



INFORME DE RELATORÍA No. 01.

Referencia: 1-2015-34057.

Proceso Verbal iniciado por el señor Gabriel Antonio Calle Arango contra el Centro Comercial San Diego P.H.

Fallador: Carlos Andrés Corredor Blanco

Bogotá, 19 de agosto de 2016

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

ANTECEDENTES:

El 7 de mayo de 2015 el señor Gabriel Antonio Calle Arango interpuso demanda civil para solicitar la protección de su derecho moral de integridad con fundamento en los siguientes:

HECHOS:

“1. En el año 2006 las directivas del CENTRO COMERCIAL SAN DIEGO MEDELLÍN contactan y llegan a un acuerdo con el maestro CALLE ARANGO para que bajo su capacidad creadora y artística elaborara una Obra tipo mural que representara las costumbres y valores de la región y gente Antioqueña, luego de que fueran requeridos por la Secretaría de Espacio Público por haber fijado material publicitario que iba en contra de la normatividad existente por contaminar visualmente el espacio público, situación que aprovecharon para dar un aspecto cultural y artístico a es aparte de la fachada que fungió como soporte para la elaboración de la Obra Artística en mención.

2. El día 19 de mayo de 2006 el señor JORGE MELGUIZO POSADA Secretario de Cultura Ciudadana dirige escrito a la Secretaría de Espacio Público oficializando permiso para realizar el mencionado mural como un generoso regalo a la ciudad de Medellín.



Una vez emitidas las autorizaciones correspondientes por las autoridades competentes el Maestro CALLE ARANGO inicia la realización de la Obra Artística “LÍDER”, un mural de 50 metros de largo por 5.85 de ancho en la técnica conocido como ESPUMATO TEJIDO, ÓLEO, PATINA Y ACRÍLICO y que plasmó la cultura, pujanza y tradición de la raza Antioqueña.

3. El 31 de mayo de 2006 el CENTRO COMERCIAL SAN DIEGO MEDELLÍN anuncia en boletín de prensa No. 01: “Se entregará a la ciudad, la obra pictórica del Maestro CALLE ARANGO destacado Artista Antioqueño”, Obra Artística ubicada sobre el costado occidental del Centro Comercial (Avenida de El Poblado)

4. En el año 2013 se recomendó por parte del Artista al señor JAIME ARANGO URIBE una restauración de la Obra Artística pues por el trasegar de los años había sufrido un deterioro normal por encontrarse a la intemperie y sometido a las inclemencias del clima, con el fin de mantener en buen estado una Obra Artística que era Patrimonio de la ciudad.

Dicha solicitud fue rechazada por la Junta Directiva del CENTRO COMERCIAL SAN DIEGO MEDELLÍN, afirmando que la Obra Artística continuaría en ese estado a sabiendas de que el Maestro CALLE ARANGO haría dicha restauración sin que el CENTRO COMERCIAL SAN DIEGO INCURRIERA en gastos, esto mismo para mantener la integridad de la obra.

5. En el segundo semestre el CENTRO COMERCIAL SAN DIEGO MEDELLÍN de manera inescrupulosa borró la Obra Artística “LIDER” sin que mediara autorización del Autor, el Maestro CALLE ARANGO, vulnerando de manera evidente los Derechos Morales que goza en especial el Derecho Moral (fundamental) de INTEGRIDAD DE LA OBRA.

6. El día 18 de Julio de 2013 se realizó Audiencia de conciliación en la Cámara de Comercio de Medellín sin que existiera ningún ánimo conciliatorio por parte del CENTRO COMERCIAL SAN DIEGO MEDELLÍN a sabiendas de que la conducta desplegada por parte de ellos constituía un vil detrimento a los Derechos del Maestro GABRIEL CALLE ARANGO y que además de que debían reparar civilmente al Autor de la misma estaban incurriendo en una falta

K:\2016\K-3 MEDIOS DE COMUNICACIÓN\BOLETINES DE PRENSA\RELATORÍA CASO C.C. SAN DIEGO, AGOSTO 16 DE 2016.docx

[2]



muy grave toda vez que es susceptible de iniciar en contra del centro comercial en cabeza de su Representante Legal la correspondiente acción penal.

