



Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales, Bogotá D.C.
Sentencia del 25 de agosto de 2023

Rad: 1-2021-120865
Ref.: Proceso Verbal
Demandante: Actores Sociedad Colombiana de Gestión
Demandado: Comunicamos + Telecomunicaciones S.A.S.

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

ANTECEDENTES

1. El 15 de diciembre de 2021, Actores Sociedad Colombiana de Gestión – ACTORES S.C.G., por intermedio de apoderado, presentó demanda contra la sociedad Comunicamos + Telecomunicaciones S.A.S., identificada con el NIT 860.062.059-1.
2. Mediante el Auto 2 del 16 de febrero de 2022, notificado el 20 de febrero siguiente, este Despacho decidió admitir la demanda referida.
3. El 17 de marzo de 2022 la sociedad Comunicamos + Telecomunicaciones S.A.S. contestó la demanda y presentó excepciones de fondo.
4. Una vez finalizada la etapa escrita, el 11 de agosto de 2023 se iniciaron las audiencias consagradas en los artículos 372 y 373 del CGP. Posteriormente, el 17 de agosto de 2023 se continuó de manera virtual con la audiencia en ella se indicó que el uso de tecnologías de la información y de las comunicaciones eventualmente pueden presentar fallas que no son de control del Despacho, por ello, con el fin de facilitar la comprensión de la sentencia, esta se emitiría escrita, pues las posibles fallas en la conexión a internet podrían obstaculizar el derecho de contradicción y defensa de las partes.

CONSIDERACIONES

1. Objeto y sujeto de protección

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

Dentro de los intereses protegidos en el marco de los derechos conexos y que nos interesan en el caso aquí analizado, encontramos la interpretación artística que ha sido 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.

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

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

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

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

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

Descendiendo sobre el plenario, se advierte que en el hecho diecinueve y en las consideraciones jurídicas se señalan algunas interpretaciones respecto de las cuales se procura la declaratoria de infracción, como la de los artistas Marcela Carvajal, Carolina Acevedo y Jorge Enrique Abello en la obra *“La Nocturna”*, Robinson Diaz, Flora Martinez y Luis Mesa en el audiovisual *“Vecinos”*, Jacqueline Arenal, Geraldine Zivic y Julián Román en la obra *“Los Reyes”*.

En los medios de convicción *“16. Informe de participación de obras audiovisuales de artistas representados por ACTORES SOCIEDAD COLOMBIANA DE GESTIÓN”*² y *“2. Reportes Ibope – BB (Competencia Plus)”*³, se constata la existencia de interpretaciones de artistas, entre los que se pueden mencionar a título enunciativo: Juan Manuel Mendoza, Jerónimo Cantillo, Antonio Jiménez, Julio César Meza, Jeimmy Paola Vargas, Coraima Torres, Katherine Vélez, Viña Machado, Variel Sanchez, Maria Cecilia Botero, Ana María Arango, Gustavo Angarita, Lincoln Palomeque, Valentina Acosta, Amada Rosa Pérez, Alejandro Naranjo, Felipe Calero, Daniel Craig, Javier Bardem, Manuela González, Julián Arango, Jorge Herrera, etc.

Ahora, en las pruebas *“14. Reportes entregados por KANTAR IBOPE MEDIA COLOMBIA S.A.S”*⁴, *“15. Reportes entregados por BUSINESS BUREAU (BB MEDIA LLC)”*⁵ y *“2 Reportes Ibope – BB (Competencia Plus)”*⁶ se vislumbra que las interpretaciones mencionadas se encuentran fijadas en obras audiovisuales como La Selección 2, The Simpsons, El inútil, Lorena, Mentiroso Mentiroso, Los Morales, La Ley Secreta, El abogado del crimen, 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.

² Prueba denominada *“P16”* dentro de la carpeta *“04 Pruebas 1”* del expediente virtual.

³ Documento denominado *“2. Reporte Ibope – B.B. (Competencia Plus)”* dentro de la carpeta *“2. Anexos Informe”* de la prueba *“P16”* dentro de la carpeta *“04 Pruebas 1”* del expediente virtual.

⁴ Prueba denominada *“P14”* dentro de la carpeta *“04 Pruebas 1”* del expediente virtual.

⁵ Prueba denominada *“P15”* dentro de la carpeta *“04 Pruebas 1”* del expediente virtual.

⁶ Documento denominado *“2. Reporte Ibope – B.B. (Competencia Plus)”* dentro de la carpeta *“2. Anexos Informe”* de la prueba *“P16”* dentro de la carpeta *“04 Pruebas 1”* del expediente virtual.

