



INFORME DE RELATORÍA No. 35

Referencia: 1-2018-31868

Proceso Verbal iniciado por Egeda Colombia contra TV Colombia Digital SAS

Fallador: Nathalie Granados Bermeo

Bogotá D.C., 16 de enero de 2020

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

ANTECEDENTES

La Entidad de gestión colectiva de Derechos de los Productores Audiovisuales de Colombia - Egeda Colombia, por intermedio de apoderado, el 13 de abril de 2018 radicó demanda ante esta Subdirección por infracción de derechos de autor contra la sociedad TV Colombia Digital SAS, basada en los hechos que se resumen a continuación:

1. Egeda Colombia es una sociedad de gestión colectiva que representa a los productores audiovisuales nacionales e internacionales y gestiona en su nombre y representación el derecho de autorizar la comunicación pública de sus obras audiovisuales.
2. Los productores audiovisuales como titulares de derechos patrimoniales de autor tienen la facultad de autorizar o prohibir la comunicación pública de sus obras audiovisuales y tienen derecho a la remuneración correspondiente por esto.
3. Egeda Colombia, en desarrollo del mandato otorgado por los productores audiovisuales, se encarga de autorizar la comunicación pública de las obras audiovisuales de sus afiliados y de adelantar el correspondiente cobro por este derecho, por las obras que son comunicadas a través de la retransmisión de las señales transportadoras de programas de televisión.
4. Para realizar este cobro, se basa en una tarifa previamente fijada o acordada con el usuario, para el caso de los operadores de televisión por suscripción, dicha tarifa se cobra por abonado, suscriptor o vivienda conectada a la red de distribución del operador de televisión respectivo.
5. TV Colombia Digital SAS es una empresa que opera el servicio de televisión por suscripción bajo la licencia conferida por la Autoridad Nacional de Televisión desde el año 2012, comenzando a prestar su servicio en septiembre de 2013, fecha desde la cual comenzó a reportar mensualmente a entidad reguladora el número de sus abonados.
6. Dentro del servicio que presta el demandado se transmiten y retransmiten canales de televisión públicos y privados nacionales e internacionales, los cuales ofrece dentro de su parrilla a sus clientes.
7. Desde el año 2013 la sociedad demandada TV COLOMBIA DIGITAL S.A.S ha venido realizando la comunicación pública de obras audiovisuales representadas por Egeda Colombia sin contar con la respectiva licencia o autorización previa y expresa.
8. Egeda Colombia intentó llegar a algún acercamiento con el demandado, sin que lograran llegar a ningún arreglo. Sin embargo, a la audiencia de conciliación citada convocada por la demandante, el demandado no asistió ni justificó su inasistencia.

Con fundamento en los hechos anteriormente señalados se plantearon las siguientes pretensiones:

“PRIMERO: Que se declare que la sociedad TV COLOMBIA DIGITAL S.A.S, en su calidad de operador de televisión por suscripción, al efectuar la retransmisión de señales de televisión de su parrilla de programación comunicó públicamente obras audiovisuales de titularidad de los productores asociados y representados por EGEDA COLOMBIA, dentro del periodo comprendido entre el 1 de enero de 2007 hasta la fecha.



SEGUNDO: Que se declare que la sociedad TV COLOMBIA DIGITAL S.A.S no cuenta con una autorización previa y expresa por parte de EGEDA COLOMBIA, para la comunicación pública de las obras audiovisuales comprendidas en su repertorio.

TERCERO: Que, como consecuencia de las declaraciones antes expuestas, se declare que la sociedad TV COLOMBIA DIGITAL S.A.S vulneró los derechos patrimoniales de autor de comunicación pública de los productores audiovisuales asociados y representados por EGEDA COLOMBIA.

CUARTO. Como consecuencia de lo anterior, se declare civilmente responsable a la sociedad demandada TV COLOMBIA DIGITAL S.A.S por haber causado infracciones al derecho de autor con sus propias acciones u omisiones y/o con su incumplimiento al deber legal y su deber de diligencia, prudencia y pericia en la gestión de sus negocios así como por la falta de una adecuada selección, vigilancia y supervisión de las personas que directamente cometieron la infracción a los derechos de autor.

QUINTO. Que como consecuencia de la prosperidad de las pretensiones mencionadas, se condene a TV COLOMBIA DIGITAL S.A.S a pagar a favor del demandante EGEDA COLOMBIA la totalidad de los perjuicios ocasionados por la suma que se determina en el juramento estimatorio de la presente demanda. Dentro del concepto de lucro cesante pendiente de causación al momento de la demanda, es parte también de las pretensiones y del juramento estimatorio el valor de las sumas que debería pagar el demandado a EGEDA COLOMBIA, durante el tiempo de trámite del Proceso, con aplicación de la tarifa correspondiente.

SEXTO. Que sobre las sumas anteriores se condene a TV COLOMBIA DIGITAL S.A.S a pagar intereses comerciales moratorios a la máxima tasa de interés permitida por la Ley a favor de EGEDA COLOMBIA desde la fecha en que debió realizarse cada pago, o desde la fecha que el Despacho considere procedente, y hasta la fecha efectiva del pago.

SEPTIMO. Que, como consecuencia de la prosperidad, total o parcial, de las pretensiones anteriormente expuestas se condene a la demandada a abstenerse en el futuro de comunicar públicamente obras audiovisuales hasta tanto no obtenga la licencia para la comunicación pública de obras audiovisuales en establecimientos hoteleros que otorga EGEDA COLOMBIA.

OCTAVO. Que se condene en costas y agencias en derecho a los demandados.”

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La sociedad se opuso a las pretensiones propuestas por el demandante y en su defensa propuso varias excepciones como: la inconducencia, impertinencia, congruencia e inutilidad de pruebas aportadas por el demandante, afirmando que un documento anunciado por el demandante no fue aportado con la demanda. Así también, la inexistencia de la obligación de pago, por no tener deuda alguna con su contraparte. Y argumentó ampliamente sobre el incumplimiento por parte del demandante de su deber legal de concertar la tarifa con los usuarios, bajo el principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta los ingresos recibidos por cada uno por la utilización de las obras, esto de conformidad con lo ordenado en el decreto 3942 de 2010, la Ley 23 de 1982 en su artículo 73, la Decisión Andina 351 de 1993 en su artículo 48. Con base es esto arguyó que la tarifa impuesta por la sociedad de gestión colectiva es arbitraria ya que desconoció la realidad económica de la empresa.

También argumentó que el demandante pretende el pago por la comunicación pública de las obras que se transmiten por canales abiertos, respecto de los cuales el prestador de servicio de televisión por suscripción no recibe ingreso por su transmisión. Sin embargo, de no ser por la obligación que le impone el Estado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 680 de 2001, el demandado no retransmitiría esos canales y hace mención a la sentencia del 28 de marzo de 2017 del Tribunal superior de Bogotá en la que afirma que se declaró que la obligación contenida en el artículo mencionado se configura en una limitación y excepción al derecho de autor y derechos conexos.



SENTENCIA

Agotadas las etapas previas, procede este Despacho a pronunciarse sobre el objeto de la presente litis el cual se sustenta en la solicitud de protección del derecho patrimonial de comunicación pública de los productores audiovisuales de Colombia e internacionales, que elevó la Entidad de gestión colectiva de Derechos de Productores Audiovisuales de Colombia- en adelante EGEDA, en representación de aquellos, por la presunta infracción que hubiere cometido la sociedad TV COLOMBIA DIGITAL SAS, en su calidad de cable operador de televisión por suscripción, al retransmitir en la parrilla de programación que ofrece a sus clientes obras audiovisuales protegidas, sin la correspondiente autorización de sus titulares.

Analizada la naturaleza del conflicto y acorde a la fijación del litigio, para poder proferir una decisión de fondo comenzaremos por estudiar si la obra audiovisual es objeto de protección por el derecho de autor, para luego determinar sobre quién recae la tutela jurídica frente a este tipo de obras y por consiguiente la legitimidad para demandar. Así mismo, el contenido de los derechos que ostenta su titular y los presupuestos para reclamar una infracción, así como, las excepciones propuestas. Para finalmente establecer si en efecto se dan los presupuestos de la responsabilidad por parte del demandado y si hay lugar a acceder a las pretensiones declarativas y de condena reclamadas por el demandante.

Comenzamos mencionando que el derecho de autor, como parte de la propiedad intelectual, tiene como finalidad el reconocimiento y protección de la relación surgida entre el producto del esfuerzo creativo propio del ser humano y su respectivo autor. Expresión que además deberá ser susceptible de ser reproducida o divulgada por cualquier forma, esto, de acuerdo con la definición contenida en el artículo 3 de la Decisión Andina 351 de 1993.

Es así como el artículo 4 de la Decisión citada expresa que la protección ofrecida por el derecho de autor comprende "(...) todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer, (...)", en la cual incluye en su literal f, "las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales expresadas por cualquier procedimiento.". A su vez define la obra audiovisual como "Toda creación expresada mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que esté destinada esencialmente a ser mostrada a través de aparatos de proyección o cualquier otro medio de comunicación de la imagen y sonido, independientemente de las características del soporte material que la contiene."

Así también, el Glosario de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, en adelante OMPI, de Derecho de Autor y Derechos Conexos, define la obra audiovisual como "una obra perceptible por la vista y el oído, que consta de imágenes relacionadas y de sonidos concomitantes, grabados sobre un material adecuado, para ser ejecutada mediante la utilización de mecanismos idóneos." Y menciona como ejemplos de este tipo de obras "las cinematográficas sonoras y todas las obras que se expresen por un procedimiento análogo a la cinematografía, como las producciones televisivas o cualquier otra producción de imágenes sonoras fijadas sobre cintas magnéticas, discos, etc.". Concepto que se desarrolla a partir de la lista no exhaustiva de obras protegidas contenida en el artículo 2 numeral 1 del Convenio de Berna de 1886, incorporado a nuestro ordenamiento a través de la Ley 33 de 1987, y que fue replicado en el artículo 2 de la Ley 23 de 1982, adicionando a los videogramas.