7. El día 20 de 2015 se celebró Audiencia de Conciliación en las dependencias del Centro de conciliación “FERNANDO HINESTROZA” de la Dirección Nacional de Derecho de Autor sin que existiera algún ánimo conciliatorio por parte del CENTRO COMERCIAL SAN DIEGO como evidencia la Constancia de No Acuerdo con Código 3390”.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA:

La accionada allegó escrito de contestación a la demanda a través de su apoderado el día 16 de mayo de 2016, alegando que: *“la obra presentaba un deterioro tal, que mostraba ruina, no solo el mural mismo sino el soporte material en donde se encontraba fijado”.*

Así también, agregó que *“El soporte material del mural (el muro) en donde se encontraba plasmado el mural se encontraba derruido y amenazaba ruina por lo que fue necesario intervenirlo en forma inmediata. Por ello se intervino con mejores materiales de estructura acabados y con acabados a prueba de intemperie”.*

Respecto de la solicitud de realizar nuevamente la obra, la accionada dijo *“No era posible restaurar la obra pictórica, pues se requería, como se ha expresado arriba, intervenir el muro. En ese orden de ideas, lo que pretendía el señor al acercarse a las directivas del Centro Comercial San Diego P.H. para la restauración de la obra no era otra cosa que la solicitud de efectuar otra OBRA DIFERENTE, lo que no interesaba a mis poderdantes”.*

Finalmente, la demandada argumentó sobre el mérito de la obra, que *“el referido mural, autoría del Maestro Gabriel Calle Arango, en ningún momento constituyó un bien de interés cultural de la ciudad de Medellín y por lo tanto no se encontraba bajo la protección de la normativa de los bienes públicos de la ciudad”.*



En la audiencia de instrucción y juzgamiento realizada el 16 de agosto de 2016, en los términos del artículo 373 del Código General del Proceso, el Subdirector de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, dictó sentencia atendiendo los motivos que se exponen a continuación:

SENTENCIA

Como primera pretensión se solicita declarar *“que el Centro Comercial San Diego P.H., desconoció los derechos morales de autor de mi poderdante [señor Gabriel Antonio Calle Arango] sobre la Obra Artística de su autoría “Líder”.*

Teniendo en cuenta la naturaleza de la pretensión declarativa de la demanda es necesario para este Despacho determinar en primer lugar si el señor Calle es sujeto de derechos morales, en segundo lugar, si efectivamente existió una infracción de los mismos para posteriormente determinar si efectivamente al Centro Comercial San Diego P.H., le es imputable dicha infracción.

Iniciemos mencionando que el derecho de autor es una forma de protección jurídica a la creación intelectual de carácter literario o artístico, en forma de una naturaleza especial de propiedad, que a diferencia de la propiedad privada de carácter común no recae sobre cosas corporales, sino sobre la creación inmaterial manifestada a través de obras literarias y artísticas; que a su vez se otorga una serie de derechos en búsqueda de recompensar el esfuerzo y la creatividad de las personas que hicieron posible la existencia de una obra

En tal sentido en esta disciplina para hablar de derechos primero debe acreditarse la existencia de un objeto de protección, que no es otra cosa diferente a una obra. Por ello, a fin de analizar la prosperidad de la pretensión es necesario determinar si estamos ante un objeto protegido o no.

Recurriendo a la Decisión Andina 351 de 1993, es claro que una de las categorías de obras protegidas son las denominadas artísticas y dentro de este

K:\2016\K-3 MEDIOS DE COMUNICACIÓN\BOLETINES DE PRENSA\RELATORÍA CASO C.C. SAN DIEGO, AGOSTO 16 DE 2016.docx

[4]



género se encuentran las plásticas o de bellas artes, que son puntalmente definidas en el artículo 3 como: “Creación artística cuya finalidad apela al sentido estético de la persona que la contempla, como las pinturas, dibujos, grabados y litografías.”

Ahora, teniendo en cuenta que el muralismo es el arte de pintar en muros, resulta absolutamente claro que el señor Gabriel Antonio Calle Arango realizó una expresión artística, consistente en una obra pictórica a la cual denominó “Líder”, la cual se ubicó en la fachada occidental del Centro Comercial San Diego P.H., sobre la avenida el Poblado de la ciudad de Medellín – Antioquia, como puede constatarse de la contestación de la demanda, el interrogatorio a la parte demandada, y las pruebas documentales obrantes en los folios 18 a 20 y 142 a 146 del expediente.

