



Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales, Bogotá D.C.
Sentencia del 18 de noviembre de 2022

Rad: 1-2020-144860
Ref.: Proceso Verbal
Demandante: Actores SGC
Demandado: HV Televisión SAS

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

CONSIDERACIONES

1. Demanda y contestación (síntesis)

El 17 de diciembre de 2020, Actores Sociedad Colombiana de Gestión – ACTORES S.C.G., identificada con NIT 830.036.522-1, por intermedio de apoderado presentó demanda contra la sociedad HV TELEVISIÓN S.A.S., identificada con el NIT 800.132.211-6. En esta señaló que existe una infracción al derecho patrimonial de remuneración de las obras representadas por la demandante por parte de HV TELEVISIÓN S.A.S., sociedad autorizada para prestar el servicio de televisión por suscripción, al comunicar públicamente obras y grabaciones audiovisuales donde se encuentran fijadas interpretaciones o ejecuciones de artistas afiliados a la sociedad de gestión colectiva ACTORES, sin pagar lo correspondiente al derecho de remuneración.

El 19 de marzo de 2021 la sociedad HV TELEVISIÓN S.A.S. contestó la demanda, presentó excepciones previas y de fondo y una demanda de llamamiento en garantía a la sociedad Seguros del Estado S. A. Argumentó que la sociedad HV TELEVISIÓN S.A.S. no ejecuta actos de comunicación pública pues no difunde por medio de ondas radioeléctricas ni a través del espectro radioeléctrico y que el servicio que distribuye además no es público, si no que al ser por suscripción se dirige a un grupo de personas específico, concreto y determinado. También adujo que sus actos se derivan del cumplimiento de la Ley 680 de 2001, por lo cual considera que existe responsabilidad del Estado, además, advierte que la tarifa no fue concertada porque entre otras cosas el proceso de concertación no ha finalizado y que esta se fijó sin tener en cuenta los ingresos reales de la demandada, su situación actual, los contratos con las programadoras y múltiples criterios que considera se deben evaluar para ello.

2. Fijación del litigio

En la etapa oral del presente proceso se fijó el litigio señalando que dentro de los hechos reconocidos como ciertos por la demandada y llamada en garantía se encuentran que la demandante es una sociedad de gestión colectiva de derechos conexos con personería jurídica y autorización de funcionamiento, además la demandada reconoció que la Ley 1403 de 2010 establece el derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes de obras y grabaciones audiovisuales a percibir una remuneración equitativa por la comunicación pública, incluida la puesta a disposición y el alquiler comercial de las obras o grabaciones audiovisuales en las cuales se encuentran fijadas sus interpretaciones o ejecuciones.

También se admite que, de manera indirecta, a través de ASOTIC, se ha discutido la existencia del derecho, así como una eventual negociación. Además, la accionada respondió mal los hechos 14 y 15, lo que tiene como consecuencia presumir cierto que HV TELEVISIÓN S.A.S. celebra con sus suscriptores un contrato de servicio de televisión por suscripción, que instala con su propio personal los equipos de distribución y recepción de señal, a cambio de un pago y que en virtud del contrato celebrado, ofrece a sus suscriptores planes de televisión por suscripción, compuestos por diferentes parrillas de canales, cuya programación incluye obras audiovisuales, tales como películas, series, novelas, entre otros dramatizados.

3. Objeto y sujeto de protección

Iniciemos mencionando que, si bien los derechos conexos evocan cierta analogía con el derecho de autor, no se puede considerar como similares entre sí, ya que en las palabras de Desbois, el objeto de la protección en este caso son actividades que concurren a la difusión, mas no a la creación de obras literarias y artísticas.¹ Dentro de los intereses protegidos en el marco de los derechos conexos y que nos interesan en el caso aquí analizado, encontramos la interpretación artística, definida por Bercovitz, como la representación de un texto de carácter dramático; por su parte, el diccionario de la Real Academia Española señala que una de las definiciones de interpretación es “*representar una obra teatral, cinematográfica, etc.*”.

En este sentido, si bien no se puede considerar a la interpretación artística como semejante a la obra, si tiene una relación de dependencia con esta, pues supone la existencia de una creación literaria o artística y constituye una vía para difundir o divulgar una obra al público, lo cual se realiza a través de un intérprete.

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

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

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

En el expediente se observa la carpeta “1. *Caratula obra y elenco*”² en la cual pueden verse las caratulas y elencos de múltiples obras, se encuentran los documentos “P9.1”³ y la carpeta “17. *Informe*”,⁴ en estos documentos se observa la existencia de interpretaciones de artistas, entre los que se pueden mencionar a título enunciativo: Lorna María Cepeda en Casados con hijos, Robinson Díaz en La Nocturna, Silvia de Dios en Mujeres al Límite, Carolina Ramírez en La Hija del Mariachi, Variel Sánchez en A Mano Limpia, Enrique Carriazo en Los Reyes, Geraldine Zivic en Mujeres Asesinas, Ana María Orozco en Yo Soy Betty la Fea, Natalia Reyes en Lady la Vendedora de Rosas, etc. También se aprecia que todos estos intérpretes hacen parte de la Sociedad de Gestión Colectiva Actores. Ahora, en las carpetas “P14”⁵, “P15”⁶, “P16”⁷ y “P17”⁸, se vislumbran también las interpretaciones fijadas en obras audiovisuales como La Selección 2, La niña, Los Morales, La Ley Secreta, Lorena, El inútil, El abogado del crimen, La brújula dorada, Furia de titanes, Bad Boys, Aquí no hay quien viva, entre otras.

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

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

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

² Ubicado en la carpeta “05 Pruebas1”, dentro de la carpeta “Pruebas”, dentro de la carpeta “P16” y dentro de la carpeta “1. *Caratula obra y elenco*” todas ellas a su vez ubicada en la carpeta principal “1-2020-144860 Actores vs HV Televisión”.

³ Ubicado en la carpeta “05 Pruebas1”, dentro de la carpeta “Pruebas” a su vez ubicada en la carpeta principal “1-2020-144860 Actores vs HV Televisión”.

⁴ Ubicado en la carpeta “P17”, dentro de la carpeta “06 Pruebas2”, a su vez ubicada en la carpeta principal “1-2020-144860 Actores vs HV Televisión”.

⁵ Ubicada en la carpeta “05 Pruebas1”, a su vez ubicada en la carpeta principal “1-2020-144860 Actores vs HV Televisión”.

⁶ Ubicada en la carpeta “05 Pruebas1”, a su vez ubicada en la carpeta principal “1-2020-144860 Actores vs HV Televisión”.

⁷ Ubicada en la carpeta “05 Pruebas1”, a su vez ubicada en la carpeta principal “1-2020-144860 Actores vs HV Televisión”.

⁸ Ubicada en la carpeta “06 Pruebas2”, a su vez ubicada en la carpeta principal “1-2020-144860 Actores vs HV Televisión”.

Debemos reiterar que la labor de los artistas intérpretes y ejecutantes, da un nuevo alcance a la obra al realizar un esfuerzo creativo único, así que tienen un interés justificable en la protección jurídica de su actividad; por ello los derechos conexos protegen a quien realiza un aporte considerable creativo o técnico, al proceso de llevar una obra hasta el público. Teniendo en cuenta que en esta causa se reclaman los derechos otorgados después de autorizada la fijación de la interpretación o ejecución, se procederá a analizarlos.

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

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

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

En el caso *sub judice*, se menciona en la demanda que la sociedad HV TELEVISIÓN S.A.S., en su calidad de operador de televisión por suscripción, ha realizado a través de los canales que conforman su parrilla de programación la comunicación pública de obras y grabaciones audiovisuales en las cuales se encuentran fijadas las interpretaciones artísticas que administra ACTORES SCG, sin pagar por el derecho de remuneración equitativa de que trata el parágrafo 1 del artículo 168 de la Ley 23 de 1982, dentro del periodo comprendido entre el 1 de enero de 2013 y hasta la fecha.

Sostiene la demandada, que el derecho a percibir una remuneración equitativa del cual son titulares los artistas intérpretes de obras y grabaciones audiovisuales a pesar de ser irrenunciable es en su consideración negociable y que, por tanto, es posible que haya sido enajenado o que ya no le pertenezca a dicho titular.

Frente este argumento se debe indicar que dicho derecho de remuneración equitativa implica únicamente la facultad para el artista de realizar un cobro, pues como se indicó es de mera remuneración y no lo faculta a impedir el uso de sus interpretaciones fijadas con autorización, por ello, no es posible pensar que exista forma de enajenarlo sin transferirlo o renunciar a él, situación que además de plano impide la ley 1403 de 2010 y que implica que cualquier pacto en contrario carecería de validez. Por este motivo no puede prosperar la excepción de mérito denominada “INEXISTENTE COMPROBACIÓN DE QUE EL DERECHO PATRIMONIAL DISCUTIDO SE ENCUENTRA EN CABEZA DE LOS ARTISTAS PRESUNTAMENTE REPRESENTADOS POR ACTORES S.C.G.”.

También alegó la accionada que, para el caso de los actores, en razón a su forma de contratación el término de prescripción es de dos años conforme al artículo 2543 del Código Civil. Recordemos que esta prescripción se prevé para el cobro del precio de los servicios que se prestan de manera periódica o accidental por ciertas personas como barberos y mensajeros, y tiene como base el acuerdo para la prestación del mencionado servicio.