Si bien es cierto que, legislaciones como estas últimas adoptan como objeto de protección a la obra cinematográfica y las que se asimilen a estas por un procedimiento análogo a la cinematográficas, el concepto de obra audiovisual ha sido cada vez más acogido entre las legislaciones, pues es un resultado análogo al de la cinematografía y por ello es cobijado en el marco de la protección, como se destacó en la Decisión Andina 351 de 1993, ya que, conforme lo señala la doctrinante Delia Lipszyc, en su obra "Derecho de Autor y Derechos conexos", Ediciones Unesco-Cerlalc, edición 2006, página 91, al indicar que esta expresión se ha adoptado "(...) para designar todas las obras que presentan ciertos elementos comunes decisivos de estas, sin tener en consideración el procedimiento técnico empleado para la fijación ni el destino esencial para el cual fueron creadas. (...)".



En este orden de ideas, la obra audiovisual, como secuencia de imágenes en movimiento, que esté fija en cualquier soporte, según la define el doctrinante Guillermo Zea Fernández en su libro *Derechos de Autor y Derechos conexos-Ensayos*, editado por la Universidad Externado de Colombia en el año 2009, páginas 59 a 61, debe ser una obra producto del ingenio o acción creativa humana y estar revestida de originalidad, entendida como la impronta que deja el autor en su obra, para que pueda ser considerada como objeto de protección.

En el caso *sub-judice* el demandante reclama protección sobre el derecho patrimonial de comunicación pública en la modalidad de retransmisión de las obras audiovisuales de sus representados del 1 de enero de 2007 a la fecha. Pese a que no hace mención a ninguna de ellas en sus pretensiones, del análisis de los hechos alegados y las pruebas aportadas se evidencia la alusión a unas obras que presuntamente fueron retransmitidas por la sociedad demandada y sobre las cuales la accionante aduce tener la legitimación para reclamar en el presente proceso.

De la misma manera, en el CD mencionado se observa el archivo identificado como “*FIRMADO Certificación Business Bureau Claro Colombia 2013-2016*”, donde la Compañía Business Bureau certifica que durante el periodo comprendido entre 2012 y 2016 un operador de televisión por suscripción transmitió durante ese periodo canales como Señal Colombia, Caracol TV, RCN, Telepacífico, City Tv, Teleantioquia, Telecaribe, Canal Uno, algunas obras que representa el demandante, como por ejemplo: “Chepe Fortuna”, “Gata Salvaje”, “Tu voz estéreo”, “A mano limpia”, “La madre”, “El man es Germán”, “El señor de los cielos-Temporada 2”, “Ezel”, “Olivia”, “Los padrinos mágicos”, “Alias el mexicano”, “Los graduados”, entre otras, producciones estas que se enmarcan en el concepto de obra audiovisual y, en consecuencia, son objeto de protección por el derecho autoral.

Respecto a este documento, el demandado lo atacó para fundamentar su excepción quinta por la “Inconducencia, impertinencia, congruencia, (sic), e inutilidad de pruebas aportadas por el demandante”, haciendo referencia que es inútil porque, primero, la misma hace referencia a otro prestador de servicio de televisión por suscripción y segundo, esta no fue aportada con la demanda como se anunció.

Respecto a los argumentos expresados por el demandado, se reitera que la prueba que echa de menos, obra en el CD a folio 41 del cuaderno 1 y respecto a su utilidad, contrario a lo alegado por este, este documento de contenido declarativo proveniente de un tercero, cuya ratificación no fue solicitada por quien lo ataca, lleva a la convicción a este juzgador que durante el periodo certificado, los canales reportados coinciden con los canales que la sociedad demanda aceptó retransmitir, tal como se observa de la contestación al hecho quinto, teniéndose por confesado mediante apoderado judicial, conforme lo establece el artículo 193 del estatuto procesal, pudiéndose inferir que en ellos se transmitieron las obras audiovisuales mencionadas, entre otras, quedando así también sin fundamento la excepción quinta propuesta.

Ahora pues, dado que en este escenario judicial no basta con que la expresión de la creación sea objeto susceptible de amparo por el derecho de autor, es necesario que quien demande se encuentre legitimado para reclamar su protección. En cuanto a la habilitación para reclamar los derechos que se enuncian en la demanda, la ley autoral atribuye inicialmente dicha prerrogativa a los autores como titulares originarios.

Ante la complejidad de la obra audiovisual por el ensamble de los diferentes aportes creativos como la música, la fotografía, el guion, entre otros, que de acuerdo a Isidro Satanoswsky, citado en la sentencia del 15 de noviembre de 2000 emitida por la Corte Suprema de Justicia de Mendoza - Argentina, Sala I, en el caso SADAIC Vs. Autotransporte Andesmar, comentado por Ricardo Antequera Parilli, publicado en el “Sistema de Información Jurídica Online” del Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe-CERLALC, haciendo alusión a la obra cinematográfica en que “ninguna otra actividad del entendimiento comprende y exterioriza tantos campos de la acción humana: el arte, la ciencia, la técnica, la organización industrial, la economía, las finanzas, los problemas sociales, culturales y políticos.”.



Es así como el artículo 95 de la Ley 23 de 1982 señala como autores de la obra cinematográfica al director o realizador, al autor del guion o libreto cinematográfico, el autor de la música, y al dibujante o dibujantes, cuando se trate de diseño animado, reservándose para ellos los derechos morales.

No obstante, el legislador, con el fin de conciliar los intereses de estos respecto de la explotación de la obra, siguiendo la lógica del Convenio de Berna, que dispone en su artículo 14 bis 2, b, que aquellos autores, "(...) una vez se han comprometido a aportar tales contribuciones, no podrán, salvo estipulación en contrario o particular, oponerse a la reproducción, distribución, representación y ejecución pública, trasmisión por hilo al público, radiodifusión, comunicación al público(...) de la obra cinematográfica.", introdujo una presunción de cesión de los derechos patrimoniales en favor del productor cinematográfico, como lo establece el artículo 98 de la ley autoral colombiana que señala: "Los derechos patrimoniales sobre la obra cinematográfica se reconocerán, salvo estipulación en contrario, a favor del productor.". De acuerdo con lo expresado por el Tribunal Andino de Justicia dentro del Proceso 177-IP-2013, "(...) se puede señalar que el productor de una obra audiovisual es la persona natural o jurídica que goza de la iniciativa de la creación intelectual, y que asume la responsabilidad de una grabación audiovisual."

De acuerdo con lo expresado por Hernando Devis Echandía, en su obra "Compendio de Derecho Procesal. Tomo II, Prueba judiciales", editorial Temis, Bogotá 2012, páginas 501 a 503, citando a Carnelutti, expresa que la presunción legal es un juicio lógico del legislador en virtud de la cual se considera como cierto un hecho, "con fundamento en las máximas generales de la experiencia, que le indican cuál es el modo normal como se suceden las cosas y los hechos", y tiene como finalidad "(...) dar seguridad a ciertas situaciones de orden social, político, familiar y patrimonial, reconociendo ciertos derecho sustanciales que permitan su ejercicio.". Es así pues, como bajo esta presunción de cesión se le faculta al productor cinematográfico o audiovisual ejercitar ciertos derechos patrimoniales, impidiendo así que el ejercicio simultaneo de los derechos de los autores que participan en su creación obstaculice su explotación; tal presunción de cesión procura un incentivo a la actividad empresarial de aquel que desarrolla tanto en el proceso de construcción de la obra como en su comercialización.

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

Precisamente, en desarrollo de la mencionada presunción de cesión en favor del productor audiovisual, el legislador colombiano solo les confirió el ejercicio de algunos de los derechos exclusivos sobre la obra, delimitándolo a los contemplados en el artículo 103 de la ley 23 de 1982, los cuales son:

"Fijar y reproducir la obra cinematográfica para distribuirla y exhibirla por cualquier medio a su alcance en salas cinematográficas o en lugares que hagan sus veces o cualquier medio de proyección o difusión que pueda surgir, obteniendo un beneficio económico por ello;

Vender o alquilar los ejemplares de la obra cinematográfica o hacer aumentos o reducciones en su formato para su exhibición;

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



Con el fin de ejercer estos derechos de manera efectiva, la Ley 23 de 1982 artículo 211, la Ley 44 de 1993 artículo 10 y el artículo 2.6.1.2.2 del Decreto 1066 de 2015 autorizan a los titulares a gestionar sus derechos de manera individual o de forma conjunta, pudiendo formar sociedades de gestión colectiva sin ánimo de lucro, para la defensa de aquellos;

Así lo describe el documento titulado “La Gestión Colectiva del derecho de autor y los derechos conexos” publicado en el año 2002 por la OMPI, página 17, en el que expresa:

“(…) En el marco de un sistema de gestión colectiva, los titulares de derechos autorizan a las organizaciones de gestión colectiva a controlar el uso de sus obras, negociar con los posibles usuarios, concederles licencias a cambio de una remuneración adecuada basada en un sistema de tarifas y, dadas las condiciones adecuadas, recaudar dicha remuneración y distribuirla entre los titulares de derechos.”

Así mismo, esta Organización, entiende por gestión colectiva como “*el ejercicio del derecho de autor y los derechos conexos por intermedio de organizaciones que actúan en representación de los titulares de derechos, en defensa de sus intereses.*”, se aclara que, la sociedad de gestión colectiva no es titular de los derechos, pero la ley le otorga la facultad para iniciar acciones como la que nos ocupa, tendentes a proteger o restablecer los derechos de autor o conexos que gestiona en virtud del mandato conferido por sus afiliados, expresado en los estatutos y de los contratos celebrados con entidades de gestión extranjeras.

Establece el artículo 2.6.1.2.9 del Decreto 1066 de 2015 que las sociedades de gestión colectiva una vez obtengan la personería jurídica y la autorización de funcionamiento, estarán legitimadas en los términos de sus estatutos para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales, y para acreditar tal legitimación, deberán aportar con la demanda la copia de sus estatutos, como el certificado de existencia y representación legal expedida por la Dirección Nacional de Derecho de autor, normativa que va en concordancia con el artículo 49 de la Decisión Andina 351 de 1993.