En consecuencia de esa autoría surgen, en principio, dos tipos de derechos, a saber: derechos morales y derechos patrimoniales. Los derechos patrimoniales, incluida su titularidad, no son objeto de discusión en la presente causa, razón por la cual no se realizará un estudio concreto de los mismos, radicando el pronunciamiento de este proveído en la posible infracción de los derechos morales del demandante.

Sobre el derecho Moral

Uno de los aspectos diferenciales entre la propiedad inmaterial y la propiedad material es precisamente que la primera además de otorgar derechos de carácter patrimonial a su titular, también le otorga derechos morales sobre la obra, estos derechos están fuera del comercio, por lo tanto, no es posible que sean objeto de negociación y se consideran perpetuos, inalienables e irrenunciables.

Estos derechos han sido reconocidos por convenios internacionales, puntualmente el artículo 6 bis del Convenio de Berna, la normatividad comunitaria andina por intermedio de la Decisión Andina 351 en el artículo 11 y el ordenamiento jurídico colombiano en el artículo 30 de la Ley 23 de 1982, en los que puntualmente reconoce los de paternidad, integridad, ineditud, modificación y retracto.

K:\2016\K-3 MEDIOS DE COMUNICACIÓN\BOLETINES DE PRENSA\RELATORÍA CASO C.C. SAN DIEGO, AGOSTO 16 DE 2016.docx

[5]



En relación con el rango fundamental del cual gozan, es pertinente traer a colación la Sentencia C-155 de 1998, en la cual la Corte Constitucional indicó lo siguiente:

“...los derechos morales de autor se consideran derechos de rango fundamental, en cuanto la facultad creadora del hombre, la posibilidad de expresar las ideas o sentimientos de forma particular, su capacidad de invención, su ingenio y en general todas las formas de manifestación del espíritu, son prerrogativas inherentes a la condición racional propia de la naturaleza humana, y a la dimensión libre que de ella se deriva”¹.

De conformidad con lo anterior, podemos concluir que los derechos morales sobre las obras corresponden en exclusiva a los autores, y en el caso del mural denominado “Líder” su ejercicio es una potestad de su creador, esto es, el señor Gabriel Antonio Calle Arango.

La acreditación de la infracción

En atención a que en los hechos de la demanda se alega que la vulneración de derechos se da respecto del de integridad de la obra, procede el despacho a pronunciarse sobre el mismo.

El derecho moral de integridad, de acuerdo con lo establecido en el literal c) del artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, consiste en la facultad del autor para oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor.

Del precepto normativo enunciado, se colige que para que exista efectivamente una vulneración al derecho moral de integridad además de la deformación, mutilación o modificación, se requiere que la misma sea de una magnitud tal, que implique un atentado contra el decoro de la obra o la reputación del autor, razón por la cual se procederá a estudiarse lo probado

¹ Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.



en la presente causa con la finalidad de concluir si efectivamente existió una afectación de este derecho.

Ahora, siguiendo el diccionario de la Real Academia Española deformar es hacer que algo pierda su forma regular o natural; Mutilar es cortar o quitar una parte o porción de algo que de suyo debiera tenerlo; Modificar es transformar o cambiar algo mudando alguna de sus características. Tratándose de obras, deformar ha sido definido por el glosario de derecho de autor y de derechos conexos de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual como “distorsionar el verdadero significado o forma de expresión de una obra”. Así mismo, entiende la mutilación como cualquier cambio introducido por la supresión o destrucción de una parte de ella.

En el caso concreto se encuentra acreditado de conformidad con el interrogatorio realizado a la parte demandada, el testimonio de Jaime Arango Uribe, y la prueba documental obrante en el folio 18, que el mural denominado “Líder”, de autoría del señor Gabriel Antonio Calle Arango, fue borrado de la fachada occidental del Centro Comercial San Diego P.H. es decir se perdió la forma natural en que la obra debía ser percibida, lo que claramente acredita la deformación de esta.