En tal sentido se hace necesario resaltar que el pago que perciben los referidos artistas por permitir la fijación de la interpretación, que usualmente tiene como deudor al productor audiovisual, si bien es de naturaleza contractual, y efectivamente se presta de manera

periódica y en base a la existencia de un proyecto audiovisual, no es objeto de debate en este proceso, toda vez que las pretensiones lo que buscan es la satisfacción de un derecho que surge con posterioridad a esta relación, que tiene un obligado distinto, que no es otro que el que realiza la comunicación pública, el alquiler, o la puesta a disposición, y que valga resaltar es de naturaleza extracontractual. Para el caso concreto, el término de prescripción aplicable es el que establece el artículo 2536 del Código Civil⁹ para la acción ordinaria, es decir 10 años, de manera que se entenderá que la excepción de mérito denominada “PRESCRIPCIÓN” no está llamada a prosperar.

5. De la comunicación pública como generador del derecho de remuneración de los artistas del audiovisual

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 debe entenderse de manera amplia como un género que admite varias especies o modalidades, dentro de ellas quisiéramos resaltar los literales:

“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;

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

Recordemos que la modalidad de comunicación que se reivindica en la presente causa es la retransmisión, por lo que se hace necesario profundizar sobre dicho concepto. En el mundo del derecho de autor, la retransmisión 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 351. Sobre el precepto referido es importante mencionar que, la norma comunitaria optó por consagrar una definición jurídica de *retransmisión*, abandonando el concepto tecnológico señalado en el artículo 8 de la Ley 23 de 1982; en tal sentido, en virtud del principio de prevalencia de la norma comunitaria, debe concluir este Despacho que la definición aplicable al caso particular es la contenida en la mencionada Decisión 351 de 1993.

Como se puede observar, el supuesto que consagra nuestra norma comunitaria es el de una forma de difusión que está relacionada con un segundo uso de las señales, programas y que en este caso incluyen interpretaciones, los cuales, a través de un dispositivo conductor, son distribuidas por vía diferente a la de la primera transmisión, sea esta sonora o audiovisual. Ahora, nótese que la norma andina se refiere al acto de retransmisión propiamente dicho y no se hace distinción sobre el sujeto que la realiza, por lo que es indiferente si se trata o no de un organismo de radiodifusión; así, siempre que se realice una reemisión por una fuente diferente a la de origen, aun cuando esta sea simultánea, es posible concluir que se trata de una retransmisión.

No obstante lo anterior, 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 una fuente diferente de la de origen, que vale la pena resaltar, también es obligada respecto el derecho de remuneración de los artistas intérpretes por realizar dicho acto de difusión.

Por su parte, la norma tampoco señala de forma taxativa la manera en que ha de llevarse a cabo la retransmisión, sino que emplea términos con carácter ilustrativo, permitiendo con la

⁹ **Artículo 2536 del Código Civil:** “La acción ejecutiva se prescribe por cinco (5) años. Y la ordinaria por diez (10). La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco (5) años, y convertida en ordinaria durará solamente otros cinco (5). Una vez interrumpida o renunciada una prescripción, comenzará a contarse nuevamente el respectivo término.”

expresión “*u otro procedimiento análogo*” que se realice a través de procedimientos no enunciados en el artículo referido. Es por ello que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en su interpretación prejudicial 107-IP-2021 indicó que “*si una empresa de televisión por suscripción, utilizando cualquier procedimiento conocido o por conocerse, difunde obras audiovisuales, es evidente que está realizando un acto de comunicación al público de dichas obras.*”

En este punto, debe resaltarse que la utilización adicional de las interpretaciones que hacen parte de las emisiones realizadas por canales de televisión hace que se configure una comunicación pública diferente a la original. De la misma manera, el debate no está enmarcado únicamente sobre los “*canales colombianos de televisión abierta de carácter nacional, regional y municipal*” en los términos del artículo 11 de la ley 680 de 2001, aunque el accionado haya buscado llevar la discusión sobre tal punto al indicar de forma reiterativa que cuenta con una obligación legal respecto a ellos.

Frente los argumentos referentes a que las normas existentes son obsoletas y no se adaptan a la definición de algunas expresiones, debemos reiterar que las normas que rigen la materia, especialmente las de la Decisión Andina 351 de 1993, no se enmarcan en un supuesto tecnológico, ya que esto impediría su adaptación a los constantes cambios en las formas de difundir obras y prestaciones protegidas, razón por la cual se han establecido por el legislador andino supuestos de hecho abiertos que garantizan su aplicabilidad con el paso del tiempo, motivo por el cual las excepciones denominadas “*AUSENCIA DE REGULACIÓN PARTICULAR DEL ORGANISMO DE REGULACIÓN ACTUAL*” y “*ANACRONÍA Y OBSOLESCENCIA DE LAS NORMAS QUE REGULAN LA MATERIA EN UNA INDUSTRIA TECNOLÓGICAMENTE DINÁMICA*” no están llamadas a prosperar.

No sobra recordar que el representante legal de la accionada durante el interrogatorio de parte reconoció que los canales que se relacionan en la prueba numerada como P8.2 hacen o hicieron parte de la parrilla de canales que ofrece el extremo pasivo de la litis¹⁰. También, al contestar la demanda el extremo pasivo aportó las parrillas de canales que ha tenido en Acacias entre los años 2015 y 2020, en Apartadó entre los años 2019 y 2020, en Bello entre los años 2015 y 2020, en Chaparral entre los años 2015 y 2020, en Honda entre los años 2015 y 2020, de Cundinamarca entre los años 2010 y 2020 y de Ibagué entre los años 2017 y 2020¹¹ y en ellos se observa que en la parrilla se encuentran los canales CARACOL, RCN, TELECARIBE, TELEANTIOQUIA, FOX, TNT, TRO, DISCOVERY, CANAL CAPITAL, CITYTV, entre otros. Lo anterior es congruente con las pruebas “*P13.1*”¹² y “*P17*”¹³ en las que se observan los mismos canales.

Así mismo, de las pruebas visibles en las carpetas: “*P14*” contentiva de los Reportes entregados por KANTAR IBOPE MEDIA COLOMBIA S.A.S a ACTORES S.C.G., “*P15*” consistente en los Reportes entregados por BUSINESS BUREAU (BB MEDIA LLC) a través de GLOBALNEWS GRUOP COLOMBIA S.A.S (antes COMPETENCIA PLUS S.A.S.) y “*P16*” que contiene, entre otras cosas, el Informe de participación en obras audiovisuales de artistas representados por actores sociedad colombiana de gestión y las caratulas y elencos de múltiples obras, se puede evidenciar que en los canales a los que se hizo referencia se han emitido o transmitido obras como Casados con hijos La Nocturna, Mujeres al Límite, La Hija del Mariachi, Mujeres Asesinas, Lady la Vendedora de Rosas, entre otras. También, como se señaló en el primer acápite, la accionada probó que en las obras audiovisuales mencionadas se encuentran fijadas interpretaciones de artistas a los cuales representa.

Por otra parte, a la pregunta formulada por este Despacho: “*¿en concreto del servicio de televisión podría explicarme cómo técnicamente u operativamente prestan ese servicio a los usuarios?*”, el representante legal de la demandada contestó: “*nosotros digamos somos unos gestores, unos facilitadores que pues lo que hacemos es negociar los derechos, adquirir unos derechos de programación con unas productoras para llevar las señales a la casa de los suscriptores, es básicamente nuestra labor*”¹⁴, a la pregunta “*¿Tiene conocimiento de cómo es operativamente que llevan esas señales a sus suscriptores?*” el mismo representante indicó que: “*Nosotros tenemos unas redes propias que van a, se distribuyen y*

¹⁰ Minuto 00:27:09 de la grabación “*Audiencia Art. 372 CGP, proceso 1-2020-144860, Parte 3*” ubicado en la carpeta “*113 Audiencia inicial 9 de agosto de 2022*”, a su vez ubicada en la carpeta principal “*1-2020-144860 Actores vs HV Televisión*”.

¹¹ Archivos de Excel almacenados en la carpeta denominada “*DOCUMENTOS SOLICITADOS AUTO DE ADMISIÓN*” ubicada en la carpeta “*20 Contestación de la demanda 1-2021-27657*” a su vez ubicada en la carpeta principal “*1-2020-145179 ACTORES VS HV TELEVISIÓN*”.

¹² Ubicado en la carpeta “*06 Pruebas 2*”, a su vez ubicada en la carpeta principal “*1-2020-144860 Actores vs HV Televisión*”.

¹³ Ubicado en la carpeta “*06 Pruebas 2*”, a su vez ubicada en la carpeta principal “*1-2020-144860 Actores vs HV Televisión*”.

¹⁴ Minuto 00:09:22 de la grabación “*Audiencia Art. 372 CGP, proceso 1-2020-144860, Parte 3*” ubicado en la carpeta “*113 Audiencia inicial del 9 de agosto de 2022*”, a su vez ubicada en la carpeta principal “*1-2020-144860 Actores vs HV Televisión*”.

van a la casa del suscriptor”¹⁵ y a la pregunta “cuando dice redes propias a qué hace referencia”, este dijo que: “a digamos a los cables de fibra óptica, a los cables coaxiales”¹⁶. Además, como se dijo cuando se hizo referencia a la fijación del litigio se presumen ciertos los hechos 14 y 15.

De lo mencionado puede concluirse que la acción ejecutada por la demandada consistió en reemitir la emisión original realizada por otras fuentes de origen que incluían obras audiovisuales en las cuales se encontraban fijadas interpretaciones protegidas, lo cual, en criterio de este Despacho, se enmarca en el concepto de retransmisión que consagra la Decisión Andina 351 en su artículo 3.