Descendiendo al caso sub iudice, se observa a folio 20 del cuaderno 1 copia de la certificación expedida por la Oficina Asesora Jurídica de la Dirección Nacional de Derecho de Autor del 10 de noviembre de 2017, donde acredita que mediante Resoluciones 232 del 28 de noviembre de 2005 y número 208 del 16 de noviembre de 2006, se reconoció personería a la entidad sin ánimo de lucro denominada *Entidad de Gestión Colectiva de Derechos de Productores Audiovisuales de Colombia, EGEDA COLOMBIA*, y se le concedió autorización de funcionamiento, respectivamente. En el mismo consta que quien registra inscrita como Gerente General la señora Vivian Alvarado Baena, y dentro de sus funciones, de acuerdo con los estatutos de la sociedad allegados, le corresponde la representación legal de la sociedad tanto judicial como extrajudicialmente.

Así también, a folio 41 del cuaderno 1 obra un CD que contiene un archivo denominado “7CD” en donde se observa que de la hoja 2 a la 26 reposa copia de los estatutos de la sociedad, en el cual se lee en el artículo dos, que dentro de su objeto se encuentra “*la gestión, administración, representación, protección y defensa*” de los derechos de sus miembros en Colombia y en el exterior, ya sea como titulares originarios o derivados, así como de sus derechohabientes.

Por otra parte, en el mismo archivo digital en las hojas 27 al 38 obra el documento de contenido declarativo, correspondiente a la respuesta con radicación 2-2014-44979 del 11 de agosto de 2014, mediante la cual la Dirección Nacional de Derecho de Autor certifica que el 25 de junio de 2014, la aquí demandante allegó a la entidad el listado de productores audiovisuales que representa y transcribe el listado, aclarando que el mismo es ejemplificativo y no limitativo de algunos de los productores audiovisuales que representa la sociedad, en donde se observan dentro de sus socios a Víctor Manuel Gaviria González, Caracol Televisión, Gustavo Nieto Roa, Proimagenes, RCN Televisión, Señal Colombia Sistema de Medios Públicos, entre otros.

En el mismo documento, en las hojas 39 a 41 se declara que el demandante ha suscrito acuerdos de reciprocidad con Egeda España, quien a su vez representa los derechos de los asociados por el Grupo EGEDA en otros países como México, Ecuador, Perú, Chile y Uruguay,



así también con la organización internacional AGICOA quien reúne otras asociaciones y entidades de productores como APTPA-PBS de Estados Unidos, ALGOA de Luxemburgo, ANICA de Italia, FIAD de Francia, GWFF de Alemania, PACT de Inglaterra, entre otras; igualmente se certifica que el accionante tiene un convenio con Motion Picture Licensing Corporation (South America) Limitada, el cual representa, excepto para transporte público a productores como: A&E Television Network, Alameda Films, BBC Worldwide, Animal Planet Video, Broadcast Media, Cartoon one, Columbia Pictures, Dreamworks Pictures, Fox Searchlight Pictures, Hollywood Pictures, MGM Studios, National Geographic, Paramount Pictures, entre otras.

También, se observa en la hoja 51 del archivo "7CD" copia del certificado de registro de contrato correspondiente al libro 11, tomo 91, partida 91 del 5 de marzo de 2008, del contrato representación recíproca suscrito entre Egeda Colombia y Egeda, expedido por la Oficina de Registro de la Dirección Nacional de Derecho de Autor. Los anteriores documentos al haber sido emitidos por una autoridad pública dan fe de su otorgamiento, de su fecha y de lo allí declarado, conforme lo indican los artículos 244, 246 y 257 del CGP.

Respecto de los contratos de reciprocidad, es importante resaltar que a través de estos 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.

Los documentos mencionados acreditan a juicio de este Despacho, por una parte que el demandante es una sociedad de gestión colectiva vigente, autorizada para representar los derechos patrimoniales de los productores audiovisuales colombianos y extranjeros, que está autorizada para representar a estos últimos a través de acuerdos recíprocos con otras sociedades de las mismas características; que los estatutos expresan dentro de su objeto la función de defensa de los derechos de sus socios y que está habilitada por estos para autorizar a terceros el uso de las obras audiovisuales a cambio de una remuneración, pudiendo entonces adelantar la gestión y recaudo de este pago; documentos que gozan de pleno valor probatorio en cuanto a que no fue controvertidos por el demandado y tampoco solicitó el cotejo de los mismos con los originales, conforme lo establecen los artículos 244 y 246 del CGP.

Aunado a que, de acuerdo con el artículo 2.6.1.2.9 del Decreto 1066 de 2015 correspondía al demandado acreditar la falta de legitimación de la sociedad de gestión colectiva, sin embargo, de acuerdo con la contestación de la demanda al hecho primero, el demandado tuvo como cierta la legitimación de su contraparte, de acuerdo con los efectos que le confiere a la confesión por apoderado judicial del artículo 193 del CGP.

Conforme a lo anterior, sustentado en la presunción aludida y el cumplimiento de los requisitos enunciados anteriormente, para este Despacho es claro que EGEDA COLOMBIA se encuentra legitimada para actuar como demandante en la presente causa y para reclamar los derechos que enuncia de los productores audiovisuales que representa, visibles en el CD a folio 41 del cuaderno 1 en las hojas 27 al 38 y respecto de las obras audiovisuales ya referidas.

Frente a la posible infracción debemos mencionar que es ampliamente conocido que el derecho de autor presenta un doble contenido del cual se derivan unas prerrogativas, de carácter moral, los cuales tienen como fin proteger la relación intrínseca o personal que tiene el creador con su obra, y otros de carácter patrimonial, que siendo de contenido económico, facultan al autor o titular de una obra a autorizar o prohibir de manera exclusiva cualquier forma de uso, explotación o aprovechamiento conocida o por conocer respecto de la misma. Derechos contemplados en los artículos 2 y 12 de la Ley 23 de 1982, este último modificado por el artículo 12 de la ley 1915 de 2018.

Los primeros se caracterizan por ser irrenunciables, intransferibles, imprescriptibles y perpetuos ya que buscan amparar la relación o vínculo íntimo que existe entre el autor y su



obra pudiendo aquel, en cualquier tiempo, reclamar la paternidad sobre aquella, la integridad de su creación, arrepentirse o retractarse de esta y divulgarla o no.

Respecto de los segundos derechos, atinentes a la forma de cómo el autor puede percibir un provecho económico del producto de su intelecto, son reconocidos por la ley como transferibles, temporales y renunciables, de manera gratuita u onerosa, los cuales se concretan en la posibilidad de autorizar o prohibir su utilización, a través de actos como la reproducción, la comunicación pública, la distribución y la transformación de la obra. Derechos que, como se explicó, pueden explotarlos o gestionarlos de manera individual o de manera colectiva.

Dado que el objeto de la litis se centra en el derecho patrimonial de comunicación pública en la modalidad de retransmisión del que es titular el productor audiovisual, se procederá a estudiar la comisión de la eventual infracción en el caso concreto por parte de la sociedad TV Colombia Digital SAS, en su calidad de operador de televisión por suscripción.

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

Sobre ese punto, la Corte Constitucional en su sentencia C-276 de 1996 con ponencia del Magistrado Julio Cesar Ortiz Gutiérrez, expresó que: *“Los derechos patrimoniales de autor, en la concepción jurídica latina, son tantos como formas de utilización de la obra sean posibles, ellos no tienen más excepciones que las establecidas por la ley, pues las limitaciones han de ser específicas y taxativas.”*, esto de conformidad con el artículo 77 de la Ley 23 de 1982.

Frente al caso en juicio, narra el actor en su demanda que TV Colombia Digital SAS, opera el servicio de televisión por suscripción bajo la autorización de la Agencia Nacional de Televisión, estando habilitada para celebrar contratos de suscripción del Servicio de televisión por cable, y que instala, con personal propio, los equipos receptores y decodificadores de la programación que ofrece y comercializa, para lo cual emite al suscriptor una factura de cobro del servicio, el cual viene prestando desde el año 2013 a la fecha, y a través de ese servicio realiza la comunicación pública de obras audiovisuales cuyos derechos son representados por EGEDA, sin contar con su autorización previa y expresa.

Respecto al derecho de comunicación pública, indica el artículo 15 de la Decisión Andina 351 de 1993, que se entiende como “ todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares de cada una de ellas” y procede a definir varias modalidades de este acto de explotación, queriendo con ello expresar que este derecho abarca un amplio espectro de la comunicación pública, para lo cual, para efectos del objeto en litigio, resaltaremos las siguientes:

“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;

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



Denotando la norma que cada una de las formas de comunicación pública son independientes. Sin embargo, para el caso del productor audiovisual, si bien se presumen cedidos los derechos patrimoniales de la obra audiovisual, estos se restringen a los tres casos ya citados contenidos en el artículo 103 de ley autoral colombiana y no a la amplitud que aquella norma contempla.

Haciendo un parangón entre el artículo 15 de la Decisión 351 de 1993 y el artículo 103 de la Ley 23 de 1982 se puede inferir que el productor audiovisual tiene el derecho exclusivo de autorizar o prohibir, respecto del derecho de comunicación pública, los actos de exhibición, de proyección y de difusión de la obra audiovisual.

Ahora bien, el acto por el cual es llamado a este escenario judicial el demandado es por la retransmisión de obras audiovisuales representadas por el accionante. Frente a este concepto, explica el doctrinante Carlos Corrales, en su artículo *“La difusión de la Obra Audiovisual a través de Satélite y por Cable”, publicado en el libro “I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual, editado por el Ministerio de Cultura de España en 1991, página 755 que, “La transmisión de obras audiovisuales por satélite es una forma o modo de radiodifusión. Es la utilización del espacio hertziano para difundir imágenes o imágenes y sonidos. La T.V. por cable es una forma de comunicación al público, también de imágenes o de imágenes y sonidos pero por intermedio de un elemento conductor de esas señales, ya sea hilo, fibra óptica o cable coaxial”.*

De conformidad con el artículo 3 de la Decisión Andina 351 de 1993, la retransmisión es 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.”*, pudiendo concluir que TV Colombia al retransmitir las señales de televisión abierta hizo a su vez una retransmisión de las obras en ellas contenidas, sin la correspondiente autorización por parte de sus titulares representados por Egeda Colombia, demostrándose de esta manera la infracción al derecho de comunicación pública alegado por este.