Acreditada la deformación, es necesario conocer si la misma atenta contra el decoro de la obra o la reputación del autor. En relación con la reputación es preciso mencionar que este concepto tiene que ver, con la opinión, consideración, prestigio o estima en que puede ser tenido el autor de la creación artística; mientras el decoro tiene que ver con la pureza, la honestidad, el recato, la honra, y la estimación de la obra.

Frente a la afectación a la reputación del autor por los hechos que fundan la presente causa, debe manifestarse que no existe prueba en el expediente de la presencia de alguna. Tampoco encuentra este despacho que la misma deba presumirse, ya que las reglas de experiencia tampoco indican que ante esta situación se perjudique *per se* la honra del creador.

Frente a la existencia de una afectación al decoro de la obra, considera esta entidad que borrar la expresión pictórica del muro que la incorporaba, sí



constituye un atentado contra el decoro de esta, pues se ha eliminado la pureza, el recato y la estimación de la manifestación artística que realizó el autor, de una forma tal que será imposible volver a percibir la misma pese a que esta pueda ser representada a través de otros soportes como fotografías.

Frente al nexo causal entre la infracción y la actuación del centro comercial, debe señalarse que acorde con el interrogatorio realizado a la parte demandada, los testimonios de Mauricio Tamayo Moreno y Jaime Arango Uribe, y la prueba documental obrante en el folio 18, no existen dudas que el mural fue borrado por el Centro Comercial San Diego P.H., por lo tanto, acorde con lo expuesto, encontramos que se han acreditado todos los elementos que permiten declarar que hay una infracción contra el derecho moral de integridad del señor Calle en relación con la obra artística denominada “Líder” por parte del demandado.

La responsabilidad por la infracción

Como consecuencia de la declaratoria de infracción por parte del demandado, el demandante solicita se indemnicen los daños extra patrimoniales mediante una suma de dinero, permitiendo nuevamente la elaboración de la obra pictórica en el muro del centro Comercial y realizando una comunicación en que se rectifique y comunique la existencia de una infracción al derecho moral de integridad.

Ahora, 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 extracontractual, el cual señala que: *“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización”*.

Es decir, para indemnizar una violación al derecho de autor, según los criterios de responsabilidad civil en Colombia, no basta con el ejercicio realizado en los

K:\2016\K-3 MEDIOS DE COMUNICACIÓN\BOLETINES DE PRENSA\RELATORÍA CASO C.C. SAN DIEGO, AGOSTO 16 DE 2016.docx

[8]



párrafos precedentes respecto de la acreditación de la infracción, es necesario también que exista un daño y evaluar la conducta, para determinar si puede hacerse sobre la misma un reproche que fundamente la carga de remediar el perjuicio causado.

El Daño en el derecho de autor.

En Derecho Civil, la palabra "daño" significa el detrimento, o perjuicio que una persona sufre y que afecta a sus bienes, derechos o intereses. Claramente esta concepción va más allá del mero menoscabo económico, pues incluye también *"la lesión de un interés legítimamente protegido"*, tal como lo exponen Henry y Leon Mazeaud en el Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual.

Para el caso del derecho de autor los intereses legales resguardados son las obras, y la protección jurídica de estas se ve reflejada a través de derechos patrimoniales y morales. Por lo tanto, la infracción de alguna de estas prerrogativas materializa el daño, precisamente porque le impide al titular el ejercicio del mismo. Ahora, debido que cada batería de derechos tiene finalidades distintas dependiendo de la tipología de estos, se puede derivar el perjuicio patrimonial o extra patrimonial.

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

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

K:\2016\K-3 MEDIOS DE COMUNICACIÓN\BOLETINES DE PRENSA\RELATORÍA CASO C.C. SAN DIEGO, AGOSTO 16 DE 2016.docx

[9]



Debe señalarse que en el caso bajo análisis el daño se concreta en la lesión de un interés legítimamente protegido como lo es el derecho moral de integridad del señor Gabriel Antonio Calle Arango, quien ante la destrucción de la obra, se ha quedado sin objeto respecto del cual ejercer la prerrogativa moral que le concede la normativa autoral. Mientras que frente a posibles perjuicios materiales derivados de la infracción al derecho moral, no existe alegación en la pretensión ni prueba en la demanda, razón por la cual no se realizará pronunciamiento al respecto.