En tal sentido, se entenderá que HV TELEVISIÓN S.A.S. comunica públicamente interpretaciones artísticas fijadas en audiovisuales, que administra y representa la demandante, y por las razones ya expuestas se entenderá que no tienen vocación de prosperar las excepciones de mérito denominadas “INEXISTENCIA DE EJECUCIÓN DE ACTOS DE COMUNICACIÓN PÚBLICA POR PARTE DE HV TELEVISIÓN SAS DURANTE LOS AÑOS 2010-2020, A LA LUZ DE LAS NORMAS QUE REGULAN LA MATERIA Y EN RELACIÓN A LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DEMANDADO Y EL DETALLE TÉCNICO EN QUE PRESTA SUS SERVICIOS”, “INEXISTENTE COMPROBACIÓN DE ACTOS DE COMUNICACIÓN PÚBLICA POR PARTE DE HV TELEVISIÓN SAS DURANTE LOS AÑOS 2010-2020, EN RELACIÓN A LAS OBRAS Y GRABACIONES AUDIOVISUALES DONDE SE ENCONTRARÍAN FIJADAS INTERPRETACIONES O EJECUCIONES DE ARTISTAS INTÉRPRETES PRESUNTAMENTE REPRESENTADOS POR LA DEMANDANTE” e “INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL IMPUTABLE AL DEMANDADO POR NO CONFIGURARSE LOS PRESUPUESTOS AXIOLÓGICOS Y CONCURRENTES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL”.

6. Sobre el alcance de los contratos suscritos entre el demandado y las casas programadoras.

La accionada afirmó que las casas programadoras le han hecho entender que en los contratos celebrados con ellas también están inmersos los derechos de autor y conexos respecto del contenido y de la señal contratada e igualmente de la transmisión y retransmisión de ellos. Con el fin de demostrar lo afirmado se presentaron varios contratos¹⁷ y el testimonio de la señora Galé Mallo Agudelo.

En relación a los contratos una vez revisado el texto de estos, es posible mencionar que no obran en ellos cláusulas que indiquen que el valor pactado incluye el pago de los derechos conexos que se deban sufragar en razón a la reemisión que realiza la demandada de la señal que contrata, y si bien en varios de ellos se resalta que el contenido está incluido en la autorización, al respecto, es necesario indicar que existen países cuyas legislaciones no han consagrado un derecho de remuneración equitativa en favor de los artistas intérpretes, por ello, en esos países es común que algunos de los artistas, gracias a su poder negocial, exijan que por vía contractual se pacte en su favor un porcentaje de los dineros percibidos por cada negociación que se realice de la obra en la cual está incorporada su interpretación, sin embargo, esto no es más que un derecho de crédito que nace de la voluntad de las partes.

En cuanto a la remuneración equitativa que se reclama en este proceso, se trata de un derecho subjetivo que consagra la legislación colombiana a través de la Ley 1403 de 2015, el cual es irrenunciable y se puede gestionar de manera individual o colectiva. En este proceso, si bien la demandada alega haber pagado por este derecho a las casas programadoras, esta desconoce que los pagos que a ellas les realiza tienen una naturaleza distinta a los que acá se le exigen, de todos modos, si la demandada hubiere encontrado que los artistas intérpretes que representa la sociedad demandante ya percibían una remuneración de la misma naturaleza que la establecida en la mencionada ley 1403 y que ella le era pagada por las casas programadoras con las cuales ha contratado, pudo haber presentado las pruebas que demostraran la existencia de tales pagos a los artistas con el fin de que fueran aquí analizadas, pero por el contrario, no aporta ninguna prueba tendiente a demostrar quiénes serían esos artistas y en ese sentido no le es posible a este fallador encontrar que tal argumento tenga vocación de prosperar.

¹⁵ Minuto 00:10:09 de la grabación “Audiencia Art. 372 CGP, proceso 1-2020-144860, Parte 3” ubicado en la carpeta “113 Audiencia inicial del 9 de agosto de 2022”, a su vez ubicada en la carpeta principal “1-2020-144860 Actores vs HV Televisión”.

¹⁶ Minuto 00:10:29 de la grabación “Audiencia Art. 372 CGP, proceso 1-2020-144860, Parte 3” ubicado en la carpeta “113 Audiencia inicial del 9 de agosto de 2022”, a su vez ubicada en la carpeta principal “1-2020-144860 Actores vs HV Televisión”.

¹⁷ Visibles a partir de la página 5791 del documento “PODER, MENSAJE DE DATOS, CONTESTACION DEMANDA Y PRUEBAS” ubicado en la carpeta “20 Contestación de la demanda 1-2021-27657” del expediente virtual.

Ahora bien, en cuanto a la declaración testimonial referida, debemos resaltar que esta fue tachada por el apoderado de la demandante sustentando la misma en que la demandada está afiliada a ASOTIC, la cual es representada por la testigo, que además HV Televisión es uno de los socios fundadores de ASOTIC, hace parte de su junta directiva, y le realiza contribuciones económicas.

Al respecto se observa, que la testigo indicó en la audiencia todo lo que alega el apoderado en la tacha, de manera que, aplicando las reglas de la sana crítica, encuentra el Despacho que efectivamente la testigo puede tener un interés directo en que el fallo sea favorable para quien solicitó su testimonio, sin embargo este análisis que realizamos resulta inane, toda vez que aun sin la tacha el resultado es el mismo, precisamente porque si bien la testigo ratifica lo que dicen los contratos ya debatidos en este acápite, como ya se indicó, el contenido de los mismos no exime a la demandada del pago que en el proceso bajo estudio se le exige.

Lo anterior, implica el fracaso de la excepción "*INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL IMPUTABLE AL DEMANDADO POR LOS HECHOS DE TERCEROS*".

7. Sobre las limitaciones y excepciones aparentemente invocadas, la fuerza mayor y la responsabilidad del estado.

Las limitaciones y excepciones son restricciones al ejercicio de los derechos patrimoniales que permite que terceros utilicen obras o prestaciones protegidas sin solicitar autorización previa y expresa. Así, teniendo en cuenta que se reclama el pago de un derecho de remuneración y que los artistas no tienen la facultad de autorizar o prohibir la comunicación al público de sus interpretaciones fijadas, podemos manifestar que el operador de televisión por suscripción no requiere de una limitación que le permita llevar a cabo la retransmisión.

Por lo anterior, lo necesario es analizar si la demandada está cobijada por una excepción al pago de la remuneración equitativa de que trata el parágrafo 1 del artículo 168 de la Ley 23 de 1982, adicionado por la Ley 1403 de 2010, a causa de la Ley 680 del 2001 y de la interpretación que de esta ha hecho la Corte Constitucional y el Tribunal Superior de Bogotá.

Lo primero que debemos mencionar es que en criterio de esta Subdirección, dicha norma consagra una obligación del cable operador, cuyo alcance consiste en garantizar la recepción de los canales de televisión abierta que se sintonicen en el área de cubrimiento autorizada, es decir, no abarca todas las emisiones incluidas en las parrillas de los demandados, y que además se puede cumplir tecnológicamente de diferentes formas, ya que el deber referido está relacionado con la recepción y no con la retransmisión.

De otro lado, en gracia de discusión, si se aceptara la interpretación en la cual el artículo 11 de la Ley 680 de 2011 fuese una excepción, de analizar las sentencias C-654 de 2003 y T-599 de 2016 proferidas por la Corte Constitucional y los fallos de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá de marzo 28 de 2017, 23 de septiembre de 2020 y 28 de junio de 2021, es claro que la misma versaría sobre la emisión en sí misma y no sobre el contenido de esta, y por tanto el operador de televisión por suscripción no puede dejar de pagar las demás erogaciones relacionadas con la retransmisión, a pesar de que no cobre a sus suscriptores, como equivocadamente argumenta el extremo pasivo, pues en ningún momento se le autoriza para utilizar las interpretaciones artísticas sin reconocer el derecho de remuneración equitativa.

Al respecto, es preciso señalar que tales actos realizados por la sociedad demandada tienen una repercusión en la esfera de los derechos conexos, en particular los de los artistas intérpretes de obras audiovisuales. En nuestro criterio, el pago de una remuneración a los artistas intérpretes que realizó una fuente de origen, no se hace extensivo a subsecuentes utilidades de las interpretaciones, por lo tanto, al optar el demandado por la reemisión de las señales de otro organismo de radiodifusión, se trate o no, de los que estaba en obligación de garantizar su recepción, implica realizar un nuevo acto de comunicación de las interpretaciones fijadas en obras audiovisuales incluidas en la emisión, que claramente requiere el pago de una remuneración equitativa.

En últimas, aun aceptando, que lo que consagra la norma descrita es una excepción al pago del derecho de remuneración, debe traerse a colación que, la accionante no solo busca la defensa de los intereses de los artistas cuyas interpretaciones fijadas en obras audiovisuales

fueron emitidas en canales abiertos de carácter nacional y regional, sino también en otros de diferente naturaleza, los cuales claramente no son objeto de debate respecto de la obligación contenida en la Ley 680 de 2001, y que en virtud de las pruebas que han sido analizadas en esta providencia, es posible establecer que también son retransmitidas por la accionada.

Así, de analizar el conjunto de pruebas y siendo claro que la retransmisión es una forma de comunicación pública independiente de la emisión, en virtud del literal e) del artículo 15 de la Decisión 351 de 1993 y, en consecuencia, una forma de difundir interpretaciones protegidas por los derechos conexos, la cual debe ser remunerada de manera equitativa, podemos afirmar, que efectivamente HV TELEVISIÓN S.A.S., ha infringido el derecho de mera remuneración de los artistas asociados y representados por la accionante, al realizar dicho acto sin el correspondiente pago.

También, alegó la demandada que el presunto daño proviene del cumplimiento de los términos de un contrato de concesión celebrado con el estado, sin embargo, de observar el contrato y sus otrosíes se encuentra que tiene por objeto la operación y explotación del servicio público de televisión por suscripción y que en su cláusula doce en la cual se habla de las obligaciones del concesionario, esta se obligó a “7. Acreditar ante LA COMISIÓN anualmente el pago de los derechos de autor, o los convenios que autoricen para usar las señales y los programas que distribuyan.”.