En este sentido, el doctrinante Ricardo Antequera Parelli, en un comentario a la decisión tomada por el Tribunal Supremo de España, sala 1 del 6 de Julio de 2010, publicado en el Sistema de información jurídica online del Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina, el Caribe, España y Portugal -CERLALC, expresó que: *“Así las cosas, cualquier retransmisión realizada a partir de una emisión de origen efectuada por ondas hertzianas (radiodifusión” o a través de guías artificiales (cable, fibra óptica), constituye una forma de comunicación pública exclusiva del titular del respectivo derecho y conforme al citado principio de la “independencia de los derechos”, la autorización otorgada para la transmisión de origen de una obra (alámbrica o inalámbrica) no implica ni alcanza a la autorización para la retransmisión de esa emisión originaria, sea utilizando el espacio radioeléctrico o por medio de guías artificiales.”*

Es decir, que para el caso enjuicio para determinar la existencia de la infracción debe establecerse que los organismos de radiodifusión incluyen en su parrilla de programación obras audiovisuales, para luego determinar que tales obras son representadas por Egeda Colombia, y por último, debe demostrarse que el operador de televisión por suscripción toma las emisiones de los organismos de radiodifusión que contienen las obras representadas por el demandado.

De acuerdo al CD obrante a folio 41 del cuaderno 1 se evidencia en el archivo identificado como *“FIRMADO Certificación (sic) Business Bureau Claro Colombia 2013-2016”*, la certificación proveniente de la Compañía Business Bureau que indica que durante el periodo comprendido entre 2012 y 2016, un operador de televisión por suscripción retransmitió los canales como Señal Colombia, Caracol TV, RCN, Telepacífico, City Tv, Teleantioquia, Telecaribe, Canal Uno, y que en ellos se emitieron algunas obras, como por ejemplo: “Chepe Fortuna”, “Gata Salvaje”, “Tu voz estéreo”, “A mano limpia”, “La Madre”, “El man es Germán”, “El señor de los cielos-Temporada 2”, “Ezel”, “Olivia”, “Los padrinos mágicos”, “Alias el mexicano”, “Los graduados”, entre otras.



En el mismo CD en el archivo denominado “7CD” en las hojas 27 al 38 obra el documento de respuesta con radicación 2-2014-44979 del 11 de agosto de 2014, mediante la cual la Dirección Nacional de Derecho de Autor certifica que el 25 de junio de 2014, la aquí demandante allegó a la entidad el listado de productores audiovisuales que representa y transcribe el listado, aclarando que el mismo es ejemplificativo y no limitativo de algunos de los productores audiovisuales que representa la sociedad, en donde se observan dentro de sus socios a Víctor Manuel Gaviria González, Caracol Televisión, Gustavo Nieto Roa, Proimagenes, RCN Televisión, Señal Colombia sistema de medios públicos, entre otros. Así como, en el mismo archivo digital, en las hojas 52 al 59 obra el documento titulado “Ejemplo de producciones audiovisuales de afiliados nacionales representados por EGEDA Colombia”, en donde constan algunas de las obras audiovisuales que representa que coinciden con las mencionadas en la certificación de Business Bureau.

También consta en la contestación a la demanda, respecto del hecho primero en donde la sociedad demandante afirmó que: *“Los productores audiovisuales asociados y representados por EGEDA COLOMBIA detentan el derecho patrimonial de comunicación pública de las obras audiovisuales, en virtud del cual tienen el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la comunicación pública de sus obras, y a recibir una remuneración por ello.”*, sobre esta manifestación el demandado la tuvo por cierta; y frente al hecho quinto en el cual el demandante declaró que dentro de la parrilla de programación ofrecida por el demandado, comprende canales que son transmitidos y retransmitidos, entre los cuales se encuentran CANAL CAPITAL, VE PLUS TV, GLITZ, CANAL DE LAS ESTRELLAS, CITY TV, CANAL UNO, RCN, CANAL INSTITUCIONAL, CARACOL, SEÑAL COLOMBIA, PLATINO, TRECE, PANICO, DISNEY CHANNEL, TELEANTIOQUIA, TELECARIBE, CANAL TRECE, ENTRE OTROS, el demandado también lo dio por cierto. Estas manifestaciones, a la luz del artículo 193 del CGP tienen como efecto el tenerse por confesadas.

Es necesario puntualizar que una situación es la retransmisión de las señales, y el derecho que tienen los organismos de radiodifusión a autorizar o prohibir este acto, conforme lo indica el artículo 39 de la Decisión Andina 351 de 1993 y otra muy distinta, la retransmisión de las obras audiovisuales, y el derecho de los productores audiovisuales a autorizar o prohibir este acto de explotación, regulado en el artículo 15 de la misma Decisión. Es decir, las normas hablan de derechos de retransmisión diferentes que en ambos casos están amparados, el primero por los derechos conexos y el segundo por el derecho de autor.

Igualmente, la respuesta dada por el representante legal de la sociedad demandada, a la pregunta planteada por el apoderado de la contraparte en el minuto 10:02:56 relativa a *“Diga cómo es cierto, si o no, que TV Colombia Digital S.A.S., hace retransmisión de los contenidos de la programación de los canales proveniente de la televisión abierta.”*, a la que respondió: *“sí señora Juez, nosotros retransmitimos los canales por la norma del must carry que nos obliga a retransmitir las señales nacionales y canales regionales.”*., manifestación que a la luz del artículo 194 del CGP, se configura en una confesión por representante, contrario a lo afirmado por su apoderado en los alegatos de conclusión; luego al reconocer que retransmite las señales de productores representados por EGEDA Colombia, permite concluir que también retransmite las obras audiovisuales que en esas señales se emiten.

Por otra parte, en el hecho octavo en el cual el demandante expresó: *“Así las cosas TV COLOMBIA DIGITAL S.A.S conoce sin duda alguna el tenor de las obligaciones que la normativa vigente y, en especial, de propiedad intelectual impone a su actividad y cuenta con perfecto conocimiento de la necesidad de contar con la autorización de EGEDA COLOMBIA para comunicar públicamente las obras del repertorio de esta.(...)”*, dado que frente a esta manifestación el demandado no se pronunció de manera expresa, de acuerdo con el artículo 96 numeral 2 del estatuto procesal colombiano, se presume cierto el hecho, tal como se indicó en la fijación del litigio.

Lo anterior, conlleva a desvirtuar la excepción sexta planteada dirigida a indicar que la sociedad TV Colombia digital no tenía la obligación de pagar a la sociedad Egeda Colombia por ningún concepto, declarándose entonces por fracasada.



Alega el demandado en su defensa que hubo un incumplimiento por parte del demandante relacionado con el cobro de las tarifas cobradas por este, sustentado en que el artículo 6 del Decreto 3942 de 2010, hoy artículo 2.6.1.2.6 del Decreto único reglamentario 1066 de 2015, y el artículo 73 de la Ley 23 de 1982 señala que las sociedades de gestión colectiva deben negociar con el usuario las tarifas a cobrar.

Igualmente consideró que la tarifa que la demandante le cobra es arbitraria, pues no se ajusta al principio de proporcionalidad al que hace referencia el artículo 48 de la Decisión Andina 351 de 1993, criterios que fija el decreto mencionado atendiendo entre ellos a los ingresos obtenidos por el usuario con la utilización de las obras y desconocen los demás criterios establecidos en el artículo 7 del Decreto citado, hoy artículo 2.6.1.2.7 del Decreto único 1066 de 2015, ignorando las particularidades de cada usuario, imponiendo un valor único del cual no se conocen los criterios para su fijación y conforme a lo alegado en los alegatos de conclusión, desconocen la realidad financiera de la sociedad.

Para determinar si los argumentos esgrimidos por Tv Colombia Digital SAS, son procedentes, es necesario primero distinguir entre las dos obligaciones que impone la ley a las sociedades de Gestión colectiva del cual se alega el desconocimiento. Primero, abordaremos el tema de la fijación de las tarifas, para luego estudiar el deber de concertación con el usuario.

En relación con las tarifas establecidas por las sociedades de gestión colectiva, el Tribunal Andino de Justicia, en el proceso 120-IP-2012, citando a Rodrigo Bercovitz en su artículo *“Las entidades de gestión”, publicado en el Manual de Propiedad Intelectual*, página 285, expresó que: *“La tarifa es el precio que debe pagar quien pretende usar el repertorio administrado por la sociedad de gestión colectiva. Sirve, como se advirtió anteriormente, para soportar las acciones administrativas y judiciales en caso de infracción a los derechos administrados por la sociedad; además, genera igualdad de trato en todos los usuarios del repertorio administrado por la institución.”*

De conformidad con el artículo 45 literal h de la Decisión 351 de 1993, las tarifas cobradas por las sociedades de gestión colectiva deben estar soportadas en un reglamento de tarifas que ellas mismas elaboren, y dichas tarifas generales deben ser publicadas por lo menos una vez al año en un medio amplio de circulación; a su vez, el artículo 48 ejusdem señala que las tarifas a cobrar *“deberán ser proporcionales a los ingresos que se obtengan con la utilización de las obras. (...)”*. Preceptúa el artículo 2.6.1.2.4 del Decreto 1066 de 2015 que corresponde a las sociedades de gestión colectiva expedir los reglamentos interno en donde se precise las tarifas correspondientes al uso de las obras, indicando en ellas *“(...) la categoría del usuario, la forma de uso autorizada y el valor que deberá pagar el usuario por dicho uso.”*

Descendiendo a las pruebas oportunamente allegadas, en el archivo identificado como “7cd” a folio 41 del cuaderno 1, se encuentra copia de los siguientes documentos:

A folios 74 al 78, el reglamento de tarifas generales, en el cual en el Capítulo II, numeral 1 relativo a las tarifas por los derechos del productor por la ejecución pública de obras audiovisuales mediante la retransmisión *“(...) por hilo, cable o fibra óptica u otro procedimiento similar, o por vía atmosférica, microondas o satelital, sea efectuada por una entidad diferente del emisor primario, sea o no titular de la red de distribución, y sea o no entidad de radiodifusión, con independencia de si dicha actividad se efectúa de forma gratuita o mediante el devengo de una cantidad fija o variable, única o de vencimiento periódico, como contraprestación por los servicios que se preste.”*, en donde se indica que la tarifa mensual por abonado, suscriptor o vivienda conectada a la red de distribución, será de 30 centavos de dólar equivalente a la TRM del día de vencimiento de la obligación, la cual será ajustada en el mes de enero de cada año de acuerdo con la evolución del IPC. Es de anotar que este documento no indica el periodo de vigencia de la tarifa fijada.