Calificación de la conducta del demandado

En este punto, es importante precisar que una cosa es el soporte material de la obra, para el caso que nos ocupa el muro de propiedad del Centro Comercial San Diego, y otra muy diferente, es la obra en sí misma considerada.

El muro de la fachada del centro comercial, claramente es un bien inmueble que el autor utiliza para exteriorizar su creación y respecto del cual se predica el derecho real de dominio también conocido como *corpus mechanicum*, mientras que la obra constituye un bien inmaterial o intangible, conocido como *corpus mysticum*, que a su vez involucra una concepción artística del autor, y se erige como el objeto de protección del derecho de autor.

Ahora, independientemente del modo a través del cual el Centro Comercial adquiera la propiedad sobre el soporte físico de la obra, es necesario precisar que la posesión del mismo no necesariamente significa que el centro Comercial se acredite como titular de todos los derechos sobre la obra o pueda disponer de esta libremente, tal como lo estipula el artículo 6 de la Decisión Andina 351.

En efecto, el derecho de propiedad sobre el objeto físico, que en este caso es el muro que incorporaba la obra artística denominada como “Líder” aunque se trate de un ejemplar único, no supone la titularidad del derecho de autor sobre la obra artística, siendo claro que trata de derechos distintos e independientes; tal cual sucede cuando se posee la propiedad sobre el libro o el CD que soporta o contiene una obra literaria o artística, en donde se tiene el derecho al disfrute

K:\2016\K-3 MEDIOS DE COMUNICACIÓN\BOLETINES DE PRENSA\RELATORÍA CASO C.C. SAN DIEGO, AGOSTO 16 DE 2016.docx

[10]



de las obras allí contenidas, pero se carece del derecho de disposición sobre las mismas.

Frente a esta aparente tensión entre dos derechos, el de dominio sobre el soporte, y el derecho de autor que tiene el creador frente a su obra, debe mencionarse que este se resuelve a través del respeto mutuo de la situación jurídica de cada uno, así, el titular del derecho de dominio debe procurar con el ejercicio del mismo no afectar los derechos del autor, y por su parte, el autor no puede utilizar el soporte sin la correspondiente autorización de su dueño, pues no podría éste de manera indirecta apropiarse del bien material limitando el derecho de propiedad del titular del soporte, realizando una obra e incorporándola en él sin la correspondiente autorización.

Ahora, en la presente causa se encuentra acreditado, que para la realización de dicho mural el señor Calle Arango contó con la autorización respectiva de los propietarios del soporte material, es decir, el Centro Comercial San Diego P.H., otorgó el permiso correspondiente para que se plasmara la obra sobre su fachada occidental, como se puede acreditar de la cuenta de cobro, más los comprobantes de transferencias bancarias obrantes en los folios 143 a 146 del expediente.

Respecto a este tópico impera recordar que la propiedad sobre el soporte material no permite desconocer los derechos morales del autor de la obra. Por tal motivo, subyace la obligación de estos de reivindicar en todo caso la autoría de la creación al momento de cualquier forma de uso, y no es posible adelantar actos que impliquen deformación, mutilación u otra modificación que atente contra el mérito o decoro de la obra o la reputación del autor.

Con esta óptica, es menester poner de presente que con ocasión de la intervención de un soporte material, existe el peligro de introducir modificaciones que impliquen un atentado en contra de la integridad de la obra, como efectivamente sucedió en este caso. Por lo tanto, corresponde al titular del soporte ser diligente y cuidadoso al momento de llevar a cabo cualquier proceso de intervención de su propiedad material, para no verse incurso en responsabilidades que puedan derivarse de estas actuaciones.

K:\2016\K-3 MEDIOS DE COMUNICACIÓN\BOLETINES DE PRENSA\RELATORÍA CASO C.C. SAN DIEGO, AGOSTO 16 DE 2016.docx

[11]



En el presente caso, el demandado argumenta que la obra fue borrada en razón a la necesidad de intervenir el muro en el que se encontraba incorporada. Esto busca probarlo con las menciones realizadas en la declaración de parte, y mediante el testimonio de Mauricio Tamayo Moreno, quien a su vez aportó en como prueba documental el concepto sin fecha del señor Carlos Rodríguez, el cual en consonancia con el testigo afirmó la necesidad de cambiar la superficie del muro, de “cristanac y revoque” a otro material que en palabras del escrito “continúe con el tratamiento estético definido”.