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

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

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

Una vez se autoriza la fijación de la interpretación o ejecución, se extinguen las facultades exclusivas de autorizar o prohibir la comunicación al público de esta, la fijación de la interpretación o ejecución, y la reproducción de las fijaciones. Lo anterior de conformidad con lo establecido en el segundo inciso del artículo 34 de la Decisión Andina 351 de 1993 y el artículo 168 de la Ley 23 de 1982. Sin perjuicio de lo anterior, la Ley 1403 de 2010 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 Comunicamos + Telecomunicaciones S.A.S., en su calidad de operador de televisión por suscripción, ha realizado la comunicación pública a través de la retransmisión en su parrilla de programación, de emisiones de televisión que a su vez incluyen interpretaciones fijadas de artistas, 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 2012 hasta la fecha.

Ahora bien, según lo establece el artículo 15 de la Decisión Andina 351 de 1993, se entiende por comunicación pública, todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo 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 quisiéramos resaltar las de 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”*

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

Ahora, 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.

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 o 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 a la de origen, que vale la pena resaltar, también debe pagar el derecho de remuneración a los artistas intérpretes por realizar dicho acto de explotación.

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 expresión “*u otro procedimiento análogo*” que se realice a través de procedimientos no enunciados en el artículo referido.

En este punto, debe resaltarse que la discusión no radica sobre la existencia de una alteración en la misma programación o contenido de la emisión, como lo refirió la demandada, sino sobre la utilización adicional de las interpretaciones que hacen parte de las emisiones realizadas por canales de televisión, de forma 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 centrar la discusión sobre tal punto.

En resumen, la transmisión que realizan los operadores distintos al de origen es un nuevo acto de comunicación pública, aun cuando esta sea simultánea y sin importar la forma en que la reemisión se lleve a cabo; por tanto, se debe pagar la remuneración equitativa de que trata el parágrafo 1 del artículo 168 de la Ley 23 de 1982 a los titulares de las interpretaciones que se encuentran fijadas en las obras audiovisuales que son retransmitidas, sin distinción a que dicha retransmisión se realice en canales abiertos o cerrados.

Descendiendo al caso, se observa que se reconoció como cierto al contestar la demanda que *“COMUNICAMOS +, es una sociedad cuyo objeto social es, entre otros, “la prestación del servicio público de las telecomunicaciones, contratación, concesión, operación, distribución, asesoría y asistencia técnica del servicio de televisión abierta por suscripción radiodifundida, cableada, cerrada y satelital y de las señales incidentales y codificadas que intervienen dentro del espectro electromagnético y servicios de telecomunicaciones concurrentes con el servicio de televisión por cable y en general la prestación y explotación de todos los servicios de telecomunicaciones ya sean básicos, de difusión, telemáticos y de valor agregado o de convergencia”, y que se encuentra autorizado para operar y explotar a nivel nacional el servicio de televisión por suscripción.”*⁷

También se contestaron como ciertos los hechos 15 y 16, esto es que la demandada celebra con sus abonados un contrato de televisión por suscripción y, que, en consecuencia, de ello, instala con su propio personal, los equipos de distribución y recepción de la señal que dan acceso a las emisiones de los canales en cuya programación se incluyen obras audiovisuales, tales como *“películas, series, novelas, entre otros dramatizados”*.⁸

Ahora, en tanto que la accionada no acudió a rendir interrogatorio del artículo 372 de nuestro estatuto procesal, de conformidad con el artículo 205 del CGP se presumirán como ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda. En ese sentido, se tendrá por cierto lo señalado en el hecho 17, es decir, que dentro de la programación que reemite la parte pasiva de la litis se incluyen obras audiovisuales con interpretaciones artísticas que administra y representa la demandante.

Asimismo, la parte pasiva de la litis refiere en su contestación al hecho 19 que es cierto que dentro de las parrillas que ofrece se encuentra los canales CARACOL, RCN, FOX, TNT.⁹ Pese a lo anterior, es preciso advertir que dentro de las pruebas aportadas se encuentran las denominadas *“13. (i) Parrilla de canales ofrecidas por COMUNICAMOS + año 2021”, “14. (i) Reportes entregados por KANTAR IBOPE MEDIA COLOMBIA S.A.S”, “8. (...), “15. (i) Reportes entregados por BUSINESS BUREAU (BB MEDIA LLC) a través de GLOBALNEWS GRUOP COLOMBIA S.A.S”, “2 Reportes Ibope – BB (Competencia Plus)”*¹⁰ que dan cuenta la parrilla de canales que trasmite la demandada, dentro de los que se encuentran dentro de los que se encuentra TELEPACÍFICO, CITY TV, CANAL UNO, SEÑAL COLOMBIA, TELECAFÉ, TL NOVELAS, CANAL DE LAS ESTRELLAS, SPACE, CINECANAL, TNT SERIES, entre otros.