A folios 79 al 87, oficio del demandante radicado en la Dirección Nacional de Derecho de Autor el 7 de marzo de 2014, con el que se remite las tarifas vigentes para el año 2014, en la que se estableció en el Capítulo II, numeral primero relativo a las tarifas por los derechos del productor por la ejecución pública de obras audiovisuales mediante la retransmisión, el cobro de una tarifa mensual por abonado, suscriptor o vivienda conectada a la red de distribución,



de 30 centavos de dólar, indicándose previamente que la TRM en promedio a tener en cuenta para ese año sería de \$1.869, valor que se actualizaría al siguiente año, y por consiguiente, la tarifa mensual en pesos por estos derechos fue de \$560.

A folios 88 al 95, oficio del demandante radicado en la Dirección Nacional de Derecho de Autor el 6 de enero de 2015, con el que se remite las tarifas vigentes para el año 2015, en la que se estableció en el Capítulo II, numeral primero relativo a las tarifas por los derechos del productor por la ejecución pública de obras audiovisuales mediante la retransmisión, el cobro de una tarifa mensual por abonado, suscriptor o vivienda conectada a la red de distribución, de 30 centavos de dólar, indicándose previamente que la TRM en promedio a tener en cuenta para ese año 2014 sería de \$2000, valor que se actualizaría al siguiente año, y por consiguiente, la tarifa mensual en pesos por estos derechos fue de \$600.

A folios 96 al 104, oficio del demandante radicado en la Dirección Nacional de Derecho de Autor el 29 de febrero de 2016, con el que se remite las tarifas vigentes para el año 2016, en la que se estableció en el Capítulo II, numeral primero relativo a las tarifas por los derechos del productor por la ejecución pública de obras audiovisuales mediante la retransmisión, el cobro de una tarifa mensual por abonado, suscriptor o vivienda conectada a la red de distribución, de 30 centavos de dólar, indicándose previamente que la TRM en promedio a tener en cuenta para ese año 2016 sería de \$2.743, valor que se actualizaría al siguiente año, y por consiguiente, la tarifa mensual en pesos por estos derechos fue de \$822,90, expresando que la tarifa se aplica sin consideración al número o clase de canales (emisiones o transmisiones) retransmitidos.

A folios 105 al 111, El reglamento de tarifas aprobadas, por el Consejo Directivo de Egeda, del 28 de noviembre de 2016, para la vigencia del año 2017, en la que se estableció que las tarifas estarían expresadas en valores nominales, actualizándose automáticamente a partir del 1 de enero de 2018, en forma sucesiva, conforme al IPC de cada año. Disponiendo en el Capítulo II, numeral primero relativo a las tarifas por los derechos del productor por la ejecución pública de obras audiovisuales mediante la retransmisión, el cobro de una tarifa mensual por abonado, suscriptor o vivienda conectada a la red de distribución sería de \$906, expresando que la tarifa se aplica sin consideración al número o clase de canales (emisiones o transmisiones) retransmitidos.

A folios 112 al 118, El reglamento de tarifas aprobadas, por el Consejo Directivo de Egeda, del 6 de diciembre de 2017, para la vigencia del año 2018, en la que se estableció que las tarifas estarían expresadas en valores nominales, actualizándose automáticamente a partir del 1 de enero de 2019, en forma sucesiva, conforme al IPC de cada año. Disponiendo en el Capítulo II, numeral primero relativo a las tarifas por los derechos del productor por la ejecución pública de obras audiovisuales mediante la retransmisión, el cobro de una tarifa mensual por abonado, suscriptor o vivienda conectada a la red de distribución sería de \$943, expresando que la tarifa se aplica sin consideración al número o clase de canales (emisiones o transmisiones) retransmitidos.

En los anteriores documentos se evidencia que la demandante fijó su manual de tarifas anualmente desde el año 2014 al 2018, en los que se enuncia la categoría de tres diferentes usuarios, de acuerdo a la modalidad de comunicación que utilizan y que se autoriza, notándose que en la primera categoría se hace referencia a los prestadores de servicio de televisión por suscripción y en el que se señala el valor que deben pagar cada uno, ajustándose a lo prescrito en el artículo 2.6.1.2.4 del Decreto 1066 de 2015. Igualmente, la tarifa que registra la publicación en su página de internet, de acuerdo con lo manifestado por el demandado en su excepción 10, dando así cumplimiento al artículo 2.6.1.2.5 ejusdem. Dado que los documentos relacionados no fueron discutidos por el demandado, de acuerdo con el artículo 246 del CGP, estos tienen pleno valor probatorio.

Reiteró el apoderado de TV Colombia Digital SAS en sus alegatos, que la tarifa impuesta por su contraparte no atiende a los principios de proporcionalidad y de equilibrio económico, desconociendo la realidad del mercado en la que se mueve su prohilada, lo que hace el negocio inviable, sin embargo, tales situaciones no fueron acreditadas dentro del proceso, no aportó pruebas que permitiera a este Despacho percibir la desproporcionalidad alegada en



tanto no allegó documentos relacionados con los pagos que pudiera estar efectuando a otras sociedades de gestión colectiva.

Ahora bien, en cuanto al deber de la sociedad de gestión colectiva de concertar la tarifa con el demandado, es menester mencionar que según el artículo 2.6.1.2.6 del Decreto 1066 de 2015, las tarifas que publica la sociedad de gestión colectiva servirán como base de negociación, en el evento en que los usuarios soliciten a aquella la concertación de la tarifa; así mismo, establece la norma que en caso de haber discrepancia en la tarifa podrán acudir a cualquiera de los mecanismos alternativos de solución de conflictos o acudir a la instancia judicial. Así es como, de acuerdo a las pruebas allegadas oportunamente, constan 30 contratos que reposan en el cuaderno Reservado, en los que se indica que la sociedad demandante durante el periodo de 2013 a 2017 llevó a cabo varias concertaciones con operadores del servicio de televisión por suscripción, de los cuales en 29 se constatan los diferentes acuerdos a los que llegó con otras empresas, como por ejemplo, Tele 30 a folios 4 al 7; Cable digital Colombia SAS, a folios 20 al 23, sociedad Alfa T.V. Dorada y CIA S.A., a folios 105 al 111, Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP, a folios 147 al 160 o UNE EPM Telecomunicaciones S.A – UNE Telco a folios 162 al 169, entre otros, en cuyo objeto de estos se lee que la autorización es solo para realizar “(...) la retransmisión íntegra, inalterada y simultánea de las obras y grabaciones audiovisuales y cinematográficas (...)”, excluyendo de esta licencia la comunicación pública en establecimientos abiertos al público. Demostrando estos documentos que el demandante, dentro de un amplio margen de negociación, ha concertado diferentes tarifas, tomando como base, la tarifa publicada, y el valor y forma de pago de los periodos no pagados por algunas de estas empresas.

Por otra parte, en cuanto al deber de concertar la tarifa con el aquí demandado, se encuentra que a folios 32 al 37 del cuaderno 1, reposa la constancia de inasistencia a la audiencia de conciliación convocada por la parte demandante, que se iba a celebrar el 14 de febrero de 2017, en donde se señala que la convocada TV Colombia Digital SAS, no se hizo presente y tampoco justificó su inasistencia dentro del término concedido para ello. De acuerdo con el artículo 22 de la Ley 640 de 2001, en concordancia con el artículo 35 de la misma norma, en tratándose de no justificar la inasistencia dentro de los 3 días siguientes a la audiencia convocada, la conducta de quien no asistió podrá ser considerada como indicio grave en contra de sus pretensiones o de sus excepciones de mérito en un eventual proceso judicial.

Dispone el artículo 240 del CGP que para que un hecho pueda tenerse como indicio deberá estar debidamente probado en el proceso. Así mismo, el artículo 241 ejusdem, el juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes y conforme al artículo 242 el juez los apreciará en su conjunto en consideración a su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso.

En cuanto a la prueba indiciaria, coinciden tanto la doctrina, por ejemplo, el profesor Devis Echandía, en su obra “Teoría General de la Prueba Judicial. De la prueba de Indicios.” Editado en el año 2012, como la jurisprudencia, a modo de ejemplo la sentencia del 18 de enero de 2019 de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia dentro del proceso 2011-142, en que el indicio como medio de prueba sirve al juzgador para formar un criterio, respecto del conjunto de hechos y argumentos que se exponen en una contienda judicial; establece, así mismo, que un hecho puede considerarse indicio si está debidamente probado dentro del proceso y que sirve para demostrar otro hecho.

Con base en lo anterior, se tiene probado que la demandante convocó a su contraparte para conciliar “*los perjuicios materiales ocasionados con ocasión del uso de las obras audiovisuales y cinematográfica, y obtenga la respectiva licencia para su retransmisión*” y que el demandado no asistió ni justificó su inasistencia; también, en la contestación al hecho décimo, en el que se afirmó: “*Con el propósito de dirimir el conflicto y llegar a un acuerdo con TV COLOMBIA DIGITAL S.A.S, Egeda Colombia solicitó ante el Centro de Conciliación y Arbitraje “Fernando Hinestrosa” de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, audiencia de conciliación, la cual fue celebrada el día 14 de febrero de 2017 sin que se contara con la asistencia del demandado representante legal y sin que se acreditara justificación válida para su inasistencia.*”, el demandado manifestó aceptarlo parcialmente aceptando que en efecto “*la solicitud de conciliación se llevó a cabo*”, y explicó que los hechos y pretensiones allí propuestos son



diferentes a los formulados por la demanda; no obstante, la razón expuesta no era idónea para desacreditar el hecho aceptado. Así también, consta la negativa de negociar del demandado en la audiencia inicial cuando este Despacho preguntó a las partes si tenían ánimo conciliatorio, frente a la cual el demandante respondió tener ánimo conciliatorio, pero el representante legal de la sociedad demandada declaró en el minuto 9:15:42 no tener ánimo de conciliar.