Frente a este argumento, obviando el claro interés que afecta la credibilidad del testigo, habida cuenta de su directa relación de negocios con el centro comercial, debe manifestarse que no reposa en el expediente ninguna prueba de carácter técnico, que permita acreditar que efectivamente existía un desprendimiento de la fachada, tampoco que estas tuvieran la potencialidad de causar daño a los transeúntes como en postrimerías manifestó el apoderado de la demandada en los alegatos de conclusión, ni mucho menos prueba de la necesidad de borrar el mural en todo o en parte, en base a un criterio diferente a la mera concepción de estética que había definido la demandada en su proceso de renovación.

Por el contrario, lo que se evidencia en la presente causa, es que el Centro Comercial no adelantó ninguna labor dirigida a la conservación de la obra, ni consideró como una opción la preservación de la misma, como puede inferirse de la negativa al señor Calle para que este efectuara la restauración de algunos deterioros de la misma.

Esto también puede deducirse de la carta enviada a la Secretaría de Cultura Ciudadana de Medellín, en la cual se buscaba conocer si la obra era considerada patrimonio de la ciudad, para en caso negativo proceder con su eliminación, como efectivamente sucedió, pasando por alto que las prerrogativas otorgadas por el derecho de autor no están sujetas a ningún tipo de reconocimiento o mérito, sino a la condición de obra, como lo estipula el artículo 1 de la Decisión Andina 351.



Frente a este aspecto no sobra manifestar que si bien la respuesta a la petición del centro comercial, el ente territorial informó que la obra no era de interés cultural para la ciudad, si advirtió que las decisiones que se tomaran debían realizarse *“atendiendo y respetando la normativa y bien común de la propiedad, además de la normativa y reglamentación vigentes a nivel nacional y municipal”*. Lo cual claramente no sucedió desde la perspectiva del derecho de autor.

La indemnización del perjuicio moral

Una vez acreditados los elementos de la responsabilidad civil extracontractual es claro para el juzgador que el Centro Comercial San Diego P.H. debe resarcir al señor Gabriel Antonio Calle Arango.

Teniendo en cuenta, que el demandante solicita se indemnicen los daños extra patrimoniales mediante una suma de dinero, permitiendo nuevamente la elaboración de la obra pictórica en el muro del centro Comercial y realizando una comunicación en la que se rectifique y comunique la existencia de una infracción al derecho moral de integridad, procederá este despacho a estudiar la viabilidad de estas.

Inicialmente, es necesario mencionar que dentro del ordenamiento jurídico civil colombiano, no existen parámetros normativos que permitan determinar objetivamente el monto de la indemnización para restaurar el daño extra patrimonial. Sin embargo, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado reiteradamente la postura, que es el juez el encargado de tasar el valor de estos perjuicios, tal como se menciona en la sentencia del 18 de septiembre de 2009 con Magistrado Ponente William Namén Vargas:

“(…) la determinación del monto del daño moral como un valor correspondiente a su entidad o magnitud, es cuestión deferida al prudente arbitrio del juzgador según las circunstancias propias del caso concreto y los elementos de convicción.”

Como se observa, es deber del juzgador determinar el mencionado monto de acuerdo a su arbitrio. Sin embargo, no puede interpretarse como un mero

K:12016/K-3 MEDIOS DE COMUNICACIÓN/BOLETINES DE PRENSA/RELATORÍA CASO C.C. SAN DIEGO, AGOSTO 16 DE 2016.docx

[13]



capricho, sino como una facultad reglada, fundada en unos criterios razonables, tal como lo expresó la corte en la misma sentencia antes referida:

“Superadas algunas corrientes adversas y, admitida por esta Corte la reparación del daño moral sin más restricciones para fijar su cuantía que las impuestas por la equidad, conforme al marco concreto de circunstancias fácticas, a partir de la sentencia de 27 de septiembre de 1974, es su criterio inalterado, la inaplicabilidad de las normas penales para su tasación, remitiéndose al arbitrium iudicis, naturalmente, ponderado, razonado y coherente según la singularidad, especificación, individuación y magnitud del impacto, por supuesto que las características del daño, su gravedad, incidencia en la persona, el grado de intensidad del golpe y dolor, la sensibilidad y capacidad de sufrir de cada sujeto, son variables a la valoración del juez.”