Igualmente, sabemos de dichos medios de prueba que en los canales a los que se hizo referencia se han emitido o transmitido obras como obras como La Selección 2, The Simpsons, El inútil, Lorena, Mentiroso Mentiroso, Los Morales, La Ley Secreta, El abogado del crimen, entre otras.

También, como se señaló en el primer acápite, la accionante probó que en las obras audiovisuales mencionadas se encuentran fijadas interpretaciones de artistas, entre los que se pueden mencionar a título enunciativo personas como Juan Manuel Mendoza, Jerónimo Cantillo, Antonio Jiménez, Julio César Meza, Jeimmy Paola Vargas,

⁷ Página 3 del documento denominado *“Contestación demanda DNDA firmado”* dentro de la carpeta *“17 Contestación de demanda 1-2022-24075”* del expediente virtual.

⁸ *Ibidem*

⁹ *Ibidem*

¹⁰ Documento denominado *“2. Reporte Ibope – B.B. (Competencia Plus)”* dentro de la carpeta *“2. Anexos Informe”* de la prueba *“P16”* dentro de la carpeta *“04 Pruebas 1”* del expediente virtual.

Coraima Torres, Katherine Vélez, Viña Machado, Variel Sanchez, Maria Cecilia Botero, Ana María Arango, Gustavo Angarita, Lincoln Palomeque, Valentina Acosta, Amada Rosa Pérez, Alejandro Naranjo, Felipe Calero, Daniel Craig, Javier Bardem, Manuela González, Julián Arango, Jorge Herrera, etc.

Aunado a lo anterior, no puede dejar de mencionar esta Subdirección que consecuencia de no haber asistido al interrogatorio se presume cierto el hecho 19, esto es que Comunicamos + Telecomunicaciones S.A.S. ha comunicado públicamente las interpretaciones de los artistas Jorge Enrique Abello, Carolina Acevedo, Marcela Carvajal, Sebastián Eslava, Martha Restrepo, Victoria Ortiz, Robinson Diaz, Flora Martinez, Luis Mesa, Geraldine Zivic, Jacqueline Arenal, Julián Román, Ana María Orozco, Lorna Cepeda, Ofelia Medina, Callum Blue, David Clark, Christopher Lloyd, Daniel Radcliffe, Dave Thomas, Brenda Asnicar, Helena Mallarino y Nikolas Rincón.

Adicionalmente, es necesario resaltar que, como se mencionó, se tiene por cierto que el extremo pasivo de la litis instala con su propio personal equipos de distribución y recepción de la señal que dan acceso a las emisiones de los canales, obras audiovisuales e interpretaciones, de conformidad con lo señalado en el hecho 15.

En suma, la acción ejecutada por la demandada consistió en reemitir la emisión original realizada por otras fuentes de origen de 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.

Ahora, debe advertirse que no obran pruebas en el expediente que acrediten el pago del derecho de remuneración de artistas intérpretes o ejecutantes que aquí se analiza. Es más, la accionada incluso indica al contestar el hecho 20 que le fueron enviados unos documentos por parte de la demandante, para adelantar la concertación de la tarifa y que se encontraban adelantando una negociación, no obstante, se vieron “*sorprendidos por la notificación de la demanda*”. Así, es claro para este Despacho que la sociedad Comunicamos + Telecomunicaciones S.A.S. no pagó el derecho de remuneración a los artistas intérpretes de obras audiovisuales debiendo hacerlo.

3. Limitaciones y excepciones aparentemente invocadas

Las limitaciones y excepciones son restricciones al ejercicio de los derechos patrimoniales exclusivos de autor o conexos que permite que terceros utilicen obras o prestaciones protegidas sin solicitar autorización previa y expresa.

Así las cosas y teniendo en cuenta que, como se explicó en acápites precedentes, se reclama el pago de un derecho de remuneración y, en el presente caso, los artistas no tienen la facultad de autorizar o prohibir la comunicación al público de sus interpretaciones fijadas, el operador de televisión por suscripción no requiere de una limitación que le permita llevar a cabo la retransmisión.

Por lo anterior, es necesario 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 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.

En criterio de esta Subdirección, dicha norma consagra una obligación del cable operador y no una excepción al derecho de autor, 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.

Sobre tales conceptos, el glosario de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual – OMPI, obra del autor Gyorgy Boytha, por una parte, define la “*recepción directa desde*

un satélite por el público en general” como la “recepción de señales portadoras de programas desde un satélite sin la mediación de una estación terrestre que transforme las señales emitidas en ondas radioeléctricas susceptibles de ser recibidas por el público; en estos casos, la transformación se hace por el propio satélite de radiodifusión directa”.

