

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL**

Magistrada Ponente

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Bogotá D.C., veintiuno (21) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

**ASUNTO: PROCESO VERBAL DE DERECHOS DE AUTOR
PROMOVIDO POR LA ENTIDAD DE GESTIÓN COLECTIVA DE
DERECHOS DE PRODUCTORES AUDIOVISUALES DE COLOMBIA -
EGEDA COLOMBIA- CONTRA LA SOCIEDAD NOVA MAR
DEVELOPMENT S.A. RAD. 005 2018 64849 05**

Sentencia escrita de conformidad con lo autorizado por el Decreto 806 de 2020, cuyo proyecto se discutió y aprobó en sesión de sala del 6 de octubre de 2021, según acta 41 de la misma fecha.

Decide la Sala el recurso de apelación que interpusieron las partes contra la sentencia que profirió la Dirección Nacional de Derecho de Autor a través del subdirector Técnico de Asuntos Jurisdiccionales el 4 de marzo de 2020, dentro de este asunto.

I. ANTECEDENTES

1. La Entidad de Gestión Colectiva de Derechos de Productores Audiovisuales de Colombia -EGEDA COLOMBIA- presentó demanda por infracción a derechos de autor contra la sociedad Nova Mar Development S.A., para que se declare que en el establecimiento hotelero denominado Hotel JW Marriott Bogotá, se comunicaron públicamente obras audiovisuales de titularidad de los productores que representa durante el período comprendido entre 2007 hasta la fecha de presentación de la demanda; que la demandada

no cuenta con una autorización previa y expresa para tal fin; que la misma vulneró los derechos patrimoniales de autor de comunicación pública de los productores audiovisuales que representa; y también se le declare civilmente responsable por haber incurrido en responsabilidad civil por incumplimiento de un deber legal *“causando infracción al derecho de autor con sus propias acciones u omisiones y/o con su incumplimiento al deber de adecuada selección, vigilancia y supervisión de las personas que directamente cometieron la infracción a los derechos de autor”*.

En consecuencia, se le condene a pagar los perjuicios ocasionados la suma determinada en el juramento estimatorio (\$163'250.208) y por el lucro cesante pendiente de causación durante el tiempo de trámite del proceso; los intereses comerciales moratorios a la máxima tasa permitida por la ley; abstenerse en el futuro de comunicar públicamente obras audiovisuales hasta tanto no tenga la licencia para la comunicación pública de dichas obras; y por las costas del proceso.

2. Como sustento fáctico de lo pretendido expuso que es una Sociedad de Gestión Colectiva de Derecho de Autor, con autorización de funcionamiento otorgada el 16 de noviembre de 2006, fecha desde la cual otorga a propietarios y responsables de establecimientos abiertos al público como hoteles, licencia o autorización previa para realizar comunicación pública de obras audiovisuales de su repertorio con el respectivo cobro según tarifario estructurado conforme a la ley.

2.1. Que la sociedad Nova Mar Development S.A., propietaria el Hotel JW Marriott, desde el año 2006 ha realizado a los clientes que la visitan comunicación pública de obras audiovisuales de su repertorio a través de televisores ubicados en áreas comunes y en las 264 habitaciones que tiene, sin contar con su autorización o licencia, ni efectuar pago alguno por ello.

2.2. Que tal comunicación pública sucede independiente del operador de servicio de televisión que tenga contratado y, de si es abierta o por suscripción, en razón a que en la señal o parrilla de programación de los operadores de televisión están obras

audiovisuales de su repertorio que la demandada expone irregularmente al público en el hotel.

2.3. Que al efectuar esa comunicación pública sin preocuparse por obtener la licencias o autorizaciones que la ley exige, constituye una grave negligencia en la que no incurriría ni siquiera el administrador o persona más descuidada, y con ello obtiene un “lucro indirecto” al ser la televisión parte de los servicios que ofrece a la clientela, configurándose un quebranto y daño a los derechos de autor que representa, el que debe ser reparado.

3. Admitida la demanda¹ y notificada personalmente la sociedad Nova Mar Development S.A.², se opuso a las pretensiones de la demanda por vía de las excepciones de mérito que denominó:

3.1. “*Falta de jurisdicción y competencia*”, por cuanto lo pretendido está encaminado a que se declare una responsabilidad civil de tipo extracontractual como consecuencia del incumplimiento de un deber legal, lo cual dista de las facultades de la Dirección Nacional de Derecho de Autor.

3.2. “*Una cosa es la infracción y otra la ausencia de concertación en la tarifa*”, porque ese cobro deben sujetarse a las características que el Tribunal Andino ha expuesto (Proceso-IP-2014) y según se ha previsto en el artículo 159 de la Ley 23 de 1982 deben ser concertadas por las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor con los usuarios, a lo que se suma que conforme a lo previsto en el artículo 6 del Decreto 3942 de 2010, no puede verse obligada a pagar tarifas impuestas por la demandante si se rehúsa a negociarlas.