Los anteriores elementos permiten concluir que en efecto, Egeda Colombia cumplió su obligación de buscar concertar la tarifa con el demandado, pero encontró en este una renuencia a conciliar. Así pues, aunque la norma obliga a la sociedad de gestión colectiva a concertar la tarifa con el usuario, de esta no se entiende que esté obligado a llegar a un acuerdo, pues en caso de no lograrse, queda facultada para exigir la tarifa fijada en un escenario judicial, como ocurre en el presente caso. Por estas razones, las excepciones séptima, octava y décima propuestas se tendrán por desestimadas.

Expone el demandado que, aunque como cable operador recibe ingresos por la prestación del servicio de televisión, los ingresos netos son menores a los que se determina en la facturación, aunado a la obligación a la que está sujeto en virtud del artículo 11 de ley 680 de 2001 de retransmitir los canales de televisión abierta, aclarando que sobre estos no recibe ingreso alguno. Considera que el cobro de la comunicación pública de las obras que se transmiten por los canales abiertos constituye un cobro de lo no debido y refiere al fallo emitido por el Tribunal Superior de Bogotá del 28 de marzo de 2017, señalando que en este se declaró que la obligación legal mencionada constituye una limitación y excepción al derecho de autor y, por lo tanto, que de no existir tal imposición el demandado no los retransmitiría.

Argumento que reiteró el representante legal de TV Colombia Digital SAS, en el interrogatorio que se le practicó, en el minuto 10:03:20 cuando expresó: *“sí señora Juez, nosotros retransmitimos los canales por la norma del must carry que nos obliga a retransmitir las señales nacionales y canales regionales.”* y que replicó el apoderado del demandado en sus alegatos.

De la lectura del artículo 11 de la ley 680 de 2001, la obligación impuesta indica que los operadores de televisión deberán garantizar la recepción de los canales. En la sentencia del 24 de julio de 2019 entre Egeda Colombia contra Direct TV, emitida por esta Subdirección, se expresó que:

“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 apenas 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.”

Lo anterior permite discernir que se trata de dos obligaciones diferentes, pues una es la de garantizar la recepción de la señal derivada del derecho de los usuarios a acceder a la información, en cumplimiento de varios de los fines sociales del Estado como el de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio colombiano, así como otros fines constitucionales como incentivar el pluralismo informativo, cultural y político, tal como lo expresó la Corte Constitucional en la sentencia de T-599 de 2019, con ponencia del magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, y la otra es la obligación de solicitar la



autorización para retransmitir las obras audiovisuales incluidas en la señales transportadas por el cable operador, derivada del derecho de sus titulares a autorizar o prohibir cualquier modo de explotación de sus obras, en cumplimiento de uno de los deberes del Estado de proteger la propiedad intelectual por el tiempo y las formalidades que establezca la ley, como lo dispone el artículo 61 de la Constitución Política.

En consecuencia, no es de recibo para este Despacho los argumentos expresados por el demandado en el cual pretende justificar el no pago de los derechos que corresponde a los titulares de obras audiovisuales que retransmite reclamados por su contraparte, principalmente los contenidos en los canales de señal abierta, sustentado en los diferentes costos que implica la operación de la prestación del servicio, aunado a lo que expuso en la excepción 9 propuesta en la que expresó: “Además, es de recalcar que los derechos representados y exigidos por la Asociación Colectiva EGEDA corresponde a canales de televisión abierta que no derivan rendimiento o ingreso alguno, a diferencia de los ingresos que el cable operadores recibe por la transmisión de otros contenidos, tales como, el contenido transmitido por programadoras como FOX, Televed, Televisa, Azteca, Hbo.”. Argumento reforzado por su apoderado cuando puntualizó en el pago realizado a canales de televisión privada de los correspondientes derechos sin haberlo acreditado en la debida oportunidad procesal.

Respecto al argumento en el cual trae a colación la sentencia del 28 de marzo de 2017 de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, en el que indicó que la obligación contenida en el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 constituye una limitación y excepción al derecho de autor y a los derechos conexos, es necesario recordar que el fundamento jurídico en que se sustentó fueron los artículos 39 y 42 de la Decisión andina 351 de 1993, relativa a los derechos conexos de los organismos de radiodifusión de autorizar o prohibir “la retransmisión de sus emisiones por cualquier medio”, es decir, que de acuerdo a este pronunciamiento, se interpretaría que la limitación y excepción que decide el Tribunal no es en estricto sentido sobre los derechos de autor, sino sobre el derecho conexo referido y a ello se ajusta la obligación.

Sin embargo, en cuanto a las limitaciones y excepciones en materia de derecho de autor y derechos conexos, la Decisión Andina en el artículo 21 reserva a las legislaciones internas de los países a establecerlas, siempre y cuando se circunscriban a i) casos especiales que ii) no atenten contra la normal explotación de las obras, o iii) no causen un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos. En este sentido, la norma comunitaria al gozar de prevalencia y preferencia sobre la norma nacional atribuye solo al legislador la facultad para determinar esos casos especiales.

Empero, del fallo traído como sustento no se infiere el efecto que le da el apoderado del demandado, que al obligarlo a garantizar la recepción de las señales de televisión abierta entonces quede eximido de la obligación de solicitar autorización y pagar a los titulares de obras protegidas por el derecho de autor contenidas en aquellas para su retransmisión. En consecuencia, la excepción novena propuesta como inexistencia de lo pretendido será desestimada.

En resumen, del análisis del conjunto de pruebas y habiendo establecido que la retransmisión es una forma de comunicación pública independiente de la emisión y de la recepción de la señal, en virtud del literal e) del artículo 15 de la Decisión 351 de 1993 y por consiguiente, una forma de difundir obras protegidas por el derecho de autor susceptibles de ser autorizadas, prohibidas o ejercidas directamente por los productores audiovisuales o de manera asociada, este Despacho puede afirmar, que TV Colombia Digital S.A.S., infringió el derecho patrimonial de comunicación pública bajo esta modalidad, exclusivo de los asociados y representados por EGEDA COLOMBIA, al realizar dicho acto sin la respectiva licencia previa.

Por último, respecto de las excepciones 1 a 4 propuestas como “falta de competencia de la Dirección Nacional de Derechos de autor”, “Inepta demanda por falta de requisitos formales”, “Vulneración al debido proceso – Falta al principio de congruencia de parte del demandante” y “ Falta de requisitos al juramento estimatorio”, que fueron planteados en igual sentido en el recurso de reposición interpuesto contra el auto admisorio, téngase en cuenta que estos fueron decididos de fondo en el Auto 03 de del 13 de septiembre de 2018, Auto 04 del 27 de



septiembre de la misma anualidad y respecto de la última excepción, esta se decidió en el Auto 05 del 31 de mayo de 2019, por tal razón no fueron nuevamente objeto de estudio en la presente decisión.

Frente a las pretensiones consecuenciales de condena debemos mencionar que 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 (...); esta facultad entendida bajo el principio de complemento indispensable, debe interpretarse de manera sistemática con lo dispuesto en 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”.*

Se tiene que autores como Arturo Valencia Zea y Alvaro Ortiz Monsalve, coinciden con la jurisprudencia, verbigracia la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Sala de Casación Civil del 28 de febrero de 1958, citada en la obra “Derecho Civil, Tomo III - de las Obligaciones”, editorial Temis, Bogotá 2012, de los tratadistas citados, en que el daño se traduce en la afectación o menoscabo a los derechos subjetivos, concepto que abarca tanto los derechos de carácter patrimonial o extrapatrimonial, el cual debe ser susceptible de cuantificación.

La Corte Suprema de justicia, Sala Civil en su sentencia del 24 de agosto de 2016 dentro del proceso SC13925-2016, con ponencia del magistrado Ariel Salazar Ramírez, indicó que “La responsabilidad civil, por tanto, tiene por finalidad imponer a un agente la obligación de resarcir el daño que se le imputa cuando están presentes ciertas circunstancias establecidas en el ordenamiento jurídico”. Para efectuar dicho juicio de responsabilidad debe establecerse: *“la presencia de un daño jurídicamente relevante; que este sea normativamente atribuible al agente a quien se demanda la reparación; y que la conducta generadora del daño sea jurídicamente reprochable (...).”*

En cuanto al primer elemento, destaca la Corte que no es suficiente sufrir un menoscabo o una lesión si este no ha sido previamente considerado por el ordenamiento jurídico, el hecho como fenómeno natural solo sería resarcible cuando afecta *“(...) un bien jurídico que goza de protección constitucional o legal, de suerte que dicha trasgresión faculta a su titular para exigir su indemnización por la vía judicial, es decir que el bien vulnerado ha de tener un valor para el derecho, y tal situación se deduce del amparo que el ordenamiento le otorga.”*, siendo pues la norma, el criterio para determinar la existencia del daño, aunque la norma tipifique todos los bienes susceptibles de amparo, la jurisprudencia ha dado el alcance a la noción de daño y su tipología en cada momento histórico”, impidiendo de esta manera que bienes jurídicos tutelados por el sistema normativo queden sin ser resarcidos. Y concluye la Corporación sobre este punto que *“(...) por cuanto los bienes jurídicos protegidos por la Constitución y la Ley son objeto de protección por el derecho civil, su vulneración apareja el consecuente resarcimiento en virtud del principio de reparación integral de los perjuicios.”*

Respecto al componente de la atribución del daño a un agente, en el mismo pronunciamiento, la Corte destaca que *“El daño jurídicamente relevante debe ser atribuido al agente como obra suya, pero no como simple causalidad natural, sino como mecanismo de imputación de la acción (o inactividad) a un sujeto.”* Explica la Corte que para que la valoración del hecho pueda ser en sí considerado como atribuible de una consecuencia jurídica es porque el proceso de juicio se elabora bajo un concepto normativo que así lo prevé. Esa atribución de responsabilidad parte del ejercicio de juicio de extraer de los acontecimientos un hecho relevante para el sistema normativo; expresa pues que *“La ‘causa jurídica’ o imputación es el razonamiento por medio del cual se atribuye el resultado dañoso a un agente a partir de un marco de sentido jurídico. Mediante la imputación del hecho se elabora un juicio que permite considerar a alguien como artífice de una acción (u omisión), sin hacer aún ningún juicio de reproche.”*

