% de las pretensiones concedidas, lo cual arrojó la suma de UN MILLÓN CIENTO SESENTA Y DOS MIL QUINIENTOS SETENTA Y UN PESOS M/CTE (\$1'162.571).

En mérito de lo expuesto, Lina María Alejandra Mejía Manosalva, Profesional Universitario 2044 grado 05, 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 en las zonas comunes del establecimiento hotelero denominado Hotel Zuana Beach Resort, de propiedad de la sociedad C.B. Hoteles y Resorts S.A., identificada con el NIT 819.000.986-8, 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”*.

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

**TERCERO: Declarar** que en las habitaciones del establecimiento hotelero denominado Zuana Beach Resort, de propiedad de la sociedad C.B. Hoteles y Resort S.A., ya identificada, se han comunicado públicamente obras audiovisuales de titularidad de los productores representados por Egeda Colombia, sin la correspondiente autorización previa y expresa, desde el 2016 hasta la fecha de este fallo.

**CUARTO: Declarar** que la sociedad C.B. Hoteles y Resorts S.A., ya identificada, infringió el derecho patrimonial de comunicación pública de los productores audiovisuales representados por Egeda Colombia, al comunicar al público dentro de las habitaciones de su establecimiento hotelero denominado Zuana Beach Resort, obras audiovisuales de titularidad de los productores representados por la demandante, sin la correspondiente autorización previa y expresa, desde el 2016 hasta la fecha de este fallo.

**QUINTO: Declarar** que la sociedad C.B. Hoteles y Resorts S.A. es civilmente responsable de los daños causados a los productores de obras audiovisuales representados por Egeda Colombia.

**SEXTO: Condenar** a la sociedad C.B. Hoteles y Resorts S.A., identificada con el NIT 819.000.986-8, a pagarle a Egeda Colombia, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de este fallo la suma indexada de CATORCE MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS UN PESOS M/CTE. (\$14.744.501), por concepto de lucro cesante derivado del no pago de las tarifas correspondientes al periodo comprendido entre 2016 y octubre de 2020.

**SÉPTIMO: Condenar** a la demandada a pagar a favor de la demandante dentro de los dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de este fallo la suma de OCHO MILLONES QUINIENTOS SEIS MIL NOVECIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS M/CTE. (\$8'506.936), por concepto de lucro cesante derivado del no pago de las tarifas correspondientes al periodo comprendido entre noviembre de 2020 y hasta el pronunciamiento de este fallo.

**OCTAVO:** Ordenar a la sociedad C.B. Hoteles y Resorts S.A., ya identificada, 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.

**NOVENO: Condenar** en costas a la sociedad C.B. Hoteles y Resorts S.A., identificada con el NIT 819.000.986-8.

**DÉCIMO: Fijar** agencias en derecho en favor de Egeda Colombia por el valor de UN MILLÓN CIENTO SESENTA Y DOS MIL QUINIENTOS SETENTA Y UN PESOS M/CTE (\$1'162.571).

**LINA MARÍA ALEJANDRA MEJÍA MANOSALVA**  
Profesional Universitario 2044 grado 05