Por otra parte, el mencionado glosario define al distribuidor de señales derivadas como *“la persona o entidad jurídica que decide sobre la retransmisión al público en general, o a una parte de él, de las señales portadoras de programas, obtenidas previa transformación de las señales transmitidas por satélite”.*

En síntesis, la noción de recepción implica la posibilidad para percibir las señales sin la mediación de una estación terrestre que transforme dicha señal, mientras que la distribución es la capacidad de retransmitir al público en general, o a una parte de él, las señales portadoras de programas.

Así, habrá retransmisión aun cuando no se modifique el contenido de la emisión, debe aclararse que una cosa es la alteración del contenido, y otra la transformación de la señal, toda vez que la última implica un proceso técnico a través del cual dicha señal es adaptada para ser reemitida, sin que esto implique una alteración del contenido de la misma.

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 la sentencia C-654 de 2003 de la Corte Constitucional y el fallo de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá de marzo 28 de 2017, es claro que la misma versaría sobre la emisión en sí misma y no sobre el contenido de esta, por lo que el operador de televisión por suscripción no puede dejar de pagar las demás erogaciones relacionadas con la retransmisión, como equivocadamente argumenta.

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 los hechos que se contestaron como ciertos, de los consideraron como susceptibles de confesión y de analizar el conjunto de pruebas, 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 Comunicamos + Telecomunicaciones 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.

4. Legitimación del demandante

Identificado el objeto, el titular de derechos y acreditada la infracción, este Despacho debe determinar si Actores Sociedad Colombiana de Gestión está facultada para reivindicar en el presente proceso el derecho petitionado, en ese sentido, se debe comprobar que la prerrogativa reclamada corresponde a la parte actora, como titular o como representante de él.

Iniciemos mencionando que el legitimado para reivindicar un derecho respecto de una prestación protegida, es en efecto, el titular originario de la misma, sin embargo, de conformidad con el artículo 49 de la Decisión Andina 351 de 1993 ciertos derechos pueden ejercerse o hacerse valer en procesos administrativos o judiciales por las sociedades de gestión colectiva que agrupan los intereses de dichos titulares, debido a

que estas gozan de una legitimación presunta, que les permite gestionar los derechos que les han sido confiados a su administración, en los términos que resulten de sus propios estatutos y de los contratos que celebren con entidades de gestión extranjeras. Dicha legitimación tiene su origen en la naturaleza de la gestión colectiva del derecho de autor y los derechos conexos, la cual es realizada por sociedades sin ánimo de lucro, con personería jurídica y autorización de funcionamiento concedidas por la Dirección Nacional de Derecho de Autor. Estas sociedades se encargan de representar a una pluralidad de titulares afiliados a ellas, para ejercer frente a terceros los derechos exclusivos o de remuneración que correspondan con ocasión del uso de sus obras, interpretaciones, ejecuciones o fonogramas, además, de acuerdo con el artículo 13 de la Ley 44 de 1993; con el fin de realizar el recaudo y la posterior distribución de las remuneraciones de las sociedades de gestión colectiva se entienden mandatarias de sus asociados por el simple acto de la afiliación.

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

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

Sobre el particular, la interpretación prejudicial 111-IP-2021 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina menciona que “*la presunción de representación o legitimación procesal de una sociedad de gestión colectiva lo que busca es proporcionar al autor y a los demás titulares de derechos, a través de una sociedad de gestión colectiva, una herramienta eficaz y eficiente que permita proteger y ejercer de manera eficiente los derechos patrimoniales que se encuentran bajo su administración (...) Si se exigiera que una sociedad de gestión colectiva tenga que demostrar la representación de todo su repertorio como condición para protegerlo ante una autoridad y recaudar así el derecho de sus asociados, ellos significaría la asunción de costos excesivos por parte de dicha sociedad, lo que haría inviable una eficiente y adecuada recaudación de los derechos de sus asociados. (...) No obstante lo anterior, esta presunción admite prueba en contrario; es decir, que en un caso en concreto, la persona a quien se le impute estar utilizando o explotando obras sin contar con la autorización respectiva, deberá demostrar que el titular del derecho sobre una obra no es afiliado de la sociedad de gestión colectiva*”.

Al amparo de las normas citadas, una SGC se encuentra facultada para ejercer los derechos confiados a su administración y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales. Al respecto, este Despacho debe ser enfático en que la SGC 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 Dirección Nacional de Derecho de Autor, los estatutos y los contratos de representación recíproca que quiera hacer valer.

En el caso objeto de análisis se observa que reposa en el PDF denominado “P1”,¹¹ el certificado de existencia y representación legal de Actores Sociedad Colombiana de Gestión, expedido por la Oficina Asesora Jurídica de la DNDA el 10 de septiembre de 2021, que la acredita como sociedad de gestión colectiva. Así mismo, en el PDF

¹¹ Prueba denominada “P1” dentro de la carpeta “04 Pruebas 1” del expediente virtual.

denominado “P6”¹² se encuentran los estatutos de la demandante, en cuyo artículo cuarto se prevé que el objeto de la sociedad es la gestión, administración, representación, protección y defensa de los intereses y derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes de obras y grabaciones audiovisuales, así como de sus derechohabientes.