También expone la Corte que para atribuir la conducta a un agente debe partirse de categorías jurídicas, como por ejemplo, “el deber de actuar, las acciones y omisiones relevantes, la posición de garante, (...)” entre otras, conductas que no se constatan de manera directa *“sino que se atribuyen a partir de un marco de sentido jurídico que permite la construcción de*



pruebas inferenciales.”, para este ejercicio de atribución no solo debe tenerse en cuenta a partir del análisis de las relaciones causales, que a través de patrones “*construye generalizaciones inductivas a partir de la observación*”, sino también debe acompañarse de explicaciones de razón que “*expresan una correspondencia no necesariamente causal entre dos hechos, de suerte que la presencia de uno de ellos lleva al juez a inferir la existencia de otro según un marco de sentido jurídico que otorga validez a dicha correlación que puede ser con o sin causalidad (esto último ocurre en materia de omisiones, por ejemplo).*”

En la sentencia Egeda contra Direct Tv, proceso 2017-109102, se afirmó que: “*En el caso del derecho de autor, como ya hemos mencionado, el objeto de protección son las obras y la protección jurídica de estas se ve reflejada a través de una serie de derechos de carácter exclusivo. Así entonces, la infracción de alguna de estas prerrogativas materializa el daño desde el punto de vista fenomenológico, precisamente porque se le priva al titular de la facultad de ejercer el derecho que solo le corresponde a este, afectándole así sus intereses legítimos en relación con las obras, como sería, por ejemplo, recibir una remuneración proporcional por la explotación o utilización de estas.*”

El proceso de imputación de responsabilidad se construye a partir de un juicio que se entiende como “*una operación constitutiva de la relación jurídica entre un agente y un resultado.*”, y tal operación se soporta en los deberes de acción que impone el ordenamiento jurídico. Concluyendo la Corte que “*Para que el juez declare que un hecho es obra de un agente, deberá estar probado en el proceso (sin importar a quien corresponda aportar la prueba), que el hecho desencadenante del daño ocurrió bajo su esfera de control y que actuó o dejó de actuar teniendo el deber jurídico de evitar el daño. El juicio de imputación del hecho quedará desvirtuado si se demuestra que el demandado no tenía tal deber de actuación.*”

En cuanto al elemento del juicio de reproche, expresó la Corte que “*La culpa en responsabilidad extracontractual (...) surge de una situación concreta que es valorada a partir de sus posibilidades de realización (como capacidad, potencia o previsibilidad): el reproche civil no radica en haber actuado mal sino en no actuar conforme al estándar de prudencia exigible, habiendo tenido la posibilidad de hacerlo.*”, este juicio de culpa se deriva entonces de valorar la actuación desplegada por el agente de acuerdo a las posibilidades o alternativas que tuvo para proceder o no y en caso de no ajustar su comportamiento a esos estándares o de normas preestablecidas “*(...) genera un juicio automático de culpa cuando tiene una correlación jurídica con el daño resarcible.*”

Y se destaca de lo dicho por la Corte que “*La culpa civil sólo logra configurarse cuando se verifican las posibilidades reales que el agente tuvo al ejecutar su conducta. Luego, no hay culpa extracontractual cuando el daño ha acontecido en circunstancias tales que el agente no tuvo la oportunidad de prever (se reitera que no interesa si en efecto las previó o no), es decir cuando no tuvo la opción de evitar el daño.*”

Ahora bien, frente a la responsabilidad civil de las personas jurídicas, exponen Valencia Zea y Ortiz Monsalve en la obra citada, páginas 185 a 188 que, tanto la doctrina como la jurisprudencia ha ido evolucionando desde una etapa en la cual consideraban que no era sujeto de responsabilidad por tratarse de una ficción jurídica, para luego afirmar que podían ser responsables de manera indirecta, hasta la posición actual adoptada por la Corte Suprema de Justicia a partir del fallo del 28 de febrero de 1958 en la que diferenció dos clases de responsabilidad de la persona jurídica, una directa y otra indirecta, caracterizando la primera como la derivada de las decisiones adoptadas por sus órganos de administración, señalando que : “*(...) el órgano es la persona o conjunto de personas encargadas del cumplimiento de una función colectiva propia de la organización y fines a que se dedica la persona jurídica; y por ser ese órgano propio y necesario para el cumplimiento de los fines colectivos de la persona jurídica, por ser parte integrante de su propia existencia y constitución, se miran los actos de semejante órgano como actos propios y directos de la persona jurídica.*”

Y en la sentencia citada del 24 de agosto de 2016, reitera la posición decantada de sus pronunciamientos en donde se ha indicado que la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas es directa y solo será exonerada de resarcir el daño, cuando demuestre la existencia del caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima.



Descendiendo lo anterior al caso en juicio, de los hechos expuestos, se estableció que la demandada, TV Colombia Digital S.A.S., como operadora del servicio de Televisión por suscripción por cable, desde el 3 de diciembre de 2012, de acuerdo al contrato de concesión obrante a folios 140 a l 156 del cuaderno 1, se le concedió la autorización para prestar dicho servicio, el cual empezó a operar efectivamente desde septiembre de 2013 a la fecha, como se demuestra en la respuesta enviada por la ANTV visible a folio 13 del cuaderno 2; que dentro del servicio que presta incluye canales de televisión abierta, en los que se retransmiten obras audiovisuales de titularidad de productores audiovisuales representados por el demandante, acto que se hace sin la respectiva autorización y pago para ello.

Los anteriores hechos cobran relevancia en el campo jurídico cuando el sistema normativo vigente, a través de la Ley 23 de 1982, el Convenio de Berna de 1886 incorporado al ordenamiento colombiano a través de la Ley 33 de 1987, Ley 44 de 1993 y la Decisión Andina 351 de 1993 reconocen a las obras audiovisuales como objetos de protección y a los productores audiovisuales confiere los derechos patrimoniales en virtud a la presunción de cesión legal para atribuirles la calidad de titulares derivados aquellas, radicándose en ellos la capacidad de autorizar o prohibir los diferentes actos de explotación que la misma legislación reconoce y que se expusieron anteriormente.

Ese mismo sistema normativo confiere a estos titulares las herramientas para ejercitar tales derechos, ya sea de manera colectiva o individual y en todo caso, ante la vulneración de estos, pueden acudir a mecanismos alternativos de solución de conflictos o al aparato jurisdiccional para reivindicar su protección.

Se explicó que el acto de retransmisión de las obras audiovisuales, diferente al de las señales de televisión, requiere necesariamente de la autorización de sus titulares, que en el presente caso están representados en la sociedad EGEDA Colombia, estando está autorizada en virtud del mandato conferido, de acuerdo con la ley y sus estatutos, a autorizar los respectivos actos de explotación de las obras audiovisuales incluidas en su catálogo y a fijar las tarifas correspondientes como retribución de la mencionada licencia, pudiendo acordarla también con el usuario.

La sociedad TV Colombia Digital SAS, admitió retransmitir canales de televisión abierta desde el año 2013, que de acuerdo a las prueba denominada "*FIRMADO Certificación Business Bureau Claro Colombia 2013-2016*", donde la Compañía Business Bureau certifica que durante el periodo comprendido entre 2012 y 2016 en dichos canales se transmitieron obras audiovisuales representadas por EGEDA Colombia como: "Chepe Fortuna", "Gata Salvaje", "Tu voz estéreo", "A mano limpia", "La madres", "El mas es Germán", "El señor de los cielos-Temporada 2", "Ezel", "Olivia", "Los padrinos mágicos", "Alias el mexicano", "Los graduados".

Dentro de las obligaciones pactadas en el contrato de concesión suscrito entre la ANT y la sociedad TV Colombia Digital SAS, esta se obligó a garantizar la recepción de los canales de televisión abierta y especialmente se obligó, de acuerdo a la cláusula décima del contrato en los literales d y p a acreditar ante su contratante "el pago de los derechos de autor , o los convenios que los autoricen para usar las señales y programas que distribuyan" y a "cumplir la normatividad relativa a los derechos de autor, conexos y organismos de radiodifusión."

De acuerdo con el acta de conciliación obrante a folios 32 a 37 del cuaderno 1, el demandante convocó al demandado para llegar a un acuerdo, tal como lo admitió el demandado, para el pago de la retransmisión de las obras que representa, a la cual este no se asistió ni presentó justificación por su inasistencia. Aunado que los representantes de las partes en sus respectivos interrogatorios aceptaron haberse reunido para discutir el pago por la retransmisión de las obras audiovisuales efectuada por el demandado sin que se hubieran logrado un acuerdo, pese a lo manifestado por la parte pasiva relativo a que Egeda Colombia no cumplió su deber de acordar las tarifas con los usuarios.

También obran en el expediente, en el cuaderno Reservado, los contratos suscritos por Egeda Colombia con otras treinta sociedades que prestan el servicio de televisión por suscripción en



los cuales se observa que en cada uno de ellos se acordaron condiciones para el pago tanto del periodo en el cual se hizo la retransmisión de la licencia y de los periodos futuros.

Dentro de lo demostrado por parte del demandado se observa que conocía al demandante y la función que ejerce en cuanto a autorizar el uso de las obras audiovisuales en las diferentes modalidades mencionadas, pues así lo admitió en la contestación de la demanda, pero también en virtud al contrato de concesión de televisión que suscribió conocía del deber de acreditar el pago de los derechos de autor y derechos conexos a sus titulares o en su defecto los convenios que lo autorizaran a usar las señales y los programas que distribuyan, obligación que al no haberse hecho reserva en cuanto al tipo de la señal, se entiende que comprende a todas las señales distribuidas por el obligado.