3.3. “*Servicio de hospedaje y la comunicación pública de obras audiovisuales*”, toda vez que el servicio que presta en el Hotel JW Marriott es de alojamiento y estadía eventual, luego la liquidación contenida en el juramento estimatorio motivada por el número de habitaciones, desconoce esa esencia y característica, lo que se configura abuso del derecho al concluir que efectivamente en las

¹ En auto del 27 de agosto de 2018, visto a folios 85. C. 1

² Cfr. fls. 87 *ibidem*

habitaciones reproduce obras con una frecuencia y determinada señal, lo que deslinda de la proporcionalidad que se ha predicado incluso por el Tribunal Andino (Proceso 519-IP-2016).

3.4. “*Objeción al juramento estimatorio*”, por \$163'250.208 con fundamento en la comunicación pública desde el año 2007 a 2018, porque la estimación de lucro cesante que se pide desconoce que el Hotel entró en operación el 29 de julio de 2010, según certificado expedido por autoridad nacional y reportes informativos, luego resulta inexacta.

3.5. “*Excepción genérica*”, en caso de que se encuentren probadas la prescripción y caducidad de la acción u otra en el proceso.

4. Agotado el trámite de la instancia el Juez *a quo* le puso fin con la sentencia que hoy es objeto de impugnación, en la que accedió parcialmente a las pretensiones al encontrar la vulneración de los derechos que se invocaron; condenó a la demandada a pagar a la actora la suma de \$111'782.188 por concepto de lucro cesante correspondiente al período del 1 de agosto de 2010 a junio 30 de 2018, así como a la suma de \$34'024.320 por el lucro cesante causado desde la presentación de la demanda hasta la fecha de la sentencia; ordenó a la convocada abstenerse de utilizar o explotar las obras del repertorio de la demandante en el Hotel JW Marriot Bogotá sin la correspondiente autorización previa y expresa por parte de la sociedad colectiva; negó las excepciones propuestas por la demandada y la condenó en costas.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En síntesis, consideró el funcionario de instancia que, conforme al interrogatorio del representante legal de la sociedad demandada, la prueba documental y con apoyo en el artículo 15 de la Decisión Andina 351 de 1993, en cuanto a la definición de comunicación pública de una obra y elementos para su configuración, que existe una comunicación pública indirecta de obras audiovisuales tanto en las 264 habitaciones del hotel, como en las áreas comunes, lo que conlleva que la demandada deba, conforme a la Ley 23 de 1982 y la sentencia C-282 de 1997, asumir en su integridad las obligaciones inherentes a

los derechos de autor, aún sin que medie algún tipo de contrato, dado que esa obligación nace de la ley; que por ello no tenían vocación de éxito las excepciones que en defensa propuso la demandada, empero la obligación nació sólo a partir de 2010 como ésta lo alegó.

Frente al tipo de responsabilidad precisó que se trata de una directa y extracontractual prevista en el artículo 2341 del Código Civil, para cuyo éxito deben confluír los elementos daño, culpa y nexo causal, que estimó configurados. El primero, con fundamento en la vulneración de los derechos patrimoniales de autor de los titulares representados por la demandante por el menoscabo de recibir la remuneración derivada de la utilización de sus obras; el segundo, por razón de haber efectuado la comunicación de las obras, sin autorización de sus titulares, a más que la convocada no previó el daño, habiendo podido hacerlo; y el tercero, con soporte en que los hechos atribuidos a la convocada no son causas remotas, sino actuales que reflejan lesión como consecuencia de los actos por ella desplegados, sin la autorización expresa de los titulares de las obras.

En cuanto a los perjuicios, estimados conforme al artículo 206 del C.G.P., refirió que pese a la objeción que presentó la demandada su representante legal confesó que en las áreas comunes del hotel se realizan actos de comunicación públicos, a más que el hotel está conformado por 264 habitaciones, todas, con servicio de televisión; que, ante la falta de prueba de la categoría del hotel, corresponde tenerlo como de tres estrellas, conforme al reglamento de la demandante; y que para su tasación tendría en cuenta el valor del dólar entre el 1º de agosto de 2010 y el 30 de junio de 2018, esto es, desde la fecha de la reclamación hasta la de presentación de la demanda, y a partir de ésta hasta la fecha de la sentencia por la duración del proceso.

Agregó, que no es procedente acceder a la indexación en razón a que no se reclamó con la demanda y ello lesiona el principio de congruencia; que tampoco es viable acoger la condena por la sanción a que alude el precitado artículo, por cuanto la cuantificación es inferior al porcentaje regulado en la norma; y, menos es posible reconocer intereses moratorios, por que conforme a la jurisprudencia

ellos solo se deben a partir de la concreción o cuantificación de la condena, a lo que se suma que no están autorizados en la forma pedida en la demanda; y en punto a la prescripción, estimó que no se configura al no haber transcurrido el lapso de diez años entre la presentación de la demanda y los derechos susceptibles de reconocimiento, según la fijación del litigio, desde el año 2010.

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.

Finalmente, descartó la falta de competencia alegada por la convocada, con sustento en las facultades jurisdiccionales contempladas en el artículo 24 del Código General del Proceso y lo pretendido en la demanda.

III. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

De la parte demandante

Inconforme con la anterior decisión, la parte actora la apeló con fundamento en los siguientes reparos concretos:

i) Indebida aplicación de la ley e inadecuada apreciación de las pruebas, en razón a que es procedente condenar al pago de intereses moratorios, puesto que no se cobra el retardo del pago de una sentencia judicial, sino la actualización o indexación de los valores adeudados por cada periodo; el artículo 158 de la ley 23 de 1982 establece que la autorización y pago de estos derechos debe hacerse de manera previa al uso, no con posterioridad; y, según lo señaló el despacho, en materia de acciones contencioso administrativas existe una disposición expresa en cuanto a que los intereses moratorios se

causan solamente después de diez meses desde la ejecutoria del fallo condenatorio (numeral 4° del artículo 195 de la Ley 1437 de 2011).

De la demandada

Por su parte, la convocada apeló la decisión con fundamento en los siguientes reproches:

i) La demandante no expresó los hechos que pretendía probar con los documentos que aportó, como tampoco la utilidad, pertinencia e idoneidad de cada uno, por lo cual considera que el Juez de instancia infringió el principio de congruencia al subsanar esa deficiencia en favor de la actora, al otorgarle validez, alcance e interpretación que no pretendió.

ii) No comparte que con las pruebas allegadas con la demanda y practicadas en desarrollo del proceso se pueda inferir en forma clara que el Hotel JW Marriot de su propiedad comunicó al público obras protegidas por derecho de autor que pertenecen a su repertorio, lo que, en su sentir, no está probado, como sí lo está que el hotel está conformado por 264 habitaciones equipadas con televisor y que para dotarlos de señal contrató los servicios de UNE y DIRECTV; las conclusiones no se compadecen con el régimen procesal colombiano según el cual toda decisión judicial debe estar fundada en las pruebas regular y oportunamente aportadas al proceso; no es lógico que la conclusión parta de hacer una comparación entre los canales que le ofrecen dichas compañías; y se debe tener en cuenta que la prueba más útil y conducente hubiera sido decretar una inspección judicial en el hotel, sin embargo, pese a que la demandante practicó una prueba en sus instalaciones, sin motivo aparente no allegó sus resultados al proceso.

iii) Indebido reconocimiento y cuantificación de perjuicios, por cuanto la demandante no subsanó los errores que le endilgó en la objeción al juramento estimatorio, ni allegó las pruebas para soportar las sumas reclamadas, como un dictamen pericial; el Juez aceptó una indebida tasación respecto a las áreas de acceso al público, frente a lo reclamado respecto a publicación en habitaciones, con lo que subsanó

la indebida tasación, en razón a que tomó como base las tarifas establecidas en los reglamentos de Egeda, pese a que no aportó las de los años 2010, 2011, 2012 y 2013, a más que no tuvo en cuenta ningún criterio objetivo y proporcional que pueda afectar el valor reconocido como la cantidad de acceso a la obra, intensidad del uso, lucro percibido, entre otros, tenidos en cuenta por el Tribunal Andino de Justicia (Proceso 85-IP-2014) y a que alude el artículo 159 de la ley 23 de 1982; y no se puede hablar de indemnización de perjuicios, sin la concurrencia del daño emergente y lucro cesante, los que no tasó la demandante, empero, la sentencia, vulnerando el principio de congruencia, lo reconoció.

iv) Las habitaciones del hotel son una extensión del ámbito privado de los huéspedes y, por ende, hacen parte de la excepción al reconocimiento de derechos por comunicación pública de obras, como lo han reconocido otras autoridades judiciales; el cobro de tarifas por comunicación de obras en las habitaciones quedó decantado en la sentencia C-282 de 1997, luego no es de recibo la posición subjetiva del Juez de primera instancia al manifestar que son relevantes para el valor que se cobra por habitación, o para la categorización de un hotel.

v) La Dirección Nacional de Derecho de Autor no puede tomar decisiones alejadas de los parámetros procesales y probatorios, sin embargo, otorgó a las pruebas un alcance que no tenían y liquidó los perjuicios bajo parámetros no probados en el proceso.

IV. CONSIDERACIONES

1. No admiten reparo los denominados presupuestos procesales, sobre el entendido que quienes acudieron a la *litis* por activa y pasiva ostentan capacidad procesal, la demanda fue debidamente presentada y tramitada por el funcionario competente, lo que, aunado a la ausencia de vicio con idoneidad anulatoria, permite proferir la decisión de fondo que de esta Corporación se requiere.

Propósito para el que se tendrá en cuenta que para el caso reporta aplicación lo establecido en el artículo 328 del Código General del Proceso, en cuanto establece que “cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones”, en razón a que ambos extremos de la *litis* interpusieron recurso de apelación.