Respecto de los contratos de reciprocidad, es importante resaltar que mediante dichos acuerdos una sociedad de gestión colectiva nacional representa en su territorio a una sociedad extranjera del mismo tipo en lo que atañe a la gestión de sus obras y prestaciones, estando obligada la sociedad extranjera a hacer lo mismo en su territorio, como lo menciona Ernst-Joachim Mestmäcker en su artículo publicado en el número 203 de la Revista Internacional de Derecho de Autor (RIDA). La razón de ser de dichos acuerdos es el carácter territorial del derecho de autor y en consecuencia de la gestión colectiva. Constando en el expediente veintiún certificados de registro expedidos por el Jefe de Registro de la DNDA que acreditan la existencia de acuerdos de reciprocidad entre ACTORES S.C.G. y ADAMI, AISGE, AKDIE, ANDI, ARMA, BIROY, CHILE ACTORES, CREDIDAM, GDA, SAGAI, SUGAI, VDFS, entre otras, como se evidencia en la carpeta “P10.1” del expediente digital.

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

5. El daño y perjuicio que se causó

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 (...).”*

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 la contractual, cuya distinción radica en el tipo de derecho que es vulnerado. De acuerdo con los artículos 2341 a 2360, la lesión causada a un derecho subjetivo absoluto da lugar a la responsabilidad extracontractual, y la lesión a los derechos de crédito, que nacen de los contratos, a la responsabilidad contractual, esto de acuerdo con los artículos 1602 a 1617 del Código Civil.

Iniciando con el daño, debemos reconocer que 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.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 personas¹⁴.

¹² Prueba denominada “P6” dentro de la carpeta “04 Pruebas 1” del expediente virtual.

¹³ Diego García, Manual de Responsabilidad Civil y del Estado, 2009. P. 13

¹⁴ Arturo Valencia, Álvaro Ortiz, Derecho Civil Tomo III, 2010, p. 229

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, precisamente porque se le priva al titular de recibir una remuneración equitativa por el uso de sus interpretaciones, afectándole así sus intereses legítimos.

En este sentido, al haber infringido Comunicamos + Telecomunicaciones S.A.S. los derechos patrimoniales de los artistas intérpretes de obras audiovisuales representados por la accionante, se le causó a los mismos un daño de carácter material, ya que se vio menoscabado su interés legítimo de obtener una remuneración por la utilización de sus interpretaciones, lo cual se manifiesta consecuentemente 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 los utilizadores con los que tienen acuerdos.

6. La cuantificación del daño y perjuicio

Frente 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 cuanto este aspecto, la accionante solicitó que se condene a Comunicamos + Telecomunicaciones S.A.S. a pagar la suma de NOVENTA Y TRES MILLONES VEINTICINCO MIL SEISCIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$93.025.674) por lucro cesante indicando que dicha suma es lo que dejó de percibir, durante los años 2012 a 2020, por cuenta de no haberse pagado la remuneración equitativa de que trata el parágrafo 1 del artículo 168 de la Ley 23 de 1982, a los artistas intérpretes de obras audiovisuales, todo lo anterior de acuerdo con su reglamento de tarifas aplicable.

Respecto de la objeción al juramento estimatorio, debemos recordar que en el Auto 10 del 28 de junio de 2023 se resolvió no considerar la objeción al juramento y como consecuencia, este Despacho tendría como prueba del monto de la indemnización el valor estimado por la parte demandante.

De otra parte, no se debe perder de vista que la accionante solicitó que la cifra referida fuera indexada 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 es, 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 quiere actualizar; Ahora, sobre el índice de precios al consumidor, 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 CGP¹⁵, 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 2023 emitida por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE, que señala que el IPC inicial es de 111,41 y el actual de 134,45 de este modo, el valor de la remuneración a los artistas representado por la demandante, indexado a fecha del fallo, es de CIENTO DOCE MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y TRES MIL SETECIENTOS VEINTISIETE PESOS M/CTE (\$112.263.727).

¹⁵ Artículo 180 del Código General del Proceso: "Todos los indicadores económicos nacionales se consideran hechos notorios."

De otra parte, la demandante solicita que se condene a Comunicamos + Telecomunicaciones S.A.S. por los perjuicios causados con posterioridad a la presentación de la demanda, estos son el valor de la remuneración por los años 2021 a la fecha, por lo que, se procederá a determinar dicho valor tomando como base la fórmula utilizada para calcular el perjuicio de los años 2012 a 2020.