Así, se colige que la prestación del servicio de televisión por parte de la demandada debe cumplir unas condiciones y entre ellas se encuentra el pago o autorización del contenido que distribuya. De manera que, contrario a lo afirmado por la demandada, la infracción que se alega y que es objeto de discusión en esta causa, no tiene origen en el contrato de concesión celebrado entre la demandada y la ANTV, pues a la luz del numeral séptimo de la cláusula doce ya citada, el contrato establece la obligación de cumplir con las obligaciones de ley en temas de derecho de autor y de derechos conexos.

Respecto las alusiones de la demandada en las que manifiesta que a la fecha la Comisión de Regulación de Comunicaciones, ni el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones se han pronunciado regulatoriamente sobre el asunto que nos ocupa, debemos resaltar que la acción administrativa sancionatoria y la acción civil de naturaleza judicial que hoy nos avoca, son independientes entre sí, por lo tanto, cada una puede adelantarse de manera separada.

Por lo expuesto, las excepciones *“INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL IMPUTABLE AL DEMANDADO POR EXCEPCIONES EXPRESAS DE CARÁCTER JURISPRUDENCIAL AL DERECHO DE AUTOR”*, *“PRETENSIÓN DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA”*, *“INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL IMPUTABLE AL DEMANDADO POR FUERZA MAYOR DERIVADA DE ACTOS DE AUTORIDAD EJERCIDOS POR FUNCIONARIO PÚBLICO”*, *“PRIMACÍA DEL INTERÉS GENERAL SOBRE EL INTERÉS PARTICULAR”*, *“RESPONSABILIDAD DEL ESTADO”*, *“RESPONSABILIDAD EXCLUSIVA DEL ESTADO COLOMBIANO”* *“SEGURIDAD JURÍDICA”* y *“USOS HONRADOS”* propuestas por la demandada y las excepciones *“HECHO DE UN TERCERO Y HECHO DEL LEGISLADOR”* y *“FUERZA MAYOR COMO CAUSAL EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD”* propuestas por la llamada en garantía están llamadas a fracasar.

8. Legitimación del demandante

El demandado ha alegado que a la demanda no se adjuntaron los contratos obrantes entre la sociedad de gestión y los artistas a los que hace referencia, y que lo considera necesario para acreditar su vigencia, debido a que dichos contratos tienen una duración de un año y que pueden no prorrogarse automáticamente por decisión de los socios y que también se debió acreditar que sus interpretaciones han sido incorporadas en algunos canales que hacían parte de la parrilla de HV TELEVISIÓN SAS.

Al respecto debemos recordar que la Decisión Andina 351 de 1993 en su artículo 49 establece una legitimación presunta en favor de las sociedades de gestión colectiva, la cual en los términos del artículo 2.6.1.2.9 del Decreto 1066 de 2015, se da siempre que aporte al inicio del proceso copia de sus estatutos y el certificado de existencia y representación legal expedido por la Dirección Nacional de Derecho de Autor, documentos que obran en el expediente junto con veintiún certificados de inscripción expedidos por el Jefe de Registro

de la DNDA que acreditan la existencia de acuerdos de reciprocidad entre ACTORES S.C.G. y ADAMI, AISGE, AKDIE, ANDI, ARMA, BIROY, CHILE ACTORES, CREDIDAM, GDA, SAGAI, SUGAI, VDFS, entre otras, como se evidencia en la carpeta "P10.1"¹⁸

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 para la gestión de sus obras y prestaciones, estando obligada la sociedad extranjera a hacer lo mismo en su territorio, como lo menciona Ernst-Joachim Mestmäcker en su artículo publicado en el número 203 de la Revista Internacional de Derecho de Autor (RIDA).

En firme la legitimación presunta y acreditado que el accionado comunica públicamente interpretaciones fijadas en audiovisuales, lo que procede para desvirtuarla es que el demandado acredite que las interpretaciones fijadas en las obras que trasmite no son representadas por la demandante, sin embargo, para el caso concreto el demandado no ha aportado prueba de ello y las meras alegaciones no suplen la falta de esta.

De tal forma, teniendo en cuenta la presunción aludida, para este Despacho es claro que ACTORES SCG se encuentra legitimada para actuar como demandante en la presente causa y reclamar el derecho de remuneración equitativa de los artistas intérpretes o ejecutantes de obras y grabaciones audiovisuales que representa. En consecuencia, no prosperará la excepción denominada "*INEXISTENTE DEMOSTRACIÓN DE REPRESENTACIÓN O CONTINUIDAD DE LA REPRESENTACIÓN POR PARTE DE LA DEMANDANTE O SUS HOMÓLOGAS EXTRANJERAS, DE LOS ARTISTAS E INTÉRPRETES CUYAS O INTERPRETACIONES O EJECUCIONES PUDIEREN HABER SIDO FIJADAS EN OBRAS O GRABACIONES AUDIOVISUALES INCLUIDAS EN ALGUNOS CANALES DE LAS PARRILLAS DE HV TELEVISIÓN SAS DURANTE LOS AÑOS 2010-2020*".

9. El daño y perjuicio que se causó

En relación con las pretensiones 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, que señala: "*El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización*".

Aunque toda responsabilidad civil parte de la noción mencionada, se ha diferenciado principalmente entre la responsabilidad civil extracontractual y la contractual, cuya distinción radica en el tipo de derecho vulnerado. La lesión causada a un derecho subjetivo da lugar a la responsabilidad extracontractual¹⁹, y la lesión a los derechos de crédito, que nacen de los contratos, a la contractual²⁰. En este caso nos encontramos frente a supuestos de responsabilidad extracontractual, pues se reclama del demandado la ausencia de acuerdo previo para el pago de la remuneración a que tienen derecho los artistas del audiovisual.

Ahora, es pertinente señalar que el fundamento de la responsabilidad puede ser subjetivo, caso en el cual 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. Teniendo esto claro, podemos señalar los cuatro elementos necesarios para que exista responsabilidad civil subjetiva: 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 causal²¹.

Tomando en consideración lo mencionado anteriormente, se analizará si en este caso la sociedad HV TELEVISIÓN S.A.S., está obligada o no a reparar el daño que le haya podido causar a titulares de derechos conexos representados por la sociedad demandante. Para tal

¹⁸ Ubicado en la carpeta "05 Pruebas1", a su vez ubicada en la carpeta principal "1-2020-144860 Actores vs HV Televisión".

¹⁹ Artículos 2341 a 2360 del Código Civil.

²⁰ Artículos 1602 a 1617 del Código Civil.

²¹ Valencia Zea, Arturo; Ortiz Monsalve, Álvaro. Derecho Civil Tomo III. Bogotá D.C.: Temis. 2010 pág. 182.

fin, se tendrá que verificar si se configuran los ya mencionados elementos, pues en este caso estamos ante un posible escenario de responsabilidad directa por el hecho propio.

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 personas²². 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 personas²³. Sobre el particular, la interpretación prejudicial 249-IP-2021 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina señala que sea cual fuere el tipo de afectación que se haya realizado, (daño emergente, lucro cesante o daño moral) implica el traslado de la afección a aquella persona que la produjo. *“En esa línea se ha pronunciado la doctrina al señalar que “la reparación del daño no es otra cosa que trasladar las consecuencias negativas que sufre el damnificado por las pérdidas sufridas a causa del daño”.*

En el caso de los derechos conexos, como ya hemos mencionado, uno de sus objetos de protección son las interpretaciones, y la protección jurídica de estas se ve reflejada a través de derechos de mera remuneración. Así entonces, la infracción de alguna de estas prerrogativas materializa el daño desde el punto de vista fenomenológico, precisamente porque se le priva al titular de recibir una remuneración equitativa por el uso de sus interpretaciones, afectándole así sus intereses legítimos.

Respecto a las remuneraciones tanto nacionales como extranjeras, que ha percibido, a través de ACTORES S.C.G., así como los perjuicios que le generan a un actor el impago de las remuneraciones equitativas en virtud de la Ley 1403 de 2010, se encuentra que se escuchó el testimonio del señor Juan Sebastián Aragón Triana, y de Aura Helena Prada, ambos solicitados por la demandante, y que fueron tachados por el apoderado de la demandada de acuerdo con lo establecido en el artículo 211.

Al respecto se observa, que los testigos además de socios han desempeñado y desempeñan cargos directivos en la demandante, por tanto, aplicando las reglas de la sana crítica, encuentra el Despacho que efectivamente pueden tener un interés directo en que el fallo sea favorable para quien solicitó su testimonio, lo cual puede afectar su credibilidad e imparcialidad. En todo caso, no necesita el Despacho escuchar estas declaraciones para comprender que la falta de pago de la remuneración equitativa les genera un daño a los artistas representados por la demandante pues esta es una consecuencia lógica de ello, como ya se indicó.

Debemos resaltar que la demandada ha manifestado que existe un eximente de la responsabilidad civil porque durante 25 años la demandante no ejerció el derecho de prohibir la supuesta comunicación al público y que al no hacerlo demuestra un actuar que no es diligente y hace que el perjuicio le sea imputable. En el mismo sentido la llamada en garantía indica que la pasividad del acreedor contractual lo puede convertir en un deudor comportamental y que en consecuencia los perjuicios que tuvieron origen en el hecho dañoso deben ser separados de aquellos que se originaron en la conducta dañosa del acreedor, pues asegura que los daños que hoy se reclaman no se hubieran generado si la parte actora hubiere sido diligente.

Sobre estos argumentos, es importante reiterar que no existe un derecho a prohibir la comunicación al público de las interpretaciones artísticas, ni es lo que se pretende en el caso bajo estudio, además, tampoco estamos en presencia de una obligación contractual como lo insinúa la sociedad llamada. Lo que existe, es una obligación legal en cabeza de quien utiliza las obras en las que están fijadas dichas interpretaciones y que le impone la carga de pagar la remuneración equitativa respectiva, la cual se reconoció normativamente hasta el año 2010, mediante la ley 1403 que adiciona la ley 23 de 1982, y no hace 25 años como equivocadamente afirma el accionado.

