



INFORME DE RELATORÍA No. 07

Referencia: 1-2016-54464.

Proceso Verbal iniciado por la Entidad de Gestión Colectiva de Derechos de Productores Audiovisuales de Colombia – EGEDA COLOMBIA contra Cable y Telecomunicaciones de Colombia S.A.S. – CABLETELCO S.A.S

Fallador: Carlos Andrés Corredor Blanco

Bogotá, 6 de diciembre de 2017

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

ANTECEDENTES:

El 8 de julio de 2016 EGEDA COLOMBIA interpuso demanda civil para solicitar la protección de los derechos de autor que representa con fundamento en los siguientes:

HECHOS:

“PRIMERO: LA ENTIDAD DE GESTIÓN COLECTIVA DE DERECHOS DE PRODUCTORES AUDIOVISUALES DE COLOMBIA (en adelante EGEDA COLOMBIA) es una sociedad de Gestión Colectiva de Derecho de Autor, con autorización de funcionamiento otorgado mediante Resolución 208 del 16 de noviembre de 2006 de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, que representa a los productores audiovisuales nacionales e internacionales y gestiona en su nombre y representación el derecho de autorizar la comunicación pública de sus obras audiovisuales. Los Productores Audiovisuales asociados y representados por EGEDA COLOMBIA detentan el derecho patrimonial de comunicación pública de las obras audiovisuales, en virtud de la cual tienen el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la comunicación pública de sus obras, y a recibir una remuneración por ello. Se entiende por comunicación pública todo acto mediante el cual una pluralidad de personas puede tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas.

SEGUNDO: EGEDA COLOMBIA otorga a los operadores de televisión en sus distintas modalidades la autorización exigida por la Ley para efectuar la comunicación pública de las obras audiovisuales de su repertorio, la cual se produce mediante la retransmisión de las señales portadoras de programas de televisión en su parrilla de programación. Esta autorización o licencia es requerida en los términos de los artículos 14 y 15 literal e) de la Decisión Andina 351 de 1993. A efecto de realizar el cobro de estas licencias o autorización EGEDA COLOMBIA aplica un tarifario que cumple debidamente con los parámetros y requisitos exigidos por la Ley para su validez y exigibilidad. Las sumas recaudadas por EGEDA COLOMBIA, una vez descontados sus gastos de cobranza, tiene por destino el reparto y distribución a los productores audiovisuales nacionales y extranjeros asociados y

C:\Users\Inarias\AppData\Local\Microsoft\Windows\Temporary Internet Files\Content.Outlook\40L4MS80\Informe de relatoria 18 de enero de 2018 VF.docx



representados por EGEDA COLOMBIA. Así mismo, la sociedad está legitimada para efectuar reclamaciones a que haya lugar por las infracciones consistentes en la comunicación pública no autorizada de las obras de su repertorio.

TECERO: EGEDA COLOMBIA aplica una tarifa mensual de treinta centavos de dólar americano (US\$ 0,30) por cada abonado, suscriptor o vivienda conectada a la red de distribución del operador de televisión respectivo. Para el año 2016, este valor se promedió en la suma de ochocientos veintidós pesos con noventa centavos (\$822,90) por abonado.

CUARTO: La sociedad CABLE Y TELECOMUNICACIONES DE COLOMBIA S.A.S. – CABLETELCO S.A.S. opera el servicio de televisión por suscripción a instancias de autorización o licencia que le ha otorgado la AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN (ANTV). A tal efecto, celebra con el usuario un Contrato de Suscripciones de Servicio de Televisión por Suscripción, y como consecuencia de dicho acuerdo, dicha sociedad instala, con personal propio, los equipos receptores y decodificadores de la programación que ofrece y comercializa. Como contraprestación económica del servicio de televisión por suscripción, emite una factura de cobro mensual al usuario y recibe el pago correspondiente y, en consecuencia, responde ante el usuario por la prestación del servicio. Este servicio lo viene prestado desde el año 2012 (CONTRATO 079 DEL 4 DE DICIEMBRE DE 2012). A la fecha la sociedad CABLE Y TELECOMUNICACIONES DE COLOMBIA S.A.S. CABLETELCO S.A.S. ha declarado ante la Autoridad Nacional de Televisión tener la cantidad de 9.026 (REPORTADOS A LA ANTV A DICIEMBRE DE 2015) abonados o suscriptores de su servicio, acorde con los datos que son reportados a la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV) y que se publican en el sitio web: <http://antv.gov.co/index.php/información-sectorial/suscriptores>

QUINTO: La parrilla de programación de CABLE Y TELECOMUNICACIONES DE COLOMBIA S.A.S.-CABLETELCO S.A.S. comprende canales que son transmitidos y retransmitidos, entre los cuales se cuentan los siguientes: RCN TELEVISIÓN, CARACOL TELEVISIÓN, CITY TV, CANAL CAPITAL, CANAL 13, TELEMUNDO, ENTRE OTROS.
Esta parrilla de programación se anuncia al público en el sitio de internet: <HTTP://CABLETELCO.COM/INDEX.PHP/SERVICIOS-CABLETELCO/TELEVISIÓN-ANALOGA-CABLETELCO.HTML>

SEXTO: Dentro de los canales de televisión antes mencionados se cuentan, entre otros, canales como CANAL CAPITAL, CANAL UNO, SEÑAL INSTITUCIONAL, CARACOL, RCN, AXN, A&E, FOX, ENTRE OTROS, los cuales incluyen en su programación obras audiovisuales cuyos derechos son representados por EGEDA COLOMBIA. A manera de ejemplo e indicio de la utilización de las obras audiovisuales representados por EGEDA COLOMBIA dentro de la parrilla de programación del demandado, se adjunta un estudio elaborado por la firma de medición Business Bureau, que documenta la cantidad de obras representadas por EGEDA COLOMBIA que se transmiten dentro la programación de los canales de televisión antes mencionados.

SEPTIMO: Acorde con lo anterior, desde el año 2012 (CONTRATO 079 DEL 4 DE DICIEMBRE DE 2012) la sociedad demandado CABLE Y



TELECOMUNICACIONES DE COLOMBIA S.A.S – CABLETELC S.A.S. ha venido realizando la comunicación pública de obras audiovisuales sin contar con la necesaria licencia o autorización previa y expresa de EGEDA COLOMBIA, lo cual constituye una infracción a los derechos de autor de las obras audiovisuales representadas por la sociedad demandante y consagrados en la Decisión Andina 351 de 1993, la Ley 23 de 1982 y el artículo 11BIS del Convenio de Berna aprobado por la Ley 33 de 1987, de lo cual se deriva una responsabilidad civil extracontractual.

OCTAVO: *La infracción a los derechos patrimoniales de autor que EGEDA COLOMBIA representa se ha venido cometiendo con el pleno conocimiento y a sabiendas de la sociedad CABLE Y TELECOMUNICACIONES DE COLOMBIA S.A.S. – CABLETELCO S.A.S. y de su administrador JESÚS ENRIQUE BOCANEGRA MORENO, y a pesar de haber sido informados y requeridos por la sociedad demandante en varias comunicaciones. Así mismo, en su función de vigilancia y control, la Comisión Nacional de Televisión (CNTV) hoy Autoridad Nacional de Televisión (ANTV) en su calidad de Autoridad de Vigilancia y Control expidió la Circular No. 005 de mayo de 2009, recordándole a todos los concesionarios del Servicio de Televisión por Suscripción, incluyendo a CABLE Y TELECOMUNICACIONES DE COLOMBIA S.A.S. – CABLETELCO S.A.S., la observancia a las normas sobre derecho de autor y su obligación con EGEDA COLOMBIA. Se adjunta como prueba documental la mencionada circular. En el mismo sentido la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV) en su calidad de autoridad de Vigilancia y control expidió la Circular No. 010 de 2012, la cual, igualmente se adjunta como prueba documental. Así las cosas CABLE Y TELECOMUNICACIONES DE COLOMBIA S.A.S. – CABLETELCO S.A.S. conoce sin duda alguna el tenor de las obligaciones que normativa vigente y, en especial, de propiedad intelectual impone a su actividad y cuenta con perfecto conocimiento sin necesidad de contar con la autorización de EGEDA COLOMBIA para comunicar públicamente las obras repertorio de ésta. El gerente y representante legal JESÚS ENRIQUE BOCANEGRA MORENO, o bien ejecutó ordenó la ejecución de los actos de infracción de los derechos de autor de las obras objeto de esta demanda o bien tuvo pleno conocimiento de ellos y no hizo nada efectivo para evitarlo o para hacer cesar sus efectos, lo que a la luz de lo previsto en el artículo 24 de la Ley 222 de 1995, que modificó el artículo 200 del código de comercio, lo hace responsables de los daños y perjuicios que aquí se reclaman, ocasionados por su dolo o culpa grave.*