Señala la accionante que para determinar el valor a cobrar por remuneración se debe tener el total de los ingresos brutos anuales. En el caso en concreto, se solicitó en el auto admisorio a la demandada que aportara los ingresos del año 2021, sin embargo, los mismos no fueron aportados. Por lo anterior, este Despacho utilizará el monto de los ingresos obtenidos en el año 2020, esto es 1.735.199.382, así como la fórmula de indexación antes descrita, así las cosas, de indexar los ingresos obtenidos en el año 2020 a diciembre de 2021 se obtiene la suma de \$1.832.750.883.

Ahora bien, no fueron allegados los ingresos obtenidos por la demandada para el año 2022, por lo que esta Subdirección utilizará el monto de los ingresos obtenidos en el año 2021, esto es \$1.832.750.883, así como la fórmula de indexación. En consecuencia, de indexar los ingresos obtenidos en el año 2021 a diciembre de 2022 se obtiene una suma de \$2.073.257.281.

También debe advertirse que no fueron aportados los ingresos de la accionada para el año 2023, por lo que se utilizara el monto de los ingresos obtenidos para el año 2022, esto es \$2.073.257.281, así como la fórmula de indexación.

Así las cosas, de indexar los ingresos obtenidos para el año 2022 a julio de 2023 se obtiene una suma de 2.211.770.542. Sin embargo, dado que a la fecha de la sentencia han transcurrido solo siete meses es necesario determinar el ingreso que la demandada obtuvo al mes, por lo que dicha suma se dividirá en doce por ser el número total de meses al año.

Conociendo que el valor de un mes es de \$184'314.211, dicha suma se multiplicará por siete que son el número de meses transcurridos a la fecha de la sentencia, de lo que se obtiene un total de \$1.290.199.477.

Ahora, sobre los ingresos obtenidos en los años 2021, 2022 y 2023 se debe calcular el porcentaje del impacto del repertorio representado por ACTORES SCG, que para el caso particular es de 31.89%, aquí es pertinente advertir que ACTORES SCG, aportó un dictamen pericial realizado por el matemático Fernando Alonzo Vélez Reyes en el que toma 54 canales y sobre ellos estudia tres factores, estos son: (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%.

Sin embargo, 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, la cual de acuerdo con lo explicado por el perito en audiencia si bien es menos exacta, es mucho más favorable para la sociedad demandada pues el impacto del repertorio es de 31.89%.

En este sentido, encuentra el Despacho que ACTORES SCG confiesa querer usar en el presente caso un método más favorable al demandado por lo que se tomará el valor de 31.89 % para calcular el monto del perjuicio.

Ahora, a dicho monto obtenido se le debe aplicar la tarifa de 1.75% , lo anterior en consonancia con lo relatado en el hecho trece de la demanda donde se observa que esta misma tarifa es la acordada después de un proceso de negociación con otros veintiocho cableoperadores.

En este punto debemos recordar que uno de los requisitos de la confesión es que esta produzca consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria. En el caso de marras se observa que el manual de tarifas expedido por la

demandante consagra una tarifa más alta que la señalada en el escrito petitorio, así es diáfano que las declaraciones relativas al monto de tarifa de la demanda son desfavorables a la accionante y por lo tanto constituyen una confesión.

Así las cosas, se tendrá como valor de la tarifa el 1.75% de los ingresos de explotación del operador de cable o satélite vinculados a la explotación del repertorio de ACTORES SCG.

De aplicar la fórmula mencionada se tiene como resultado que el valor a pagar por el año 2021 es de \$10'228.124, año 2022 \$11.570.330 y por el año 2023 de \$7.200.280. En conclusión, el valor total del perjuicio es la suma del monto indexado del juramento estimatorio (\$112'263.727) y los perjuicios causados con posterioridad a la presentación de la demanda (10'228.124), (\$11.570.330) y (\$7.200.280), de lo que se obtiene el resultado de CIENTO CUARENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y DOS MIL CUATROSCIENTOS SESENTA Y UN PESOS M/CTE (\$141.262.461).

7. Los demás elementos de la responsabilidad

Para entrar a realizar dicho estudio debe ponerse de presente que si bien esta Subdirección en virtud de las disposiciones de su ordenamiento interno mantenía la postura de que debía aplicarse la responsabilidad subjetiva, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en interpretación prejudicial del 21 de septiembre de 2022¹⁶ explicó:

“Independientemente de si la acción por infracción del derecho de autor se conduce a través de un procedimiento administrativo o un proceso jurisdiccional, la autoridad competente debe aplicar el criterio de la responsabilidad objetiva, al momento de verificar si la conducta denunciada o demandada constituye uno o más de los supuestos de hecho previstos en el Artículo 13 de la Decisión 351.”