2. Con el propósito de resolver, conviene recordar que la Corte Constitucional, al declarar exequible la ley 23 de 1982, expuso que:

“...La propiedad intelectual es pues una modalidad sui generis de propiedad, ya que guarda semejanzas y diferencias con la concepción clásica del derecho de propiedad, a saber: -Coinciden la propiedad intelectual y la propiedad común en el hecho de que ambas reúnen los elementos esenciales de la propiedad: el usus, el fructus y el abusus, con las limitaciones que establecen la Constitución y la ley. -Pero se diferencian ambas nociones en lo siguiente, como bien lo anotó el Procurador General de la Nación en su concepto:”

“a. El contenido moral del derecho que tiene el autor sobre la propiedad intelectual que es inalienable, irrenunciable e imprescriptible e independiente del contenido patrimonial del mismo, contrario a lo que ocurre con el derecho de propiedad común, que sólo tiene un contenido patrimonial, alienable, renunciado y prescriptible. b. La propiedad intelectual recae sobre una cosa incorporea. La propiedad común en sentido estricto sólo recae sobre cosas corporales. c. La propiedad intelectual, por determinación de la ley, es temporal (art. 11 de la Ley 23 de 1982) mientras que la común es perpetua.”

“7. Ahora bien, de la sola lectura del artículo 61 se advierte el carácter de “propiedad” que posee la propiedad intelectual, pero de propiedad sujeta a dos matices, ambos dejados a criterio del legislador: tiene un tiempo limitado y se requieren formalidades especiales para su protección.”³

Y, en punto del derecho de autor, resaltó que:

*“...en los países de vieja tradición jurídica latina como es el caso colombiano, es un concepto complejo y bien elaborado, en el que concurren las dos dimensiones que hoy por hoy se le reconocen como esenciales: la primera, la que se traduce en **el derecho personal o moral**, que nace con la obra misma, como consecuencia del acto de creación y no por el reconocimiento de autoridad administrativa; ellos son extrapatrimoniales inalienables, irrenunciados y, en principio, de duración ilimitada, pues están destinados a proteger los intereses intelectuales del autor y respecto de ellos el Estado concreta su acción, garantizando el derecho que le asiste al titular de divulgar su obra o mantenerla en la esfera de su intimidad, de reivindicar el reconocimiento de su paternidad intelectual sobre la misma, de exigir respeto a la integridad de su obra y de retractarse o arrepentirse de su contenido. La segunda dimensión es la de los denominados **derechos patrimoniales**, sobre los cuales el titular tiene plena capacidad de disposición, lo que hace que sean transferibles y por lo tanto objeto eventual de una regulación especial que establezca las condiciones y limitaciones para el ejercicio de la misma, con miras a su explotación económica, (reproducción material de la obra, comunicación pública en forma no material, transformación de la obra). Los derechos patrimoniales de autor, en la concepción jurídica latina, son tantos como formas de utilización de la obra sean posibles, ellos no tienen más excepciones que las establecidas por la ley, pues las limitaciones han de ser específicas y taxativas”⁴.*

³ Sentencia de exequibilidad C-334 de 12 de agosto de 1993

⁴ C-276/96

Y en lo que atañe a la acción, se tiene que la legislación interna sobre derechos de autor tiene como finalidad la protección del autor y de su obra intelectual, según la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena de 1993 -aprobado por Ley 33 de 1987-, en las Leyes 23 de 1982 y 44 de 1993 y, en lo pertinente el Decreto 1474 de 2002.

La ley 23 de 1982, modificada por las leyes 1450 de 2011 y 1520 de 2012, establece en su artículo 2° que la protección a los derechos de autor se confiere respecto de sus obras, cuyas características correspondan a cualquiera de diversas ramas, aun cuando bajo la advertencia, en su artículo 9°, que el título originario para la protección que la ley otorga al autor, lo constituye la creación intelectual, aspecto que no requiere registro alguno, en la medida que el derecho de autor se protege desde el instante mismo en que se crea la obra.

El canon 4° de la Ley en cita señala como titulares de los derechos reconocidos por la ley: Al autor de su obra; al artista, intérprete o ejecutante sobre su interpretación o ejecución; al productor sobre su fonograma; al organismo de radiodifusión sobre su emisión; a los causahabientes a título singular o universal, de los titulares anteriormente citados; **y a la persona natural y jurídica que en virtud de un contrato obtenga por su cuenta y riesgo, la producción de una obra científica, literaria o artística realizada por uno o varios autores;** y en el artículo 10° consagra que se tiene como autor de una obra, salvo prueba en contrario, a la persona cuyo nombre, seudónimo, iniciales o cualquier otra marca o signos convencionales que sean notoriamente conocidos como equivalentes al mismo nombre, aparezcan impresos en dicha obra o en sus reproducciones.

A su turno, el canon 30 señala que:

“...el autor tendrá sobre su obra un derecho perpetuo, inalienable, e irrenunciable para: a) reivindicar en todo tiempo la paternidad de su obra y, en especial, para que se indique su nombre o seudónimo cuando se realice cualquiera de los actos mencionados en el artículo 12 de esta Ley; b) oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra, cuando tales actos puedan causar o acusen perjuicio a su honor o a su reputación, o la obra se demerite, y a pedir reparación por esto; c) conservar su obra inédita o anónima hasta su fallecimiento, o después de él cuando

así lo ordenase por disposición testamentaria; d) modificarla, antes o después de su publicación; y e) retirarla de la circulación o suspender cualquier forma de utilización aunque ella hubiere sido previamente autorizada”.