NOVENO: *los demandados, al violar los derechos de autor de los productores audiovisuales representados por EGEDA COLOMBIA, le ha causado al demandante varios daños antijurídicos que está en obligación de reparar integralmente, los cuales se especifican en el juramento estimatorio de esta Demanda.*

DECIMO: *Con el propósito de dirimir el conflicto y llegar a un acuerdo con CABLE Y TELECOMUNICACIONES DE COLOMBIA S.A.S. – CABLETELCO S.A.S., EGEDA COLOMBIA solicitó ante el centro de conciliación y arbitraje “Fernando Hinstrosa” de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, audiencia de conciliación, la cual fue celebrada el día 24 de septiembre de 2015 sin que se llegare a acuerdo alguno con la sociedad demandada, quien continúa la actividad de comunicación pública y comunicación pública de obras*



audiovisuales, que administra y gestiona EGEDA COLOMBIA, sin su previa y expresa autorización. Se adjunta como prueba y requisito de procedibilidad copia del acta de la audiencia de conciliación mencionada.”.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA:

La sociedad accionada contestó la demanda el día 07 de julio de 2017 argumentando que EGEDA COLOMBIA no sometió a acuerdo el cobro de las tarifas que pretendía y que la misma fue impuesta de manera arbitraria, lo cual constituye un incumplimiento a lo prescrito en el Decreto 3942 de 2010.

Así mismo, CABLETELCO aclaró que no es cierto que preste el servicio de televisión por suscripción desde el año 2012 como afirma EGEDA COLOMBIA, sino desde el 2014, año en el cual inicio operaciones; puesto que si bien firmó un contrato de concesión con la Autoridad Nacional de Televisión para comenzar con el desarrollo de actividades en 2012, dicho plazo fue prorrogado.

Adicionalmente, si bien admite CABLETELCO que retransmite la señal de los canales que denunció EGEDA COLOMBIA en el hecho sexto del escrito de demanda, señala que no es cierto que estos incluyan en su programación programas de televisión representados por la mencionada sociedad de gestión colectiva.

Finalmente, manifiesta CABLETELCO que no está obligado a pagar los dineros pretendidos por EGEDA COLOMBIA como contraprestación por la retransmisión de la obras de titularidad de los productores audiovisuales que la última representa.

En la audiencia de instrucción y juzgamiento realizada el 6 de diciembre de 2017, en los términos del artículo 373 del Código General del Proceso, el Subdirector de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, dictó sentencia atendiendo los motivos que se exponen a continuación:

SENTENCIA

Es preciso señalar que en las pretensiones relacionadas con infracciones al derecho de autor se hace necesario determinar lo siguiente: 1) las obras artísticas o literarias que al parecer fueron utilizadas sin la autorización previa y expresa de sus titulares; 2) los titulares de las creaciones; 3) la legitimación del demandante para lograr la declaratoria de la vulneración, es decir, si se trata del autor, titular derivado o de una persona facultada legal o contractualmente para realizar la reclamación; 4) si efectivamente existió una infracción a los derechos de autor; y finalmente, 5) determinar si se configura la responsabilidad civil en el caso de los demandados.

1. OBJETO.



El Derecho de Autor es una forma de protección jurídica en virtud de la cual se le otorgan una serie de prerrogativas o facultades exclusivas, al creador de una obra de naturaleza artística o literaria. Se trata entonces de un reconocimiento jurídico al esfuerzo inmerso en la creación intelectual y una forma de propiedad, que a diferencia de la propiedad privada común no recae sobre bienes materiales, definidos en el artículo 653 del Código Civil como aquellos que tienen un ser real y pueden ser percibidos por los sentidos, sino sobre creaciones de carácter intangible.

Tal como ha mencionado la profesora Delia Lipszyc, en su libro Derecho de Autor y Derechos Conexos, este reconocimiento jurídico al esfuerzo intelectual tiene como fin estimular la actividad creativa, permitiéndole al creador la posibilidad de recibir una retribución económica por su trabajo, el respeto por su obra y el reconocimiento de su condición de autor; darle una garantía a las inversiones en el campo de las industrias relacionadas o creativas y beneficiar a la sociedad, con el fomento de la producción y difusión del conocimiento, el arte y la cultura.

En este sentido, para hablar de derecho de autor, primero debe acreditarse la existencia de un objeto de protección, que no es otra cosa diferente a una obra. Por ello, a fin de analizar la prosperidad de las pretensiones es necesario determinar si estamos ante un objeto protegido o no.

La obra es definida en el artículo 3 de la Decisión Andina 351 de 1993, como toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser reproducida o divulgada por cualquier medio. Dentro de las categorías de obras protegidas se encuentran las obras audiovisuales, que son definidas en el mismo artículo 3 como *“toda creación expresada mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que esté destinada esencialmente a ser mostrada a través aparatos de proyección o cualquier otro medio de comunicación de la imagen y de sonido, independientemente de las características del soporte material que la contiene”*.

Descendiendo al caso concreto, se advierte que en las pretensiones no se expresa cuáles son las obras respecto de las cuales se procura la declaratoria; sin embargo, analizando el texto de la demanda y las pruebas obrantes en el expediente, se evidencian una serie de obras que al parecer fueron utilizadas por la parte demandada.

Señala el demandante que dentro de los canales de televisión cuyos contenidos son comunicados públicamente a través de la sociedad Cable y Telecomunicaciones de Colombia S.A.S. – Cabletelco S.A.S. mediante la modalidad de retransmisión se encuentran, entre otros, Caracol Televisión, RCN Televisión, CITY TV, Canal Capital, Canal 13, Telemundo, entre otros, los cuales incluyen en su programación obras audiovisuales cuyos titulares son representados por EGEDA COLOMBIA.

En efecto dentro de las pruebas aportadas se encuentra un estudio realizado por la compañía Business Bureau, a Folios 54 a 127 del Cuaderno 1, donde se certifica las obras que el operador de televisión paga o televisión por suscripción Telmex Colombia S.A., ha transmitido entre los años 2012 y 2016.



Siendo importante mencionar que la relevancia de este no radica sobre quien se hace el estudio sino sobre, en que los canales sobre los que versó el mismo coinciden con los que hacen parte de la parrilla de programación de Cable y Telecomunicaciones de Colombia S.A.S. – CABLETELCO., como puede observarse al cotejar estos con el documento contentivo de la parrilla de programación de Cable y Telecomunicaciones de Colombia S.A.S. – CABLETELCO que vale la pena resaltar no fue tachado de falso por la parte accionada ni tampoco se cuestionó en ningún momento la veracidad del mismo.

En ese sentido, en el estudio se documentan una serie de obras cuyos titulares se afirma son representados por EGEDA COLOMBIA, que se transmiten entre otros, dentro de la programación de los canales RCN y Caracol, CITY TV, CANAL UNO, disponibles dentro del servicio de televisión por suscripción que ofrece la sociedad Cable y Telecomunicaciones de Colombia S.A.S. – CABLETELCO, quedando el objeto de la presente causa limitado a determinar si los derechos de los productores audiovisuales representados por EGEDA COLOMBIA visibles a folios 38 a 49 del Cuaderno 1, fueron o no vulnerados por algún acto o conducta atribuible a la sociedad demandada.

2. LEGITIMACIÓN.

En cuanto a la legitimación de la Entidad de Gestión Colectiva de Derechos de Productores Audiovisuales - EGEDA COLOMBIA, para gestionar y obtener una condena por la comunicación pública de las obras audiovisuales antes señaladas, es pertinente tener en cuenta lo siguiente.

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 la ley ha consagrado casos de legitimación extraordinaria, en los que se faculta a sujetos diferentes de los titulares del derecho de autor, para ejercer diferentes acciones destinadas a su protección o restablecimiento y a la obtención de las indemnizaciones correspondientes.

La Entidad de Gestión Colectiva de Derechos de Productores Audiovisuales - EGEDA COLOMBIA, actuando como mandataria de sus socios, los productores audiovisuales nacionales que se observan a Folios 38 a 43 del cuaderno 1, y de aquellos que representa en virtud de los contratos de representación recíproca que ha firmado con otras sociedades a nivel internacional, Folios 44 a 49 del Cuaderno 1, al ser una sociedad de gestión colectiva goza de la legitimación extraordinaria, también conocida como legitimación presunta, que se encuentra consagrada en los artículos 49 de la Decisión Andina 351 de 1993 y 2.6.1.2.9. del Decreto 1066 de 2015.

Al amparo de estas normas, una Sociedad de Gestión Colectiva se encuentra facultada para ejercer los derechos confiados a su administración y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales. La Sociedad de Gestión Colectiva no es titular de los derechos, pero la ley le otorga esta facultad para iniciar acciones como la que nos ocupa, tendientes a proteger o restablecer los derechos de autor o conexos que gestiona en virtud de sus estatutos o de los contratos celebrados con entidades de gestión extranjeras.



Ahora bien, de conformidad con las normas mencionadas, a efectos de determinar la existencia de la legitimación especial de las SGC, resulta necesario el certificado de existencia y representación legal expedido por la DNDA y copia de los estatutos.

En el caso objeto de análisis se observa que reposa en el folio 13 del cuaderno 1, el certificado de existencia y representación legal de EGEDA COLOMBIA, expedido por la Oficina Asesora Jurídica de la DNDA el pasado 14 de abril de 2016. Así mismo, en los folios 15 a 24 del cuaderno 1 consta una copia de los estatutos de EGEDA COLOMBIA, en cuyo artículo dos 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.

Teniendo en cuenta el cumplimiento de los requisitos enunciados anteriormente, se confirma que EGEDA COLOMBIA se encuentra legitimada para actuar como demandante en la presente causa en favor de sus representados.

Si bien EGEDA COLOMBIA está legitimada para ejercer acciones judiciales en defensa de los derechos de sus representados, esto es, los productores audiovisuales que le han conferido mandato, a continuación, se procederá a hacer un análisis del contenido de esos derechos con el fin de precisar el alcance de la legitimidad de la sociedad en cuestión.

La obra audiovisual y más específicamente la obra cinematográfica, es considerada una obra compleja, protegida en sí misma como una clase particular de obra colectiva, con independencia de cada una de las creaciones y de los aportes artísticos que concurren en su realización. Como ha mencionado la doctrinante Delia Lipszyc, en este tipo de obras se congregan múltiples intereses intelectuales y patrimoniales, puesto que su producción no solo requiere de fuertes inversiones financieras, sino que en ella convergen un elevado número de creadores: autores de obras literarias, dramáticas y musicales preexistentes, autores del guion y de los diálogos, de las composiciones musicales con letra o sin ella, del vestuario, escenógrafos, etc.; de intérpretes, actores y ejecutantes; y de técnicos y auxiliares.

Teniendo en cuenta la cantidad de personas que participan de la realización de la obra audiovisual y especialmente de la obra cinematográfica, otorgar a cada una de ellas en condiciones de igualdad la facultad de ejercer sus derechos exclusivos, implicaría una serie de complicaciones que impediría en la práctica la explotación de la obra, razón por la cual, se ha hecho necesario crear un régimen especial en el caso de las obras audiovisuales.

Con el fin de darle solución a este inconveniente y de armonizar los distintos intereses que confluyen en la producción de una obra audiovisual, en el artículo 14 bis del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, aprobado en Colombia por la Ley número 33 de 1987, se estableció que *“en los países de la Unión en que la legislación reconoce como titulares a los autores de las contribuciones aportadas a la realización de la*



obra cinematográfica, éstos, una vez que se han comprometido a aportar tales contribuciones, no podrán, salvo estipulación en contrario o particular, oponerse a la reproducción, distribución, representación y ejecución pública, transmisión por hilo al público, radiodifusión, comunicación al público, subtítulo y doblaje de los textos, de la obra cinematográfica.”

Si bien nuestra legislación interna reconoce como autores de la obra cinematográfica al director o realizador; al autor del guion o libreto cinematográfico, al autor de la música y al dibujante o dibujantes, si se tratare de un diseño animado como lo menciona el artículo 95, Ley 23 de 1982; siguiendo un poco la filosofía del Convenio de Berna, ha establecido una presunción donde los derechos patrimoniales se reconocen salvo estipulación en contrario a favor del productor, entendido este, como la persona natural o jurídica legal y económicamente responsable de los contratos con todas las personas y entidades que intervienen en la realización de la obra cinematográfica, como lo dice en los artículos 97 y 98 de la Ley 23 de 1982.

Dicha solución adoptada por nuestra norma interna permite establecer de manera clara a quien le corresponde ejercer los derechos sobre la obra cinematográfica considerada en su conjunto, impidiendo así que el ejercicio simultáneo de los derechos de todas las personas que participan en su creación obstaculice su explotación, pues es en esencia a lo que está llamado este tipo de obras.

Al respecto ha mencionado la Corte Constitucional en la sentencia C – 276 de 1996, al analizar la constitucionalidad de los artículos 20, 81 y 98 de la Ley 23 de 1982, que el legislador colombiano *“no optó en este caso por la modalidad de la cesión convencional, o por la cesión legis, sino por la presunción de cesión legal salvo estipulación en contrario, la cual antes que vulnerar el principio de libertad contractual de las personas, lo reivindica, pues radica, salvo acuerdo expreso en contrario, la capacidad de disposición sobre la obra en quien la impulsa, la financia, realiza las correspondientes inversiones y asume los riesgos, sin menoscabar con ello los derechos morales de cada uno de los colaboradores y sin restringir su capacidad para libremente acordar los términos de sus respectivos contratos.”*

A pesar de lo mencionado anteriormente, es muy importante resaltar que la presunción que ha establecido el artículo 98 de la Ley 23 de 1982 a favor del productor audiovisual, no se puede entender en relación con todos los derechos patrimoniales, ya que la misma norma más adelante, señala expresamente cuales son los derechos exclusivos que le corresponden al productor de la obra cinematográfica. En efecto, dentro del mismo capítulo VII de la Ley 23 de 1982, dedicado a la obra cinematográfica, se encuentra el artículo 103, el cual menciona que el productor tendrá los siguientes derechos exclusivos:

- *“Fijar y reproducir la obra cinematográfica para distribuirla y exhibirla por cualquier medio a su alcance en salas cinematográficas o en lugares que hagan sus veces o cualquier medio de proyección o difusión que pueda surgir, obteniendo un beneficio económico por ello;*
- *Vender o alquilar los ejemplares de la obra cinematográfica o hacer aumentos o reducciones en su formato para su exhibición;*



- *Autorizar las traducciones y otras adaptaciones o transformaciones cinematográficas de la obra, y explotarla en la medida en que se requiere para el mejor aprovechamiento económico de ella, y perseguir ante los tribunales y jueces competentes, cualquier reproducción o exhibición no autorizada de la obra cinematográfica, derecho que también corresponde a los autores quienes podrán actuar aislada o conjuntamente.”*

Haciendo una interpretación sistemática de la norma, se debe entender que el legislador no optó por una presunción amplia en el sentido de incluir todos los derechos patrimoniales respecto de la obra cinematográfica, sino que quiso evidentemente limitar el alcance a determinados derechos, puntualmente, a los enunciados anteriormente.

3. DE LA INFRACCIÓN.

Es bastante conocido que el derecho de autor presenta un doble contenido del cual se derivan dos tipos de prerrogativas o derechos, unos de carácter moral, que tienen como fin proteger la relación inseparable o personal que tiene el creador con su obra, y otros de carácter patrimonial, que siendo de contenido económico, facultan al autor o titular de una obra a autorizar o prohibir de manera exclusiva cualquier forma de uso, explotación o aprovechamiento conocida o por conocer respecto de la misma.

Siendo el objeto del análisis en la presente causa únicamente los derechos patrimoniales y específicamente aquellos que le corresponden al productor audiovisual o cinematográfico, se procederá a estudiar la infracción en el caso concreto.

En relación con los derechos patrimoniales, es posible afirmar que estamos ante una infracción, cuando un tercero ejerce el derecho exclusivo otorgado al titular originario o derivado de una obra, sin la correspondiente autorización previa y expresa, o en su defecto sin estar amparado en alguna de las limitaciones y excepciones previstas en el ordenamiento jurídico.

En el caso *sub judice*, se menciona en la demanda que la sociedad CABLE Y TELECOMUNICACIONES DE COLOMBIA S.A.S. – CABLETELCO S.A.S., en su calidad de operador de televisión por suscripción, ha realizado comunicación pública a través de la retransmisión de señales de televisión de su parrilla de programación de obras audiovisuales de los productores asociados y representados por EGEDA COLOMBIA, sin la autorización previa y expresa de esta última, dentro del periodo comprendido entre el 1 de enero de 2007 hasta la fecha, como se relaciona en las pretensión primera.

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



- “a) Las representaciones escénicas, recitales, disertaciones y ejecuciones públicas de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales, mediante cualquier medio o procedimiento;*
- b) La proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y de las demás obras audiovisuales;*
- c) La emisión de cualesquiera obras por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes. El concepto de emisión comprende, asimismo, la producción de señales desde una estación terrestre hacia un satélite de radiodifusión o de telecomunicación;*
- d) La transmisión de obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono;*
- e) La retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los literales anteriores y por una entidad emisora distinta de la de origen, de la obra radiodifundida o televisada;*
- f) La emisión o transmisión, en lugar accesible al público mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra difundida por radio o televisión;*
- g) La exposición pública de obras de arte o sus reproducciones;*
- h) El acceso público a bases de datos de ordenador por medio de telecomunicación, cuando éstas incorporen o constituyan obras protegidas;*
- i) En general, la difusión, por cualquier procedimiento conocido o por conocerse, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes”*

Así entonces, el concepto de comunicación al público debe entenderse en un sentido amplio, de tal manera que se pueda concretar el objetivo de nuestra norma comunitaria de lograr un suficiente nivel de protección en favor de los autores, con el fin de que estos puedan recibir una compensación adecuada por el uso de su obra.

En el caso de las obras cinematográficas (*definidas estas en el literal t del artículo 8 de la ley 23 de 1982*) y las demás obras audiovisuales (*definidas en el inciso 13 del artículo 3 de la Decisión Andina 351 de 1993*), como ya se mencionó anteriormente, el productor se presume titular específicamente de los derechos patrimoniales establecidos en el artículo 103 de la Ley 23 del 82, de lo cual se puede inferir que bajo la presunción establecida en el artículo 98 de la Ley 23 de 1982, este no tiene de manera absoluta el derecho de comunicación pública considerado en su género, sino aquellas modalidades o especies del mismo establecidas en el artículo citado.

Haciendo una lectura del artículo en mención, se puede establecer que son tres las especies o modalidades de comunicación pública que le corresponderían al productor, a saber: 1) la exhibición, 2) la proyección y la 3) difusión de obras audiovisuales.



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

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

Nótese que no se hace distinción sobre el sujeto que la realiza, sino del acto propiamente dicho, por lo tanto, aparentemente puede ser realizada por el organismo de origen o por un tercero. Sin embargo, teniendo en cuenta que el artículo 11 bis del Convenio de Berna admite, que el organismo de origen puede acudir a la distribución por cable para superar obstáculos o ampliar el alcance de sus comunicaciones, solo se puede hablar de un nuevo acto de comunicación al público cuando la distribución es realizada por un organismo de radiodifusión diferente del de origen, que vale la pena resaltar, también debe tener la correspondiente autorización para realizar dicho acto de explotación.

Esto ha sido reconocido por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que ha manifestado en la interpretación prejudicial 39-IP-1999 sobre la retransmisión como forma de comunicación pública lo siguiente:

“El artículo 15 literal e) de la citada Decisión, hace referencia especialmente a la retransmisión la cual, según la Organización Mundial de Propiedad Intelectual OMPI, es la emisión simultánea por un organismo de radiodifusión de una emisión de otro organismo de radiodifusión.

Es decir, es la transmisión de la obra al público por un organismo distinto al de origen”.

Con todo lo anterior de presente, se procederá a determinar si CABLETELCO, en calidad de operador de televisión por suscripción, realiza actos de comunicación pública en su modalidad de retransmisión de las obras audiovisuales cuyos productores son representados por EGEDA COLOMBIA, sin la respectiva autorización previa y expresa por parte de dicha entidad.

En relación con la temática que en este momento estamos discutiendo, debemos preguntarnos ¿Quién es CABLETELCO SAS?. Al respecto, en folios 20 al 36 del cuaderno 2 se encuentra el contrato 079 del 4 de diciembre de 2012 mediante el cual se otorga una concesión para la operación y explotación del servicio público de televisión por suscripción a nivel nacional, que a su vez es definido en el artículo 20 literal b de la Ley 182 de 1995 como “(...) *aquella en la que la señal, independientemente de la tecnología de transmisión*



utilizada y con sujeción a un mismo régimen jurídico de prestación, está destinada a ser recibida únicamente por personas autorizadas para la recepción”.

Es decir a diferencia de la televisión abierta descrita en el literal a) del mismo artículo 20 que puede ser recibida libremente por cualquier persona en el área del servicio de la estación, el servicio del demandado requiere de una tecnología que impida la recepción generalizada de su señal, sin hacerse ningún tipo de distinción inicialmente entre si la programación debe ser propia o no.

Sin embargo, de acuerdo al contrato de concesión No. 079 aportado por CABLETELCO S.A.S., el cual fue suscrito entre esta y la Autoridad Nacional de Televisión, de conformidad a la cláusula novena, visible a folio 26 del cuaderno 2 del expediente, la demandada tiene la obligación de *“garantizar la recepción de los canales nacionales, regionales, y en general los canales de televisión abierta que se sintonicen en el área de cobertura autorizada”.*

Obligación que a su vez cumple, tal como puede evidenciarse de la prueba documental que acredita la parrilla de programación del demandado en folios 52 y 53 del cuaderno 1, en la que se observa que el accionado publicita a través de su pagina web algunos de los canales de su parrilla, entre los cuales se encuentran: RCN Televisión, CARACOL Televisión, TELEMEDÉLLÍN, CANAL CAPITAL, Canal 13, Canal 1, entre otros.

Ahora, para este despacho es claro que la obligación mencionada se puede cumplir tecnológicamente de diferentes formas, ya que el deber referido está relacionado con la recepción y no con la retransmisión, sin embargo el demandado opto por la reemisión de las señales de otro organismo de radiodifusión, puntualmente, las de los que estaba en obligación de garantizar su recepción. Esto se acredita en la contestación de la demanda, específicamente al referirse el demandado al hecho sexto, cuando a través de su apoderado confesó que trasmite la señal de CANAL CAPITAL, CANAL UNO, SEÑAL INSTITUCIONAL, CARACOL, RCN, AXN, A&E y FOX. Situación también reafirmada de las consecuencias probatorias de la inasistencia del demandado a la audiencia inicial.

Así las cosas, conectando la probada retransmisión de la señales de los canales referidos, mas el estudio de Business Bureau, que menciona cuales obras han sido incluidas en las parrillas de estos, y siendo claro que la retransmisión es una forma de difusión de obras, y esta a su vez una forma de comunicación pública, podemos afirmar, que efectivamente CABLETELCO SAS, a infringido los derechos exclusivos de los productores audiovisuales representados por EGEDA.

Frente al tiempo de este acto, se evidencia que mediante Resolución 0560 del 4 de julio de 2013 a folios 37 a 42 del cuaderno 2, que la Autoridad Nacional de Televisión prorrogó el inicio de operaciones de CABLETELCO S.A.S. hasta el 8 de enero de 2014, como se observa a folio 40, fecha en que esa sociedad debió iniciar sus actividades. De igual manera ninguna de las partes manifestó que la concesión se encuentra revocada o hubiese sido interrumpida o suspendida, razón por la cual se concluye por este fallador, se mantiene



vigente, máxime si se tiene en cuenta que el literal b de la cláusula décimo tercera del contrato de concesión establece que la sociedad CABLETELCO S.A.S. se obliga a no suspender o abandonar el cumplimiento del objeto del contrato, como se observa a folio 28 del cuaderno 2.

En síntesis, luego haber hecho una valoración del material probatorio obrante en el expediente, se puede establecer con un grado de certeza suficiente que CABLETELCO realiza actos de comunicación al público en su modalidad de retransmisión, establecida en el literal e del artículo 15 de la Decisión Andina 351 de 1993, de obras audiovisuales cuyos titulares son representados por EGEDA COLOMBIA, sin la correspondiente autorización previa y expresa y sin que se haya configurado alguna de las limitaciones y excepciones establecidas en nuestro ordenamiento jurídico.

Así entonces, este Despacho considera que existe en el presente caso una infracción que faculta al demandante a reivindicar los derechos exclusivos afectados, y por tal motivo el demandado debe abstenerse de comunicar al público las obras audiovisuales que representa EGEDA Colombia.

En relación con las pretensiones consecuenciales de condena debemos mencionar que, si bien la Decisión Andina 351 de 1993, en su artículo 57 dispone que: *“La autoridad nacional competente, podrá ordenar: a) El pago al titular del derecho infringido una reparación o indemnización adecuada en compensación por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la violación de su derecho (...);”*; este concepto debe ser entendido en contexto, en virtud del principio de complemento indispensable, con el artículo 2341 del Código Civil Colombiano, relativo a la responsabilidad, el cual señala que: *“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización”*. Es decir, para indemnizar una violación al derecho de autor, según los criterios de responsabilidad civil en Colombia, no basta con el ejercicio realizado anteriormente respecto de la acreditación de la infracción, es necesario también que exista un daño, evaluar la conducta y el nexo causal entre las dos, para determinar si puede hacerse sobre la misma un reproche que fundamente la carga de remediar el perjuicio causado

DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

A pesar de que toda responsabilidad civil parte de la noción antes mencionada, de tiempo atrás se ha diferenciado principalmente entre la responsabilidad civil extracontractual y contractual, cuya distinción radica en el tipo de derecho que es vulnerado. La lesión causada a un derecho subjetivo absoluto da lugar a la responsabilidad extracontractual, como lo dice el Código Civil, en los artículos 2341 a 2360, y la lesión a los derechos de crédito, que nacen de los contratos y la responsabilidad contractual, se encuentran en los artículos 1602 a 1617 del Código Civil.

Ahora bien, el fundamento de la responsabilidad puede ser subjetivo u objetivo. En el primer caso, que es la regla general de nuestro ordenamiento, no todo daño causado a otro hace responsable a su autor, ya que tiene un papel determinante el elemento subjetivo o interno del sujeto, es decir, se exige que el autor del daño haya obrado culposamente, de tal manera que los daños causados sin dolo o culpa no son objeto de reparación. En cuanto a la responsabilidad objetiva o responsabilidad de pleno derecho, no se mira el



aspecto interno o psicológico, sino simplemente la existencia de un daño y que este último sea imputable a una persona.

El Código Civil Colombiano acoge tanto la responsabilidad subjetiva o de culpa probada, la responsabilidad subjetiva de presunción de culpa que algunos denominan intermedia y la responsabilidad objetiva; las cuales se deben aplicar dependiendo de las circunstancias de cada caso y teniendo en cuenta las reglas previstas en la ley y la jurisprudencia. A manera de ejemplo, como lo señalan Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve, la responsabilidad contractual derivada de las obligaciones de resultado es objetiva, así como algunas modalidades de la responsabilidad extracontractual, por ejemplo, el daño causado por animales fieros y por actividades peligrosas. La responsabilidad precontractual es subjetiva, pues se fundamenta en la culpa al contratar; igual acontece con la responsabilidad extracontractual por el hecho propio, en la que la víctima debe probar el dolo o culpa del causante del daño.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, podemos señalar los elementos que se deben dar para que exista responsabilidad civil, los cuales variaran según se deban aplicar los principios de la responsabilidad subjetiva u objetiva. En el primer caso se exigen cuatro elementos: a) una conducta que sea la causa del daño; b) que la conducta haya sido dolosa o culposa; c) un daño o perjuicio; d) que entre el daño y la conducta exista un nexo causal. En el caso de la responsabilidad objetiva o responsabilidad por riesgo se exigen únicamente tres elementos: la autoría material o imputabilidad, el daño y un nexo causal entre daño o imputabilidad. La responsabilidad objetiva prescinde del elemento subjetivo o culpabilidad del individuo, pero no de la imputabilidad o autoría del mismo, como lo mencionan Arturo Valencia y Álvaro Ortiz, en el libro Derecho Civil Tomo III de 2010, página 182.

Ahora, para los temas de infracción a los derechos de propiedad intelectual, al no consagrar el Código Civil, las normas especiales que regulan la materia, ni la jurisprudencia, un criterio de responsabilidad objetiva o intermedia, es prístino para este despacho, que el deber de reparar debe analizarse teniendo en cuenta los elementos propios de responsabilidad subjetiva.

4.1. De la responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas.

Actualmente es aceptado ya sin mayores obstáculos por la doctrina y la jurisprudencia que las personas jurídicas pueden ser responsables en materia civil. En este sentido, ha mencionado la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 28 de octubre de 1965, que es *“principio de riguroso derecho y no solamente de equidad que los entes morales, cualquiera que sea su clase, como sujetos de derecho que son, deben asumir y responder por los daños que causen a terceros con sus actos, así como recogen las ventajas que estos traen para ellos, puesto que, como acertadamente observa Francisco Ferrara, la actividad jurídica no se puede desdoblar en sus cualidades y consecuencias.”*

Si bien el código civil no menciona de manera expresa la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia con fundamento en el precepto objetivo de que todo daño



imputable a culpa de una persona debe ser reparado por ésta, y en la regla subjetiva de que todo el que ha sufrido un daño debe ser indemnizado, consagró la responsabilidad por culpa *aquiliana* para las personas morales.

A lo largo de la historia el alto tribunal ha establecido en su jurisprudencia tres tesis con el fin de explicar la forma como se comprometen las personas jurídicas respecto de los actos culposos que causantes de daños a terceros, ejecutan sus agentes o sus dependientes en el ejercicio de actividades que a ellas corresponden, a saber:

- a) **Responsabilidad indirecta:** Fundada en los conceptos de culpa “*in eligendo*” e “*in vigilando*”, consideró la Corte Suprema de Justicia en su momento que las personas jurídicas eran responsables a causa de las culpas cometidas en daño de terceros por sus funcionarios de todo orden o nivel, en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, ora la mala elección o por la falta de vigilancia del empresario. De esta manera, se permitía proyectar en la persona moral la actividad incuriosa o negligente de sus dependientes subordinados.

A la luz de esta doctrina, la responsabilidad *aquiliana* de tales entes jurídicos debe gobernarse siempre por la preceptiva legal contenida en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, puesto que, en tal supuesto, no es la persona moral la que actúa sino sus empleados o funcionarios, del propio modo que obran los agentes o subordinados de una persona física.

Esta teoría de responsabilidad fue la que esbozó el abogado demandante.

- b) **Responsabilidad directa:** Con su pronunciamiento de su sentencia de casación civil del 21 de agosto de 1939 la Corte, al considerar insuficiente los fundamentos de la doctrina anterior, abrió la puerta de la jurisprudencia para el ingreso a ella de la responsabilidad directa. Dijo la corte en el mencionado fallo, acogiendo la teoría “*organicista*”, que la persona jurídica incurre en responsabilidad directa cuando los actos que realiza o sus omisiones se deben a las personas de sus directores, o a otras que ejecutan expresamente su voluntad (agentes superiores de la función); y en responsabilidad indirecta en los demás casos.

- c) **Teoría actual:** En sentencia de 30 de junio de 1962, la Corte Suprema revaluó la doctrina sobre la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas, al punto de considerarla directa y no indirecta, por la conducta de sus agentes causantes de daños a terceros, cualquiera que sea la posición jerárquica de aquellos dentro de la entidad jurídica.

En dicha sentencia se menciona que la persona natural obra por sí y en razón de sí misma; goza no solo de entendimiento y voluntad, sino también de los medios u órganos físicos para ejecutar sus decisiones. La persona moral, no; su personalidad no decide ni actúa por sí misma, sino a través del vehículo forzoso de sus agentes sin los cuales no pasaría de ser una abstracción. Por eso se ha dicho que su voluntad es la voluntad de sus agentes. Entonces, la coexistencia de la entidad



creada y de sus agentes, constituye un todo indivisible y no admite discriminación.

Tratándose entonces de una responsabilidad directa y no indirecta, lo pertinente es aplicar la preceptiva legal contenida en el artículo 2341 del Código Civil y no la descrita en los textos del 2347 y 2349.

En concordancia con la doctrina actual de la Corte Suprema de Justicia, una persona jurídica podrá ser responsable directamente por los daños que cause a un tercero en ejercicio de sus actividades, funciones u objetivos, sin importar o hacer discriminación respecto del rango o condición de los agentes que lo causan y sin la necesidad de demostrar la relación de dependencia o subordinación del autor del daño respecto del ente moral ni el deber de vigilancia de éste frente a aquél.

En este orden de ideas, el demandado en este tipo de acción no se exime de culpa si demuestra que el agente causante del daño no estaba bajo su vigilancia y cuidado o si a pesar de la autoridad y el cuidado que su calidad le confiere no habría podido impedir el hecho dañoso, pues estas situaciones son irrelevantes tratándose de la responsabilidad directa de los entes morales. De ahí que *“la entidad moral se redime de la carga de resarcir el daño, solamente probando el caso fortuito, el hecho de tercero o la culpa exclusiva de la víctima”* tal como lo dice en sentencia de casación, la Sala Civil, el 07 de octubre de 2015.

4.2. De la responsabilidad civil en el caso concreto.

Tomando en consideración lo mencionado anteriormente en torno a la responsabilidad civil de las personas jurídicas, se analizará si en el presente caso la sociedad CABLE Y TELECOMUNICACIONES DE COLOMBIA S.A.S. – CABLETELCO S.A.S., está obligada o no a reparar el daño que le haya podido causar a titulares de derechos de autor representados por la sociedad demandante EGEDA COLOMBIA. Para tal fin, se tendrá que verificar si se configuran los ya mencionados elementos de la responsabilidad subjetiva, en tanto en este caso estamos ante un posible escenario de responsabilidad directa por el hecho propio.

- El daño.

El daño es el elemento más importante en la responsabilidad civil, pues la reparación parte de la base de su existencia, de tal manera que solo puede predicarse que alguien es civilmente responsable cuando hay un daño resarcible. De antaño se ha señalado que el daño es la lesión o menoscabo de algún interés legítimamente protegido o de alguno de los derechos subjetivos de las personas como lo dice Diego García en el Manual de Responsabilidad Civil y del Estado, del año 2009 en su página 13.

En cuanto a la tipología del daño, podemos afirmar que este es material cuando nos encontramos ante la destrucción o menoscabo de alguno de los derechos patrimoniales de una persona, ya sea en forma directa o indirecta; e inmaterial o moral, cuando se produce una lesión o afectación de orden interno



a los sentimientos o al honor de las personas como lo mencionan Arturo Valencia y Álvaro Ortiz en su libro de Derecho Civil Tomo III, página 229.

En el caso del derecho de autor, como ya hemos mencionado, el objeto de protección son las obras y la protección jurídica de estas se ve reflejada a través de una serie de derechos de carácter exclusivo. Así entonces, la infracción de alguna de estas prerrogativas materializa el daño, precisamente porque se le priva al titular de la facultad de ejercer el derecho que solo le corresponde a este, afectándole así sus intereses legítimos en relación con las obras, como sería, por ejemplo, recibir una remuneración proporcional por la explotación o utilización de las mismas.

En este sentido, al haber infringido CABLE Y TELECOMUNICACIONES DE COLOMBIA S.A.S. – CABLETELCO S.A.S. los derechos patrimoniales de los productores audiovisuales representados por EGEDA COLOMBIA, se le causó a los mismos un daño de carácter material, ya que no solamente se les impidió ejercer su facultad exclusiva de autorizar o prohibir la utilización de las obras, sino que se vio menoscabado su interés legítimo de obtener una remuneración por la utilización o explotación de las mismas, la cual se manifiesta en el lucro cesante por aquellos ingresos que debió entrar a su patrimonio en el curso normal de los acontecimientos, esto es, con la licencia correspondiente.

- La conducta dolosa o culposa.

En lo que respecta al componente subjetivo de la responsabilidad civil, no basta que la acción generadora del daño se atribuya al artífice como obra suya (*imputatio facti*), sino que hace falta entrar a valorar si esa conducta es meritoria o demeritoria de conformidad con lo que la ley exige, lo que se conoce como *imputatio iuris*, tal como lo dice la sentencia de casación civil del 30 de septiembre de 2016.

De esta forma, la culpa de la responsabilidad extracontractual no es un objeto de la naturaleza ni una vivencia subjetiva que pueda ser percibida o sentida, sino que surge de una situación concreta que es valorada a partir de sus posibilidades de realización, como son la capacidad, potencia o previsibilidad. El reproche civil no radica en haber actuado mal sino en no actuar conforme al estándar de prudencia exigible, el cual se aprecia teniendo en cuenta el modo de obrar del hombre medio, es decir, de aquel hombre que normalmente obra con cierta prudencia y diligencia, como lo dice la sentencia de casación civil del 30 de septiembre de 2016 ya referida.

Tal como quedó establecido en el análisis correspondiente a la infracción, en el marco de la actividad y los servicios ofrecidos por el operador de servicios de televisión por suscripción Cable y Telecomunicaciones de Colombia S.A.S. – CABLETELCO, según se pudo comprobar del acervo probatorio que reposa en el expediente, se vienen realizando actos de comunicación pública de retransmisión de obras audiovisuales sin la respectiva autorización de sus correspondientes titulares, los cuales, como también ha quedado demostrado, son representados por la sociedad de gestión colectiva EGEDA COLOMBIA.

Así las cosas, no solo es posible afirmar que estamos ante un acto o conducta propia del operador del servicio de televisión por suscripción, sino que dicha



conducta tiene un carácter de culposa, en la medida que no se previó el daño habiéndose podido preverlo. En efecto, los derechos de propiedad intelectual no solo se encuentran reconocidos en la constitución sino en una serie de leyes especiales, por lo cual resulta evidente que una sociedad u organización que gestione sus negocios y asuntos de una manera medianamente diligente y prudente, está en la posibilidad prever el daño que se causa a los intereses legítimos del autor o titular de una obra, al utilizar o explotar económicamente la misma en el ejercicio de sus funciones, actividades o servicios, sin hacer las averiguaciones y tomar las medidas correspondientes para conseguir la correspondiente autorización.

Es mas, resulta, tan clara dicha obligación, que la misma autoridad administrativa del sector del demandado, puntualmente la Autoridad Nacional de Televisión, en una comunicación reporta que operadores del servicio de televisión por suscripción han acreditado el pago de los derechos de autor que representa la sociedad de gestión colectiva demandante.

Adicionalmente, es claro que, fruto de los derechos exclusivos reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico a los creadores, quien desee utilizar una obra protegida por el derecho de autor, tiene el deber de abstenerse de utilizarla o explotarla económicamente sin la respectiva autorización previa y expresa. Por tal motivo, ante la desatención de esta obligación, puede afirmarse que existe una omisión consciente del deber de orientar la conducta según las normas preestablecidas, con el fin de frenar actos y conductas que atenten contra el derecho ajeno.

En este punto, tal como lo ha reiterado la Corte Suprema de Justicia, es oportuno mencionar que la inobservancia de reglas o normas preestablecidas de conducta es imprudencia *in re ipsa*, es decir, que implica un juicio automático de culpa cuando tiene una correlación jurídica con el daño resarcible, como es el caso que nos ocupa.

Es preciso señalar además que el mencionado deber de abstenerse de vulnerar los derechos de autor, era bien conocido por el operador del servicio de televisión por suscripción demandado, en tanto sus funcionarios tuvieron contacto a través de correos electrónicos con los agentes de EGEDA COLOMBIA, con la finalidad de establecer las condiciones para celebrar la licencia que finalmente nunca fue llevada a cabo, tal como obra a folios 166 a 171 del Cuaderno 1.

- **Nexo causal.**

Entre el hecho imputable a una persona física o jurídica y el daño causado, debe existir una relación de causalidad, es decir, que el daño debe ser efecto o resultado de aquel hecho, de tal manera que este último se configure como causa eficiente de la lesión o afectación al interés legítimo o derecho subjetivo de la víctima, tal como lo dicen Arturo Valencia y Álvaro Ortiz, en su libro Derecho Civil Tomo III de 2010, en las páginas 261 y 262.

Ha considerado la doctrina que en general son tres las condiciones que se exigen para decretar la responsabilidad por determinado hecho o acto: 1) que



sea actual o próximo, 2) necesario o determinante y 3) apto o adecuado para causar determinado daño.

Luego de hacer una valoración de las circunstancias y el material probatorio correspondiente al presente caso, se concluye que los hechos atribuidos a CABLETELCO, no son causas remotas sino actuales o próximas del daño causado a los titulares de derechos de autor representados por EGEDA, en tanto el menoscabo o lesión al derecho subjetivo tutelado en este caso, fue consecuencia directa de los actos de comunicación al público de obras realizados a través de su servicio de televisión por suscripción.

De igual manera, el hecho de retransmitir obras audiovisuales al público a través de la prestación del servicio de televisión por suscripción, no solo se configura en este caso como un acto necesario o determinante para la materialización del daño, debido a que sin la realización de dicha conducta nunca se hubiera producido el mismo, sino también como un medio apto o adecuado para lesionar o menoscabar el derecho patrimonial de autor, este tipo de conductas ponen en evidencia un uso de los derechos que se ha reconocido a los distintos titulares, lo cual requiere la autorización previa y expresa de los mismos.

Así las cosas, luego de haber encontrado que se cumplen todos los elementos indispensables requeridos para que exista responsabilidad en el presente caso, este Despacho encuentra a la sociedad CABLE Y TELECOMUNICACIONES DE COLOMBIA S.A.S. – CABLETELCO S.A.S., civilmente responsable por el daño causado a los titulares de derechos de autor representados por EGEDA COLOMBIA, de tal manera que se encuentra obligada a reparar el mismo en la forma que se indicará a continuación.

4. LA REPARACIÓN O INDEMNIZACIÓN.

A pesar de las distintas acepciones que tiene el concepto de valor, para el presente estudio lo entenderemos como la relación cuantitativa o proporción en la que se cambia un bien por otro en el mercado. Lo cual puede expresarse en la forma socialmente aceptada o equivalente general de valor que presenta todo bien o mercancía, esto es, el dinero o moneda corriente.

El objeto de protección en materia de propiedad intelectual, es decir, las producciones del talento o del ingenio, no presentan un valor intrínseco, ya que estas alcanzan u obtienen valor dependiendo del nivel de éxito con la que sean explotadas en el mercado. En este sentido, la monetización de un bien intangible como lo sería una obra audiovisual, está ligada al beneficio o aprovechamiento que produzca o pueda llegar a producir para su titular. Tal como lo mencionan Vladimir Yossifov y Gordon Smith, en su libro Monetization of copyright assets by creative enterprises.

Así las cosas, para poder determinar el valor de un bien intangible no es posible hacer un análisis en abstracto, sino que se requieren tener en cuenta las circunstancias específicas de tiempo y lugar, así como los tipos de usos y usuarios correspondientes a cada caso. Dicha valoración de los activos intangibles encuentra respaldo en una serie de métodos, los cuales se encuentran clasificados principalmente en tres grandes categorías:

C:\Users\Inarias\AppData\Local\Microsoft\Windows\Temporary Internet Files\Content.Outlook\40L4MS80\Informe de relatoría 18 de enero de 2018 VF.docx



A. El método basado en el costo: Este tipo de métodos supone que el valor del bien intangible está asociado con el costo que implicó su creación o que implicaría su sustitución por otro bien con las mismas características. Este método puede resultar poco apropiado en materia de derecho de autor, ya que por lo general el costo de realizar un bien intangible, como por ejemplo lo sería una obra musical o una audiovisual, que puede surgir en un momento de *inspiración* por parte del autor, no sería relevante para determinar el valor que podría llegar a tener en el mercado.

B. Métodos basados en el mercado: En este caso, se considera que para determinar el valor de un activo intangible, se deben analizar las transacciones comparables existentes en el mercado. El punto esencial aquí es la información, ya que si tenemos conocimiento de otros intercambios o acuerdos entre bienes de similares características al que estamos evaluando, estaremos ante un fuerte y útil indicador respecto al valor de mercado del mismo.

Los métodos basados en el mercado son útiles en los siguientes casos:

- Cuando tenemos otras transacciones comparables en el mercado activo.
- Cuando tenemos información suficiente acerca de los términos de las transacciones y las partes involucradas en las mismas.
- Cuando las transacciones versan sobre bienes de similares características al que estamos valorando.
- Cuando la información respecto de las transacciones es contemporánea con nuestra valoración.

C. Métodos basados en beneficios económicos pasados y futuros: Este tipo de método encuentra su fundamento en la capitalización de la capacidad para producir ingresos de la propiedad, tomando en cuenta por ejemplo la rentabilidad histórica que mantiene el activo intangible o el futuro beneficio económico que se espera recibir por parte de su titular.

Este método requiere tener presentes una serie de elementos, entre los que encontramos los siguientes: La cantidad del beneficio económico esperado por la explotación; La duración de la explotación; Los parámetros o patrones utilizados para establecer los beneficios económicos que se esperan recibir; Y el riesgo de no recibir el beneficio económico tal como se esperaba como lo menciona la nombrada publicación en su página 97.

Ahora bien, teniendo en cuenta que los métodos basados en el costo que implicó llevar a cabo la creación, por lo general no nos arrojan como resultado una relación directa con el valor real del bien intangible; que en el presente proceso no obran pruebas que nos permitan identificar otras transacciones comparables realizadas en el mercado por EGEDA COLOMBIA, con otros Cable Operadores en relación con su repertorio de obras, y teniendo en cuenta que el juramento estimatorio fue objetado razonadamente por el demandante en el traslado respectivo, se procederá a utilizar el método basado en el beneficio económico esperado por la explotación de la obra.



Siguiendo el tipo de método anteriormente mencionado, procederemos a calcular o determinar el monto de la reparación o indemnización a la que están obligados los demandados en la presente causa, por el daño patrimonial causado a EGEDA COLOMBIA, el cual consiste en el lucro cesante por aquellos ingresos que debiendo entrar a su patrimonio en el curso normal de los acontecimientos, nunca lo hicieron debido a la utilización sin autorización previa y expresa de las obras de su repertorio.

En el marco de las actividades propias de una sociedad de gestión colectiva, encontramos que es un deber legal emitir sus correspondientes reglamentos de tarifas, los cuales son en esencia, una manifestación de voluntad de carácter unilateral por parte de este tipo de entidades, encaminada a generar efectos o relaciones jurídicas entre otros, respecto de aquellas personas que hagan o pretendan hacer una efectiva utilización o explotación de las obras que requiera autorización por parte de sus titulares, esto en razón a que son los reglamentos la guía que orienta el establecimiento de una tarifa en cada licencia que se celebra en particular y la base de la negociación cuando los usuarios soliciten la concertación de la misma.

En este sentido, salvo que exista una negociación en un determinado caso concreto, lo establecido en los reglamentos de tarifas de una sociedad de gestión colectiva, son los ingresos que dichas entidades, en representación de sus asociados, esperan recibir por la explotación de las obras de su repertorio.

Teniendo en cuenta que el presente caso no existe un acuerdo de voluntades en torno al monto correspondiente a la contraprestación por la explotación económica de las obra por parte de la sociedad demandada, este Despacho procederá a liquidar con base en los reglamentos de tarifas obrantes en el expediente a folios 129 a 155 del Cuaderno 1, y el listado de abonados reportados por la sociedad demandada y publicados por la Autoridad Nacional de Televisión que se encuentran a folios 31 a 33 del Cuaderno 1, la compensación que estará obligada a cancelar la sociedad demandada, por el daño causado a los titulares de derechos de autor representados por EGEDA COLOMBIA, entre los años 2007 y hasta la fecha.

Es oportuno mencionar que entre los años 2007 y 2013, la sociedad demandada no se encontraba prestando el servicio de televisión por suscripción, tal como lo demuestra el contrato de concesión del servicio público de televisión por suscripción que se encuentra a Folios 20 a 36 del Cuaderno 2, y la Resolución 0560 del 04 de julio de 2013 obrantes a Folios 93 a 104 del Cuaderno 2; por lo cual por este periodo de tiempo no podrá liquidarse indemnización alguna, en razón a que quedó evidenciado en el expediente que la accionada no ejerció acto alguno de comunicación pública de las obras audiovisuales cuyos titulares son representados por EGEDA en esas fechas.

En cuando a los años 2016 y 2017, este Despacho se abstendrá de establecer alguna suma por concepto de indemnización o compensación, debido a que no se aportó al proceso prueba alguna que permitiera formar la convicción del juez en relación con la efectiva explotación de la obra por parte de la sociedad demandada y su concreto número de suscriptores o abonados, haciendo imposible de este modo calcular la correspondiente indemnización o compensación.



Así las cosas, con base los parámetros establecidos en los reglamentos de tarifas presentados y en el número de abonados que tuvo la sociedad demandada como prestador del servicio de televisión por suscripción, actividad en la cual se comunicaron públicamente en su modalidad de retransmisión, obras del repertorio de EGEDA COLOMBIA, se establecerá como indemnización o compensación, la suma de NOVENTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL SIENTO SESENTA PESOS M/CTE (\$ 97.868.160).

Esta cifra se obtiene de multiplicar el número de suscriptores del año 2014, cuatro mil ochocientos noventa y tres (4893), con la tarifa mensual en pesos de QUINIENTOS SESENTA (\$560), para un total mensual de DOS MILLONES SETECIENTOS CUARENTA MIL OCHENTA PESOS (\$2.740.080), que multiplicado por el número de meses del año da un total de TREINTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA MIL NOVECIENTOS SESENTA PESOS (\$32.880.960) por el año 2014, los cuales se deben sumar con los resultados del año 2015, que en suscriptores tenía NUEVE MIL VEINTISEIS (9026) multiplicado por la tarifa mensual en pesos de SEICIENTOS (\$600), para un total mensual de CINCO MILLONES CUATROCIENTOS QUINCE MIL SEICIENTOS (5.415.600), que multiplicado por el número de meses del año da un total de SESENTA Y CUATRO MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS PESOS (\$64.987.200).

Frente al número de abonados mensuales mencionados por el apoderado del demandado en sus alegatos de conclusión, debemos manifestar, no se encuentran en el expediente pruebas que respalden sus afirmaciones. Lo que si observa este despacho son documentos que a folios 31 a 33 del cuaderno uno, acreditan la cantidad usada, y que en su momento no fueron tachados de falsos.

Para finalizar este punto, esta cifra en nuestro criterio cumple con los postulados de enunciados por el Tribunal Andino de Justicia que en Interpretación Prejudicial 39-IP-1999 manifestó que “La participación de los autores en los beneficios económicos de la radiodifusión constituyen un principio de equidad... por lo tanto, la remuneración debe ser proporcional a los ingresos que se obtengan por la explotación de la obra...”

6.1. Respetto del interés moratorio.

En lo atinente a los intereses moratorios pedidos sobre las sumas de dinero materia de la condena, se deberá seguir lo dicho en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que *“solo a partir de la concreción o cuantificación de la condena, pueden generarse réditos, dado que es en ese momento que se establece el monto de la suma líquida y la oportunidad para hacer el pago.”*, como lo dice la casación de la Sala Civil en sentencia del 14 de agosto de 2017.

En este sentido, a tratarse este caso de un asunto de responsabilidad civil extracontractual por la lesión o menoscabo de un derecho subjetivo, donde se condena a la parte demandada a pagar una suma indemnizatoria, no procede el cobro de intereses de mora, ya que su exigibilidad no está autorizada en la



forma pretendida en la demanda, sino a partir del vencimiento del plazo otorgado en la presente sentencia que de manera concreta establece la cuantía de la indemnización.

5. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO.

El numeral 1 del artículo 365 del CGP, señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, las cuales están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho. También se establece en el artículo 361 del CGP, que las costas serán tasadas y liquidadas con criterios objetivos y verificables en el expediente.

Así las cosas, este Despacho condenará en costas a la sociedad CABLE Y TELECOMUNICACIONES DE COLOMBIA S.A.S., identificada con el NIT 900552398-9, cuya liquidación se realizará a través de la secretaría, inmediatamente quede ejecutoriada la presente providencia, de acuerdo a lo establecido en el artículo 366 del CGP.

En lo referente a las agencias en derecho, de acuerdo a lo establecido en el Acuerdo No. PSAA16-10554, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, y teniendo en cuenta criterios como la cuantía del proceso, la naturaleza, la calidad y la duración de la gestión realizada por el apoderado de la parte demandante, se procederá a fijar como agencias el 5 % de lo pedido en las pretensiones, esto es, CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS OCHO PESOS M/CTE. (\$4.893.408)

6. PARTE RESOLUTIVA.

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

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar que la sociedad CABLE Y TELECOMUNICACIONES DE COLOMBIA S.A.S. – CABLETELCO S.A.S., en su calidad de operador del servicio de televisión por suscripción, al efectuar la retransmisión de señales de televisión de otros organismos de radiodifusión, comunicó públicamente obras audiovisuales de titularidad de los productores asociados y representados por EGEDA COLOMBIA, dentro del periodo comprendido entre el 8 de enero de 2014 y la fecha de esta providencia

SEGUNDO: Declarar que la sociedad CABLE Y TELECOMUNICACIONES DE COLOMBIA S.A.S. – CABLETELCO S.A.S., no cuenta con autorización previa y expresa por parte de EGEDA COLOMBIA, para la comunicación pública de las obras audiovisuales comprendidas en su repertorio.

TERCERO: Declarar que la sociedad CABLE Y TELECOMUNICACIONES DE COLOMBIA S.A.S. – CABLETELCO S.A.S., vulneró el derecho patrimonial de



comunicación pública de los productores asociados y representados por EGEDA COLOMBIA.

CUARTO: Ordenar a la sociedad CABLE Y TELECOMUNICACIONES DE COLOMBIA S.A.S. – CABLETELCO S.A.S. abstenerse de utilizar o explotar las obras del repertorio de EGEDA COLOMBIA, sin la correspondiente autorización previa y expresa por parte de dicha sociedad de gestión colectiva.

QUINTO: Condenar a la sociedad CABLE Y TELECOMUNICACIONES DE COLOMBIA S.A.S. – CABLETELCO S.A.S. a pagar a favor del demandante EGEDA COLOMBIA dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de este fallo, la suma de NOVENTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL CIENTO SESENTA PESOS M/CTE (\$ 97.868.160)

QUINTO: Sin condena en el presente caso a pagar intereses comerciales moratorios de conformidad con lo mencionado en la parte considerativa de la presente providencia.

SÉPTIMO: Negar las excepciones propuestas por el demandado.

OCTAVO: Condenar en costas a la sociedad CABLE Y TELECOMUNICACIONES DE COLOMBIA S.A.S. – CABLETELCO S.A.S., identificada con el NIT 900552398-9.

DECIMO: Fijar agencias en derecho por el 5 % de lo solicitado en las pretensiones, esto es, CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS OCHO PESOS M/CTE. (\$4.893.408), a cargo de la parte condenada en costas.