Ahora, en gracia de discusión, obran pruebas en el expediente que permiten concluir que, a pesar de que la sociedad demandante requirió a la demandada en los años 2016 y 2017 de manera directa y luego en el año 2018 la citó a una audiencia de conciliación extrajudicial, esta no realizó el pago de las remuneraciones de los años anteriores y continuó utilizando

²² García Vásquez, Diego Fernando. Manual de Responsabilidad Civil y del Estado, Derecho Civil. Bogotá D.C.: Librería Ediciones del Profesional LTDA. 2009, Pág. 13.

²³ Valencia Zea, Arturo; Ortiz Monsalve, Álvaro. Derecho Civil Tomo III. Bogotá D.C.: Temis. 2010 pág. 229.

las obras en las cuales están fijadas las interpretaciones representadas por Actores SCG, sin acreditar el pago.

Para este despacho es claro que no es cierto lo afirmado por el llamado cuando indica que es la inactividad del demandante la que causó el daño, sino que es la renuencia del demandado a cumplir con su obligación de dar, puntualmente una remuneración, la que lo produjo. Además, en el caso bajo estudio, si bien se pide la indexación, no existen solicitudes encaminadas a la petición de intereses, así que no es posible concluir que la hoy demandada está sacando algún provecho del paso del tiempo.

Respecto los argumentos esgrimidos por la demandada en los alegatos de conclusión en los que menciona que no es posible que exista el perjuicio sin unos soportes contables del mismo y que ellos no han sido aportados, es preciso decir que no existe en Colombia una tarifa legal para acreditar daños y perjuicios en derecho de autor y derechos conexos y por tanto se debe entender que en esta materia hay libertad probatoria.

Así las cosas podemos concluir en este acápite que al haber infringido HV TELEVISIÓN S.A.S. los derechos patrimoniales de los artistas intérpretes de obras audiovisuales representados por la accionante, les causó un daño de carácter material, ya que estos vieron menoscabado su interés legítimo de obtener una remuneración por la utilización de sus interpretaciones, lo cual se manifiesta consecencialmente en el lucro cesante por aquellos ingresos que debían entrar a su patrimonio en el curso normal de los acontecimientos y que efectivamente recibe de empresas que desarrollan la misma actividad de la demandada²⁴.

En suma, las excepciones denominadas “*INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL IMPUTABLE AL DEMANDADO POR CULPA DE LA VÍCTIMA*” propuesta por la demandada y “*CULPA NEGATIVA DEL DEMANDANTE COMO CAUSAL EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD*”, “*AUSENCIA DE PERJUICIO INJUSTIFICADO A LOS INTERESES LEGÍTIMOS DEL TITULAR DE LOS DERECHOS*” y “*CARENCIA DE PRUEBA DEL SUPUESTO PERJUICIO*” propuestas por la llamada en garantía, no están llamadas a prosperar.

10. La cuantificación de los daños y perjuicios.

Frente a la cuantificación o el monto del daño o perjuicio material a tasar, el artículo 206 del CGP establece que quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo, considerándose sólo la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

En el caso bajo análisis, el demandado presentó dentro del traslado respectivo una objeción razonada al juramento estimatorio que especificaba la inexactitud de la estimación, por lo tanto, teniendo en cuenta que en el presente caso el juramento estimatorio realizado por la accionante no hace prueba del monto que pretende, este Despacho valorará las pruebas obrantes en el expediente para cuantificar el daño, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 176 de nuestro estatuto adjetivo.

En relación con los ingresos, dentro de las pruebas aportadas con la demanda, obran en el expediente reportes del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones cuyas cifras coinciden con lo solicitado en el escrito de la demanda, por otra parte, la accionada al contestar la demanda aportó un documento denominado “*Memorial certificado de ingresos*”²⁵, firmado por su revisor fiscal y en el cual discrimina sus ingresos brutos, devoluciones/nc y finalmente los ingresos netos.

En tanto que en el expediente no reposa prueba o manifestación que señale a que corresponde el ítem de “*DEVOLUCIONES N/C*”, esta Subdirección no lo tendrá en cuenta y tomará el valor discriminado en “*INGRESOS BRUTOS*”, de dicho documento, para

²⁴ De acuerdo con los contratos contenidos en la carpeta “P.12”, que se encuentra en la carpeta “05 Pruebas1” del expediente digital, se trata de las empresas: Colombia Mas TV SAS, Alfa TV Dorada y CIA SA, Azteca Comunicaciones Colombia SAS, Cable Éxito SAS, Tele 30 SAS, Colcable TV SAS, Comercializadora Entretenimiento y Comunicaciones SAS, Cabletelco SAS, Globalnet Colombia SA, Ingeniería en Potencia Eléctrica y Comunicaciones LTDA, Inversiones Cable Mundo SAS, Promotora de Televisión, Internet y Comunicaciones SAS, Grupo Televisión Colombiano Tevecol SAS, Tevecom SAS, Grupo Uno Telecomunicaciones SAS y Voj Network Corp SAS.

²⁵ Prueba denominada “*MEMORIAL Y CERTIFICADO DE INGRESOS*” dentro de la carpeta “20 Contestación de la demanda 1-2021-27657” del expediente virtual.

cuantificar los años 2011 a 2020, que corresponden con el periodo solicitado en las pretensiones, pues si bien en la demanda no se indica el tipo de ingresos a los que se hace referencia, una vez analizados los contratos correspondientes a las transacciones comparables y que se utilizarán como referencia para la presente cuantificación, se encuentra que en ellos la tarifa se calcula utilizando estos.

Se debe indicar, que aunque los ingresos brutos que reporta la demandada son mayores a los que obran en las otras pruebas mencionadas, al ser aportados por la parte a la cual pertenecen y estar suscritos por su revisor fiscal, gozan de plena credibilidad. A continuación se relacionan:

Año	Ingresos brutos HV Televisión S.A.S.
2011	\$6.582.818.904
2012	\$8.095.065.304
2013	\$11.586.322.727
2014	\$16.630.843.287
2015	\$36.473.422.945
2016	\$41.093.875.005
2017	\$44.874.305.151
2018	\$45.431.329.559
2019	\$51.213.385.964
2020	\$54.032.011.672

También deberán tenerse en cuenta los usos de las interpretaciones artísticas, en ese sentido, se evidenció que ACTORES S.C.G. aportó un análisis de la parrilla de HV Televisión S.A.S. en la cual determina el porcentaje de impacto del repertorio²⁶ y donde se observa que no todos los canales usan con la misma intensidad las interpretaciones representadas por la accionante, es más, se evidencia que hay canales donde ni siquiera se utilizan, por lo que estas circunstancias igualmente deberán considerarse, encontrando esta subdirección que la *“Metodología para determinar el “Impacto del Repertorio”*²⁷ utilizada por ACTORES S.C.G. se ajusta a lo estipulado por la Decisión Andina 351 y el Decreto 1066 de 2015, pues efectúa una valoración objetiva de acuerdo con el uso de las interpretaciones efectuado por la accionada.

Ahora bien, respecto de la tarifa aplicable se observó la prueba P7 *“Reglamento de tarifas de ACTORES”*²⁸, que contiene las tarifas generales a cobrar por la accionante, por el derecho de remuneración por la comunicación pública de las obras y grabaciones audiovisuales donde se encuentran fijadas las interpretaciones o ejecuciones que representa. En dicho documento se visualiza que para los operadores de cable la tarifa propuesta es del 4%.

En este punto, es necesario resaltar que, en el marco de las actividades propias de una sociedad de gestión colectiva, encontramos en el artículo 2.6.1.2.4. del Decreto 1066 de 2015 que es su deber legal emitir sus correspondientes reglamentos de tarifas, los cuales, contrario a lo que indica la demandada, son en esencia una manifestación de voluntad de carácter unilateral por parte de este tipo de entidades que se encaminan a generar efectos o relaciones jurídicas, entre otros, respecto de aquellas personas que hagan o pretendan hacer una efectiva utilización de prestaciones protegidas, siendo estos 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 la soliciten.

Para establecer los ingresos vinculados con la explotación del repertorio que representa ACTORES SCG, esta aportó un dictamen pericial realizado por el matemático Fernando Alonzo Vélez Reyes en el que toma 54 canales y sobre ellos estudia: (i) el uso efectivo del repertorio, (ii) la intensidad de uso y (iii) los niveles de audiencia. Posteriormente los pondera y concluye que el impacto del repertorio representado por ACTORES SCG es del 47.1%. Es necesario indicar que dicho dictamen fue atacado por la demandada en sus alegatos de conclusión, por considerar que este carece de certeza, sin embargo, no se van a estudiar sus argumentos porque como se explicará a continuación, no se dará uso a la metodología en él estudiada.

²⁶ Pruebas denominadas “P8.1” y “P8.2” dentro de las carpetas “05 Pruebas 1” y “06 Pruebas 2” del expediente virtual.

²⁷ Documento denominado “P8.1” dentro de la carpeta “05 Pruebas 1” del expediente virtual.

²⁸ Prueba denominada “P7” dentro de la carpeta “05 Pruebas 1” del expediente digital.

Puntualmente, de lo narrado en la demanda y en especial en el hecho veinticuatro, es fácil colegir que la accionante estaba dispuesta a utilizar una metodología más sencilla que la del dictamen para calcular la tarifa, la cual de acuerdo con lo explicado por el perito si bien es menos exacta, es mucho más favorable para la sociedad demandada pues el impacto del repertorio solicitado en la demanda es de 29.57%, el cual no solo está por debajo de dicho peritaje, sino que además es el más bajo de las diferentes parrillas que maneja la demandada de acuerdo con los impactos calculados por la demandante²⁹.