Del mismo modo, el artículo 11 de la Decisión 351 de 1993 de la Comunidad Andina dispone que: *“el autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de: a) conservar la obra inédita o divulgarla; b) reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento; y, c) oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor”.*

Y en el aspecto que corresponde por el resarcimiento por la infracción a esos derechos, la norma comunitaria consagra, que la autoridad jurisdiccional competente podrá ordenar, entre otras medidas, el *“pago al titular del derecho infringido de una reparación o indemnización adecuada en compensación por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la violación de su derecho”* (art. 57).

3. Además, también se debe tener en cuenta que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina interpretó el artículo 13 de la Decisión 351 y resaltó que ella reconoce al autor o a sus herederos el derecho exclusivo sobre la obra quienes tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir la comunicación pública que de ella se haga por cualquier medio. Resaltó que: *“ 1.3. 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, de conformidad con lo establecido en el Artículo 15 de la Decisión 351”*, aclaró, eso sí, que tal artículo sólo contempla un listado enunciativo de las formas de comunicación pública de una obra.

Asimismo, puso de presente que: *“Existen dos elementos que deben presentarse para que se configure un acto de comunicación pública de una obra protegida por el derecho de autor de manera indebida: (i) el primero, el que un tercero, que no cuenta con la autorización del autor o titular de una obra, la ponga a disposición de una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar o permita que estas tengan acceso a ella; y, (ii) el segundo, que no haya existido una previa distribución de ejemplares de la obra a dichas personas.*

Asimismo, el acto de comunicación será público cuando se produzca para una colectividad, exceptuándose el ámbito familiar o doméstico.”

A ello agregó que:

1.7. La participación de los autores en los beneficios económicos de la radiodifusión se justifica en el principio de equidad. Ellos tienen derecho a una justa retribución por la difusión de su obra. La remuneración que debe percibir el autor debe ser proporcional a los ingresos que se obtengan por la explotación de la obra.

1.8. En el supuesto de que una persona natural o jurídica haga uso de señales de televisión para comunicar públicamente el contenido de obras audiovisuales, se evidencia un uso de los derechos que se ha reconocido a los distintos titulares y, a su vez, si el titular de esas obras protegidas ha inscrito el repertorio de obras ante la sociedad de gestión colectiva para su protección y tutela, quien use o reproduzca la obra deberá necesariamente acudir a la entidad que custodia los derechos gestionan y pagar el precio que ellas fijen mediante las tarifas correspondientes.

1.9. Para que obre la infracción por falta de autorización de comunicación pública de una obra audiovisual que forma parte del repertorio inscrito en una sociedad de gestión colectiva deben darse las siguientes condiciones:

- 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.

1.10. Por otro lado, entre las diversas formas de comunicación pública, el Literal f) del artículo 15 de la Decisión 351 destaca que se entiende por comunicación pública la emisión o transmisión de obras radiodifundidas, protegidas por el derecho de autor, en lugares accesibles al público y a través de cualquier dispositivo:

“Artículo 15.- 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, y en especial las siguientes:

(...)

f) la emisión o transmisión, en lugar accesible al público mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra difundida por radio o televisión;

(...)

También resaltó el Tribunal de la Comunidad Andina que la normas sobre derechos de autor contenidas en la Decisión 351, se deben interpretar junto con el artículo 11 bis del convenio de Berna, que son las que constituyen la base del reconocimiento del derecho exclusivo que tienen los autores para autorizar la comunicación pública de sus obras en lugares accesibles al público.

4. De acuerdo con lo reseñado, la Sala advierte que no existe error en la sentencia en cuanto al marco normativo y jurisprudencial

que aplicó para resolver el conflicto; tampoco que exista una indebida valoración de las pruebas, puesto que se ciñó a las legal y oportunamente adosadas a la tramitación, aun cuando si bien bajo el énfasis de las pruebas documentales y confesión del representante legal de la parte demandada, quien reconoció que en las áreas comunes del hotel de su propiedad se registran actos de comunicación de las obras públicas de titularidad de los autores que representa la convocante, supuesto fáctico que sirvió para establecer los presupuestos de las responsabilidades civil extracontractual, conclusión en donde tampoco se encuentra reparo alguno.

Por lo anterior es que es que la inconformidad que mostró la parte demandante respecto del no reconocimiento de intereses sobre las sumas que se otorgaron como perjuicio concreto, no tiene vocación alguna de prosperar, puesto que sobre ese puntual aspecto el funcionario de primer grado se remitió a lo que tiene sentado la jurisprudencia.