Además, reafirma que no será necesario que el “*investigado*” haya actuado con dolo o culpa para acreditar la existencia de la infracción, sino que basta con verificar que la conducta encaje en el supuesto de hecho de alguno o varios tipos infractores. Con esto también resalta que las únicas eximentes de responsabilidad son: “las limitaciones al derecho de autor contenidas en el artículo 22 de la Decisión 351, el caso fortuito, la fuerza mayor o el hecho exclusivo y determinante de un tercero, los cuales tienen que ser imprevisibles e irresistibles.”

Frente al nexo causal, debemos manifestar que luego de hacer una valoración de las circunstancias y el material probatorio correspondiente al 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 Actores Sociedad Colombiana de Gestión, en tanto el menoscabo o lesión al derecho tutelado en este caso, fue 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.

De igual manera, el hecho de retransmitir interpretaciones al público a través de la prestación del servicio de televisión por suscripción y no pagar el derecho de remuneración que le corresponde a los artistas, 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 referido.

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 Comunicamos + Telecomunicaciones S.A.S., se encuentra obligada a reparar el daño causado a los titulares de derechos conexos representados por Actores Sociedad Colombiana de Gestión.

¹⁶ 191-IP-2021

8. De las tarifas y su negociación.

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

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

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

Descendiendo sobre el plenario, en la carpeta denominada “P19”¹⁷ se aprecian comunicaciones en las cuales Actores Sociedad Colombiana de Gestión invitó a negociar a Comunicamos + Telecomunicaciones S.A.S.

Aunado a lo anterior, la accionada refirió al contestar la demanda que la parte activa de la litis le había remitido “*documentos de concertación*” y que se encontraban adelantando un proceso de negociación, afirmación que se reiteró en los alegatos de conclusión. Lo anterior, lo que deja ver es que existió una renuncia a negociar la tarifa por parte de la demandada, que incluso no se presentó a la audiencia de conciliación a la cual fue citada por su contraparte.

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

9. Del argumento que Comunicamos + Telecomunicaciones S.A.S. no es quien debe reparar el daño.

Recordemos que durante los alegatos de conclusión la apoderada de la demandada refirió que la responsabilidad estaba a cargo de las casas programadoras, toda vez que Comunicamos + Telecomunicaciones S.A.S. únicamente es un medio que permite llevar la señal de televisión de la casa programadora a los usuarios.

Pese a lo anterior, debe advertirse que como quedó demostrado Comunicamos + Telecomunicaciones S.A.S. realiza actos de comunicación pública a través de la modalidad de retransmisión de interpretaciones fijadas en obras audiovisuales de artistas representados por ACTORES S.C.G., y el hecho de que no pueda interferir o alterar la señal que es emitida por las casas programadoras, en nada lo exime de su deber de reparar el daño ocasionado a los intérpretes representados por la accionada.

Más aún si se tiene en cuenta que al momento que decidió constituirse como un operador de televisión por suscripción el accionado decidió soportar las cargas que la prestación del servicio de televisión le acarrearán.

¹⁷ Prueba denominada “P19” dentro de la carpeta “06 Pruebas 2” del expediente virtual.

Por lo que no resulta acertada la afirmación del demandado de que no se encuentra dentro de su control la acción de comunicar al público obras audiovisuales en las cuales se encuentran fijadas interpretaciones de artistas representados por la demandada, si basta con tener en cuenta que la accionada es quien pone a disposición todas las herramientas para que sus usuarios reciban las obras y, por tanto, dichas interpretaciones.

10. De la forma de fijar la tarifa a futuro

El inciso segundo del artículo 2.6.1.2.6. del Decreto 1066 de 2015 refiere que en caso de existir desacuerdo entre las sociedades de gestión colectiva de derecho de autor o de derechos conexos con los usuarios u organizaciones de usuarios en relación con las tarifas, los puntos de discrepancia podrán ser sometidos a cualquiera de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, y en caso de que dicha modalidad no fuere convenida, las diferencias podrán ser conocidas por la justicia ordinaria en los términos de los artículos 242 y 243 de la Ley 23 de 1982.

De lo anterior es posible concluir que 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 Comunicamos + Telecomunicaciones 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.

Respecto de la manera como debe fijarse la tarifa es pertinente señalar 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 ingresos.¹⁸

Así las cosas, debe señalar esta Subdirección que para establecer la tarifa en el caso en concreto debe tenerse en cuenta que esta debe ser fijada de manera proporcional a los ingresos obtenidos por los usos de las interpretaciones artísticas.

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. También deberá descontarse de esta base las tasas, contribuciones u aportes, que se deriven de este monto, especialmente las consagradas en la Ley 1978 de 2019.

También deberá 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 Comunicamos + Telecomunicaciones S.A.S. en la cual determinaba el porcentaje de impacto del repertorio¹⁹ y donde era posible vislumbrar que no todos los canales usan con la misma intensidad interpretaciones representadas por la accionante, es más, se

¹⁸ 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.*"

¹⁹ Prueba denominada "P8.2" dentro de la carpeta "05 Pruebas 2" del expediente virtual.

observó que hay canales donde ni siquiera estas se utilizan, por lo que estas circunstancias igualmente deberán considerarse.

De acuerdo con lo anterior esta Subdirección encuentra que la *“Metodología para determinar el “Impacto del Repertorio”*²⁰ utilizada por ACTORES S.C.G. se ajusta a lo estipulado por la Decisión Andina 351 y el Decreto 1066 de 2015, toda vez que efectúa una valoración objetiva de acuerdo con el uso de las interpretaciones efectuado por la accionada.

Ahora bien, teniendo en cuenta que puede variar la parrilla de Comunicamos + Telecomunicaciones S.A.S., 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 al que hubieran llegado las partes. Máxime cuando se evidenció en la demanda y durante la declaración de parte del representante legal de la accionante, que este corresponde al porcentaje que mayoritariamente ACTORES S.C.G. ha fijado con otros operadores de televisión por suscripción.

Así las cosas, al total de los ingresos brutos anuales, certificados por Comunicamos + Telecomunicaciones 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. A este monto se le aplicará el porcentaje de impacto del repertorio, según la *“Metodología para determinar el “Impacto del Repertorio”*²¹ 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.

11. 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 Comunicamos + Telecomunicaciones S.A.S., identificada con NIT 860.062.059-1, cuya liquidación se realizará a través de la secretaría, cuando quede ejecutoriada la presente providencia, según lo establecido en el artículo 366 del CGP.

En lo referente a las agencias en derecho, de acuerdo con lo señalado por el artículo 5 del Acuerdo No. PSAA16-10554, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, y considerando criterios como la cuantía y naturaleza del proceso, así como la calidad y la duración de la gestión realizada por el apoderado de la parte demandante, se procederá a fijar como monto de estas el 4% de las pretensiones concedidas, lo cual arrojó la suma de CINCO MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS M/CTE (\$5.650.498).

12. De la multa de la Ley 2220 de 2022

Finalmente, en cumplimiento del artículo 59 de la Ley 2220 de 2022, cuando la conciliación extrajudicial sea requisito de procedibilidad y se instaure la demanda judicial,

²⁰ Documento denominado “P8.1” dentro de la carpeta “04 Pruebas 1” del expediente virtual.

²¹ Ibidem

el juez impondrá multa hasta por valor de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la parte que no haya justificado su inasistencia a la audiencia; así las cosas, teniendo en cuenta que la sociedad Comunicamos + Telecomunicaciones S.A.S. no justificó su inasistencia a la audiencia de conciliación extrajudicial, se procederá a multarla por valor de un (1) salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de la referida audiencia, en favor del Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, la Subdirección Técnica de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar que Comunicamos + Telecomunicaciones S.A.S., identificada con NIT 860.062.059-1 en su calidad de operador de televisión por suscripción, efectuó la comunicación pública mediante retransmisión de interpretaciones fijadas en obras audiovisuales de artistas representados por ACTORES S.C.G., desde el año 2012 a la fecha de la presente providencia.

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

TERCERO: Declarar que la sociedad Comunicamos + Telecomunicaciones 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.

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

QUINTO: Condenar a la sociedad Comunicamos + Telecomunicaciones 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 CIENTO DOCE MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y TRES MIL SETECIENTOS VEINTISIETE PESOS M/CTE (\$112.263.727). por concepto de lucro cesante derivado del no pago del derecho de remuneración de los años 2012 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 DIEZ MILLONES DOSCIENTOS VEINTIOCHO MIL CIENTO VEINTICUATRO PESOS M/CTE (\$10'228.124), por concepto del valor de la tarifa para el año 2021, ONCE MILLONES QUINIENTOS SETENTA MIL TRESCIENTOS TREINTA PESOS M/CTE (\$11.570.330), por concepto del valor de la tarifa para el año 2022, y SIETE MILLONES DOSCIENTOS MIL DOSCIENTOS OCHENTA PESOS M/CTE (\$7.200.280), por concepto del valor de la tarifa para el año 2023.

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

OCTAVO: Imponer multa a la parte accionada Comunicamos + Telecomunicaciones S.A.S. por valor de un (1) salario mínimo legal mensual vigente del año 2019 en favor del Consejo Superior de la Judicatura.

NOVENO: Condenar en costas a la sociedad Comunicamos + Telecomunicaciones S.A.S., identificada con NIT 860.062.059-1.

DÉCIMO: Fijar agencias en derecho en favor de Actores Sociedad Colombiana de Gestión por el valor de CINCO MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS M/CTE (\$5.650.498).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ANGIE ESTEFANNY RODRÍGUEZ FONSECA
Profesional Especializado 2028 Grado 15