En este sentido, encuentra el Despacho que ACTORES SCG confiesa que en una negociación con los acá demandados estaba dispuesta a usar un método más favorable por lo que se tomará el valor de 29.57% para calcular el impacto del repertorio.

Además, obran una serie de contratos en el expediente, que dan cuenta de los acuerdos a los cuales la demandante ha llegado con otros cableoperadores, en los cuales se encuentra que la tarifa pactada ha sido del 1.75% de los ingresos brutos anuales una vez aplicado el impacto del repertorio que corresponda según la parrilla, y por ello, al ser esta fórmula más favorable a la accionada será la acá utilizada.

También se observa, en los referidos acuerdos, que al total de ingresos brutos antes de realizar dicha operación han convenido descontarle las sumas que el operador acredite haber pagado por cargas regulatorias ante la ANTV y en la vigencia correspondiente, sin embargo, estos descuentos no se harán en el caso concreto ya que la demandada no aportó las pruebas de su pago y en consecuencia no se cuenta con su valor.

Así las cosas, al total de los ingresos brutos anuales, certificados por HV Televisión S.A.S, se le aplicará el porcentaje de impacto del repertorio, según la *“Metodología para determinar el ‘Impacto del Repertorio’*³⁰ derivado de la parrilla de programación de la accionada que corresponde a 29.57%³¹. A la cifra que arroje la operación le será aplicada la tarifa de 1.75%, cuyo resultado corresponderá al valor que la accionante deberá pagar a la demandada:

Año	Ingresos brutos	Impacto del repertorio	Ingresos brutos una vez aplicado el % de impacto	Tarifa	Total a pagar
2011	\$6.582.818.904	29.57%	\$1.946.539.549	1.75%	\$34.064.442
2012	\$8.095.065.304	29.57%	\$2.393.710.810	1.75%	\$41.889.939
2013	\$11.586.322.727	29.57%	\$3.426.075.630	1.75%	\$59.956.323
2014	\$16.630.843.287	29.57%	\$4.917.740.359	1.75%	\$86.060.456
2015	\$36.473.422.945	29.57%	\$10.785.191.164	1.75%	\$188.740.845
2016	\$41.093.875.005	29.57%	\$12.151.458.838	1.75%	\$212.650.529
2017	\$44.874.305.151	29.57%	\$13.269.332.033	1.75%	\$232.213.310
2018	\$45.431.329.559	29.57%	\$13.434.044.150	1.75%	\$235.095.772
2019	\$51.213.385.964	29.57%	\$15.143.798.229	1.75%	\$265.016.469
2020	\$54.032.011.672	29.57%	\$15.977.265.851	1.75%	\$279.602.152
TOTAL					\$1.635.290.237

Nótese que la cifra total es superior a la solicitada en la demanda, sin embargo, esto no va en contravía de lo preceptuado en el artículo 206 del CGP, precisamente porque este establece que *“(…) El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria la objete (…)”*, y como ya se indicó, en el caso concreto el juramento estimatorio fue objetado razonadamente, de manera que, al obrar prueba en el plenario de que el valor es mayor al pretendido, se fallará en tal sentido.

No se debe perder de vista que la accionante también solicita que se indexen los valores de la condena a la fecha en que se dicte la sentencia. En este sentido, Obdulio Velásquez Posada señala en su libro *“Responsabilidad Civil Extracontractual”* que la fórmula que se apoya en el índice de precios al consumidor (IPC), que es mayormente utilizada por la jurisprudencia y la más recomendada por la doctrina consiste en dividir el IPC al momento de la liquidación (también llamado final) entre el IPC en la fecha del monto a indexar (también llamado inicial) y, este resultado multiplicarlo por el valor que se pretende actualizar.

²⁹ Prueba denominada “P8.2” dentro de la carpeta “06 Pruebas 2” del expediente virtual.

³⁰ Documento denominado “P8.1” dentro de la carpeta “05 Pruebas 1” del expediente virtual.

³¹ Prueba denominada “P8.2” dentro de la carpeta “06 Pruebas 2” del expediente virtual.

Ahora, sobre el IPC, debemos señalar que este mantiene el poder adquisitivo del dinero y es un indicador económico, así que debemos atenernos a lo consagrado en el artículo 180 del CGP³², que consagra que estos son de carácter notorio, por lo que están exentos de prueba.

Así las cosas, procede este Despacho a realizar la actualización referida de acuerdo con la serie de empalme de 2003 a julio de 2022 emitida por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE, actualizada el 5 de noviembre de 2022. Según esto, una vez dividido el IPC final de 123,51, en el inicial que es de 104,24 se obtiene un resultado de 1,18, por el cual se multiplica la cifra que se pretende indexar y se encuentra que el valor correspondiente a la suma adeudada desde el año 2011 y hasta el 2020, indexado a la fecha del fallo, es de MIL NOVECIENTOS VEINTINUEVE MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS M/CTE. (\$1.929.642.479).

- **De los perjuicios causados con posterioridad a la presentación de la demanda**

De otra parte, la demandante solicita que se condene a la accionada por los perjuicios causados con posterioridad a la presentación de la demanda, esto es el valor de la remuneración por los años 2021 a la fecha, por lo que, se procederá a determinar dicha cifra tomando como base la fórmula utilizada para calcular el perjuicio de los años 2011 a 2019.

En cuanto a los ingresos brutos percibidos por la accionada para el 2021 por el servicio de televisión, se encuentra que no hay pruebas que indiquen su valor, y por tal razón, este Despacho utilizará el monto de los ingresos brutos que esta obtuvo en el 2020, es decir \$54.032.011.672 y actualizará tal cifra al respectivo año, tomando como referencia la fórmula de indexación antes descrita. Una vez dividido el IPC final de 111,41 en el inicial que es de 105,91 da como resultado 1,05 y al multiplicar por este valor los ingresos brutos de 2020, se obtiene una suma de \$56.733.612.255, la cual se tomará como ingresos brutos del año 2021.

Respecto de los ingresos brutos del 2022 por el servicio de televisión, obra en el expediente la respuesta dada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones a la prueba por informe que le fue solicitada y en la cual indica los ingresos que reportó la demandada por el servicio de televisión entre enero y junio del 2022, que corresponden a \$25.180.550.695³³.

Ahora para obtener los 4 meses restantes este valor se dividirá en 6, y conociendo que un mes equivale a \$4.196.758.449 dicho monto se multiplicará por cuatro, que son el número de meses faltantes, y de cuya operación se obtiene el valor de \$16.787.033.796 los cuales, sumados con los ingresos del periodo de enero a junio nos dan la cifra de \$41.967.584.491.

Ahora, sobre los ingresos obtenidos se debe calcular el porcentaje del impacto del repertorio representado por ACTORES S.C.G., que para el caso particular es de 29.57%, y al monto obtenido aplicar una tarifa de 1,75%. De aplicar la fórmula mencionada se tiene como resultado que el valor a pagar por el año 2021 es de \$293.582.260 y para los meses que van de enero a octubre del año 2022, la tarifa a pagar corresponde a la suma de \$217.171.757.

En conclusión, el monto total corresponde a la suma del valor de los perjuicios generados hasta la presentación de la demanda indexados y que corresponden a \$1.929.642.479, más los perjuicios causados con posterioridad a la presentación de la demanda equivalentes a \$510.754.017, para un total de \$2.440.396.496.

11. Los demás elementos de la responsabilidad

En lo que respecta al componente subjetivo de la responsabilidad civil, debemos recordar que no basta que la acción generadora del daño se atribuya al artífice como obra suya (*imputatio facti*), sino que hace falta 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 establece la sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 30 de septiembre de 2016 con Magistrado Ponente Ariel Salazar Ramírez de referencia SC13925-2016.

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

³² Artículo 180 del Código General del Proceso: "Todos los indicadores económicos nacionales se consideran hechos notorios."

³³ Prueba denominada "124 Respuesta prueba por informe 1-2022-85930" dentro del expediente virtual.

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 señala también la sentencia mencionada.

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 HV TELEVISIÓN S.A.S., según se pudo comprobar del acervo probatorio que reposa en el expediente, viene realizando actos de comunicación pública mediante la retransmisión de interpretaciones fijadas en obras audiovisuales sin el pago de la respectiva remuneración a sus correspondientes titulares.

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 previó el daño habiendo podido. En efecto, el derecho de remuneración de los artistas intérpretes de obras audiovisuales fue reconocido en el parágrafo 1 del artículo 168 de la Ley 23 de 1982, por lo cual resulta evidente que una sociedad u organización que gestione sus negocios y asuntos de una manera diligente y prudente, está en la posibilidad de prever el daño que causa a los intereses legítimos del titular de una prestación protegida, al utilizar la misma en el ejercicio de sus funciones, actividades o servicios y no realizar el correspondiente pago. Es más, resulta, tan prístina esta obligación de observancia de los derechos conexos, que la Comisión de Regulación de Comunicaciones, consagró dicho deber en el artículo 16.1.4.1. de la Resolución 5050 de 2016³⁴.

Adicionalmente, es claro que, fruto de los derechos de remuneración reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico a los artistas intérpretes, quien utilice una prestación protegida por los derechos conexos, en la forma que lo hizo el accionado, tiene el deber de pagar una remuneración equitativa. Por tal motivo, ante la desatención de esta obligación de dar, puede afirmarse que existe una omisión consciente del deber de orientar la conducta según las normas preestablecidas.