En efecto, véase que en la sentencia SC-12063-2017 del 14 de agosto de 2017, a la que se hizo referencia en la sentencia de primer grado para negar la pretensión de condena por los intereses moratorios, la Corte Suprema de Justicia expresó que: *“En lo atinente a los intereses moratorios y en subsidio los remuneratorios pedidos sobre las sumas de dinero materia de la condena, se deberá aplicar lo dicho en el fallo de casación, en el sentido de que «solo a partir de la concreción o cuantificación de [... la condena], pueden generarse réditos, dado que es en ese momento que se establece el monto en una suma líquida y la oportunidad para hacer el pago, empero no corresponden en este caso a los de naturaleza ‘mercantil’, porque no derivan de un ‘acto o negocio’ de esa índole», y en lo relativo al momento en que se produce su causación, «opera únicamente en virtud del incumplimiento que se suscite por el no pago de la suma líquida que concrete la sentencia de condena»”* (Se resalta). Y, ello es así, en razón a que precisamente la acción se utiliza para que se declare la existencia de una obligación, acto que se concreta en la sentencia que accede a esa pretensión, de ahí que no se pueda calificar el fallo, en ese puntual aspecto, como erróneo o equivocado.

5. Ahora, frente a los reparos que planteó el extremo demandado, se tiene que los identificados como i) y iii) aluden a la violación del principio de congruencia consagrado en el artículo 281 del C.G.P., conforme al cual: *“La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley...”*.

Para el caso, auscultadas las actuaciones surtidas en el asunto bajo examen, no se advierte en qué medida haya resultado comprometido el comentado principio, menos, con bajo el argumento de que el juzgador de primer grado subsanó la deficiencia que el demandado estima deriva de la falta de determinación en la demanda, de los hechos que la actora pretendía demostrar con los documentos que adjuntó a la misma.

Al respecto, véase que en el acápite de la demanda “5. PRUEBAS” la demandante solicitó, de modo genérico, el decreto de las probanzas allí relacionadas *“para demostrar los hechos expuestos en la presente demanda”*, es decir, obró en la oportunidad procesal prevista para tal efecto, como lo establece el inciso primero del artículo 173 del Código General del Proceso.

Además, si bien el canon 168 *ibidem* consagra que el juez rechazará las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles, de tal previsión no se extracta que el solicitante del decreto de la prueba documental tenga que justificar cuáles son los hechos del proceso que con ella pretende demostrar, como si se exige, como por ejemplo, para la prueba testimonial, y la razón es obvia, puesto que de los documentos el juez puede apreciar desde la aportación su contenido, lo que no sucede con los testimonios.

Ahora, lo que si advierte el Tribunal es que los cuestionamientos sobre la pertinencia, utilidad, eficacia, y demás características que debe tener la prueba en general, son aspectos que se deben debatir a más tardar en la fase del decreto de las pruebas, si se tiene en cuenta al tenor del artículo 372 del C.G.P., numeral 8º, el juez debe ejercer

un control de legalidad sobre lo actuado con el fin de sanear los vicios que puedan acarrear nulidades u otras irregularidades del proceso, los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas subsiguientes.

También, en sentir de la convocada, se presenta la trasgresión del principio de congruencia en razón a que el funcionario de primera instancia aceptó una indebida tasación respecto a las áreas de acceso al público, lo que no es cierto, por cuanto descartó precisamente la viabilidad de las pretensiones sobre esas áreas comunes del establecimiento, aceptando para la tasación del perjuicio solamente el número de habitaciones del hotel lo que, a juicio de la Sala, no resulta erróneo si se tiene en cuenta que dicho extremo procesal no acreditó que algunas de ellas no estuvieran dotadas de televisores que impidieran difundir la obra cuya protección se reclama.

Y en lo que resta del reparo, nótese que la convocada alegó el indebido reconocimiento y cuantificación de perjuicios, tras argumentar que la demandante no subsanó los errores que le endilgó en la objeción al juramento estimatorio; no obstante, se debe reconocer que tal cuantificación está edificada sobre las tarifas que allegó la actora, las que se encuentran en el “*Reglamento de Tarifas Generales*” registrado por la demandante ante la Dirección Nacional de Derechos de Autor, DNDA; aspecto que no traduce *per se* una indebida estimación, en razón a que las condenas derivan de la confluencia de la infracción endilgada, ante la inexistencia de la autorización previa y expresa a que alude el artículo 158 de la Ley 23 de 1982, en el establecimiento de propiedad de la demandada, que por demás se encuentra enlistado en el precepto subsiguiente (art. 159 ib.).

E incluso, el *a quo* se remitió a lo consagrado en el artículo 206 del Código General del Proceso en materia de perjuicios para descartar la procedencia de la objeción al juramento estimatorio, con fundamento en la confesión del representante legal de la demandada en cuanto a los actos de comunicación desplegados en las áreas comunes del establecimiento; e igualmente, coligió la viabilidad del lucro cesante reclamado con soporte en la inexistencia de la licencia o autorización a que se refiere la norma y en el reglamento que adjuntó,

lo cual descarta que el reconocimiento y cuantificación de perjuicios sea indebido, por cuanto proviene de entidad gestora y conocedora de los derechos que agencia.