De esta manera, es posible decir que la cuantificación del daño debe hacerse de forma equilibrada, fundada en motivos probados, teniendo en cuenta tanto la extensión del golpe emocional producido por el hecho dañino, como las circunstancias particulares que lo rodearon, las cuales son las que distinguen cada caso de otros similares, así como también debe tenerse en cuenta la afectación de la persona, el grado de fuerza del dolor infligido y la facultad de cada sujeto de soportar dicho dolor.

Respecto de la solicitud de publicación

Teniendo en cuenta que el principio de reparación integral busca efectivamente la satisfacción del afectado frente al daño, considera este despacho que una publicación en la que el Centro Comercial San Diego P.H., manifieste que la obra denominada “Líder” de autoría del señor Gabriel Antonio Calle Arango se encontraba protegida por el derecho de autor, y que por tal motivo debieron respetar su derecho moral de integridad, es proporcionado y conducente para reducir la afectación, como una especie de acto de contrición ante la situación que derivó en la infracción del derecho moral de integridad.

Ahora, frente a la pretensión sexta propuesta por el demandante, debemos manifestar que no está acreditado en el proceso que el Centro Comercial San

K:\2016\K-3 MEDIOS DE COMUNICACIÓN\BOLETINES DE PRENSA\RELATORÍA CASO C.C. SAN DIEGO, AGOSTO 16 DE 2016.docx

[14]



Diego, hubiere afirmado a través de medios de comunicación que al estar el mural ubicado en su fachada, este podía hacer lo que consideraran, ni tampoco se encuentra prueba sobre los medios de comunicación, al parecer, utilizados para dicho fin.

En consecuencia, si bien, en ejercicio del *arbitrium judicis* y teniendo en cuenta la capacidad resarcitoria de lo pretendido, el Despacho accederá a condenar al Centro Comercial San Diego P.H., a realizar una publicación, la misma no se hará a título de rectificación, sino como forma de resarcir el perjuicio.

La reconstrucción del mural

Por el extremo demandante se ha solicitado como una de las pretensiones resarcitorias condenar al Centro Comercial San Diego P.H., a realizar nuevamente la obra artística denominada “Líder”.

Al respecto, obviando el claro error de la pretensión, la cual no está dirigida a que al señor Calle se le permita volver a realizar la obra artística en el muro de la demandada, sino que sea la última la que lo elabore, pese a que la misma pareciera una forma lógica de reparar el perjuicio moral, esta se hace imposible dado el carácter único de las obras. Veamos:

Como se ha reiterado en este fallo, el objeto de protección del derecho de autor son las obras, entendidas, tal como lo manifiesta la Decisión Andina 351 de 1993 en su artículo 3 como “*Toda creación intelectual original, de naturaleza artística, científica o literaria susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma*”. Nótese como el elemento central del concepto es la originalidad, noción que no es otra cosa diferente a reconocer que toda creación lleva el sello personal que el autor le imprime y que a su vez la hace única.

Es decir, teniendo en cuenta el carácter singular de las obras artísticas, situación que a su vez es reconocida por el extremo demandante, quien en su interrogatorio señaló que “*los artistas crean algo único que no vuelve a surgir jamás*”. Es claro para este Despacho que no es procedente condenar al Centro



Comercial San Diego, a realizar algo de imposible cumplimiento, como sería la recreación de la obra cuya infracción al derecho moral se reclama.

Del Dinero como forma alternativa de resarcir el daño moral

Siendo claro que no hay posibilidad de recuperar la obra en la forma que su autor la plasmó, y que la publicación ordenada no tiene la entidad suficiente para resarcir el daño moral que sufrió el señor Calle por la infracción del derecho de integridad, se hace necesario acudir al dinero como forma alternativa de compensación. Ahora, para que esta tasación no sea caprichosa se realizará el análisis de la situación teniendo en cuenta los parámetros jurisprudenciales señalados anteriormente.

