

Señores
JUZGADO 19 CIVIL DEL CIRCUITO
At. Doctora NATALIA ANDREA GUARIN ACEVEDO
Juez
ccto19bt@cendoj.ramajudicial.gov.co
E. S. D.

ASUNTO: RADICACION: 11001319900520215303201
DEMANDANTE: EGEDA COLOMBIA
DEMANDADO: HOTEL PLAZUELA SAN IGNACIO MEDELLIN S.A.S. - NIT 901.162.091-3
SUSTENTACION RECURSO DE APELACION EN CONTRA DE SENTENCIA DE FECHA DICIEMBRE 15 DE 2022 PROFERIDA POR LA SUBDIRECCION DE ASUNTOS JURISDICCIONALES DE LA DIRECCION NACIONAL DE DERECHOS DE AUTOR

DAGOBERTO BAQUERO BAQUERO, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con Cédula de Ciudadanía No. 19.398.621 de Bogotá, Abogado Titulado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 34.136 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi condición de apoderado judicial de la sociedad demandada **HOTEL PLAZUELA SAN IGNACIO MEDELLIN S.A.S., NIT 901.162.091-3**, conforme al poder debidamente conferido por su representante legal, señor **SEBASTIAN ARTISTIZABAL GONZALEZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. **1.037.606.690**, con personería reconocida para actuar dentro del mismo, concurro ante ese Despacho, dentro de la oportunidad legal conferida para el efecto, para **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto oportunamente en contra de la sentencia proferida por la Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, de fecha Diciembre 15 de 2022, notificada por estado No. 175 de diciembre 16 de 2022.

1. OPORTUNIDAD

El artículo 14 del Decreto 806 de 2020 ratificado por la Ley 2213 de 2002, establece que una vez ejecutoriado el auto que admite el recurso de apelación contra la sentencia, en materia civil, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes, sustentación de la cual deberá correrse traslado a la otra parte por el término de cinco (5) días.

Aplicando esta ritualidad al presente recurso, debe tenerse en cuenta que el auto por el cual el Despacho admite el recurso data del 31 de agosto de 2023, notificado por estado No. 149 de fecha septiembre 01 de 2023, el término de cinco (5) días para sustentar el recurso de apelación vence el 08 de septiembre de 2023.

2. FIJACION DEL LITIGIO

Tal como se estableció en la audiencia llevada a cabo el 06 de diciembre de 2022, el litigio se fijó en:

“ESTABLECER SI DENTRO DE LAS INSTALACIONES DEL HOTEL PLAZUELA SAN IGNACIO MEDELLIN, EN SUS AREAS COMUNES Y HABITACIONES, SE EJECUTAN PÚBLICAMENTE OBRAS AUDIOVISUALES PROTEGIDAS POR EGEDA COLOMBIA SIN AUTORIZACION EXPRESA DE ESTA”.

3. RAZONES DE INCONFORMIDAD

Con la aclaración que el recurso se dirige en contra de los numerales primero, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo y octavo de la parte resolutive de la sentencia impugnada en cuanto a su determinación que dentro de las habitaciones del establecimiento hotelero HOTEL PLAZUELA SAN IGNACIO MEDELLIN de propiedad de la demandada, alquiladas con fines de alojamiento, se comunican públicamente obras audiovisuales de los productores representados por EGEDA COLOMBIA y contra las demás condenas consecuenciales a tal declaración, incluida la condena en costas, procedo a exponer las razones por las cuales la

sentencia impugnada deberá ser revocada y en su lugar, la demandada deberá ser absuelta de la totalidad de las pretensiones demandatorias condenatorias.

I. AFECTACION A LOS PRINCIPIOS CONTITUCIONALES DEL DEBIDO PROCESO, ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA, SEGURIDAD JURIDICA Y CONFIANZA LEGITIMA EN EL ESTADO, AL ABSTENERSE EL A QUO DE DAR APLICACIÓN AL PRECEDENTE JUDICIAL PROVENIENTE DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA, SALA CIVIL DE DECISION, QUE ESTABLECE LOS REQUISITOS QUE HABILITAN A LAS ENTIDADES DE GESTION COLECTIVA PARA EFECTUAR EL COBRO DE LOS DERECHOS A NOMBRE DE SUS REPRESENTADOS, A LOS CUALES EGEDA COLOMBIA NO DIO CUMPLIMIENTO.

Sea lo primero señalar que, efectivamente, como se reconoce en la sentencia impugnada, el suscrito apoderado judicial de la demandada, en la contestación de la demanda, objetó la representación que alega tener EGEDA COLOMBIA respecto de los derechos de los productores de obras cinematográficas que dice representar, argumentos que fueron ampliados en los alegatos de conclusión en donde expresamente se solicitó al operador judicial de primera instancia, dar aplicación al precedente judicial contenido en la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil de Decisión, de fecha 26 de mayo de 2021, dentro del proceso verbal promovido por EGEDA COLOMBIA en contra de la sociedad HOTELES EL SALITRE S.A., radicación 11001-31-03-019-2017-00381-01, con ponencia del H.M. JUAN PABLO SUAREZ OROZCO, en donde ese Tribunal, actuando en sede de instancia, revocó la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá que había concedido las pretensiones de la demandante EGEDA COLOMBIA y, acogiendo los pronunciamientos efectuados por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en interpretaciones prejudiciales No. 165-IP-2015 y No. 378-IP-2019 de abril 22 de 2021, estableció que las Sociedades de Gestión Colectiva tienen legitimación para actuar bajo dos supuestos:

- (i) **Bajo los términos de sus propios estatutos y**
- (ii) **Bajo los contratos que celebren con entidades extranjeras para ejercer los derechos encomendados a ellas para su administración y para hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales.**

Así mismo, se puso de presente en los alegatos de conclusión lo dispuesto por el Tribunal Superior en la mencionada sentencia en cuanto a que:

“Toda sociedad de gestión colectiva debe tener estatutos debidamente aprobados por la autoridad competente y celebrar contratos con las personas a las que representa, en los cuales se le autorice para que, en nombre de ellas, pueda iniciar las acciones necesarios en defensa de sus derechos, sea en la vía administrativa o la judicial”.

(Resaltado no es del texto)

Igualmente, se destacó también que conforme con esta sentencia, para que una sociedad de Gestión Colectiva pueda ejercer a nombre y en representación de los titulares las acciones encaminadas a la protección de los derechos de autor, **“debe contar con la facultad para actuar a nombre de un tercero, la cual puede ser conferida por el propio afiliado (mandato voluntario), por mandato estatutario, o por imperio de la ley a través de presunción legal”.**

De igual forma, se puso de presente en los alegatos de conclusión que EGEDA COLOMBIA no había acreditado probatoriamente ninguna de las siguientes tres (3) condiciones que, conforme con lo establecido por ese Tribunal, constituyen requisito sine quanón para que se configure la infracción por falta de autorización de comunicación pública de una obra audiovisual que forme parte de un repertorio inscrito en una sociedad de gestión colectiva:

- A) La demostración del alcance del mandato otorgado por los autores en favor de la Entidad de Gestión Colectiva a través de la copia de los correspondientes textos contractuales.

- B) La demostración de que sus titulares inscribieron en la correspondiente oportunidad conforme con la norma estatutaria, el repertorio de obras ante la sociedad de gestión colectiva para la protección de sus derechos.
- C) La demostración de la comunicación pública, por parte de la demandada, de las obras audiovisuales que, de titularidad de sus mandantes, le fueron entregadas oportunamente para su protección, sin autorización de la sociedad que los representa.

En la sentencia impugnada, el A Quo desestima la argumentación presentada por la defensa de la demandada respecto a la falta de legitimación en la causa por activa, considerando que EGEDA COLOMBIA se encuentra debidamente legitimada para actuar en representación de los productores de obras cinematográficas que dice representar, bajo la figura de la legitimación presunta, con la siguiente argumentación:

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

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

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

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

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

Respecto de los contratos de reciprocidad es importante resaltar que mediante dichos acuerdos una sociedad de gestión colectiva nacional representa en su territorio a una sociedad extranjera del mismo tipo en lo que atañe a la gestión de sus obras y prestaciones, estando obligada la sociedad extranjera a hacer lo mismo en su territorio, como lo menciona Ernst- Joachim Mestmäcker. La razón de ser de dichos acuerdos es el carácter territorial del derecho de autor y en consecuencia de la gestión colectiva, constando en el expediente certificado de inscripción expedido por el Jefe de Registro de la DNDA que acredita la existencia de acuerdos de reciprocidad entre Egeda Colombia y sus homólogas en otros países, como consta en el PDF número 8 ubicado en la misma carpeta. En el caso bajo examen, encuentra este juzgador que la accionada no probó en contrario sobre tal legitimación presunta.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, indicaba ya el Tribunal Andino, en la interpretación prejudicial 378-IP-2019, que esta es una presunción relativa o iuris tantum, es decir que, la misma admite prueba en contrario, la cual deberá provenir de la persona que aparentemente está utilizando o explotando las obras sin autorización, esto es del accionado del proceso judicial.

Circunstancia que es apenas lógica, ya que, el demandante no está obligado a probar en contra de la misma presunción que lo beneficia. Así, estas consideraciones del Tribunal Andino encuentran total coincidencia con nuestra normatividad interna en la materia, esta es, el ya mencionado Decreto 1066 de 2015, el cual en su artículo 2.6.1.2.9 establece que, quien tiene la carga de probar en contrario de la presunción de legitimación, es el demandado.

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

.....

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

(.....)

Resulta verdaderamente desconcertante, por decir lo menos, los alcances del A Quo para respaldar las pretensiones demandatorias de EGEDA COLOMBIA, representados judicialmente por el señor ex director de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, JUAN CARLOS MONROY RODRIGUEZ, a tal punto que no tiene ningún reparo en manifestar abiertamente su rebeldía para dar aplicación de lo dispuesto por su superior funcional en la sentencia de marras, bajo el argumento de que el Tribunal Superior “incurre en una imprecisión”, además de que por diferir el A Quo de las conclusiones consignadas en la sentencia del Tribunal Superior en Sala Civil de Decisión, **“su tesis no será empleada en el caso concreto”**.

Cabe recordarle al A Quo que las sentencias proferidas por los Tribunales Superiores, en sede de instancia, no contienen simples “tesis” que puedan ser objeto de apreciación valorativa por el inferior funcional e inaplicarlas si es que no está de acuerdo con ellas, sino que tales pronunciamientos son contentivos de DECISIONES JUDICIALES que se emiten en control de instancia respecto a las decisiones tomadas por el funcionario de primera instancia y en consecuencia, estas DECISIONES se toman para ser cumplidas y aplicadas en todos los casos en que las pretensiones y fundamentos fácticos y jurídicos sean similares al caso resuelto, que es lo que se conoce como el precedente judicial.

Pero es que además olvida el A Quo (no creo que involuntariamente), que EGEDA COLOMBIA instauró acción de tutela en contra del Tribunal Superior de Bogotá, en pretensión de que la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en su sala de Decisión Civil, dentro del proceso verbal promovido por EGEDA COLOMBIA en contra de HOTELES EL SALITRE, de fecha 26 de mayo de 2021, radicación 11001-31-03-019-2017-00381-01, fuera anulada y en su lugar se profiriera nueva sentencia atendiendo los argumentos expuestos por la tutelante para que se le habilitara la legitimación en la causa a través de la figura de la legitimación presunta, acción constitucional que fue decidida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia de fecha agosto 18 de 2021, dentro del radicado 11001020300020210242700, negando el amparo constitucional petitionado, por considerar que la sentencia acusada se encontraba totalmente ajustada a

derecho, decisión confirmada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ante la impugnación presentada por EGEDA COLOMBIA en contra del fallo que le negó el amparo constitucional en acción de tutela.

Es de recordar que las sentencias en los Altos Tribunales son proferidas en Salas integradas por número plural impar de magistrados, en este caso, por los H.M. JUAN PABLO SUAREZ OROZO, GERMAN VALENZUELA VALBUENA y LUIS ROBERTO SUAREZ GONZALEZ, por parte de la Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá; por los siete (7) H.M. que integran la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y por los siete (7) H.M. que integran la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Así las cosas, para el operador judicial de primera instancia, los equivocados no solo lo son los tres (3) Magistrados que integran la Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá que profirieron la sentencia contraria a su interpretación, sentencia constitutiva de precedente judicial, sino que también están equivocados los catorce (14) Magistrados que integran las Salas de Casación Civil y Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que, como jueces constitucionales, avalaron tal decisión y, por ende, lo estarán todos los órganos judiciales que se atrevan a llevarle la contraria frente a su postura interpretativa de continuar reconociéndole a EGEDA COLOMBIA legitimación en la casusa a través de la figura de la legitimación presunta.

Con todo respeto manifiesto al A Quo que el proceder del A Quo en asegurar que es a él a quien le asiste la razón para continuar reconociendo legitimación en la causa a EGEDA COLOMBIA a través de la figura de la legitimación presunta y que los diecisiete (17) Magistrados del Tribunal Superior (3) y de la Corte Suprema de Justicia (14) que, como jueces constitucionales, sentenciaron lo contrario, al establecer que tal legitimidad debe reconocerse conforme a lo establecido en los propios estatutos de la Entidad de Gestión Colectiva, se encuentran equivocados, es algo que además de inaceptable, constituye una verdadera afrenta a la seguridad e institucionalidad jurídica del Estado, máxime cuando es de recordar, que el operador judicial de primera instancia es un funcionario administrativo de la nómina de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, revestido de precisas y limitadas facultades jurisdiccionales.

Procede también hacer precisión que el artículo 1º de la Constitución establece que nuestro país es un “Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria” y que esta forma de organización implica la unidad del ordenamiento jurídico, lo que se vería desdibujado si se acepta que la autonomía judicial implica la facultad de interpretar el ordenamiento sin tener en cuenta la interpretación que se haga por los organismos competentes dentro de la respectiva jurisdicción.

Tal como lo establece la Corte Constitucional en Sentencia C-836 de 2001, Expediente D-3374, con ponencia del H.M. Rodrigo Escobar Gil, la consagración constitucional de una estructura jurisdiccional que, aun cuando desconcentrada, es funcionalmente jerárquica, implica que, **“si bien los jueces tienen competencias específicas asignadas, dentro de la jerarquía habrá –en principio- un juez superior encargado de conocer las decisiones de los inferiores”**.

En la justicia ordinaria dicha estructura tiene a la Corte Suprema en la cabeza, como órgano de cierre y a los Tribunales de Distrito Judicial como jueces de instancia, lo que significa que ellos son los encargados de establecer la interpretación que se debe dar al ordenamiento dentro de su respectiva jurisdicción, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución.

Agrega la Corte Constitucional en la sentencia en cita que:

“La certeza que la comunidad jurídica tenga de que los jueces van a decidir los casos iguales de la misma forma es una garantía que se relaciona con el principio de la seguridad jurídica. La previsibilidad de las decisiones judiciales da certeza sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas, y la única forma en que se tiene dicha certeza es cuando se sabe que, en principio, los jueces han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento de manera estable y consistente. Esta certeza hace posible a las personas actuar libremente, conforme a lo que la práctica judicial les permite inferir que es un comportamiento protegido por la ley. La falta de seguridad jurídica de una comunidad conduce a la anarquía y al desorden social, porque los ciudadanos no

pueden conocer el contenido de sus derechos y de sus obligaciones. Si en virtud de su autonomía, cada juez tiene la posibilidad de interpretar y aplicar el texto de la ley de manera distinta, ello impide que las personas desarrollen libremente sus actividades, pues al actuar se encontrarían bajo la contingencia de estar contradiciendo una de las posibles interpretaciones de la ley. (Resaltado no es del texto)

.....

En su aspecto subjetivo, la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe, consagrada en el artículo 83 de la Constitución, a partir del principio de la confianza legítima. Esta garantía sólo adquiere su plena dimensión constitucional si el respeto del propio acto se aplica a las autoridades judiciales, proscribiendo comportamientos que, aunque tengan algún tipo de fundamento legal formal, sean irracionales, según la máxima latina *venire contra factum proprium non valet*. El derecho de acceso a la administración de justicia implica la garantía de la confianza legítima en la actividad del Estado como administrador de justicia. Esta confianza no se garantiza con la sola publicidad del texto de la ley, ni se agota en la simple adscripción nominal del principio de legalidad. Comprende además la protección a las expectativas legítimas de las personas de que la interpretación y aplicación de la ley por parte de los jueces va a ser razonable, consistente y uniforme. En virtud de lo anterior, el análisis de la actividad del Estado como administrador de justicia no se agota en el juicio sobre la legalidad de cada decisión tomada como un acto jurídico individual, pues no se trata de hacer un estudio sobre la validez de la sentencia, sino de la razonabilidad de una conducta estatal, entendida ésta en términos más amplios, a partir de los principios de continuidad y de unidad de la jurisdicción”.

No sobra señalar que de permitirse que el operador judicial de primera instancia pueda inaplicar el precedente judicial de sus superiores funcionales, Tribunal Superior de Bogotá y Corte Suprema de Justicia, bajo el argumento de que por incurrir estos en imprecisiones en sus sentencias se encuentra habilitado legalmente para inaplicar las mismas, ello constituiría un grave atentado contra la seguridad e institucionalidad jurídica que, como pilares fundamentales de un estado social de derecho, como lo es la República de Colombia, deben prevalecer por mandato constitucional.

Deberá tener en cuenta el A Quem que los argumentos expuestos por el operador judicial en la sentencia impugnada para apartarse de la sentencia proferida por sus superiores funcionales, Tribunal Superior de Bogotá y Corte Suprema de Justicia, esta como Juez Constitucional, son los mismos que, más de un (1) años atrás, plasmó EGEDA COLOMBIA como soporte de la acción de tutela instaurada en contra del Tribunal Superior de Bogotá, en razón a la sentencia proferida en el proceso verbal promovido contra HOTELES EL SALITRE, argumentos que fueron desestimados por la Corte Suprema de Justicia en sus salas de Casación Civil y Laboral, como Juez Constitucional, por lo que cabe entonces preguntarse si la identidad en la argumentación será una simple y mera coincidencia?.

II. AFECTACION A LOS PRINCIPIOS CONTITUCIONALES DEL DEBIDO PROCESO Y ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA ANTE LA APLICACIÓN INDEBIDA DEL PRECEDENTE JUDICIAL DE ALCANCE CONSTITUCIONAL QUE DETERMINÓ LA UTILIZACION DE OBRAS AUDIOVISUALES AL INTERIOR DE UNA HABITACIÓN DE UN HOTEL ENTREGADA CON FINES DE ALOJAMIENTO. (COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL)

Desde el inicio del asedio de EGEDA COLOMBIA en contra de los hoteles formalmente constituidos a nivel nacional, en procura de obtener el ilegítimo pago de regalías por concepto de derechos de autor por el simple hecho de contar con aparatos receptores de señal de televisión dentro de las habitaciones que se alquilan con fines de alojamiento, uno de los argumentos que ha utilizado ha sido precisamente el hacer referencia de la sentencia C-282 de 1997, proferida por la Corte Constitucional, en la cual se decidió la demanda de inconstitucionalidad presentada en contra del artículo 83 de la ley 300 de 1996, pero con una interpretación totalmente contraria a la que fue objeto de decisión por parte de la Corte Constitucional.

En efecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-282 de 1997, al decidir sobre la demanda de inconstitucionalidad promovida por el ciudadano HERBERTH VASQUEZ PINZON en contra de la totalidad del artículo 83 de la ley 300 de 1996, que consagra las habitaciones

hoteleras como el domicilio privado del huésped, **DECLARÓ EXEQUIBLE** la norma acusada, con excepción del aparte inicial que incluía tal reconocimiento tratándose de los efectos del artículo 44 de la ley 23 de 1982.

Como quiera que la sentencia en cita declaró la exequibilidad del artículo acusado con excepción de la parte inicial del mismo, la Corte procedió a dar dos alcances distintos a su providencia: (i) un alcance general para declarar la exequibilidad del artículo acusado y (ii) un alcance de excepción para declarar la inexequibilidad de la parte inicial del mismo artículo.

A.- PRIMER ALCANCE DE LA SENTENCIA (DE CARÁCTER GENERAL): UTILIZACION DE LA OBRA POR PARTE DEL HUESPED DENTRO DE LA HABITACION PARA FINES DE SU PARTICULAR ESPARCIMIENTO – ARGUMENTOS PARA DECLARAR EXEQUIBLE EL ARTICULO 83 DE LA LEY 300 DE 1986

En cuanto a este primer alcance, la Corte Constitucional señaló lo siguiente:

“Las habitaciones de hotel, en efecto, gozan del mismo amparo constitucional previsto para el domicilio, pues constituyen, sin duda, domicilio. Ninguna persona ni autoridad puede, entonces, sin permiso del huésped, ingresar ni penetrar en la intimidad de las mismas, invadirlas, registrarlas, reguísarlas, espiar, fotografiar, filmar ni grabar lo que en su interior acontece, a menos que medie orden escrita de autoridad judicial competente, en los casos y con las formalidades que establezca la ley y por los motivos previamente contemplados en ella”. (Subrayado y resaltado no son del texto)

.....

“En el otro aspecto, es decir, el estrictamente relacionado con la ejecución - pública o privada- de obras artísticas en el interior de los hoteles, tiene relevancia el carácter que se asigne legalmente al respectivo acto, pues de allí se desprende la mayor o menor protección del autor en los derechos que le reconoce el artículo 61 de la Constitución Política, que al respecto remite precisamente a lo que el legislador disponga en materia de tiempo y formalidades. (Subrayado y resaltado no son del texto)

Para la Corte es evidente que la ejecución de una obra artística dentro de una habitación de hotel u hospedaje no es pública o privada según la calificación que se haya hecho del lugar en cuanto tal, sino del sueto que la lleve a cabo y del ánimo lucrativo o de particular y privado esparcimiento- que la presida. (Subrayado y resaltado no son del texto)

En efecto, no es lo mismo si el huésped, en la intimidad de su habitación, decide escuchar una obra musical mediante la utilización de elementos electrónicos que lleva consigo -como una grabadora portátil o un "walkman"-, evento en el cual la ejecución de la obra artística mal podría ser calificada de pública, 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 y resaltado no son del texto)

Por lo tanto, en el aspecto sustancial, el artículo acusado, sin la remisión según la cual es aplicable "para los efectos del artículo 44 de la Ley 23 de 1982", en nada vulnera la Constitución Política, y, por el contrario, aplica a cabalidad sus artículos 15 y 28, cuando reivindica para los huéspedes de los hoteles y sitios de alojamiento el derecho a su intimidad y al disfrute privado de las obras artísticas, sin que por ello deban obtener permiso del autor de las

mismas, ni hacer erogación alguna con destino al pago de derechos.” (Subrayado y resaltado no son del texto)

En la sentencia impugnada el operador judicial condena a la demandada por el simple hecho de contar **en sus bodegas** con veinte (20) decodificadores que permiten captar la señal TDT, sin que se acompañara prueba alguna de su instalación en ninguna de las habitaciones de la instalación hotelera y por el contrario, a pesar que no darle ninguna validez al dictamen pericial aportado por la demandante a través del perito Juan Esteban Caro Cano, por las múltiples inconsistencias en que este incurrió dentro del mismo, lo que ameritó que el Doctor FELIPE GIRON RODRIGUEZ, quien atendió la diligencia, formulara denuncia en su contra por el delito de falsedad en documento privado que puede servir de prueba, causa que se tramita en la Fiscalía 42 Seccional de Medellín, procede el A Quo a condenar a la demanda con base en “indicios”, que como bien se sabe, no constituyen plena prueba que permita determinar la comunicación pública de obras audiovisuales dentro de las habitaciones del HOTEL PLAZUELA SAN IGNACIO MEDELLIN, y en consecuencia, que amerite proferir sentencia en su contra, como requisito sine quanón para el efecto.

Pero es que además, tal como se aceptó por ambas partes al agotarse la etapa probatoria del proceso, tales decodificadores no se ofrecen ni se ponen a disposición de los huéspedes del hotel PLAZUELA SAN IGNACIO MEDELLIN, como erróneamente lo aprecia el A Quem, sino que estos se encuentran en bodegas del hotel para ser entregados a título de préstamo gratuito a los huéspedes que previa y expresamente manifiesten su voluntad de acceder al servicio de televisión TDT dentro de su habitación, que es su domicilio privado, en **“reivindicación para los huéspedes de los hoteles y sitios de alojamiento del derecho a su intimidad y al disfrute privado de las obras artísticas, sin que por ello deban obtener permiso del autor de las mismas, ni hacer erogación alguna con destino al pago de derechos.”**, como expresamente lo manifiesta la Corte Constitucional en la citada Sentencia C-282 de 1997.

No se yerra entonces al concluir, que la sentencia impugnada afecta directamente a los huéspedes del hotel PLAZUEL SAN IGNACIO MEDELLIN en sus derechos a la intimidad y al disfrute privado de las obras artísticas, sin que para ello se deba pedir permiso y, menos aún, efectuar erogación alguna con destino al pago de derechos.

Pero es que además debe tener en cuenta el A Quem que el A Quo está fundamentando su sentencia en una errónea apreciación de las pruebas allegadas al proceso, al afirmar que el hotel PLAZUELA SAN IGNACIO MEDELLIN ha tenido, desde su apertura en abril de 2018, veinte (20) decodificadores que permiten captar la señal TDT, afirmación errónea que resulta contraevidente con lo afirmado bajo la gravedad del juramento por parte del Representante Legal de la demandada, quien al contestar el interrogatorio de parte fue enfático en afirmar que tales disposición “ SE HAN VENIDO ADQUIRIENDO PAULATINAMENTE”, siendo así como para el año 2018 se adquirieron cinco (5) dispositivos en el mes de diciembre; en el año 2019 se adquirieron otros cinco (5) dispositivos en el mes de diciembre; en el año 2020 no se adquirieron dispositivos en razón a los muy bajos porcentajes de ocupación generados con ocasión de la pandemia; en el año 2021 se adquirieron cinco (5) dispositivos en el mes de diciembre y en el año 2022 se adquirieron los últimos cinco (5) dispositivos en el mes de septiembre.

Así las cosas, la sentencia parte de una premisa equivocada lo que hace que las conclusiones y fundamentos de su sentencia carezcan del soporte probatorio necesario que patrocine la sentencia condenatoria proferida.

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta, además, que no existe ninguna diferencia que amerite la condena a la demandada, en cuanto a la propiedad del aparato a través del cual el huésped al interior de su habitación, que es su domicilio privado, hace uso de una obra artística para su particular esparcimiento.

En efecto, recurriendo al mismo ejemplo traído a colación por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-282 de 1997, cual sería entonces la diferencia para determinar la condena o absolución de las pretensiones demandatorias, si el Walkman utilizado por el huésped para escuchar piezas musicales dentro de su habitación para su particular esparcimiento, es de su

propiedad o es prestado por la instalación hotelera pero sin que haga parte del equipamiento mismo de la habitación? Mas aun cuando la instalación hotelera no pone a disposición del huésped tal aparato sino que es el huésped quien voluntariamente solicita que se le conceda el uso del mismo a título de préstamo?

La respuesta no es otra que la de concluir que resulta totalmente inocuo el hecho de la propiedad del aparato o dispositivo, cuando el resultado es el mismo, esto es, la utilización de obras artísticas por parte del huésped al interior de la habitación entregada con fines de alojamiento, previa su expresa solicitud y para su particular e individual esparcimiento.

B.- SEGUNDO ALCANCE DE LA SENTENCIA (ALCANCE DE EXCEPCION): DIFUSION DE VIDEOS O SONIDOS DENTRO DE LA HABITACION A TRAVÉS DE REDES INTERNAS CON FINES DE LUCRO – ARGUMENTOS PARA DECLARAR INEXEQUIBE LA PARTE INICIAL DEL ARTÍCULO 83 DE LA LEY 300 DE 1996 QUE DECIA “PARA LOS EFECTOS DEL ARTÍCULO 44 DE LA LEY 23 DE 1982”

En cuanto a este segundo alcance, la Corte Constitucional señaló siguiente:

“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. (Subrayado y resaltado no son del texto)

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”. (Subrayado y resaltado no son del texto)

EGEDA COLOMBIA ha querido darle una interpretación, errónea, subjetiva y malintencionada al contenido de la Sentencia C-282 de 1996, tratando de imponer el alcance de excepción sobre el alcance general de la sentencia, argumentando que en los hoteles existen redes internas con destino a las habitaciones para la difusión de las obras cinematográficas que dice representar y que, conforme al pronunciamiento de la Corte Constitucional, ello obliga a las instalaciones hoteleras al pago de los derechos de autor que reclama en favor de los productores que dice representar.

Al respecto cabe reiterar que, conforme lo expuso el perito dentro de su dictamen y lo ratificó en la declaración juramentada en la audiencia llevada a cabo el 06 de diciembre de 2022, en las instalaciones del HOTEL PLAZUELA SAN IGNACIO MEDELLIN, de propiedad de la sociedad demandada, no cuenta con una red interna ni con mecanismos ni artefactos que permitan la manipulación de la señal prestada de TV y que la instalación hotelera no cuenta con ningún servicio de señal de televisión, ni por cableoperador, ni por ningún otro mecanismo que técnicamente permita acceder a tal señal, lo cual descarta de plano que dentro de tales instalaciones existan redes internas, como erróneamente se sostiene en la sentencia impugnada.

ACLARACION DEL SENTIDO Y ALCANCE DE LA SENTENCIA C-282 DE 1997 POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Pero es que cualquier duda que respecto al sentido y alcance de la Sentencia C-282 de 1997 pudiera generarse, ella se encuentra debida y totalmente resuelta por parte de la misma Corte Constitucional, Alto Tribunal que mediante Auto de julio 31 de 2017, expediente D-12233, aclaró el alcance y sentido de la Sentencia C-282 de 1996, disponiendo:

“De acuerdo con el citado fallo (Sentencia C-282 de 1997) es claro que la Corte (Constitucional) ha interpretado que la expresión “hoteles”, para efectos de derechos de autor, no

se extiende al interior de las habitaciones cuando los huéspedes realizan reproducciones de obras musicales, sea por medio mecánicos, electrónicos, sonoros o audiovisuales". (Subrayado y resaltado no son del texto)

Alega EGEDA COLOMBIA, con la coadyuvancia de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, a través de la Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales, que conforme lo aclaró el Magistrado Ponente del Auto, este tiene alcance inter-partes, pero lo que no dice la demandante, ni la sentencia impugnada, es que la remisión que se haga en el texto de un auto con efectos inter partes, a una sentencia con efecto Erga Omnes, como lo es la Sentencia C-282 de 1996, no puede generar efecto inter-partes, sino que tal remisión también alcanza efecto erga omnes.

Bajo los citados alcances de interpretación y aplicación de la Sentencia C-282 de 1997 que expone con claridad la H. Corte Constitucional, resulta entonces forzoso concluir que cuando un establecimiento hotelero entrega una habitación al huésped con fines exclusivos de alojamiento, esta se constituye de inmediato y por disposición legal, en su domicilio privado y en consecuencia, si el huésped al interior de su habitación, que es su domicilio privado, decidiera voluntariamente encender el aparato receptivo de la señal de TV y sintonizar para sí y con ánimo únicamente de su particular esparcimiento cualquier canal, por no provenir tal señal de redes internas de video adaptadas exclusivamente por el establecimiento hotelero para uso comercial, tal hecho **NO CONSTITUYE DE MANERA ALGUNA COMUNICACIÓN PÚBLICA DE OBRAS AUDIOVISUALES**, máxime si se tiene en cuenta que la correspondiente autorización, previa remuneración, por la explotación de los derechos de los que hace uso el huésped para sí como destinatario único del servicio y con ánimo exclusivo de su personal entretenimiento, está comprendida en el negocio celebrado entre el cable operador y cada uno de los canales que hacen parte de su programación.

CORRECTA APLICACIÓN DEL SENTIDO DE LA SENTENCIA C-282 DE 1997 POR PARTE DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL DE DECISIÓN.-

Pero es que tal interpretación no se torna caprichosa, ni menos aún subjetiva, pues en este mismo sentido la interpretó acertadamente el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil de Decisión, en sentencia de fecha diciembre 04 de 2018, con Radicación No. 11001220300020180279700, quien actuando como Juez Constitucional, al negar el amparo constitucional petitionado por EGEDA COLOMBIA mediante acción de tutela promovida en contra del Juzgado 37 Civil del Circuito de Bogotá, respecto a su pronunciamiento contenido en la sentencia proferida dentro del proceso promovido contra DIPLOMAT WINDHAM BOGOTÁ, de fecha octubre 18 de 2018, con Radicación No. 11001310303720180033100, que negó las pretensiones demandatorias y la condenó en costas, dispuso lo siguiente:

"El funcionario accionado denegó las pretensiones de la demanda, tras hacer alusión a la Sentencia C-282 de 1997 y al Auto de Julio 31 de 2017, para tal efecto consideró que: "las reproducciones de obras, sea por medios mecánicos, electrónicos, sonoros o audiovisuales, que los huéspedes reproduzcan al interior de la habitación de un hotel donde se alojan no son objeto de protección de derechos de autor, enfatizando que la Sentencia C-282 de 1997, incluso traída a colación por la activa, entiende que la expresión "hoteles" a que hace alusión los artículos 159 y 163 de la Ley 23 de 1982, no se extiende al interior de sus habitaciones"". (Resaltado no es del texto)

Agregó que ***"al ser la habitación de un hotel un lugar privado al que tan solo tiene acceso el huésped y el personal que allí labora, no puede hablarse de que la reproducción de los canales de televisión que operan en el Hotel Wyndham por cuenta del contrato de servicio de cable-operadores suscrito con UNE y DIREC TV es una ejecución pública, pues serán los clientes quienes disfruten de manera privativa y particular del contenido de la parrilla de televisión dispuesta por el establecimiento hotelero"***". (Resaltado no es del texto)

Raciocinio que no es opuesto a la sentencia C-282 de 1997,

según la cual “----no es lo mismo si el huésped en la intimidad de su habitación, decide escuchar una obra musical mediante la utilización de elementos electrónicos que lleva consigo -como una grabadora portátil o un "walkman"-, evento en el cual la ejecución de la obra artística mal podría ser calificada de pública, 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”. (Se resaltó)

De esta manera la conclusión a que llegó el Juzgado sobre la improcedencia del cobro de derechos de autor por reproducción individual en las habitaciones del hotel, no es contraria a las normas aplicables, en especial el artículo 159 de la ley 23 de 1983, puesto que la expresión “hoteles” de esa norma, como lugar de ejecución pública de obras musicales, como dijo la Corte en la citada sentencia C-282 de 1997, no comprende de modo absoluto toda obra artística en todo lugar de los mismos. (Resaltado no es del texto)

Precisamente la Corte dejó dicho en uno de los párrafos arriba transcritos, que no es igual el disfrute individual de las obras por cada huésped en la privacidad de la habitación que ocupe, según su particular gusto, que la difusión general y en abstracto del hotel hacia todas las habitaciones”

Cabe anotar que la sentencia de tutela en mención fue objeto de impugnación por parte de EGEDA COLOMBIA, la cual fue resuelta por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, quien en sentencia de fecha enero 24 de 2019, con ponencia del H.M. Luis Alfonso Rico Puerta, confirmó la sentencia impugnada.

Así las cosas, ante la total claridad de lo dispuesto por la H. Corte Constitucional en la Sentencia C-282 de 1997 y en el Auto de julio 31 de 2017, expediente D- 12233, y ante la correcta interpretación que de la misma ha aplicado el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil de Decisión, en el precedente judicial descrito, procede también entonces, impugnar la errónea interpretación que de la sentencia C-282 de 1997 hace el A Quo en evidente respaldo a las pretensiones demandatorias de EGEDA COLOMBIA, representados judicialmente por el ex director de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, JUAN CARLOS MONROY RODRIGUEZ.

III. AFECTACION A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DEBIDO PROCESO Y ACCESO A LA ADMISTRACION DE JUSTICIA ANTE LA INAPLICACION DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD POR PARTE DEL A QUO

Al respecto, sea lo primero reiterar que, conforme lo establece el artículo 230 de la Constitución Nacional, “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”

Este predicado se repite en el Código General del Proceso en donde en su artículo 7º, al establecer el principio de legalidad, enfatiza que “Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.”

Con fundamento en los preceptos descritos, el suscrito apoderado judicial de la sociedad demandada procedió a presentar en la contestación de la demanda, la excepción de mérito que denominó **IMPROCEDENCIA DE LAS PRETENSIONES POR SER CONTRARIAS A NORMATIVIDAD LEGAL EXPRESA Y VIGENTE – APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD -**, fundamentándola principalmente, que en Colombia, el tema de la utilización de obras artísticas al interior de las habitaciones de un hotel entregadas con fines de alojamiento encuentra expresa regulación normativa de alcance constitucional y legal, según la siguiente relación:

- Constitución Nacional, artículos 15 y 28
- Ley 300 de 1996, artículo 83
- Ley 23 de 1982, artículo 44
- Tratado de la OMPI – artículo 8º. – Decreto 1474 de 2002-
- Decreto 1318 de 1996, artículo 1º.

A. INAPLICACION DEL ARTICULO 1º DEL DECRETO 1318 DE 1996

En los alegatos de conclusión, el suscrito apoderado judicial de la demandada procedió a relacionar en detalle la normatividad que, constitutiva de la excepción de mérito propuesta en la contestación de la demanda de **IMPROCEDENCIA DE LAS PRETENSIONES POR SER CONTRARIAS A NORMATIVIDAD LEGAL EXPRESA Y VIGENTE – APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD -**, regula la utilización de obras artísticas al interior de una habitación entregada con fines de alojamiento, haciendo especial énfasis en lo preceptuado por el Decreto 1318 de 1996 en su artículo 1º que prescribe lo siguiente:

ARTICULO 1º- La utilización de obras científicas, literarias y artísticas en lugares distintos a la habitación que se alquila con fines de alojamiento, dentro del establecimiento hotelero o de hospedaje, da lugar al ejercicio de los derechos de que trata la ley 23 de 1982”.

Sobre esta norma, se hizo especial referencia en cuanto a que consultada su vigencia ante el Sistema Único de Información Normativa del Ministerio de Justicia –SUIN- en oficio de fecha junio 18 de 2019, el Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del organismo certificó que: “El Decreto 1318 de 1996...no ha sido objeto de derogación expresa”; “En lo referente a las modificaciones del contenido normativo, no se encontró ninguna que recaiga sobre la norma objeto de la consulta” y “en relación con su validez, no se encontró pronunciamiento jurisprudencial”. (resaltado no es del texto)

Así mismo, se reiteró que al tratarse el Decreto 1318 de 1996 de un acto administrativo expedido por funcionario competente (El Presidente de la República), este goza de las prerrogativas de ley que le son propias, entre ellas, la presunción de legalidad (artículo 88 del CPACA) y el carácter ejecutorio del mismo (artículo 89 CPACA), por lo que siendo entonces que el Decreto 1318 de 1996 es un acto administrativo que no ha sido anulado, ni suspendido por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, tal como lo certifica el Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Sistema Único de Información Normativa del Ministerio de Justicia –SUIN- en oficio de fecha junio 18 de 2019, resulta exigible su estricta aplicación para todas las autoridades administrativas y judiciales, sin que los organismos administrativos con funciones jurisdiccionales sean la excepción.

La sentencia impugnada desestima la excepción que al respecto fue propuesta en la contestación de la demanda bajo la siguiente argumentación:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Resulta evidente que la argumentación que esgrime el A Quo para inaplicar el artículo 1º del Decreto 1318 de 1996, fue tomada de la sentencia C- 122 de 2011, en la cual la Corte Constitucional dispuso al respecto lo siguiente:

“La excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, se fundamenta en la actualidad en el artículo 4º de la Constitución, que establece que “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales...”. Esta norma hace que nuestro sistema de control de constitucionalidad sea calificado por la doctrina como un sistema mixto ya que combina un control

concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y un control difuso de constitucionalidad en donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución. De otra parte, hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto. Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o ex officio por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución. En este caso se debe subrayar que la norma legal o reglamentaria que haya sido exceptuada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son inter-partes, solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución. Por este hecho una norma que haya sido exceptuada por cualquier autoridad judicial, administrativa o por un particular cuando tenga que aplicar una norma, puede ser demandada ante la Corte Constitucional que ejercerá el control de constitucionalidad y decidirá en forma definitiva, de manera abstracta, general y con efectos erga omnes si la norma exceptuada es constitucional o no. Teniendo en cuenta lo anterior, considera la Corte que las excepciones de inconstitucionalidad que profieren las autoridades judiciales, administrativas o los particulares cuando tengan que aplicar una ley, no elimina la posibilidad que tiene la corporación de realizar el control de constitucionalidad de determinado precepto”.

Al respecto, sea lo primero señalar que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, con ponencia de la H.M. MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ, en sentencia de fecha 11 de noviembre de 2010, expediente 66001-23-31-000-2007-00070-01, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 237-2 de la Constitución Nacional, estableció los requisitos para que proceda la excepción de inconstitucionalidad, disponiendo lo siguiente:

“La figura de la excepción de inconstitucionalidad es un instrumento establecido por el artículo 4° de la Constitución Política, cuya aplicación se alega para que en caso de presentarse contradicción entre una norma de rango legal y otra de rango constitucional, se aplique esta última, con el fin de preservar las garantías constitucionales, que sólo procede para resolver casos o situaciones concretas o subjetivas, de modo que quien la hace efectiva es la autoridad que conoce del correspondiente caso y sus efectos, por consiguiente, son subjetivos o Inter partes. (...)”

Ahora bien, **para hacer uso de este medio excepcional es necesario que la contradicción sea manifiesta, esto es, que la norma constitucional y la legal riñan de tal manera que del simple cotejo resulte absolutamente incompatible su aplicación simultánea.** (...) (Resaltado no es del texto)

Las normas Constitucionales, que el actor considera como violadas, disponen que la Constitución es norma de normas y que en caso de incompatibilidad entre ésta y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las normas constitucionales (Art. 4°) y que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (Art. 29).

A juicio de la Sala la presunta violación no es manifiesta, palmaria o flagrante, es decir, no puede establecerse de la sola confrontación de la Constitución y la Resolución N° 355 de 2002 y mucho menos para declarar, con base en la pretendida excepción de inconstitucionalidad, la nulidad de los actos acusados.

Las normas que cita la Resolución N° 355 de 2002 y la entidad demandada en las Resoluciones acusadas, para sustentar su legalidad, como se observa, incluyen leyes, decretos leyes, decretos y resoluciones, que no riñen con las normas constitucionales que se endilgan como contrariadas. **Al no evidenciarse la violación de normas de rango Constitucional, de conformidad con la jurisprudencia transcrita, es improcedente la aplicación de la referida excepción y, por ende, la declaratoria de nulidad de los actos acusados bajo este cargo.** (Subrayado no es del texto)

Bajando lo dispuesto por el Consejo de Estado a la sentencia impugnada, se tiene que el A Quo no relacionó la norma o normas de la Constitución Nacional que resultarían afectadas con la aplicación del Artículo 1° del Decreto 1318 de 1996 y tampoco hizo referencia alguna a la manifiesta contradicción que debe existir entre la norma legal a ser aplicada y las del orden constitucional, esto es que, no se hace ninguna referencia a la norma constitucional que riñe con el artículo 1° del Decreto 1318 de 1996 de tal manera que del simple cotejo

resulte absolutamente incompatible su aplicación simultánea.

Pero es que además, desconoce el operador judicial de primera instancia (no creo que involuntariamente) que el Decreto 1318 de 1996 fue objeto de demanda en acción de nulidad por inconstitucionalidad ejercida por la ciudadana Doris Esguerra Rubio, demanda que fue resuelta por el Consejo de Estado, en sentencia de fecha 19 de febrero de 1998, con ponencia del H.M. Manuel Urueta Olaya, Expediente AI-015, en donde el Alto Tribunal, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 237-2 de la Constitución Nacional, denegó las pretensiones de la demandante, considerando la constitucionalidad del acto administrativo impugnado, señalando para el efecto lo siguiente:

“La ley 23 de enero 28 de 1982, por la cual se regulan los derechos de autor, prescribe en su artículo 44 que "es libre la utilización de obras científicas, literarias y artísticas en el domicilio privado sin ánimo de lucro". Al considerar el artículo 83 de la ley 300 que las habitaciones de los establecimientos hoteleros y de hospedaje que se alquilan con fines de alojamiento constituyen domicilio privado, para efectos del artículo 44 de la ley 23 de 1982, debe forzosamente concluirse que los lugares por fuera de las habitaciones no constituyen, a contrario, domicilio privado, de manera que en dichos lugares la utilización de obras científicas, literarias y artísticas no será libre.

La potestad reglamentaria en derecho colombiano está referida por mandato constitucional a la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes" (art. 189 numeral 11 C P.,). de manera que cuando el presidente de la República ejerce dicha facultad, lo hace con la finalidad de conseguir la cumplida ejecución de la ley que reglamenta y de todas las leyes en general. Además, en otras oportunidades la Sala ha interpretado el artículo 84 constitucional en el sentido de que los requisitos que deben reunirse para reglamentar una actividad no son sólo aquéllos previstos en la ley sino también en los decretos reglamentarios. (ver sentencia de 11 de marzo de 1994; Mag. Pon. Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez; Exp. núm. 2428).

En el caso sub judice surge con evidencia que la ley 300 de 1996 está estrechamente relacionada con el artículo 44 de la ley 23 de 1982 en lo que se refiere a la utilización de obras científicas, literarias y artísticas en las habitaciones de los establecimientos hoteleros y de hospedaje y por fuera de ellas, por lo que cuando el presidente de la República, en uso de la potestad reglamentaria, busca la cumplida ejecución de dichas leyes no está excediendo sus facultades en la materia".

Vale puntualizar que la sentencia de constitucionalidad proferida por el Consejo de Estado data del 19 de febrero de 1998, mientras que la Sentencia C-282 data del 5 de junio de 1997, lo que evidencia que el pronunciamiento de constitucionalidad del Decreto 1318 de 1996 por parte del Consejo de Estado es posterior a la declaratoria de inexecutable de la parte inicial del artículo 83 de la ley 300 de 1996 y sobre la cual se sustenta el A Quo para abstenerse de dar aplicación al artículo 1º del Decreto 1318 de 1996.

Así las cosas, mal puede el A Quo abstenerse de aplicar lo preceptuado en el artículo 1º del Decreto 1318 de 1996 sobre la base del juzgamiento subjetivo de inconstitucionalidad de la norma, cuando existe pronunciamiento del órgano judicial competente, esto es, el Consejo de Estado, quien en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 237-2 de la Constitución Nacional, determinó la constitucionalidad de la misma en la sentencia arriba descrita.

Como quiera que el A Quo no dio cumplimiento a los requisitos que el Consejo de Estado estableció para que proceda la excepción de inconstitucionalidad, al no individualizar las normas constitucionales que resultaban violadas con la aplicación del artículo 1º del Decreto 1318 de 1996, como tampoco haber hecho mención sobre norma constitucional que riñe con el artículo 1º del Decreto 1318 de 1996 de tal manera que del simple cotejo resultaba absolutamente incompatible su aplicación simultánea, además que el Decreto 1318 de 1996 fue objeto de control en acción de nulidad por inconstitucionalidad con posterioridad a la sentencia C-292 de 1996, resulta forzoso concluir, con total claridad, que la inaplicación a lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 1318 de 1996 se torna caprichosa y, en consecuencia, tal omisión resulta violatoria de los principios constitucionales del Debido Proceso y de Acceso a la Administración de Justicia, por lo que corresponde al Tribunal Superior de Bogotá revocar esta decisión y en su lugar, dar estricta aplicación al acto administrativo

inaplicable por el A Quo, artículo que por sí mismo resuelve el litigio fijado, por disponer esta norma que la utilización de obras científicas, literarias y artísticas en las habitaciones que se alquilan con fines de alojamiento, dentro del establecimiento hotelero o de hospedaje, no da lugar al ejercicio de los derechos de que trata la ley 23 de 1982.

Sin perjuicio de lo expuesto, pero con el ánimo de dar absoluta claridad respecto a este tema, debo señalar que si lo que soterradamente pretendía el A Quo era abrir la posibilidad de que se diera aplicación al fenómeno del decaimiento del acto administrativo por pérdida de su fuerza ejecutoria, en acatamiento de lo conceptuado por su Jefe Inmediato Nominal, el Director de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, en escrito de fecha 27 de septiembre de 2019, contentivo del concepto en respuesta al derecho de petición de consulta presentado por la Representante Legal de EGEDA COLOMBIA, tampoco sería de recibo tal cuestionamiento, toda vez que, de una parte, el juzgamiento de los actos administrativos es de exclusiva competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, como lo establece el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contenido en la ley 1437 de 2011, y de otra, el mismo CPACA establece en su artículo 92 el procedimiento que deberá ser agotado por parte de quien se oponga a la ejecución de un acto administrativo alegando que ha perdido fuerza ejecutoria, procedimiento del cual no figura constancia alguna dentro del expediente de haberse agotado.

B. INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTICULO 8º DEL TRATADO DE LA OMPI – APROBADO POR EL GOBIERNO NACIONAL MEDIANTE DECRETO 1474 DE 2002

Dentro de las normas que el suscrito apoderado judicial de la demandada procedió a relacionar como constitutiva de la excepción de mérito propuesta en la contestación de la demanda de **IMPROCEDENCIA DE LAS PRETENSIONES POR SER CONTRARIAS A NORMATIVIDAD LEGAL EXPRESA Y VIGENTE – APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD** – y que regulan la utilización de obras artísticas al interior de una habitación entregada con fines de alojamiento, se relacionó el Decreto 1474 de 2002, aprobatorio del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual – OMPI-, Decreto que en su artículo 8º transcribió la declaración concertada por parte de los países miembros sobre el artículo 80 del Convenio que dispuso lo siguiente:

“DECLARACION CONCERTADA SOBRE EL ARTICULO OCTAVO QUE REPOSA EN EL CONVENIO DE LA OMPI (CONVENIO DE BERNA): “Queda entendido que el simple suministro de instalaciones físicas para facilitar o realizar una comunicación, en sí mismo, no representa una comunicación en el sentido del presente Tratado o del Convenio de Berna” (resaltado no es del texto)

El A Quo desestima este argumento en la sentencia impugnada señalando que:

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

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

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

No obstante lo anterior, observa el Despacho que las partes acordaron tener por cierto que la sociedad demandada es propietaria de 20 decodificadores de Televisión Digital Terrestre –

TDT, los cuales entregan a sus huéspedes previa solicitud de estos, para que reciban la señal de televisión en las habitaciones del hotel. Así, encuentra esta Subdirección que el hotel pone a disposición de sus huéspedes dispositivos necesarios para que hasta 20 televisores de manera simultánea puedan captar y emitir la señal de televisión abierta. (Resaltado no es del texto)

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

Cabe reiterar el craso error en que incurre el A Quo en su argumentación para desestimar la aplicación de la norma en cita, toda vez que tal fundamentación se soporta en una premisa equivocada lo que hace que las conclusiones y fundamentos de su sentencia carezcan del soporte probatorio necesario que patrocine la sentencia condenatoria proferida.

Debe tener en cuenta el Despacho de alzada que no existe ninguna diferencia que justifique o amerite la condena a la demandada, en cuanto a la propiedad del aparato a través del cual el huésped al interior de su habitación, que es su domicilio privado, hace uso de una obra artística para su particular esparcimiento, en este caso, una antena o dispositivo que permita captar la señal TDT.

La probatoria allegada al expediente da cuenta irrefutable que en las habitaciones del Hotel PLAZUELA SAN IGNACIO MEDELLIN no existe ninguna red interna o conexión técnica que permita captar señal de televisión alguna y que la instalación hotelera NO PONE A DISPOSICION DE LOS HUESPEDES LOS DECODIFICAROS como erróneamente se expresa en la sentencia impugnada, sino que tales dispositivos PERMANECEEN GUARDADOS EN BODEGA DEL HOTEL, para ser entregados a los huéspedes que EXPRESAMENTE ASÍ LO SOLICITEN para su particular e individual esparcimiento, en reivindicación al derecho constitucional que tienen de acceder a la televisión gratuita, dentro de la habitación del hotel, que para este efecto se constituye en su domicilio privado.

En efecto, recurriendo al mismo ejemplo traído a colación por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-282 de 1997, cual sería entonces la diferencia para determinar la condena o absolución de las pretensiones demandatorias, si el Walkman utilizado por el huésped para escuchar pieza musicales dentro de su habitación para su particular esparcimiento, es de su propiedad o es prestado por la instalación hotelera pero sin que haga parte del equipamiento mismo de la habitación?. ¿Mas aun cuando la instalación hotelera no pone a disposición del huésped tal aparato sino que es el huésped quien voluntariamente solicita que se le conceda el uso del mismo a título de préstamo en reivindicación al derecho constitucional de acceder al servicio de televisión gratuita?

La respuesta no es otra que la de concluir que resulta totalmente erróneo fundamentar la sentencia en la propiedad del aparato o dispositivo, cuando el resultado es el mismo, esto es, cuando tal dispositivo solo habilita la utilización de las obras artísticas para el huésped que así lo solicitó previamente, al interior de la habitación entregada con fines de alojamiento que para estos efectos se constituye en su domicilio privado por no haber red interna de distribución de señal de televisión y para su particular e individual esparcimiento.

IV. AFECTACION A LOS DERECHOS CONTITUCIONALES A LA INTIMIDAD Y AL DISFRUTE PRIVADO DE OBRAS ARTISTICAS QUE LE ASISTEN AL HUESPED COMO TELEVIDENTE DE ACCEDER VOLUNTARIAMENTE A LA SEÑAL DE TELEVISION GRATUITA (TDT) DENTRO DE SU HABITACION QUE PARA ESTOS EFECTOS SE CONSTITUYE EN SU DOMICILIO PRIVADO.

Quedó probatoriamente establecido dentro del proceso que en las instalaciones del HOTEL PLAZUELA SAN IGNACIO MEDELLIN, de propiedad de la sociedad demandada, no se ejecutan públicamente las obras audiovisuales que, sin ningún soporte probatorio, dice EGEDA COLOMBIA están bajo su representación, toda vez que:

1. El restaurante La Capilla que opera en el piso 6º de la instalación hotelera, no es de propiedad de la sociedad demandada HOTEL PLAZUELA SAN IGNACIO MEDELLIN S.A.S., sino que este establecimiento de comercio con matrícula mercantil No. 21-370357-02, pertenece a la señora ANA YULIETH ARISTIZABAL GONZALEZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.036.601.068, tal como se acredita en el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara e Comercio de Medellín.
2. En la instalación hotelera denominada HOTEL PLAZUELA SAN IGNACIO MEDELLIN, de propiedad de la sociedad demandada, no se cuenta con señal de televisión, ni en sus áreas públicas, ni en sus habitaciones y, en consecuencia, no se cuenta con contrato suscrito con cableoperador alguno para la prestación de tal servicio y si las habitaciones cuentan con aparatos receptores de tal señal, estos se mantienen para quienes quieran conectarlos a sus computadores personales para sus trabajos empresariales o personales o para ver series vía “streaming”.

En tal sentido, resulta totalmente contraria a derecho la apreciación del A Quo según la cual, por el solo hecho de contar la demandada con veinte (20) decodificadores que permiten captar la señal de televisión por Televisión Digital Terrestre -TDT-, aparatos que se han venido adquiriendo desde el año 2019, de manera progresiva, y que **PERMANECEN GUARDADOS EN BODEGAS DEL HOTEL**, per-se ello constituye comunicación públicas de las obras audiovisuales que se emiten en los canales que se transmiten a través de esta señal y lo que es peor, prohíbe a la demandada continuar prestando tales aparatos a los huéspedes que voluntariamente lo soliciten, sin antes pagar los derechos reclamados por EGEDA COLOMBIA.

Desconoce la sentencia impugnada el derecho constitucional que le asiste al huésped, que de manera eventual y esporádica, solicita hacer uso de su derecho constitucional de acceder a la televisión gratuita para su particular esparcimiento, mediante la conexión a un decodificador de señal de la TELEVISIÓN DIGITAL TERRESTRE -TDT-, que es libre y gratuita, dentro de la habitación del hotel que para estos efectos se constituye en su domicilio privado, lo que de plano desvirtúa que el ejercicio de tal derecho sea constitutivo de comunicación pública de obras audiovisuales como erróneamente lo plasma el A Quo en su sentencia.

En efecto, la Televisión Digital Terrestre (TDT), también llamada en algunos países de América, Televisión Digital Abierta (TDA), es la transmisión de imágenes en movimiento y su sonido asociado mediante codificación binaria a través de una red de transmisores terrestres.

En Colombia, el sistema de televisión digital elegido fue el europeo DVB-T usando una canalización de 6 MHz. La decisión de la Comisión Nacional de Televisión (CNTV) -entidad que posteriormente fue disuelta y remplazada por la Autoridad Nacional de Televisión- fue anunciada el jueves 28 de agosto de 2009, después de diferentes retrasos y negociaciones. Colombia determinó operar con el sistema de compresión MPEG-4.

La Comisión inició el proceso de implementación de la televisión digital terrestre en el año 2009. La decisión fue tomada después de analizar diferentes aspectos, tales como pruebas técnicas realizadas con los estándares ATSC, DVB-T e ISDB-Tb en todo el territorio nacional, un estudio sobre hábitos de consumo en Colombia (contratado con la firma encuestadora Napoleón Franco) y finalmente el estudio sobre el impacto socioeconómico realizado por la Universidad de Antioquia, el cual simuló y evaluó el impacto de la implementación para cada uno de los tres estándares. El estudio de más de 900 páginas fue contratado por el Ministerio de Comunicaciones y ha sido calificado por diversos sectores académicos nacionales e internacionales como uno de los más completos y rigurosos que se ha realizado en América Latina, no solamente por su extensión sino por el número de variables involucradas.

El 29 de enero de 2010 comenzó oficialmente la TDT en Colombia, con la emisión de la señal digital de televisión para parte del centro y norte de la ciudad de Bogotá, a través de los canales públicos Canal Uno, Canal Institucional y Señal Colombia, desde la estación Calatrava.¹⁵

El 15 de febrero de 2010, la Junta Directiva de la CNTV asignó las frecuencias de TDT para los canales nacionales públicos y privados, regionales, locales con y sin ánimo de lucro, aquellas para ser utilizadas en tecnología digital móvil y liberó los canales comprendidos entre el 64 y el 69 para que el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones los reasigne en otros servicios de telecomunicaciones.

Para marzo de 2010, el cronograma definitivo por parte de los operadores nacionales privados Caracol y RCN continuaba oculto, incluso para el Gobierno. Se prometió que los decodificadores DVB-T no superarían el costo de \$30 000 pesos colombianos (unos 15 dólares).

En abril de 2010, importantes firmas de electrónica comenzaron a comercializar los primeros televisores con decodificador DVB-T incorporado listos para TDT, mientras que la Cámara de Electrodomésticos de la ANDI informa que "la venta de televisores de nueva tecnología como son LCD, Plasmas y LED (sic) viene creciendo a pasos agigantados".

En diciembre de 2010 se iniciaron las transmisiones de prueba de los principales canales privados de televisión, en las frecuencias asignadas (ya lo venían haciendo en frecuencias temporales). Se anuncia por parte del director de la CNTV la venta de los decodificadores para la TV digital en el país, desde 40 dólares a partir de enero de 2011.

Posteriormente, Colombia decide actualizar su formato migrando a la siguiente generación de TV, DVB-T2. Esto conlleva a la posibilidad de ofrecer más canales que en DVB-T o cantidades similares pero sumando canales en alta definición (HD) y 3D.24

En mayo de 2012 inician las transmisiones en DVB-T2 para las áreas metropolitanas de Cali y Barranquilla y en agosto para Bogotá y Medellín.

Para 2014 ya se transmite en estándar DVB-T2 en los departamentos de Antioquia, Atlántico, Bolívar, Caldas, Cundinamarca, Magdalena, Norte de Santander, Quindío, Risaralda, Santander, Tolima y Valle.

Adicionalmente, en 2014 se crea un Laboratorio de TDT entre la Institución Universitaria Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid (Grupo de Investigación SMO) y el canal regional Teleantioquia, con miras a desarrollar contenidos para la Televisión Digital Terrestre.

La característica principal de la TDT es que es **GRATUITA**, sin perjuicio que los operadores de Televisión por Suscripción deban garantizar sin costo alguno a los suscriptores la recepción de los canales colombianos de televisión abierta de carácter nacional, regional y municipal que se sintonicen en VHF, UHF o vía satelital en el área de cubrimiento únicamente, como lo establece el artículo 11 de la ley 680 de 2001.

Por su parte, la Autoridad Nacional de Televisión, ANTV, publicó los derechos de los televidentes entre los cuales se encuentra el siguiente:

"El televidente tiene derecho a recibir de manera gratuita la señal de televisión abierta de los canales nacionales privados, los canales institucionales y los canales regionales y locales que operen en su municipio. La señal de televisión abierta es aquella que usted puede recibir sin costo, ni suscripción en cualquier ubicación que esté cubierta por un servicio de estación". (resaltado no es del texto)

Lo expuesto tiene pleno respaldo en el pronunciamiento de la Corte Constitucional contenido en la Sentencia C-282 de 1997, en donde sobre el derecho del huésped de acceder a las obras artísticas al interior de su habitación determinó lo siguiente:

"Por lo tanto, en el aspecto sustancial, el artículo acusado, sin la remisión según la cual es aplicable "para los efectos del artículo 44 de la Ley 23 de 1982", en nada vulnera la Constitución Política, y, por el contrario, **aplica a cabalidad sus artículos 15 y 28, cuando reivindica para los huéspedes de los hoteles y sitios de alojamiento el derecho a su intimidad y al disfrute privado de las obras artísticas, sin que por ello deban obtener**

permiso del autor de las mismas, ni hacer erogación alguna con destino al pago de derechos. (Subrayado y resaltado no son del texto)

Pero es que, además, la Corte Constitucional mediante Auto de julio 31 de 2017, expediente D-12233, ratificó lo expuesto en la sentencia C-282 de 1997, reiterando que:

“De acuerdo con el citado fallo (Sentencia C-282 de 1997) es claro que la Corte ha interpretado que la expresión “hoteles”, para efectos de derechos de autor, no se extiende al interior de las habitaciones cuando los huéspedes realizan reproducciones de obras musicales, sea por medio mecánicos, electrónicos, sonoros o audiovisuales”. (Subrayado y resaltado no son del texto)

La normatividad y sentencia arriba relacionadas, se complementa con la declaración concertada sobre el artículo 8 del convenio de Berna que efectuaron los países que como Colombia suscribieron ese convenio, tratado aprobado por el Gobierno Nacional mediante Decreto 1474 de 2002, norma supranacional que indica:

DECLARACION CONCERTADA SOBRE EL ARTICULO OCTAVO QUE REPOSA EN EL CONVENIO DE LA OMPI (CONVENIO DE BERNA): **“Queda entendido que el simple suministro de instalaciones físicas para facilitar o realizar una comunicación, en sí mismo, no representa una comunicación en el sentido del presente Tratado o del Convenio de Berna.** También queda entendido que nada de lo dispuesto en el Artículo 8 impide que una Parte Contratante aplique el Artículo 11bis.2)”. (Resaltados no son del texto)

Cabe reiterar que la Decisión Andina 351 de 1993, en su artículo 21, reconoce la autonomía legislativa que sobre la materia expidan internamente los Países Miembros, siempre que no se atente contra la normal explotación de las obras o no se cause perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos, defectos estos que evidentemente no se configuran con la expedición de la norma en cita.

No sobra destacar además que, sobre este preciso aspecto, se manifestó el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección Primera, en providencia de fecha primero (1o.) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995), con ponencia del Magistrado YESID ROJAS SERRANO, expediente No. 3251, estableciendo que no por el solo hecho de encontrarse un establecimiento de comercio dentro de los relacionados en el artículo 159 de la Ley 23 de 1982, por ello deba pagar los derechos de autor consignados en dicha norma, señalando al respecto lo siguiente:

“Para la Sala la decisión del Tribunal habrá de ser confirmada, **pues es claro que no siempre en los sitios a que alude el artículo 159 de la Ley 23 de 1982 se ejecutan obras o piezas musicales, ..., pues no sería justo el que tuviesen que pagar derechos de autor los citados establecimientos, por el sólo hecho “de encontrarse enumerados en el artículo 159, así no se interpreten o ejecuten en ellos obras musicales.** (Subrayado y resaltado no son del texto)

Del contenido de la norma se desprende que **sólo se causa ejecución pública en los establecimientos con acceso al público, siempre y cuando por cualquier medio, bien sea en forma permanente u ocasional, se interpreten o ejecuten obras musicales, lo que indica que de no presentarse dicha ejecución o interpretación, así se trate de los establecimientos enumerados en el artículo 159 de la Ley 23 de 1982, no habrá lugar al pago de los derechos de autor.** (Subrayado y resaltado no son del texto)

Pero es que la Corte Constitucional en la sentencia C-654 de 2003 y la Autoridad Nacional de Televisión en la Resolución No. 2291 del 22 de septiembre de 2014, han coincidido en indicar, entre otras cosas, que la obligación impuesta por el artículo 11 de la ley 680 de 2001 a los canales nacionales de suministrar gratuitamente la señal, se justifica por la función social de la propiedad privada, por la prevalencia del interés general sobre el particular, por la potestad legislativa del Estado y por el derecho constitucional al pluralismo informativo que le asiste a la comunidad.

Así las cosas, es claro concluir que el artículo 11 de La Ley 680 debe ser considerado como una limitación a los derechos de los productores de obras audiovisuales, conforme ha sido reconocido tanto doctrinaria, como jurisprudencialmente.

V. AFECTACION A LOS PRINCIPIOS CONTITUCIONALES DEL DEBIDO PROCESO, ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA E IGUALDAD ANTE LA EXTRALIMITACIÓN DE FUNCIONES EN QUE INCURRIÓ EL A QUO AL ASUMIR LA CARGA PROBATORIA QUE LEGALMENTE CORRESPONDÍA EJERCER AL DEMANDANTE PARA DEMOSTRAR EL MONTO DEL DAÑO CAUSADO EN VIRTUD DE LA CONSIDERACION DE LA OBJECCIÓN AL JURAMENTO ESTIMATORIO DE LA CUANTIA.

Deberá tenerse en cuenta al resolver el presente recurso que el defecto fáctico emerge “cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.”¹ Esto se puede dar ya sea por acciones positivas u omisiones por parte del juez al momento de valorar una prueba de trascendencia para el fallo.

Las acciones positivas por las que el Juez incurre en defecto fáctico en su dimensión positiva consisten en realizar “acciones valorativas o acciones inadecuadas del Juez”² que según los casos manejados por la Corte Constitucional estas situaciones pueden ser: aceptación de prueba ilícita por ilegal o inconstitucional o dar como probados hechos sin que exista prueba de los mismos.

De otro lado, la dimensión negativa del defecto fáctico hace referencia de modo más específico a omisiones al momento de la valoración de la prueba. La doctrina las explica como “omisiones en el decreto, en la práctica y en la valoración de la prueba.”³

Bajo este contexto conceptual, cabe señalar que el artículo 206 del CGP dispone que quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo la gravedad de juramento. Además, advierte que este juramento constituirá prueba de su monto mientras no sea objetado por la parte contraria dentro del término de traslado respectivo.

Aunado a lo anterior, el citado artículo advierte que, para que la objeción al juramento pueda ser considerada, se debe especificar razonadamente la inexactitud que se atribuya a la estimación, caso en el cual el juez concederá a la parte que hizo la estimación, el término de cinco (5) días para que aporte o solicite las pruebas que considere pertinentes.

Sobre el tema de la objeción al juramento estimatorio de la cuantía, se pronunció la Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, en Auto No. 9 de fecha 16 de noviembre de 2021, dentro del proceso verbal adelantado por EGEDA COLOMBIA en contra de WASHINTONG PLAZA HOTEL S.A.S., radicación 1-2020-84897, en donde al resolver el recurso de reposición interpuesto por el suscrito apoderado judicial de la demandada en contra del auto que consideró el juramento estimatorio de la cuantía, dispuso lo siguiente:

“Establece el artículo 206 del CGP que el juramento estimatorio hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria. Solo será considerada la objeción que especifique razonadamente la inexactitud atribuida. Esto quiere decir que, de considerarse la objeción propuesta contra el juramento estimatorio, este pierde su fuerza probatoria, lo que obligará a que, al momento de la imposición de la condena en caso de haberse probado el daño, se acuda a los demás elementos probatorios admitidos para tazar la indemnización.

Téngase en cuenta que el término conferido por el artículo 206 del CGP al demandante no es de traslado de los reparos, como lo interpreta el apoderado de

¹ Sentencia C-590 de 2015

² Vías de hecho Acción de tutela contra providencias, Manuel Fernando Quinche Ramírez. Editorial Temis. (2013)

³ Sentencia C-590 de 2015

la demandada. Ese término es para que aporte o solicite pruebas que sirvan para sustentar su pretensión económica ya que la cifra jurada, a causa de haberse considerado la objeción, no será tenida en cuenta". (Resaltado no es del texto)

En la demanda que dio lugar a la sentencia impugnada, el operador judicial, mediante Auto No. 04 de octubre 22 de 2021, consideró la objeción al juramento estimatorio de la cuantía, al encontrar justificadas las siguientes inconsistencias en la cuantificación del monto de los supuestos perjuicios ocasionados:

- 1) Inexactitud por el monto de \$32.022.400 dado que la sociedad demandada fue constituida en marzo 07 de 2018 e inició operaciones en abril 01 de 2018, y la demanda pretende el pago de perjuicios desde el año 2012 cuando la demandada aún no se había constituido.
- 2) Inexactitud en la suma de \$12.585.093 que corresponden al pago de perjuicios por la supuesta comunicación pública de obras audiovisuales en el restaurante "La Capilla", establecimiento de comercio que no es de propiedad, ni operada por la sociedad demandada.
- 3) Inexactitud en la suma de \$17.755.000 que corresponde al cobro por derechos por la presunta comunicación de las obras audiovisuales respecto al número total de habitaciones con que cuenta la instalación hotelera, lo cual contradice lo establecido por la Decisión Andina 351 de 1993 en su artículo 48, que establece que las tarifas cobradas por las Sociedades de Gestión Colectiva deberán ser proporcionales a los ingresos que se obtengan con la utilización de las obras.
- 4) Inexactitud en la suma de \$2.749.049 que corresponde a la liquidación de perjuicios correspondiente a la vigencia 2021 que no había transcurrido en su totalidad, desconociendo los efectos que la pandemia ocasionó al sector hotelero nacional.

Al considerar el Despacho que los argumentos primero y cuarto de la objeción al juramento estimatorio de la cuantía atacaban directamente la estimación realizada por el accionante poniendo de presente una inexactitud en la cuantificación, concluyó que existía una objeción razonada al juramento estimatorio, concediendo el término de cinco (5) días señalado por el artículo 206 del CGP para que, dentro de este, EGEDA COLOMBIA aportara o solicitara las pruebas que considere pertinentes en procura de demostrar la cuantía de los perjuicios ocasionados al perder todo valor probatorio la cuantificación efectuada en el juramento estimatorio de la cuantía.

No obstante, la demandante EGEDA COLOMBIA al descorrer el término de cinco (5) días otorgado en el Auto No. 04 de octubre 22 de 2021, se limitó a cuestionar los argumentos expuestos por el Despacho para considerar la objeción al juramento estimatorio de la cuantía, pero sin que solicitara o aportara dentro de la correspondiente oportunidad procesal, prueba alguna tendiente a demostrar la cuantificación de los perjuicios reclamados.

Así las cosas, conforme con lo dispuesto por ese mismo Despacho, teniendo en cuenta que el término conferido al demandante por el artículo 206 del CGP no era de traslado de los reparos, sino que se constituía en la oportunidad procesal para que este aportara o solicitara pruebas que sirvieran para sustentar su pretensión económica, toda vez que la cifra jurada, a causa de haberse considerado la objeción, no podía ser tenida en cuenta, sin que la demandante EGEDA COLOMBIA hubiera aportado o solicitado pruebas para sustentar su pretensión económica dentro de la oportunidad procesal, resultaba improcedente entonces condenar a la demandada, en caso de prosperar la pretensiones demandatorias, al pago de suma alguna, al carecer de todo soporte probatorio la cuantía pretensionada como reparación del daño causado, en aplicación a la máxima latina de "*actore non probante, reus absolvitur*" – el demandado debe ser absuelto de los cargos si el demandante no logra acreditar los hechos en que apoya su pretensión.

No obstante, el A Quo en su incesante decisión de respaldo a las pretensiones demandatorias de EGEDA COLOMBIA, representada judicialmente por el ex Director de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, JUAN CARLOS MONROY RODRIGUEZ, asume ilegítimamente, sin fundamento legal alguno y en evidente extralimitación a sus funciones, el

ejercicio de la carga probatoria que la demandante por desidia, negligencia o ignorancia descuidó, procediendo el operador judicial de primera instancia a liquidar personalmente año por año, desde el 2018 hasta diciembre de 2022, los supuestos perjuicios generados en cada anualidad, por los veinte (20) decodificadores guardados en bodegas del hotel, sin existir prueba siquiera sumaria que dé cuenta que tales decodificadores fueron utilizados permanentemente a lo largo de tales vigencias y con base en el reglamento de tarifas obrante en el expediente que no determinan ninguna cuantía para las instalaciones hoteleras que no se encuentran clasificadas por estrellas.

Resulta inaceptable, reprochable y cuestionable el accionar del operador judicial en asumir el vacío probatorio en que incurrió EGEDA COLOMBIA, toda vez que la cuantificación de los perjuicios reclamados, por tratarse de un capítulo de esencia de la demanda, sin la cual esta no hubiera podido ser admitida, es una carga probatoria que compete exclusivamente a la parte reclamante de la indemnización, sin que el Juez de conocimiento se encuentre habilitado legalmente para proceder personalmente a liquidar y determinar esta cuantía, como si se tratara de una mera liquidación de costas.

Pero es que además de la evidente y manifiesta extralimitación de funciones en que incurre el A Quo, este incurre además en sendos errores en la cuantificación de los supuestos perjuicios y en la determinación del periodo objeto de la liquidación de estos, como procedo a exponer a continuación:

A) EL A QUO DA POR PROBADO, SIN ESTARLO, QUE DURANTE EL PERIODO COMPRENDIDO ENTRE LOS AÑOS 2018 A 2022, EN LAS HABITACIONES DEL HOTEL PLAZUELA SAN IGNACIO MEDELLIN, SE EJECUTARON PÚBLICAMENTE OBRAS AUDIOVISUALES DE LOS PRODUCTORES QUE EGEDA COLOMBIA DICE REPRESENTAR A TRAVÉS DE LOS DECODIFICADORES QUE PERMITEN CAPTAR LA SEÑAL TDT GUARDADOS EN LAS BODEGAS DEL HOTEL

La sentencia impugnada condena a la demandada SOCIEDAD PLAZUELA SAN IGNACIO MEDELLIN S.A.S. al pago de la suma de \$8.675.950, por concepto del lucro cesante derivado del no pago de las tarifas correspondientes al periodo comprendido entre marzo de 2018 a diciembre de 2022, fecha de pronunciamiento del fallo.

El A Quo fundamenta tal condena, en el interrogatorio de parte del representante legal de la demandada en donde da cuenta que la instalación hotelera cuenta con veinte (20) decodificadores que permiten captar la señal de televisión TDT, desconociendo flagrantemente que al tenor de lo manifestado bajo la gravedad del juramento por el representante legal de la demandada al absolver el interrogatorio de parte, quien afirma que tales decodificadores fueron adquiridos paulatinamente y permanecen guardados en bodegas del hotel, por lo que ninguna de las habitaciones de la instalación hotelera cuenta con señal de televisión, ni a través de señal satelital, ni a través de ningún otro medio técnico habilitado para el efecto y tal como se aceptó por ambas partes al agotarse la etapa probatoria del proceso, tales decodificadores no se ofrecen ni se ponen a disposición de los huéspedes del hotel PLAZUELA SAN IGNACIO MEDELLIN, sino que estos se encuentran en bodegas del hotel para ser entregados a título de préstamo gratuito a los huéspedes que previa y expresamente manifiesten su voluntad de acceder al servicio de televisión TDT dentro de su habitación, que es su domicilio privado, en “reivindicación para los huéspedes de los hoteles y sitios de alojamiento del derecho a su intimidad y al disfrute privado de las obras artísticas, sin que por ello deban obtener permiso del autor de las mismas, ni hacer erogación alguna con destino al pago de derechos.”, como expresamente lo manifiesta la Corte Constitucional en la citada Sentencia C-282 de 1997.

B. EL A QUO INCURRE EN SERIAS INCONSISTENCIAS AL LIQUIDAR LOS PERJUICIOS CORRESPONDIENTES A LAS VIGENCIAS 2018 Y 2022, AL SER CONTRAVIDENTE LA SENTENCIA CON LAS PRUEBAS ALLEGADAS AL PROCESO.

En efecto, al liquidar el A Quo de manera ilegítima y en clara extralimitación de funciones los supuestos perjuicios generados para las vigencias 2018 a 2022, en su afán de respaldar las pretensiones demandatorias del demandante, representadas judicialmente por el señor ex Director de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, incurre en una serie de absurdas

imprecisiones constitutivas todas de flagrante violación a los principios constitucionales del debido proceso y acceso a la administración de justicia, yerro que procedo a poner de presente:

1. Procede a multiplicar el valor de la tarifa mensual para hoteles tres estrellas sin estar certificado el Hotel Plazuela San Ignacio Medellín en tal clasificación, por el total de los 20 decodificadores que permanecen en bodegas del Hotel, dando por probado sin estarlo, que durante las vigencias 2018 a 2022 tales decodificadores estuvieron permanentemente prestados y en uso, desconociendo la prueba allegada al proceso en la declaración de parte rendida por el representante legal de la demandada que da cuenta que tales decodificadores fueron adquiridos paulatinamente durante tales vigencias y que permanecen guardados en bodegas del hotel para ser suministrador solamente a los huéspedes que voluntariamente lo soliciten a título de préstamo gratuito.
2. Toma el A Quo como único fundamento probatorio para la indebida liquidación de perjuicios una prueba aportada por la demandada para objetar el juramento estimatorio de la cuantía, como lo es la certificación de noches desocupadas desde el año 2014 hasta el 2020, desconociendo que al considerarse la objeción al juramento estimatorio de la cuantía, tanto la cifra jurada como las pruebas aportadas para el efecto, quedan sin ningún valor probatorio, de una parte y de otra, la carga probatoria respecto de la cuantía de los perjuicios causados recae EXCLUSIVAMENTE a cargo del demandante y al no probar tal cuantía, mal puede el A Quo determinarla unilateralmente con criterios subjetivos y pruebas aportadas por la defensa.
3. Conforme se plasma en el Reglamento de Tarifas que el demandante aportó en su escrito demandatorio, para la determinación del valor a cargo de la instalación hotelera que ejecute públicamente obras audiovisuales, uno de los factores es el número de estrella que ostente tal instalación. Siendo entonces que el Hotel Plazuela San Ignacio no está certificado por estrellas conforme a lo establecido en la Norma Técnica del Sector Hotelero NTSH 006, mal puede el A Quo abrogarse la competencia de certificador internacional de normas y clasificarlo a priori como de tres estrellas o menos, sin ninguna consideración respecto a los estándares que debe cumplir para establecer tal clasificación, pero con el único ánimo de suplir la deficiencia del demandante EGEDA COLOMBIA en cuanto a que en su Reglamento de Tarifas se les “olvidó” establecer una para las instalaciones hoteleras no clasificadas por estrellas.
4. Procede el A Quo a cuantificar año por año los supuestos perjuicios causados, tomando como única prueba la certificación aportada por la demandada para objetar el juramento estimatorio de la cuantía, en cuanto a las noches que las habitaciones estuvieron desocupadas, haciendo una regla de tres simple, para sacar subjetivamente un porcentaje de ocupación y con base en dicha operación cuantificar el supuesto daño, desconociendo el A Quo elementales preceptos de la hotelería internacional como que el porcentaje de ocupación de un hotel se ve afectado por varios factores tales como las habitaciones fuera de servicio (out service), las entregadas sin ningún cobro de tarifa (complimentary), las usadas por el personal del hotel por necesidades del servicio (house use) y las entregadas a clientes preferenciales solo cobrando el costo del servicio (service charge), habitaciones que no pueden ser tomadas para la cuantificación del porcentaje de ocupación, toda vez que esta solo resulta de dividir el número de habitaciones disponibles para huéspedes sobre el número de habitaciones ocupadas por los huéspedes, con lo que se concluye que la “operación” efectuada por el A Quo para establecer el porcentaje de ocupación año por año, adolece de inconsistencias que generan que tal liquidación no pueda prestar mérito probatorio alguno.

Con el ánimo de hacer total claridad sobre este argumento considero oportuno acudir a un ejemplo práctico en cuanto a un hotel de diez (10) habitaciones, en donde hubo la necesidad de bloquear cinco (5) habitaciones por la ruptura de un tubo del agua. En este ejemplo, al estar ocupadas por huéspedes las cinco (5) habitaciones disponibles, quería

decir que la ocupación es del 100%, pero no se tiene en cuenta que existen otras (5) habitaciones que están fuera de servicio y por ende, no son contabilizadas para calcular tal porcentaje y respecto de las cuales el A Quo estaría incluyendo erróneamente para la cuantificación de los perjuicios generados por la supuesta comunicación pública dentro de las mismas.

5. Al carecer el A Quo de los datos suministrados por el demandado en la certificación de noches desocupadas para el año 2022, éste se “va por la fácil” y procede a liquidar la cuantificación del daño sobre una supuesta ocupación del 100%, lo cual resulta, de una parte, carente de cualquier respaldo probatorio, y de otra, totalmente improcedente por cuanto no hay en Colombia ningún hotel que permanezca al 100% de ocupación los 365 días del año.

4. REFERENCIA ESPECIAL

Me permito hacer esta referencia especial para señalar que, conforme con el contenido de la sentencia impugnada, saltan a la vista las razones por las cuales, desde la creación de la Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales en la Dirección Nacional de Derechos de Autor, hasta la fecha, no se haya proferido al interior de esta instancia, ninguna sentencia en contra de las pretensiones de EGEDA COLOMBIA y ello se explica en que: (i) Si se propone la excepción de aplicación del precedente judicial, el A Quo se abstiene de dar aplicación al mismo bajo el argumento que no comparte la tesis del superior funcional, además de que estos incurrir en “impresiones” en su sentencia; (ii) Si se excepciona la aplicación del principio de legalidad dando cuenta de la normatividad vigente que establece que la utilización de obras artísticas al interior de una habitación hotelera alquilada con fines de alojamiento no genera el pago de derechos de autor, esta normatividad es igualmente inaplicable bajo el subjetivo juzgamiento de inconstitucionalidad que se hace de la misma, aun desconociendo que ésta normatividad cuenta con aval de constitucionalidad por parte del órgano judicial competente; (iii) Si EGEDA COLOMBIA por desidia, negligencia o ignorancia descuida la carga probatoria legalmente a su cargo, el operador judicial, sin fundamento legal alguno y en evidente extralimitación a sus funciones, asume el ejercicio de esta carga probatoria; y ahora, (iv) Si la instalación hotelera no cuenta con señal de televisión por cableoperador ni con ningún otros dispositivo que permita comunicar públicamente obras audiovisuales, se condena de todas maneras a la demandada bajo el argumento que en sus bodegas cuenta con 20 decodificadores que permiten captar la señal TDT lo que “potencialmente” permite la emisión de señal de obras audiovisuales de productores representados por EGEDA COLOMBIA.

De continuar así, aún en aquellos casos que el hotel no cuente con aparatos receptores de señal de TV dentro de las habitaciones, también sería objeto de condena del pago de derechos en favor de EGEDA COLOMBIA, pues tales habitaciones cuentan con tomacorriente en donde se pueden conectar aparatos receptores de señal de TV, lo que hace que potencialmente en estas habitaciones se puedan comunicar públicamente las obras audiovisuales que dice representar EGEDA. Para allá vamos señora Juez, de no sentarse una posición jurisprudencial que defina este asunto de raíz.

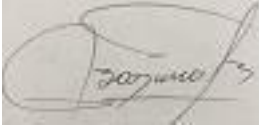
5. PETICIONES

Con fundamento en los argumentos expuestos, en protección a los principios constitucionales del Debido Proceso, acceso a la administración de justicia, seguridad jurídica y confianza legítima en el Estado, pero sobre todo, en salvaguarda a la institucionalidad jurídica que como pilar fundamental de un estado social de derecho, como lo es la República de Colombia, debe prevalecer por mandato constitucional, con mi acostumbrado respeto solicito al Despacho acceder a las siguientes peticiones:

1. Revocar la sentencia de primera instancia proferida por la Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, de fecha diciembre 15 de 2022, notificada por estado No. 175 de diciembre 16 de 2022.
2. Como consecuencia de lo anterior, declarar la prosperidad de todas las excepciones propuestas en la contestación de la demanda.

3. Imponer a la demandante las sanciones previstas en el Código General del Proceso derivadas de la violación del juramento efectuado en el acápite correspondiente al estimatorio razonable de la cuantía.
4. Condenar en costas a la demandante, en ambas instancias, incluidas las agencias en derecho.

Atentamente,



DAGOBERTO BAQUERO BAQUERO

C.C. 19.398.621 de Bogotá

T.P. 34.136 del C.S.J.

dago621@hotmail.com

RV: Sustentación recurso Apelación Radicación 11001319900520215303201

Juzgado 19 Civil Circuito - Bogotá - Bogotá D.C. <ccto19bt@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Miércoles 06/09/2023 9:24

Para: Jeyson Mauricio Castellanos Gutierrez <jcastellag@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 1 archivos adjuntos (515 KB)

SUSTENTACION RECURSO APELACION RADICACION RADICACION 11001319900520215303201.pdf;

De: Dagoberto Baquero Baquero <dago621@hotmail.com>

Enviado: miércoles, 6 de septiembre de 2023 9:09 a. m.

Para: Juzgado 19 Civil Circuito - Bogotá - Bogotá D.C. <ccto19bt@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: egeda-colombia@egeda.com <egeda-colombia@egeda.com>; Juan Carlos Monroy <monroycopyright@hotmail.com>; Hotel Plazuela San Ignacio <hotelplazuelasanignacio@gmail.com>

Asunto: Sustentación recurso Apelación Radicación 11001319900520215303201

DAGOBERTO BAQUERO BAQUERO, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., actuando en mi condición de apoderado judicial de la sociedad demandada **HOTEL PLAZUELA SAN IGNACIO MEDELLIN S.A.S., NIT 901.162.091-3**, con personería jurídica reconocida para actuar dentro del proceso en referencia, acompaño escrito contentivo de la **SUSTENTACION DEL RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto oportunamente en contra de la sentencia proferida por la Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, de fecha Diciembre 15 de 2022, notificada por estado No. 175 de diciembre 16 de 2022.

En acatamiento a lo previsto en la Ley 2213 de 2022 y para los fines allí establecidos, incluyo en copia de este correo y de su anexo a todas las partes del proceso.

Favor acusar recibo del escrito

Atentamente,

DAGOBERTO BAQUERO BAQUERO

C.C. 19.398.621

T.P. 34.136 C.S.J.

JUZGADO DIECINUEVE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

PROCESO: 1100131030192021-53032-01

FIJA EN TRASLADO LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE
APELACIÓN concedido conforme a los artículos 326 y 110 del C.G.P.

Inicia: 08/09/2023 a las 8 A.M.

Finaliza: 14/09/2023 a las 5 P.M.

GLORIA STELLA MUÑOZ RODRIGUEZ

Secretario