Adicionalmente, contrario a lo aludido por la demandada en cuanto a la necesidad de contar con un dictamen pericial, se tiene que las tarifas tenidas en cuenta, aportadas por la demandante, como se afirmó en el libelo introductorio, reportan el cumplimiento de ciertos criterios tales como la proporcionalidad de los ingresos que obtenga el usuario con la utilización de las obras, la categoría del usuario, la capacidad tecnológica, el aforo del lugar y la modalidad de uso, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 1066 de 2015 y en los artículos 13 y 15 de la Decisión Andina 351 de 1993 y 12 de la Ley 23 de 1982, todo lo cual descarta que sean infundadas y contrarias al principio de congruencia, como se insiste en el recurso.

6. En punto a los reparos *ii)* y *iv)*, se observa que no solo con las pruebas adosadas con la demanda es posible tener por configurada la infracción a los derechos en cuya protección se acude en esta acción, sino también con ocasión a la manifestación contenida en la demanda de acuerdo con la cual *“El efectuar esta comunicación pública sin preocuparse por obtener las licencias o autorizaciones que la ley exige constituye una grave negligencia”* (Cfr. fl. 4 C. 1), afirmación con la que se trasladó la carga de la prueba a la demandada, concretamente, en punto a acreditar que contaba con la autorización extrañada por la actora, empero, de la que no existe vestigio alguno en el expediente, pese a que la convocante mediante comunicación del 6 de febrero de 2015 la invitó a llegar a un acuerdo sobre la comunicación pública de producciones audiovisuales sin autorización (Cfr. fl. 58 *ibidem*).

Ahora, no está en duda que la demandada contrató los servicios de UNE y DIRECTV, porque así lo demostró, empero, ello no es suficiente para tener por desvirtuada la infracción, si en cuenta se tiene que, como lo puso de presente el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina *“Cuando un hotel u otro establecimiento de hospedaje coloca televisores en las habitaciones de los huéspedes, así como en ambientes como el lobby, el bar, el restaurante, el gimnasio u otros espacios de uso común, y a través de dichos televisores se difunde*

la señal o emisión de una o más empresas de radiodifusión (de señal abierta y/o señal cerrada), y dicha señal o emisión contiene obras audiovisuales (películas, telenovelas, series, etc.), ello califica como un acto de comunicación pública de dichas obras audiovisuales, en los términos previstos en el Literal f) del Artículo 15 de la Decisión 351” (Cfr. fl. 7 del archivo 178-IP-2020.pdf contentivo de la Interpretación Prejudicial allegada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina a esta tramitación).

Además, porque en ese pronunciamiento dicha Corporación indicó que *“A través de la instalación de televisores por medio de los cuales los huéspedes tienen la capacidad (potencial) de poder ver obras audiovisuales, los hoteles, como intermediarios, realizan un acto de comunicación pública de dichas obras para con sus huéspedes. En consecuencia, los hoteles deben obtener la correspondiente autorización de los titulares de las obras audiovisuales (v.g., los productores de películas, telenovelas, series, dibujos animados, etc.) posiblemente representados por una sociedad de gestión colectiva, lo que significa que esta puede exigir el pago de las remuneraciones correspondientes”* (págs. 7 y 8 ib.); y porque *“El hecho de que el hotel o establecimiento de hospedaje pague un monto determinado por el servicio de televisión por suscripción (señal cerrada) no lo exonera de pagar la remuneración correspondiente al titular de la obra audiovisual comunicada públicamente o a la sociedad de gestión colectiva que representa a dicho titular”* (págs.. 8 y 9 ib.).

De modo que, contrario a lo que estima la convocada, las pruebas adosadas con la demanda sí permiten tener por configurada la infracción alegada, luego resultaba inane el decreto y práctica de la inspección judicial en la que ahora insiste, si con otras probanzas y actuaciones procesales era posible arribar a esa conclusión, como acontece con el incumplimiento de la carga de la prueba tras la inversión provocada por la actora en el libelo introductorio, se itera, cuando manifestó que la propietaria del hotel viola los derechos de los productores audiovisuales con la comunicación pública de obras protegidas por el derecho de autor, sin que la convocada cumpliera con la carga de la prueba que tal aserto le puso a cuestas.

De otra parte, sin desconocer que las habitaciones del hotel gozan del mismo amparo constitucional previsto para el domicilio, como lo afirmó la Corte Constitucional en la sentencia C-282 de 1997, no se puede considerar que ello hace parte de la excepción al reconocimiento de derechos por comunicación pública de obras, como lo plantea la demandada, atendido que en esa providencia la Corte expresó que *“Desde el punto de vista del establecimiento, no podría éste ampararse en la norma demandada para eludir el cumplimiento de sus obligaciones, correlativas a los derechos de los autores de las obras que ejecuta públicamente, entendiéndose por ejecución pública inclusive la difusión de sonidos o videos mediante redes internas destinadas a las habitaciones”*.

Es decir, la Corporación coligió precisamente que *“La norma objeto de proceso, interpretada y aplicada bajo este segundo alcance, es, sin duda, inconstitucional. En efecto, vulnera abiertamente el derecho de los autores de obras artísticas, protegido por la Carta en el artículo 61, pues autoriza que una ejecución claramente pública y llevada a cabo con fines típicamente identificables con el ánimo de lucro, como la que tiene lugar en hoteles y establecimientos de hospedaje, se excluya de las reglas estatuidas, a nivel nacional e internacional, sobre derechos de autor, en lo relativo a su consentimiento para la ejecución y en lo pertinente al aspecto pecuniario de la misma”*, todo lo cual descarta el argumento de que por el hecho de ser una habitación de hotel una extensión del domicilio, hace parte de la excepción al reconocimiento de derechos por comunicación pública de obras, lo que no es así.

Así las cosas, no se advierte que en la decisión de primer grado el juzgador haya incurrido en una posición subjetiva desconocedora de los derechos de la convocada, como lo refiere en la alzada.

Además, no se puede perder de vista que en términos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en la interpretación prejudicial que arrió a esta actuación *“Si bien la habitación de un hotel no es un “lugar público”, es un lugar “para el público” en el sentido de que los huéspedes, como público, en cualquier momento podrían encender (o simplemente ver) el aparato de televisión y disfrutar las*

obras audiovisuales transmitidas por medio de la señal (o emisión) del organismo de radiodifusión de que se trate, que puede ser tanto de señal abierta como de señal cerrada (televisión paga o por suscripción)” (Cfr. fl. 8 ib.)

Menos, cuando “...para que la sociedad de gestión colectiva sea acreedora del pago de las remuneraciones por las obras audiovisuales comunicadas públicamente por el hotel, no es necesario que los huéspedes accedan de manera efectiva a dichas obras (es decir, encender el televisor y apreciar las obras contenidas, por ejemplo, en la parrilla de canales de una empresa de radiodifusión de señal cerrada), sino que basta que exista la posibilidad de que los huéspedes puedan hacerlo en cualquier momento, ya sea desde las habitaciones, o desde otros ambientes como el lobby, el restaurante, el bar, el gimnasio u otros espacios de uso común” (ib.).

En ese orden de ideas, se observa que tampoco encuentran acogida los reproches invocados por la demandada aquí identificados como *ii)* y *iv)*.

7. Todo lo expuesto con antelación, sirve para desechar igualmente la última de las inconformidades propuesta por la convocada, en tanto alude a que la autoridad de primera instancia se alejó de los parámetros y probatorios, al otorgarle a las pruebas un alcance que no tenían y liquidar los perjuicios bajo parámetros no probados, postura que tampoco avala esta sede, si en cuenta se tiene que acudió a las tarifas allegadas por la demandante como Sociedad de Gestión Colectiva de Derecho de Autor con autorización de funcionamiento otorgada mediante Resolución No. 208 del 16 de noviembre de 2016 de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, que representa a los productores audiovisuales nacionales e internacionales y gestiona en su nombre y representación el derecho de autorizar la comunicación pública de sus obras audiovisuales.

8. No obstante lo decantado en los ítems anteriores, en aplicación del artículo 283 del Código General del Proceso, conforme al cual “*El juez de segunda instancia deberá extender la condena en concreto hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia, aun*

cuando la parte beneficiada con ella no hubiese apelado", se torna indispensable proveer sobre la actualización de la condena impuesta en el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia que se revisa, propósito para el que se tiene en cuenta la tarifa de 6.444 certificada por la actora y que tuvo en cuenta la autoridad de primer grado, la que se multiplicará por el número de habitaciones del establecimiento hotelero de propiedad de la demanda y, a su turno, por el número de meses de duración de este proceso, así:

$$6.444 \text{ (valor de la tarifa)} \times 264 \text{ (No. de habitaciones)} \times 39 \text{ (meses)} \\ = \$66.347.424$$

Siendo este último el monto de la condena por el que deberá la convocada responder junto con las demás impuestas en la sentencia que se revisa, por razón de la improsperidad del recurso de apelación que instauró contra tal determinación.

9. Así las cosas, con apoyo en lo hasta acá disertado, se anuncia la modificación del ordinal cuarto de la sentencia en tanto que, de conformidad con lo dispuesto en el canon 283 del C.G.P., se debe extender la condena hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia; y se confirmará en lo demás, por encontrarse ajustada a las normas y jurisprudencia interna y comunitaria citadas por el sentenciador de primer grado en la determinación y en atención a la inviabilidad de los recursos de apelación instaurados, circunstancia que torna igualmente improcedente imponer condena en costas a cargo de alguna de las partes de acuerdo con lo establecido en el canon 365 del C.G.P.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal cuarto de la sentencia que profirió la Dirección Nacional de Derecho de Autor a través del Subdirector Técnico de Asuntos Jurisdiccionales el 4 de marzo de 2020, en el sentido de precisar que el monto de la condena allí descrita asciende a \$66'347.424 por el lucro cesante causado desde la presentación de la demanda hasta la fecha de esta decisión.

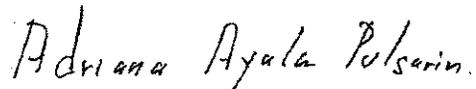
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de fecha y procedencia pre anotadas, conforme lo expuesto en precedencia.

TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia, por razón de la inviabilidad de los recursos de apelación interpuestos.

NOTIFÍQUESE,


MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada


JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO



ADRIANA AYALA PULGARÍN

Magistrada