En relación con la gravedad del daño debemos mencionar que la actuación de la demandada, de borrar la obra pictórica, dentro del derecho de integridad, es la conducta que mayor perjuicio produce. Respecto del golpe emocional, y la facultad de cada persona de soportar el dolor, se pueden evidenciar que el señor Gabriel Calle Arango, intentó llegar a un acuerdo con el Centro Comercial San Diego P.H., para que se le permitiera intervenir su obra, ofreciendo realizar las restauraciones sin costo alguno, lo que demuestra su vínculo emocional con la creación. Mientras que frente a las circunstancias particulares de modo, tiempo y lugar, es importante resaltar que al encontrarse la obra, en la Avenida El Poblado de la ciudad de Medellín, esta tenía un elevado nivel de exposición pública, que sin duda incidía positivamente en la reputación de la obra y del autor.

Así las cosas, como consecuencia de las pretensiones, segunda, tercera y cuarta de la demanda, se condenará al Centro Comercial San Diego P.H., a pagarle al demandante, dentro de los noventa (90) días calendario siguientes a la ejecutoria de este fallo, la suma cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por concepto de perjuicio extra patrimonial, el cual, al vencimiento de dicho plazo, devengará un interés legal civil moratorio del 6% anual, hasta el momento en que se satisfaga la obligación.

K:\2016\K-3 MEDIOS DE COMUNICACIÓN\BOLETINES DE PRENSA\RELATORÍA CASO C.C. SAN DIEGO, AGOSTO 16 DE 2016.docx

[16]



Costas y agencias en derecho.

En cuanto a la fijación de agencias en derecho el numeral 4 del artículo 366 del CGP dispone que *“deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura”*. Por lo tanto, no es posible para este ente jurisdiccional ordenar pago de agencias en derecho *“de acuerdo con los parámetros establecidos por el Colegio Nacional de Abogados de Colombia”*, como lo solicita el demandante.

Ahora, teniendo en cuenta que el artículo 361 del CGP estipula que *“las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho”* y que el numeral 5 del artículo 365 del CGP menciona que *“en caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas”*, el despacho se abstiene de condenar en este aspecto, por cuanto la pretensión quinta formulada en la demanda fue denegada en su totalidad y todas las demás pretensiones fueron acogidas de manera parcial.

Adicionalmente de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación. Así las cosas, habida cuenta que en el expediente no obran facturas de los gastos en que pudo haber incurrido la parte demandante, no se condenará a la demandada a sufragar los gastos del proceso.

Parte Resolutiva:

En mérito de lo expuesto, el Subdirector de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, Carlos Andrés Corredor Blanco, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

K:\2016\K-3 MEDIOS DE COMUNICACIÓN\BOLETINES DE PRENSA\RELATORÍA CASO C.C. SAN DIEGO, AGOSTO 16 DE 2016.docx

[17]



Primero: Declarar que el Centro Comercial San Diego P.H., desconoció el derecho moral de integridad del señor Gabriel Antonio Calle Arango, sobre la obra artística de su autoría denominada “Líder”.

Segundo: Condenar al Centro Comercial San Diego P.H., a pagar al señor Gabriel Antonio Calle Arango, dentro de los noventa (90) días calendario siguientes a la ejecutoria de este fallo, la suma de CIEN (100) SMLMV, los cuales son equivalentes a la fecha de expedición de la sentencia a (\$68'.945.400) SESENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS PESOS, por concepto de perjuicio extra patrimonial, monto que al vencimiento de dicho plazo, devengará un interés legal civil moratorio del 6% anual, hasta el momento en que se satisfaga la obligación.

Tercero: Condenar al Centro Comercial San Diego P.H., a realizar una publicación en un periódico de amplia circulación de la ciudad de Medellín, dentro de los noventa (90) días calendario siguientes a la ejecutoria de este fallo, en la cual manifieste que la obra denominada “Líder” de autoría del señor Gabriel Antonio Calle Arango se encontraba protegida por el derecho de autor, por lo cual debieron respetar su derecho moral de integridad.

Cuarto: Denegar la pretensión quinta formulada en la demanda, por las razones expuestas en las consideraciones de esta providencia.

Quinto: Sin condena en costas en la presente causa.

APELACIÓN. La anterior sentencia fue apelada por el apoderado del Centro Comercial San Diego P.H. De conformidad con el numeral 2 del artículo 31 del CGP la apelación debe tramitarse ante la Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá.