



Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales, Bogotá D.C.
Sentencia del 5 de septiembre de 2023

Rad: 1-2021-120877
Ref.: Proceso Verbal
Demandante: Actores Sociedad Colombiana de Gestión
Demandado: Inversiones Spiwak S.A.S.

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

ANTECEDENTES

1. El 17 de diciembre de 2021, Actores Sociedad Colombiana de Gestión – ACTORES S.C.G., identificada con NIT 830.036.522-1, por intermedio de apoderado presentó demanda contra la sociedad INVERSIONES SPIWAK S.A.S., identificada con el NIT 860.014.195-9. En esta señaló que existe una infracción al derecho patrimonial de remuneración de las obras representadas por la demandante por parte de INVERSIONES SPIWAK S.A.S., quien comunica al público obras audiovisuales en las que se encuentran fijadas interpretaciones artísticas, esto en las habitaciones y zonas comunales del establecimiento hotelero del que es propietaria, HOTEL DANN, sin pagar lo correspondiente al derecho de remuneración.
2. Mediante el Auto 2 del 18 de febrero de 2022, notificado el 21 de febrero siguiente, este Despacho decidió admitir la demanda referida.
3. El 24 de marzo de 2022 la sociedad INVERSIONES SPIWAK S.A.S. contestó la demanda y presentó excepciones de fondo. Argumentó que no tiene la obligación de pagar la remuneración pues su objeto social es el de hospedaje y no el de utilizar obras audiovisuales para entretener con ella al público consumidor con ánimo de lucro, y por ello, no le es aplicable el artículo 1 de la Ley 1403 de 2010.

Adicionalmente, afirma que de acuerdo con la sentencia C-282 de 1997, los establecimientos hoteleros deben tenerse como domicilio privado para para efectos de los derechos de autor.

4. Mediante Auto 8 del 10 de julio de 2023, se resolvió tener por no presentada la objeción al juramento estimatorio, y como consecuencia, tener como prueba del monto de la indemnización solicitada el valor estimado por la parte demandante.
5. Una vez finalizada la etapa escrita, los días 29 de junio, 22 y 28 de agosto de 2023 se realizó de manera virtual la audiencia inicial y de instrucción y juzgamiento; en la última 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

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 **(i)** que la demandante es una sociedad de gestión colectiva de derechos conexos con

personería jurídica y autorización de funcionamiento que representa a por artistas intérpretes o ejecutantes de obras y grabaciones audiovisuales, **(ii)** que de acuerdo con la Ley 1403 de 2010 los artistas intérpretes o ejecutantes de obras audiovisuales representados por ACTORES S.C.G. tienen, en todo caso, el derecho a percibir una remuneración equitativa por la comunicación pública de las obras en las cuales se encuentran fijadas sus interpretaciones o ejecuciones, incluyendo la realizada en establecimientos hoteleros a través de los televisores ubicados en zonas comunes y habitaciones, **(iii)** que ACTORES S.C.G. cuenta con unas tarifadas, las cuales son base de negociación, **(iv)** que todos los acuerdos que ACTORES S.C.G. ha celerado con sociedades extranjeras están inscritos en el Registro Nacional de Derecho de Autor, **(v)** que INVERSIONES SPIWAK S.A.S. es propietaria del establecimiento de comercio denominado "HOTEL DANN", ubicado en la calle 19 # 5 - 72 de Bogotá, con categoría es de tres estrellas y cuya información se encuentra en la página web <https://hotelesdann.com/avenida19>, **(vi)** que el establecimiento cuando con servicio de televisión por suscripción en sus habitaciones, **(vii)** que los canales de televisión como RCN, CARACOL, TNT y FOX forman parte de la parrilla del operador DIRECTV y ellos se comunican al público obras en las que se encuentran fijadas interpretaciones de Jorge Enrique Abello, Carolina Acevedo, Marcela Carvajal, entre otros, **(viii)** que INVERSIONES SPIWAK S.A.S. no ha suscrito acuerdo con la demandante sobre la remuneración por comunicación pública de interpretaciones o ejecuciones audiovisuales en las habitaciones y zonas comunes del HOTEL DANN, y **(ix)** que ACTORES S.C.G. ha intentado concertar la tarifa, para lo que ha remitido diferentes comunicaciones a la accionada.

De otra parte, se encontró que la accionada respondió mal a los hechos 17 y 18 del escrito petitorio, lo que tiene como consecuencia presumir cierto que **(i)** el establecimiento de comercio HOTEL DANN cuenta con 133 habitaciones todas con el servicio de televisión de DIRECTV y 4 salones en zonas comunes también con aparatos receptores de televisión, y **(ii)** que se han comunicado públicamente obras audiovisuales donde se encuentran fijadas interpretaciones o ejecuciones representadas y gestionadas por ACTORES S.C.G., a través de los televisores ubicados en las habitaciones y zonas comunes del establecimiento de comercio HOTEL DANN, desde el 6 de marzo de 2012 hasta la fecha de presentación de la demanda.

Finalmente, se señaló que, como consecuencia de la inasistencia al interrogatorio de parte del representante legal de la sociedad INVERSIONES SPIWAK S.A.S., se tendría por cierto que **(i)** desde el 6 de marzo de 2012 la demandada comunica al público obras en las que se encuentran fijadas interpretaciones o ejecuciones representadas por ACTORES S.C.G., y que **(ii)** la demandada no ha pagado remuneración alguna por el uso de estas.

1. Objeto y sujeto de protección

Iniciemos mencionando que, si bien los derechos conexos evocan cierta analogía con el derecho de autor, no se les puede considerar como símiles entre sí, ya que en las palabras de Desbois, el objeto de la protección en este caso son actividades que concurren a la difusión, mas no a la creación de obras literarias y artísticas.¹

Dentro de los intereses protegidos en el marco de los derechos conexos y que nos interesan en el caso aquí analizado, encontramos la interpretación artística, definida por Bercovitz, como la representación de un texto de carácter dramático; por su parte, el diccionario de la Real Academia Española señala que una de las definiciones de interpretación es "*representar una obra teatral, cinematográfica, etc.*".

En este sentido, si bien no se puede considerar a la interpretación artística como semejante a la obra, si tiene una relación de dependencia con esta, pues supone la

¹ Lipszyc, D. (2006) Derecho de Autor y Derechos Conexos. Publicado conjuntamente por UNESCO y CERLALC. P 348

existencia de una creación literaria o artística y constituye una vía para difundir o divulgar una obra al público, lo cual se realiza a través de un intérprete.

Puntualmente nuestra norma comunitaria define, en su artículo 3, al artista intérprete o ejecutante como la persona que representa, canta, lee, recita, interpreta o ejecuta en cualquier forma una obra; sin embargo, dicho concepto no permite diferenciar al ejecutante del artista intérprete, por lo que, la doctrina ha precisado las definiciones de cada uno y sus disparidades. Así, el ejecutante es la persona que ejecuta composiciones exclusivamente musicales, y el artista intérprete es la persona que representa obras dramáticas o literarias, también definido por Bercovitz como la persona que actúa en un espectáculo teatral, cinematográfico, etc.

Ahora, el intérprete sigue la guía que le proporciona el autor de la obra dramática o literaria para dar un nuevo alcance a esta, pero su labor no se restringe solo a pronunciar palabras ajenas, sino que al hacerlo ofrece la percepción de sus gestos, tonos, silencios, los matices de su voz, su actitud, su ademán, el estilo propio que utiliza, etc.; estos detalles le imprimen un sello de individualidad a la interpretación y eso es precisamente expresión de su personalidad.

Al respecto, la interpretación prejudicial 249-IP-2021 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina señala que el actor o intérprete de una obra audiovisual da vida a un personaje al expresar de manera única y singular lo que el guion de una obra audiovisual establece para aquel, es decir, realiza un aporte creativo evidente (en muchos casos hasta preponderante) que lo hace merecedor de un régimen de protección jurídica a través del denominado derecho conexo.

Además, los derechos conexos otorgados a los artistas intérpretes, así como su naturaleza, serán diferentes si se reclaman antes de que se autorice la fijación de la interpretación o después de ello. Así, teniendo en cuenta que en la presente causa se reclama protección sobre interpretaciones fijadas, se analizará si se acreditó su existencia.

Descendiendo sobre el plenario, es pertinente recordar que durante la fijación del litigio las partes acordaron tener por cierta la existencia de las interpretaciones de Jorge Enrique Abello, Carolina Acevedo y Marcela Carvajal fijadas en el audiovisual "La Nocturna", las de Geraldine Zivic, Jacqueline Arenal y Julián Román fijadas en la obra "Los Reyes", las de Sebastián Eslava, Martha Restrepo y Victoria Ortiz fijadas en el audiovisual "La Niña", las de Robinson Díaz, Flora Martínez y Luis Mesa fijadas en la obra "Vecinos", entre otras.

Aunado a lo anterior, en los medios de convicción se observan los documentos "20. Informe del área de distribución de ACTORES S.C.G."² y "5. Listado de obras audiovisuales en las que se encuentran fijadas las interpretaciones que hacen parte del repertorio de ACTORES S.C.G."³ se constata la existencia de interpretaciones de artistas, entre los que se pueden mencionar a título enunciativo: Cesar Navarro, Andrea Nieto, Alejandra Miranda, Ana María Sanchez, Jairo Camargo, Fernando Colunga, Victoria Ruffo, Aracely Arámbula, Carolina Gaitán, Claudia Liliana Gonzalez, Julio Cesar Meza, Jeronimo Cantillo, Robinson Diaz, Luly Bossa, etc.

Ahora, en las pruebas antes mencionadas y en la numerada como 17 que contiene dos reportes de canales y programas, uno emitido por Business Bureau y el otro por Kantar Ibope, se vislumbra que las interpretaciones referidas se encuentran fijadas en obras audiovisuales como La teacher de inglés, La selección 2, La hija del Mariachi, La niña, El laberinto, Victoria, Los Morales, La Ley Secreta, Lorena, La brújula dorada, Bad Boys, Aquí no hay quien viva, Betty la fea, entre otras.

² Ubicado en la carpeta "PRUEBA 20 INFORME ÁREA DE DISTRIBUCIÓN ACTORES", del expediente digital.

³ Ubicado en la página 384 del PDF denominado "Pruebas documentales Spiwak, diciembre 2021", del expediente digital.

En este sentido, colige este Despacho que se encuentra acreditada la existencia de prestaciones protegidas, que como ya se mencionó son el objeto de la presente causa, por lo que, es necesario analizar si se infringieron los derechos de los titulares de estas.

2. Sobre el derecho de los artistas intérpretes de obras y grabaciones audiovisuales a recibir una remuneración equitativa y el deber de los utilizadores a pagarla.

Debemos reiterar que la labor de los artistas intérpretes y ejecutantes, da un nuevo alcance a la obra al realizar un esfuerzo creativo único, por lo que tienen un interés justificable en la protección jurídica de su actividad; en este sentido, merecen que se les dedique una protección específica y por ello los derechos conexos tienen la finalidad de proteger a quien realiza un aporte considerable creativo o técnico, al proceso de llevar una obra hasta el público.

Ahora, teniendo en cuenta que en la presente causa se reclaman los derechos que son otorgados después de autorizada la fijación de la interpretación, este Despacho procederá a analizarlos.

Una vez se autoriza la fijación de la interpretación o ejecución, se extinguen las facultades exclusivas de autorizar o prohibir la comunicación al público de esta, la fijación de la interpretación o ejecución, y la reproducción de las fijaciones. Lo anterior de conformidad con lo establecido en el segundo inciso del artículo 34 de la Decisión Andina 351 de 1993 y el artículo 168 de la Ley 23 de 1982. Sin perjuicio de lo anterior, la Ley 1403 de 2010 en su artículo 1 señala que, los artistas intérpretes de obras y grabaciones audiovisuales conservarán, en todo caso, el derecho a percibir una remuneración equitativa por la comunicación pública, incluida la puesta a disposición y el alquiler comercial al público, de las obras audiovisuales donde se encuentren fijadas sus interpretaciones o ejecuciones, y en ejercicio de este derecho no podrán prohibir, alterar o suspender la producción o la normal explotación comercial de la obra audiovisual por parte de su productor, utilizador o causahabiente.

En este sentido, la Ley 1403 de 2010 introdujo a favor de los artistas intérpretes de obras y grabaciones audiovisuales un nuevo derecho patrimonial, en concreto, un derecho de mera remuneración sobre la comunicación pública, puesta a disposición y alquiler de sus interpretaciones fijadas con su autorización. Por su naturaleza, se trata de un derecho irrenunciable e intransferible, pues la propia ley utiliza la expresión “*conservarán en todo caso*”, de cuya exégesis gramatical se colige que el legislador lo que pretendió fue prohibir la negociabilidad del citado derecho.

Sobre los derechos de mera remuneración la Corte Constitucional señaló en la sentencia C-069 de 2019 que “*se caracterizan porque, a diferencia de lo que sucede con los derechos exclusivos, no permiten autorizar o denegar la utilización de la obra, sino que tan solo facultan al titular del derecho para cobrar por ese uso en determinados casos*”.

En el caso *sub judice*, se menciona en la demanda que la sociedad INVERSIONES SPIWAK S.A.S., ha comunicado al público obras audiovisuales en las que se encuentran fijadas interpretaciones artísticas, a través de televisores ubicados dentro de las habitaciones y áreas comunes del establecimiento de comercio HOTEL DANN, dentro del periodo comprendido entre el 6 de marzo de 2012 hasta la fecha.

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

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

(...)

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

Así entonces, el concepto de comunicación al público debe entenderse en un sentido amplio, de tal manera que se pueda concretar el objetivo de que los artistas intérpretes o ejecutantes puedan recibir una compensación equitativa por el uso de sus interpretaciones o ejecuciones.

Teniendo claro lo anterior, se procederá a determinar si en el establecimiento de comercio de la sociedad INVERSIONES SPIWAK S.A.S., se realizan actos de comunicación pública en su modalidad de exhibición, proyección o difusión de las obras audiovisuales en las que se encuentren fijadas interpretaciones artísticas.

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

En el caso bajo análisis se observa que, de acuerdo con lo consagrado en el numeral 2 del artículo 96 del CGP⁴, este Despacho presumirá cierto que las instalaciones del establecimiento de comercio HOTEL DANN se componen de 4 salones en zonas comunes y 133 habitaciones, todos con un televisor conectado al prestador de servicios por suscripción DIRECTV.

De lo señalado se colige que a través de los televisores ubicados en las habitaciones del establecimiento de comercio HOTEL DANN se transmiten los canales y se comunicaban al público obras audiovisuales en las que se encuentran fijadas interpretaciones. Por lo tanto, de acuerdo con la contestación deficiente de la demanda, se presumirá cierto que, la referida comunicación al público se ha realizado desde el 6 de marzo de 2012 hasta la fecha de la presente providencia.

En cuanto a la excepción denominada *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”*, en la que indica la apoderada de la demandada que las habitaciones se asimilan a domicilios privados, la Corte Constitucional ha señalado que se debe distinguir la privacidad de la habitación de hotel frente al artículo 15 de nuestra carta política, de la privacidad relacionada con la ejecución de obras protegidas.

La primera se refiere al derecho a la intimidad protegido por la Constitución Política, que garantiza la privacidad de la vida personal y familiar de un sujeto, implicando una abstención por parte del Estado o de terceros de intervenir injustificada o arbitrariamente en dicho ámbito, con total independencia de la propiedad o administración del inmueble que las 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, y en virtud del precepto constitucional, de que ninguna persona ni autoridad puede, sin permiso del huésped, ingresar ni penetrar en la intimidad de estas, invadirlas, registrarlas, requisarlas, espiar, fotografiar, filmar ni grabar lo que en su interior acontece, a menos que medie orden de autoridad judicial competente.

⁴ **“Artículo 96 del Código General del Proceso:** *“La contestación de la demanda contendrá:*

2. Pronunciamiento expreso y concreto sobre las pretensiones y sobre los hechos de la demanda, con indicación de los que se admiten, los que se niegan y los que no le constan. En los dos últimos casos manifestará en forma precisa y unívoca las razones de su respuesta. Si no lo hiciera así, se presumirá cierto el respectivo hecho”.

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

En efecto, teniendo en cuenta el análisis realizado por nuestro máximo tribunal constitucional en la sentencia C-282 de 1997, no es lo mismo si el huésped, en la intimidad de su habitación, decide ver una obra audiovisual en la que se encuentran fijadas interpretaciones 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.

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

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

De manera tal, que la excepción denominada *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”* no está llamada a prosperar.

Ahora bien, sobre el ánimo de lucro debe advertir esta Subdirección que la Corte Constitucional en la ya mencionada sentencia C - 282 de 1997⁵ abordó este tema señalando que *“si el establecimiento hotelero difunde piezas musicales a través del sistema interno de sonido, con destino a todas las habitaciones, o a las áreas comunes del hotel, circunstancia que corresponde sin duda a una ejecución 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”*. (Subrayado fuera de texto)

Por lo que pese a que en los alegatos de conclusión la accionada señaló que el objeto principal de la demanda no es la comunicación al público de contenido audiovisual, este Despacho debe advertir que, cuando el establecimiento HOTEL DANN pone a disposición del huésped televisores con acceso a señal de televisión por suscripción proporcionada por DIRECTV, en los cuales es posible observar obras audiovisuales en las que se encuentran fijadas interpretaciones de artistas realiza dicha comunicación pública con ánimo de lucro, tal como lo advierte la Corte Constitucional para un caso similar.

⁵ Corte Constitucional en sentencia C 282 del 5 de junio de 1997. Magistrado Ponente: Jose Gregorio Hernández Galindo

Aunado a lo anterior, no se debe perder de vista que el apoderado judicial de la demandada confesó en sus alegatos que dar acceso a sus clientes a obras y prestaciones protegidas a través de sus televisores, es un servicio complementario al de hospedaje con el que la sociedad demandada busca cierto beneficio, cuando señala *“es un servicio si se quiere concomitante (...) se presta un servicio para generar un confort adicional a las personas que se hospedan dentro de nuestras instalaciones”*.

De manera que, no puede negarse el hecho de que la inclusión de este tipo de servicios influye en la categoría del hotel y en el precio final de las habitaciones, a pesar de que no se facture de manera independiente; por lo anterior, es claro que el extremo pasivo de la litis utiliza, con ánimo de ventas, obras audiovisuales en las que se encuentran fijadas interpretaciones y ejecuciones.

Así, es claro para este Despacho que la sociedad INVERSIONES SPIWAK S.A.S. no pagó el derecho de remuneración a los artistas intérpretes de obras audiovisuales debiendo hacerlo.

3. Legitimación del demandante

Identificado el objeto, el titular de derechos y acreditada la infracción, este Despacho debe determinar si ACTORES SOCIEDAD COLOMBIANA DE GESTIÓN está facultada para reivindicar en el presente proceso el derecho peticionado, en ese sentido, se debe comprobar que la prerrogativa reclamada corresponde a la parte actora, como titular o como representante de él.

Iniciemos mencionando que el legitimado para reivindicar un derecho respecto de una prestación protegida, es en efecto, el titular originario de la misma, sin embargo, de conformidad con el artículo 49 de la Decisión Andina 351 de 1993 ciertos derechos pueden ejercerse o hacerse valer en procesos administrativos o judiciales por las sociedades de gestión colectiva que agrupan los intereses de dichos titulares, debido a que estas gozan de una legitimación presunta, que les permite gestionar los derechos que les han sido confiados a su administración, en los términos que resulten de sus propios estatutos y de los contratos que celebren con entidades de gestión extranjeras.

Dicha legitimación tiene su origen en la naturaleza de la gestión colectiva del derecho de autor y los derechos conexos, la cual es realizada por sociedades sin ánimo de lucro, con personería jurídica y autorización de funcionamiento concedidas por la Dirección Nacional de Derecho de Autor. De acuerdo con el artículo 13 de la Ley 44 de 1993, estas sociedades se encargan de representar a una pluralidad de titulares afiliados a ellas, para ejercer frente a terceros los derechos exclusivos o de remuneración que correspondan con ocasión del uso de sus obras, interpretaciones, ejecuciones o fonogramas, así mismo, realizar el recaudo y la posterior distribución de las remuneraciones. Las sociedades de gestión colectiva se entienden mandatarias de sus asociados por el simple acto de la afiliación.

En este mismo sentido, el artículo 2.6.1.2.9 del Decreto 1066 de 2015 señala que una vez que las sociedades de gestión colectiva obtengan personería jurídica y autorización de funcionamiento, estarán legitimadas en los términos que resulten de sus estatutos para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales, así mismo establece que para acreditar dicha legitimación, la sociedad de gestión colectiva únicamente deberá aportar al inicio del proceso copia de sus estatutos y el certificado de existencia y representación legal expedido por la Dirección Nacional de Derecho de Autor.

Igualmente, el inciso final del artículo 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 las normas citadas, una sociedad de gestión colectiva se encuentra facultada para ejercer los derechos confiados a su administración y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales. Al respecto, este Despacho debe ser enfático en que la sociedad de gestión colectiva no es titular de los derechos, pero la ley le otorga esta facultad para iniciar acciones como la que nos ocupa, tendientes a proteger o restablecer los derechos de autor o conexos que gestiona en virtud de sus estatutos o de los contratos celebrados con entidades de gestión extranjeras.

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

En el caso objeto de análisis se observa que reposa en la página 6 del PDF denominado “*Anexos Spiwak, diciembre 2021*”,⁶ el certificado de existencia y representación legal de Actores Sociedad Colombiana de Gestión, expedido por la Oficina Asesora Jurídica de la DNDA el 10 de septiembre de 2021, que la acredita como sociedad de gestión colectiva. Así mismo, en la página 2 del PDF denominado “*Pruebas documentales Spiwak, diciembre 2021*”⁷ se encuentran los estatutos de la demandante, en cuyo artículo cuarto se prevé que el objeto de la sociedad es la gestión, administración, representación, protección y defensa de los intereses y derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes de obras y grabaciones audiovisuales, así como de sus derechohabientes.

Respecto de los contratos de reciprocidad, es importante resaltar que mediante dichos acuerdos una sociedad de gestión colectiva nacional representa en su territorio a una sociedad extranjera del mismo tipo en lo que atañe a la gestión de sus obras y prestaciones, estando obligada la sociedad extranjera a hacer lo mismo en su territorio, como lo menciona Ernst-Joachim Mestmäcker en su artículo publicado en el número 203 de la Revista Internacional de Derecho de Autor (RIDA). La razón de ser de dichos acuerdos es el carácter territorial del derecho de autor y en consecuencia de la gestión colectiva. Constando en el expediente veintiún certificados de registro expedidos por el Jefe de Registro de la DNDA que acreditan la existencia de acuerdos de reciprocidad entre ACTORES S.C.G. y ACTRA PRS, ADAMI, AISGE, AKDIE, ANDI, BECS, BIROY SINEMA OYUNCULARI MESLEK BIRLIGI, CHILE ACTORES, CREDIDAM, DIONYSOS, GDA, IAP, NUOVO IMAIE, SAGAI, SUGAI, entre otras, como se evidencia en la página 1131 del PDF denominado “*Pruebas documentales Spiwak, diciembre 2021*”.

De tal forma, teniendo en cuenta la presunción aludida y el cumplimiento de los requisitos enunciados anteriormente, para este Despacho es claro que ACTORES SOCIEDAD COLOMBIANA DE GESTIÓN se encuentra legitimada para actuar como demandante en la presente causa y reclamar los derechos que enuncia de los artistas intérpretes o ejecutantes de obras y grabaciones audiovisuales representados por esta.

4. El daño y perjuicio que se causó

Ahora 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, el cual señala que:

⁶ Ubicado en la carpeta “03 Anexos”, del expediente digital.

⁷ Ubicado en la carpeta “03 Anexos”, del expediente digital.

“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización”.

Ahora, 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 2022⁸ 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 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”.*

Tomando en consideración lo mencionado anteriormente, se analizará si en el presente caso la sociedad INVERSIONES SPIWAK S.A.S. está obligada o no a reparar el daño que le haya podido causar la demandante. Para tal fin, se tendrá que verificar si se configuran los siguientes elementos: la autoría material o imputabilidad, el daño y un nexo causal entre estos.

Así, comenzando con el daño, debemos reconocer que este es el elemento más importante en la responsabilidad civil, pues la reparación presupone su existencia, de tal manera que solo puede predicarse que alguien es civilmente responsable cuando hay un daño resarcible. En este mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia, ha afirmado:

“Por todo ello, cabe afirmar que dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se dé responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica, sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquél, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquiera acción indemnizatoria”⁹.

Ahora, en derecho civil, la palabra *“daño”* hace referencia al detrimento, o perjuicio que una persona sufre y que afecta a sus bienes, derechos o intereses. Esta concepción que va claramente más allá del mero menoscabo económico, pues incluye también *“la lesión de un interés legítimamente protegido”*¹⁰. Para el caso de los derechos conexos, los intereses legalmente protegidos son prestaciones consistentes en un valor artístico agregado o en un esfuerzo técnico.

En la causa en juicio se observa que la demandante ostenta la calidad de representante de artistas intérpretes o ejecutantes de obras y grabaciones audiovisuales, estos ostentan un derecho a percibir una remuneración equitativa por la comunicación pública. Así, la infracción de esta prerrogativa materializa el daño, precisamente porque le impide al titular su ejercicio.

Así, se tiene por cierto que, en las habitaciones y zonas comunes del HOTEL DANN, la demandada comunicó al público obras audiovisuales en las que se encuentran

⁸ 191-IP-2021

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 4 de abril de 1968, M. P.: Dr. Fernando Hinestrosa, G. J., T. CXXIV, N^o 2297 a 2299, p. 58.

¹⁰ Mazeaud, Henri; Mazeud, León, Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil, Delictual y Contractual, Buenos Aires: Jurídica Europa-América, 1961.

fijadas prestaciones protegidas sin pagar la correspondiente remuneración equitativa.

Lo anterior 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 los derechos patrimoniales de que es titular la accionante, ya que como lo ha mencionado 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, y por los que se debe pagar una remuneración.

En ese sentido, cuando la sociedad INVERSIONES SPIWAK S.A.S. comunica al público obras audiovisuales en las que se encuentran fijadas interpretaciones, a través de los televisores ubicados en las instalaciones del HOTEL DANN, infringe los derechos conexos que representa la accionante.

Lo anterior le causó a la demandante un daño de carácter material, pues vio menoscabado su interés legítimo obtener una remuneración por la utilización de sus interpretaciones, lo cual se manifiesta consecencialmente en el lucro cesante por aquellos ingresos que debían entrar a su patrimonio en el curso normal de los acontecimientos.

Así las cosas, luego de haber encontrado que se cumplen todos los elementos indispensables requeridos para que exista responsabilidad en el presente caso, este Despacho concluye que la sociedad INVERSIONES SPIWAK S.A.S., se encuentra obligada a reparar el daño causado a los titulares de derechos conexos representados por ACTORES S.C.G.

En relación con la cuantificación del daño, el artículo 206 del CGP refiere 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 le atribuya a la estimación.

Sobre el particular, la accionante solicitó que se condene a la sociedad INVERSIONES SPIWAK S.A.S., a pagar la suma de CUARENTA Y NUEVE MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL CIENTO OCHENTA Y OCHO PESOS M/CTE (\$49'286.188) por lucro cesante indicando que dicha suma corresponde a lo que sufrió ACTORES S.C.G. por cuenta de no haber percibido el valor del derecho de remuneración equitativa, el 6 de marzo de 2012 hasta la fecha de presentación de la demanda.

Respecto de la objeción al juramento estimatorio, debemos recordar que mediante el Auto 8 del 10 de julio de 2023 este Despacho resolvió tener por no presentada la objeción, toda vez que no fue propuesta por la apoderada de la demandada en la contestación de la demanda.

En este sentido, la estimación realizada por ACTORES S.C.G. en el juramento estimatorio es prueba del monto pretendido en la presente causa, de conformidad con lo establecido en el artículo 206 de nuestro estatuto procesal.

Finalmente, es menester resaltar que el extremo activo de la litis no solicitó la indexación del monto estimado en el jurado.

De otra parte, la demandante solicita que se condene a la sociedad INVERSIONES SPIWAK S.A.S., por los perjuicios causados con posterioridad a la presentación de la demanda, esto son el valor de la remuneración desde enero de 2022 hasta la fecha

de la presente providencia, por lo que, se procederá a determinar dicho valor tomando como base la fórmula utilizada en el juramento estimatorio.

Ahora, respecto del valor de la tarifa, se observa que este no presenta variaciones y ha sido el mismo desde el año 2012, además, de revisar el manual de tarifas tampoco se observa que este señale que la tarifa debe variar ni bajo qué criterio, por lo que se aplicará la de DOS MIL NOVECIENTOS SETENTA PESOS M/CTE (\$2.970) para los años 2022 y 2023.

Así, teniendo en cuenta que en el manual de tarifas citado en el juramento estimatorio se señala que el valor de la tarifa establecida para cada habitación es de DOS MIL NOVECIENTOS SETENTA PESOS M/CTE (\$2.970) y para zona común con televisor es de ONCE MIL PESOS M/CTE (\$11.000), el primer valor debe ser multiplicado por 133, correspondiente al número de habitaciones del HOTEL DANN, mientras que el segundo debe ser multiplicado por 4, correspondiente al número de zonas comunes con televisor.

De las operaciones aritméticas señaladas se obtiene un total de CUATROCIENTOS SEIS MIL DIEZ PESOS M/CTE (\$406.010) el cual debe ser multiplicado por 20 correspondiente a los meses que ha durado este proceso desde la presentación de la demanda, lo anterior da como resultado la suma de OCHO MILLONES CIENTO VEINTE MIL DOSCIENTOS PESOS M/CTE (\$8'120.200).

Finalmente, debe resaltar esta Subdirección que si la demandada continúa utilizando interpretaciones fijadas en obras audiovisuales representadas por ACTORES SCG deberá pagarle la remuneración equitativa por comunicación pública de que trata el parágrafo 1 del artículo 168 de la Ley 23 de 1982, de acuerdo con la fórmula utilizada en esta providencia.

5. La discusión respecto de las tarifas y su negociación.

El artículo 30 de la Ley 44 de 1993 y el artículo 2.6.1.2.4. del Decreto 1066 de 2015 señala que las sociedades de gestión colectiva deben expedir reglamentos donde se precise la forma como se fijarán las tarifas por concepto de las diversas utilidades de las obras o prestaciones protegidas.

Aunado a lo anterior, el artículo 2.6.1.2.5 del referido Decreto señala que dichas sociedades deben publicar las tarifas generales, sus modificaciones y adiciones en su sitio web y mantenerlas disponibles en su domicilio social.

En este sentido, es diáfano que el legislador optó por que fueran las sociedades de gestión colectiva quienes fijaran sus tarifas siguiendo criterios establecidos en la ley, por lo que, no es necesario que se expida una norma que consagre el monto a cobrar por el derecho de remuneración cuando se usa una interpretación fijada en obras audiovisuales.

Ahora, efectivamente en Colombia este valor es base de concertación, y las sociedades de gestión colectiva deben iniciar un proceso de negociación para que el valor que se obtenga como resultado se convierta en el precio de la licencia, por lo tanto, si quien usa una interpretación no está de acuerdo con la tarifa que cobra la sociedad de gestión colectiva podrá discutirla con ella en la negociación, en el marco de la conciliación extrajudicial o en el proceso judicial y puntualmente en este, objetando el juramento estimatorio y aportando pruebas. Es por esto que, no considera este Despacho que la imposibilidad de acuerdo sobre la tarifa tenga la entidad de eliminar la obligación de pagar por el derecho de remuneración de los artistas intérpretes de obras audiovisuales, máxime cuando dicho acuerdo no es posible debido a la renuencia de la contraparte a acudir a los espacios de concertación como sucede en el caso que nos ocupa.

Descendiendo sobre el plenario, en la página 1179 del PDF denominado “*Pruebas documentales Spiwak, diciembre 2021*” se aprecian comunicaciones en las cuales ACTORES SOCIEDAD COLOMBIANA DE GESTIÓN invitó a negociar a INVERSIONES SPIWAK S.A.S.

Incluso, es tan evidente que la renuente a negociar es la demandada, que no asistió a la audiencia de conciliación a la cual fue citada por su contraparte.

En este punto es importante aclarar que no solo la renuencia faculta a la accionante a acudir a la administración de justicia, sino que también habiéndose efectuado todos los esfuerzos por las partes para llevar a cabo la negociación de la tarifa esta finalmente no se logra y se hace necesario acudir ante el juez para que sea él quien dirima las discrepancias presentadas.

Por todo lo expuesto este Despacho no acogerá los argumentos expuestos en los alegatos de conclusión del extremo pasivo de la litis.

6. 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 INVERSIONES SPIWAK S.A.S., identificada con el NIT 860.014.195-9, 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 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 lo concedido fruto de las pretensiones pecuniarias, esto es DOS MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA MIL TRESCIENTOS DIECINUEVE PESOS M/CTE (\$2'870.319).

7. De la multa de la Ley 640 de 2001

Finalmente, en cumplimiento del párrafo 1 del artículo 35 de la Ley 640 de 2001, cuando la conciliación extrajudicial sea requisito de procedibilidad y se instaure la demanda judicial, el juez impondrá multa hasta por valor de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la parte que no haya justificado su inasistencia a la audiencia. Así las cosas, teniendo en cuenta que la sociedad INVERSIONES SPIWAK S.A.S. no justificó su inasistencia a la audiencia de conciliación extrajudicial, se procederá a multarla por valor de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, en favor del Consejo Superior de la Judicatura.

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

RESUELVE

PRIMERO: Declarar que INVERSIONES SPIWAK S.A.S., identificada con el NIT 860.014.195-9, llevó a cabo actos de comunicación pública de obras y grabaciones audiovisuales en las que se encuentran fijadas las interpretaciones o ejecuciones del

repertorio que representa ACTORES S.C.G. desde el 6 de marzo de 2012 a la fecha de la presente providencia, en las habitaciones y zonas comunes de su establecimiento HOTEL DANN.

SEGUNDO: Declarar que INVERSIONES SPIWAK S.A.S., ya identificada, incumplió con el deber de pagar a los artistas intérpretes de obras audiovisuales la remuneración equitativa por la comunicación pública de sus interpretaciones, consagrado en el parágrafo 1 del artículo 168 de la Ley 23 de 1982, desde el 6 de marzo de 2012 a la fecha de la presente providencia.

TERCERO: Como consecuencia de lo resuelto anteriormente, **declarar** que la sociedad INVERSIONES SPIWAK S.A.S., es civilmente responsable por vulnerar el derecho patrimonial de remuneración de los artistas intérpretes de obras audiovisuales representados por la demandante.

CUARTO: Negar las excepciones de mérito propuestas por el demandado.

QUINTO: Condenar a la sociedad INVERSIONES SPIWAK S.A.S. a pagar a favor de la demandante ACTORES S.C.G. dentro de los 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de este fallo, la suma de CUARENTA Y NUEVE MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL CIENTO OCHENTA Y OCHO PESOS M/CTE (\$49'286.188) por concepto de lucro cesante derivado del no pago del derecho de remuneración desde el 6 de marzo de 2012 hasta diciembre de 2021.

SEXTO: Condenar a la demandada a pagar a favor de la demandante dentro de los 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de este fallo OCHO MILLONES CIENTO VEINTE MIL DOSCIENTOS PESOS M/CTE (\$8'120.200), por concepto del valor del pago del derecho de remuneración para el año 2022 y lo transcurrido del año 2023.

SÉPTIMO: Señalar que si INVERSIONES SPIWAK S.A.S. continúa utilizando interpretaciones fijadas en obras audiovisuales representadas por ACTORES S.C.G., deberá pagarle la remuneración equitativa correspondiente, de acuerdo con la fórmula utilizada en esta providencia.

OCTAVO: Imponer multa a la parte accionada INVERSIONES SPIWAK S.A.S. por valor de un (1) salario mínimo legal mensual vigente del año 2021 en favor del Consejo Superior de la Judicatura, por su inasistencia a la audiencia de conciliación extrajudicial.

NOVENO: Condenar en costas a la sociedad INVERSIONES SPIWAK S.A.S., identificada con el NIT 860.014.195-9.

DÉCIMO: Fijar agencias en derecho en favor de ACTORES S.C.G. por el valor de DOS MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA MIL TRESCIENTOS DIECINUEVE PESOS M/CTE (\$2'870.319).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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