En este punto, 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, siendo claro que el mencionado deber de pagar una remuneración a los artistas del audiovisual era conocido por el operador del servicio de televisión por suscripción demandado, en tanto recibió diversas comunicaciones de la demandante como lo reconoce el representante legal en el interrogatorio e incluso participó en el proceso de concertación que se realiza mediante ASOTIC y de la cual afirma ser miembro activo y fundador, además de la conciliación prejudicial a la cual lo citó la demandada.

En este sentido, que el Estado imponga una carga a un cableoperador a través de una ley, no lo hace responsable de los daños que cause este último por no cumplir dicha disposición, pues es precisamente el incumplirla lo que genera que la demandada deba reparar los daños que causó. Sobre el particular vale recordar que la accionada tiene unos deberes de diligencia y cuidado superiores a los del hombre medio, pues el estándar de un buen hombre de negocios supone cargas no solo de prudencia sino de conocimiento, que implican responder por la inobservancia de las leyes cuando estas son la fuente del daño causado a un tercero.

Ahora, 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. Al respecto, ha considerado la doctrina que en general son tres las condiciones que se exigen para determinar si dicha conexión permite 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 del presente caso, se concluye que los hechos atribuidos a la demandada no son causas remotas sino actuales o próximas del daño causado a los titulares de derechos conexos representados por la demandante, en tanto el menoscabo o lesión al derecho tutelado en este caso, fue

³⁴ Artículo 16.1.4.1 de la Resolución 5050 de 2016: "Para la prestación del servicio de televisión en el nivel local, los operadores que reciban y distribuyan señales codificadas, deberán acreditar ante el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones la autorización por parte de los titulares de los derechos de autor y derechos conexos para el uso de la programación que emitan."

consecuencia directa de los actos de comunicación al público de interpretaciones, realizados a través de su servicio de televisión por suscripción sin pagar la respectiva remuneración, lo cual 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 de remuneración.

Por lo tanto, luego de haber encontrado que se cumplen todos los elementos indispensables requeridos para que exista responsabilidad en el presente caso, este Despacho concluye que la sociedad HV TELEVISIÓN S.A.S., se encuentra obligada a reparar el daño causado a los titulares de derechos conexos representados por ACTORES SCG. De manera que, si la demandada continúa utilizando interpretaciones fijadas en obras audiovisuales representadas por ACTORES SCG, deberá pagarle la remuneración equitativa por comunicación pública de que trata el parágrafo 1 del artículo 168 de la Ley 23 de 1982, de acuerdo con la fórmula utilizada en esta providencia. Por lo anteriormente expuesto, la excepción denominada "*AUSENCIA DE LOS ELEMENTOS QUE ESTRUCTURAN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA DEMANDADA*", propuesta por la llamada en garantía no está llamada a prosperar.

12. Discusiones relativas a las tarifas

- **Sobre la proporcionalidad y viabilidad del negocio.**

Es necesario indicar, que también ha señalado la demandada en sus excepciones de mérito que las tarifas no son definidas por la sociedad de gestión colectiva, si no por la estructura de costos y el sistema financiero de la operación de televisión por suscripción y que para formar la metodología de tarifas de Actores SCG no se tuvieron en cuenta las autoliquidaciones de contraprestación que han presentado ante la Autoridad de Televisión y que por tanto se ignoran en ellas factores como el valor componente fijo de una concesión, el valor componente variable de concesión de poblaciones superiores a 100.000 habitantes, el valor componente variable de concesión de poblaciones con menos de 100.000 habitantes, la tarifa de compensación de grandes municipios, la tarifa de compensación de pequeños municipios, también alega que no se tuvieron en cuenta los reportes al SIUST, que no hay una clara metodología de cálculo de daños y perjuicios con los criterios establecidos en el artículo 1614 del Código Civil Colombiano, que no se han segmentado los ingresos de la demandada ni por estratos ni por municipalidades, que no se cuenta con un análisis de competencia, que no se ha tenido en cuenta la diferenciación económica, jurídica y técnica existente entre la prestación del servicio de televisión por suscripción desde el punto de vista de la concesión o de la licencia para la televisión por suscripción comunitaria, que se desconoce la industria de la televisión de contenidos propios, que se desconoce la industria de la televisión satelital temática de origen nacional, que se desconocen las relaciones contractuales de la demandada con casas programadoras, que se desconoce la ecuación financiera del contrato de concesión para la televisión por suscripción y que se han desconocido a todo nivel los ingresos obtenidos por la industria y a su vez los ingresos netos de televisión por suscripción de la compañía.

Al respecto, se debe indicar que la Decisión Andina 351 en su artículo 48 refirió que las tarifas a cobrar por parte de las entidades de gestión colectiva deberán ser proporcionales a los ingresos que se obtengan con la utilización de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas o producciones fonográficas. De igual manera, se consagraron en el Decreto 1066 de 2015 en su artículo 2.6.1.2.7. los criterios para establecer las tarifas replicando en su primer inciso lo referido en el artículo 48 de la Decisión Andina 351, es decir, que las tarifas deben ser proporcionales a los ingresos³⁵.

Descendiendo al caso concreto, se observa en el PDF denominado "P7"³⁶ que el extremo activo de la litis allegó su manual de tarifas en el que se lee que la tarifa es del 4% de los ingresos de explotación del operador de cable o satélite vinculados a la explotación del repertorio de ACTORES, por tanto, se entiende que *a priori* es proporcional a los ingresos del cableoperador y por tanto cumple con los requisitos que la ley le impone.

³⁵ Inciso primero, Artículo 2.6.1.2.7 del Decreto 1066 de 2015 "*Criterios para establecer las tarifas. Por regla general, las tarifas a cobrar por parte de las sociedades de gestión colectiva deberán ser proporcionales a los ingresos que obtenga el usuario con la utilización de las obras, interpretaciones, ejecuciones artísticas o fonogramas, según sea el caso.*"

³⁶ Ubicado en la carpeta "05 Pruebas 1", a su vez ubicada en la carpeta principal "1-2020-144860 Actores vs HV Televisión".

Ahora bien, aunque las tarifas establecidas por la sociedad de gestión deben ser proporcionales, no son más que el valor base para la concertación, lo que significa que en un proceso de negociación se le pueden incluir otros criterios para su determinación, tanto así, que en el acápite anterior de esta sentencia se llegó a una tarifa diferente a la establecida en el manual al recrear lo que sería un acuerdo respecto a la misma.

En cuanto al abuso del derecho que alega la llamada en garantía, bajo el argumento de que las tarifas son muy altas y hacen inviable el uso de las prestaciones protegidas, se debe reiterar que las tarifas son susceptibles de negociación a solicitud de quien utiliza las interpretaciones, tanto así, que de acuerdo con las pruebas aportadas por la demandante hay múltiples sociedades que han accedido a concertar la tarifa con Actores SCG y actualmente cuentan con contratos vigentes para el pago del derecho de remuneración equitativa, de lo que puede concluirse que estas erogaciones de ley no hacen inviable la actividad. En este sentido, se entenderá que las excepciones denominadas “*IMPROCEDENCIA DE LA METODOLOGÍA TARIFARIA IMPUESTA POR LA SOCIEDAD DE GESTIÓN COLECTIVA*” propuesta por la demandada, “*ABUSO DEL DERECHO*” y “*TASACIÓN EXCESIVA DEL PERJUICIO*” propuestas por la llamada en garantía no están llamadas a prosperar.

- **Respecto al proceso de concertación.**

De acuerdo con lo establecido en el artículo 2.6.1.2.6 del Decreto 1066 de 2015, las tarifas establecidas por las sociedades de gestión colectiva servirán como base de negociación cuando los usuarios les soliciten dicha concertación, sin embargo, cuando se presente un desacuerdo al respecto, es posible acudir a los mecanismos de solución de conflictos e incluso a la justicia ordinaria.

Efectivamente en Colombia la tarifa es el valor base de concertación, y en ese sentido, si quien usa una interpretación no está de acuerdo con la tarifa que cobra la sociedad de gestión colectiva podrá discutirla con ella en la negociación, en el marco de la conciliación extrajudicial o en el proceso judicial y puntualmente en este, objetando el juramento estimatorio y aportando pruebas. Por esta razón considera este Despacho que la imposibilidad de acuerdo sobre la tarifa no exime de la obligación de pagar por el derecho de remuneración de los artistas intérpretes de obras audiovisuales, máxime cuando desde el año 2016, de acuerdo con lo dicho por el representante legal de la demandada en el interrogatorio de parte, ha recibido comunicaciones de la demandante con fines de concertación.

Al respecto, en la carpeta denominada “*P19*”³⁷ se aprecian comunicaciones en las cuales ACTORES SCG invitó a negociar a HV TELEVISIÓN S.A.S. Aunado a lo anterior, el representante legal de la accionada dando respuesta a la pregunta, “*¿Cuál ha sido el contacto que ha tenido la sociedad HV TELEVISIÓN con ACTORES?*”, señaló: “*Pues el contacto ha sido muy poco ha sido muy poco, pues ellos nos enviaron unas comunicaciones hacia el año 2016, posteriormente, más adelante comparecimos a una reunión de conciliación en donde no hubo un acuerdo (...)*”.

Es importante aclarar que no solo la renuencia faculta a la accionante a acudir a la administración de justicia, sino que, si habiéndose efectuado todos los esfuerzos para llevar a cabo la negociación esta finalmente no rinde frutos, es posible acudir ante el juez para que sea él quien dirima las discrepancias presentadas. En consecuencia, este Despacho no acogerá la excepción “*AUSENCIA DE CULMINACIÓN DEL PROCESO DE CONCERTACIÓN TARIFARIA ENTRE LA DEMANDANTE Y LA DEMANDADA*”.

- **De la forma de fijar la tarifa a futuro**

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 2.6.1.2.6. del Decreto 1066 de 2015, los jueces se encuentran facultados para resolver las diferencias que puedan presentarse en relación con las tarifas cuando no haya acuerdo entre las sociedades de gestión colectiva y los usuarios, es decir, que incluso les está permitido fijar la tarifa con la finalidad de superar las diferencias que pudieran haberse presentado.

Descendiendo al caso, en tanto que el demandante solicita en su pretensión decimotercera que sea fijada la tarifa y/o la fórmula para determinar el valor anual que deberá pagar HV

³⁷ Ubicado en la carpeta “*06 Pruebas 2*”, a su vez ubicada en la carpeta principal “*1-2020-144860 Actores vs HV Televisión*”.

Televisión S.A.S. a ACTORES S.C.G., en caso de que la accionada continúe utilizando interpretaciones fijadas en obras representadas por la demandante, esta Subdirección procederá con su análisis.

Recordemos que la tarifa deberá ser proporcional a los ingresos que se obtengan con la utilización de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas o producciones fonográficas. En relación con los ingresos, debe advertirse que esta información puede ser suministrada directamente por la accionada o solicitarse al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, en todo caso, de estos ingresos deberá descontarse todo lo que no haya sido generado por la explotación de las interpretaciones fijadas en obras audiovisuales, es decir, que para el caso de la referencia deberá descontarse la prestación de otro tipo de servicios como internet, telefonía, reconexiones, etc. Asimismo, se descontarán las tasas, contribuciones u aportes, que se deriven de este monto, especialmente las consagradas en la Ley 1978 de 2019, siempre que la accionada pruebe el valor pagado por tales conceptos.

También deberán tenerse en cuenta los usos de las interpretaciones artísticas, en ese sentido, deberá analizarse la parrilla de HV Televisión S.A.S., de acuerdo con la *"Metodología para determinar el Impacto del Repertorio"*³⁸ utilizada por ACTORES S.C.G. Ahora bien, teniendo en cuenta que puede variar la parrilla de la accionada, el cableoperador puede comunicar a ACTORES S.C.G de los cambios, con la finalidad de que el porcentaje del impacto del repertorio refleje dichas modificaciones.

Nótese bien como este Despacho ha intentado reflejar lo que hubiera sido entre las partes una negociación de la tarifa y es por esta razón que al observar que el reglamento de tarifas de la accionante señala como base de concertación el 4% para operadores de cable, considera como una cifra sensata para fijar la tarifa en el caso en concreto el 1.75%, toda vez que si se hubiera llegado a un acuerdo este probablemente hubiera sido el punto medio, ello se evidencia de las pruebas obrantes en el proceso en las que la demandante ha acordado la tarifa con otros operadores de televisión por suscripción en ese porcentaje.

Así las cosas, al total de los ingresos brutos anuales, certificados por HV Televisión S.A.S. ante el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, se le restará los valores de los ingresos no asociados al servicio de televisión, así como las tasas, contribuciones u aportes asociados directamente a este valor y que la demandada acredite haber pagado. A este monto se le aplicará el porcentaje de impacto del repertorio, según la ya referida *"Metodología para determinar el Impacto del Repertorio"* derivado de la parrilla de programación que para cada periodo reporte la accionada. De la cifra correspondiente a dicho porcentaje se tomará el 1.75% a título de tarifa, cuyo resultado corresponderá al valor que la accionante deberá pagar a la demandada.

13. Del llamamiento en garantía

Frente al llamamiento en garantía, recordemos esta figura corresponde a una institución procesal que se fundamenta en la existencia de un derecho legal o contractual, que vincula al llamado al proceso, con el propósito de exigirle que asuma las contingencias de la sentencia, evitando la necesidad de una nueva litis.

En el caso que nos ocupa, la sociedad HV TELEVISIÓN SAS llama en garantía a SEGUROS DEL ESTADO S.A., alegando tener con ella un vínculo contractual que le permite exigirle el reembolso de lo que deba pagar por la condena que pueda resultar de este proceso.

De este modo, en relación con los contratos que alega haber suscrito la demandada con la sociedad SEGUROS DEL ESTADO S. A., encuentra este Despacho que la llamada asevera en la contestación del llamamiento que, si bien sus pólizas fueron tomadas por HV TELEVISIÓN, esta sociedad no es la asegurada, lo cual se procederá a analizar.

La figura del seguro por cuenta ajena encuentra su sustento jurídico en los artículos 1038 y 1039 del Código de Comercio, que consagra la posibilidad de que el tomador sea una persona distinta a la asegurada, sin embargo, será ese tercero asegurado quien adquiera los derechos que se deriven del contrato y no el tomador.

³⁸ Documento denominado "P8.1" dentro de la carpeta "05 Pruebas 1" del expediente virtual.

Con lo anterior de presente y descendiendo sobre el particular, se observan en las carpetas "20 Contestación de la demanda 1-2021-27657"³⁹ y "45 Contestación llamamiento 1-2021-93216"⁴⁰, las pólizas 21-02-101000699, 36-40-101009674, 36-40-101013529, 36-40-101016437 y sus respectivos anexos, documentos en los cuales se observa que tal como lo indicó SEGUROS DEL ESTADO S. A. en su contestación, HV TELEVISIÓN no tiene la calidad de asegurado si no de tomador, pues los asegurados son la Comisión Nacional de Televisión, la Autoridad Nacional de Televisión, el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

En definitiva, no se ordenarán indemnizaciones o restituciones a cargo del llamado en garantía, ya que la sociedad HV TELEVISIÓN no obra como asegurada en los contratos aportados al plenario, por tanto prosperará la excepción propuesta por la llamada y denominada "*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA DEL LLAMANTE EN GARANTÍA HV TELEVISIÓN S.A.S.*", por lo tanto se entenderá que la sociedad SEGUROS DEL ESTADO S.A. no está llamada a asumir las contingencias de esta sentencia y se omitirá el estudio de las demás excepciones propuestas contra el llamamiento.

14. De las costas

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

Así las cosas, este Despacho condenará en costas a la sociedad HV TELEVISIÓN S.A.S., identificada con el NIT 800.132.211-6, cuya liquidación se realizará a través de la secretaría, cuando quede ejecutoriada la presente providencia, según lo establecido en el artículo 366 del CGP.

En lo referente a las agencias en derecho, de acuerdo con lo señalado por el artículo 5 del Acuerdo No. PSAA16-10554, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, y considerando criterios como la cuantía y naturaleza del proceso, así como la calidad y la duración de la gestión realizada por los apoderados, se procederá a fijar en favor de la demandante y de la llamada en garantía el 3% de las pretensiones pecuniarias consagradas en la demanda, esto es TREINTA Y NUEVE MILLONES OCHOSCIENTOS SESENTA MIL OCHOSCIENTOS VEINTIOCHO PESOS M/CTE (\$39.860.828). Dinero que a su vez se repartirá en partes iguales.

En mérito de lo expuesto, Carlos Andrés Corredor Blanco, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar que HV TELEVISIÓN S.A.S., identificada con el NIT 800.132.211-6, en su calidad de operador de televisión por suscripción, efectuó la comunicación pública de interpretaciones fijadas en obras audiovisuales de artistas representados por ACTORES S.C.G., desde el año 2011 y hasta la fecha de la presente providencia.

SEGUNDO: Declarar que ACTORES S.C.G. agotó la etapa de concertación con HV TELEVISIÓN SAS.

TERCERO: Declarar que HV TELEVISIÓN S.A.S., ya identificada, incumplió con la obligación de pagar a los artistas e intérpretes representados por la demandante, la remuneración equitativa por la comunicación pública de sus interpretaciones fijadas en audiovisuales consagrada en el parágrafo 1 del artículo 168 de la Ley 23 de 1982, desde el año 2011 y hasta la fecha de la presente providencia.

CUARTO: Declarar que la sociedad HV TELEVISIÓN S.A.S., como consecuencia de las declaraciones anteriormente expuestas, es civilmente responsable por vulnerar el derecho patrimonial de remuneración de los artistas intérpretes de obras audiovisuales representados por la demandante.

³⁹ Ubicada en la carpeta principal "1-2020-144860 Actores vs HV Televisión".

⁴⁰ Ubicada en la carpeta principal "1-2020-144860 Actores vs HV Televisión".

QUINTO: Condenar a la sociedad HV TELEVISIÓN S.A.S. a pagar a favor de la demandante ACTORES S.C.G. dentro de los 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de este fallo, la suma de MIL NOVECIENTOS VEINTINUEVE MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS M/CTE. (\$1.929.642.479) por concepto de lucro cesante derivado del no pago del derecho de remuneración de los años 2011 a 2020.

SEXTO: Condenar a la demandada a pagar a favor de la demandante dentro de los 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de este fallo QUINIENTOS DIEZ MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL DIECISIETE PESOS M/CTE (\$510.754.017), por concepto del pago del derecho de remuneración para el año 2021 y lo transcurrido del año 2022.

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

OCTAVO: Negar las excepciones de mérito propuestas por el demandado y las excepciones de mérito propuestas por el llamado en garantía respecto de la demanda interpuesta por ACTORES S.C.G.

NOVENO: Negar la totalidad de las pretensiones formuladas por HV TELEVISIÓN S.A.S. en contra de la llamada en garantía SEGUROS DEL ESTADO S.A. y en consecuencia no ordenar indemnizaciones o restituciones a su cargo.

DÉCIMO: Condenar en costas a la sociedad HV TELEVISIÓN S.A.S., identificada con el NIT 800.132.211-6.

DÉCIMO PRIMERO: Fijar agencias en derecho en favor de ACTORES SOCIEDAD COLOMBIANA DE GESTIÓN y SEGUROS DEL ESTADO S. A. por el valor de TREINTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA MIL OCHOCIENTOS VEINTIOCHO PESOS M/CTE (\$39.860.828).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CACB

CARLOS ANDRÉS CORREDOR BLANCO
Subdirector Técnico de Asuntos Jurisdiccionales