Hasta aquí, de acuerdo los elementos expuestos la sociedad TV Colombia Digital SAS se puede colegir que contaba con toda la información indispensable para conocer que respecto de las señales y los programas distribuidos en desarrollo de sus obligaciones como operador de televisión por suscripción debía contar con la correspondiente autorización y su consecuente obligación de acreditarla ante su contratante. Que habiendo podido negociar con el demandante las condiciones de la licencia para poder retransmitir las obras audiovisuales contenidas en las señales que distribuye, se abstuvo de hacerlo. Es decir, el comportamiento de la sociedad no se materializó en la conducta estándar impuesta por el marco normativo planteado, el cual es el pago por el uso de una obra protegida por el derecho de autor a sus titulares.

Frente a la atribución de responsabilidad de una persona jurídica, señaló que: *“La información que está al alcance de cada organización pasa a desempeñar un papel trascendental al momento de atribuir responsabilidad, porque frente a un dominio de información incompleta o asimétrica que altera el desempeño de la empresa y afecta el equilibrio de la competencia perfecta, no es posible exigir el cumplimiento de estándares de responsabilidad basados en una racionalidad ideal máxima. Por ello, la violación del estándar de conducta exigible sólo puede determinarse a partir de un parámetro de diligencia adecuada en relación con el sector de la vida o del tráfico en que se produce el acontecimiento dañoso, lo que permite identificar la culpa de la organización.”* Responsabilidad de que se puede exonerar, como ya indicó, demostrando un caso fortuito, culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero.

Frente a los elementos eximentes de responsabilidad afirmó que su prohijada se encuentra por fuerza mayor, concretada en la imposición de la ley de una obligación, y culpa de un tercero, expresando que este corresponde al Estado que le impone esa carga, ya que el demandado nunca ha pretendido lucrarse de las obras que representa Egeda, ya que la obligación de pagar los derechos de autor que tiene lo ha demostrado ante la autoridad competente aportando los contratos que suscribe con las programadoras y los soportes de pago para las mismas.

De acuerdo con esto, es necesario determinar si los argumentos expuestos se adecúan para eximir al demandado de la responsabilidad.

Respecto a la fuerza mayor ha sido reiterada la posición de la Corte Suprema de Justicia al desarrollar los conceptos contenidos en el artículo 1 de la Ley 95 de 1890 al considerar que estos corresponden a hechos que la persona no está en capacidad de prever o resistir, son circunstancias que sobrevienen ante los cuales no se tiene un margen de decisión amplio, lo cual busca excluir a cualquier tipo de hechos que hacen parte de la cotidianidad.

Indican los autores Arturo Valencia Zea y Alvaro Ortíz Monsalve en la obra ya citada que, página 327 que en la fuerza mayor concurren dos requisitos, el primero que el acontecimiento ha de tratarse de un hecho de la naturaleza, pues solo tiene el carácter de imprevisibles los acontecimientos que tienen causas externas y el segundo, que dichas causas sean imprevisibles e inevitables. En el caso en concreto, el argumento del apoderado del demandado no se adecúa al presupuesto de este eximente de la responsabilidad, por lo tanto al no acreditarla, no puede ampararse en la misma.



Frente al alegato relacionado con la culpa exclusiva de un tercero, indicando que recae en el Estado, este eximente requiere que ese tercero sea exclusivamente la causa determinante del daño, que para el caso concreto se materializaría en el evento en que el Estado impusiera por mandato legal que la obligación de garantizar la recepción de los canales de la televisión abierta conlleva el no pago del derecho de autor de las obras allí transmitidas, situación que a todas luces no se da en la realidad de nuestro sistema normativo.

Ahora bien, en cuanto al argumento que el demandado acredita ante el ente regulador el cumplimiento de su deber de pago de los derechos de los autores con los respectivos contratos y pagos, es necesario advertir que no obra en el expediente documento que acredite tal afirmación.

Así las cosas, dados los elementos expuestos, y al no demostrarse los elementos eximentes de responsabilidad, no queda duda que TV Colombia Digital pudiendo adecuar su comportamiento al estándar de conducta exigible por el sistema normativo autoral, teniendo la obligación, además contractual, de pagar por el uso de las obras audiovisuales utilizadas, no lo hizo, traduciéndose en la infracción a los derechos exclusivos de los titulares de las obras audiovisuales retransmitidas y en consecuencia, el no pago por dicho uso generó un menoscabo en el patrimonio de aquellos que se traduce en la retribución económica que debían recibir y no recibieron por la respectiva licencia, materializándose el elemento culposo en la conducta del demandado y en consecuencia su deber de indemnizar.

Acreditada la existencia de responsabilidad por parte del demandado, corresponde entonces tasar el monto del perjuicio, para ello, 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.

Bajo este concepto, la sociedad demandante en el juramento estimatorio solicitó condenar a TV Colombia Digital S.A.S., a pagar la suma de CIENTO SETENTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS QUINCE MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS (\$172.815.494) por concepto de lucro cesante "(...) derivado del impago de los derechos por la explotación de las obras audiovisuales de los Productores Audiovisuales cuyos derechos correspondientes gestiona EGEDA COLOMBIA."

Aunque el demandado realizó unas objeciones al juramento estimatorio referido, al no haber sido estas consideradas por el Despacho en el Auto 05 del 31 de mayo de 2019 y teniendo en cuenta que la anterior cifra se fijó en la audiencia inicial como suma indicada de la cuantía del daño, así será declarado en la presente decisión.

No obstante, en la pretensión sexta, el demandante solicitó: *Que sobre las sumas anteriores se condene a TV Colombia Digital SAS a pagar intereses comerciales moratorios a la máxima tasa de interés permitida por la Ley a favor de EGEDA COLOMBIA desde la fecha en que debió realizarse cada pago, o desde la fecha que el Despacho considere procedente, y hasta la fecha efectiva del pago.*", así como del lucro cesante pendiente de causación al momento de la demanda interés, este Despacho encuentra que, se deberá seguir el concepto sostenido por la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que *"solo a partir de la concreción o cuantificación de la condena, pueden generarse réditos, dado que es en ese momento que se establece el monto de la suma líquida y la oportunidad para hacer el pago, empero no corresponden en este caso a los de naturaleza 'mercantil', porque no derivan de un 'acto o negocio' de esa índole*", y en lo relativo al momento en que se produce su causación, *«opera únicamente en virtud del incumplimiento que se suscite por el no pago de la suma líquida que concrete la sentencia de condena»*", como lo dice Sala Civil en la sentencia de casación del 7 de diciembre de 2012 con ponencia de la magistrada Ruth Marina Díaz Rueda y en la sentencia del 7 de junio de 2017 con ponencia del magistrado Luis Alonso Rico Puerta.



En este sentido, a tratarse este caso de un asunto de responsabilidad civil extracontractual por la lesión o menoscabo de un derecho, donde se condena a la parte demandada a pagar una suma indemnizatoria, no procede el cobro de intereses de mora, ya que su exigibilidad no está autorizada en la forma pretendida en la demanda, sino a partir del vencimiento del plazo otorgado en la presente sentencia que de manera concreta establecerá la cuantía de la indemnización.

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

Atendiendo a que este Despacho condenará en costas a la sociedad TV COLOMBIA DIGITAL SAS identificada con NIT 900548752-8, cuya liquidación se realizará a través de la secretaría, inmediatamente quede ejecutoriada la presente providencia, de acuerdo a lo establecido en el artículo 366 del CGP.

En lo referente a las agencias en derecho, conforme lo establecido en el Acuerdo No. PSAA16-10554, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, y teniendo en cuenta 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 las mismas el 5% de lo concedido fruto de las pretensiones pecuniarias, esto OCHO MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA STECIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$8.640.775).

Finalmente, en cumplimiento del párrafo 1 del artículo 35 de la Ley 640 de 2001, cuando la conciliación extrajudicial sea requisito de procedibilidad y se instaure la demanda judicial, el juez impondrá multa hasta por valor de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la parte que no haya justificado su inasistencia a la audiencia; así las cosas, teniendo en cuenta que la sociedad TV COLOMBIA DIGITAL SAS identificada con NIT 900548752-8 no justificó su inasistencia a la audiencia de conciliación extrajudicial, se procederá a multarla por valor de un (1) salario mínimo legal mensual vigente en favor del Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, Nathalie Granados Bermeo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar que la sociedad TV COLOMBIA DIGITAL SAS identificada con NIT 900548752-8 en su calidad de operador de televisión por suscripción, efectuó la comunicación pública mediante retransmisión de obras audiovisuales de titularidad de productores asociados y representados por EGEDA COLOMBIA, dentro del período comprendido desde septiembre de 2013 hasta la fecha.

SEGUNDO: Declarar que la sociedad TV COLOMBIA DIGITAL SAS no contó con la autorización previa y expresa por parte de EGEDA COLOMBIA para hacer actos de comunicación pública.

TERCERO: Declarar que la sociedad TV COLOMBIA DIGITAL SAS, como consecuencia de las declaraciones anteriormente expuestas, vulneró el derecho patrimonial de comunicación pública de los productores asociados y representados por EGEDA COLOMBIA.

CUARTO: Condenar a la sociedad TV COLOMBIA DIGITAL SAS a pagar a favor del demandante EGEDA COLOMBIA dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de este fallo, la suma de CIENTO SETENTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS QUINCE MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS (\$172.815.494).

QUINTO: No condenar en el presente caso a pagar intereses comerciales moratorios ni el lucro cesante pendiente al momento de la demanda, de conformidad con lo mencionado en la parte considerativa de la presente providencia.



SEXTO: Ordenar a TV COLOMBIA DIGITAL SAS abstenerse de retransmitir las obras audiovisuales del repertorio de EGEDA Colombia, hasta que no obtenga la respectiva autorización.

SÉPTIMO: Negar las excepciones propuestas por el demandado de acuerdo con las consideraciones expuestas en esta providencia.

OCTAVO: Imponer multa a la parte accionada TV COLOMBIA DIGITAL SAS por valor de un (1) salario mínimo legal mensual vigente en favor del Consejo Superior de la Judicatura.

NOVENO: Condenar en costas a la sociedad TV COLOMBIA DIGITAL SAS identificada con NIT 900548752-8.

DÉCIMO: Fijar agencias en derecho por el 5% de lo concedido fruto de las pretensiones pecuniarias, esto es, OCHO MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA SETECIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$8.640.775).

Nota: Frente a la presente decisión, el demandado interpuso recurso de apelación.