

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN CIVIL**

Bogotá, D. C., veintitrés de febrero de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente: **Germán Valenzuela Valbuena**

Radicado: 1100 1310 3032 2019 00110 01 - **Procedencia:** Juzgado 32 Civil del Circuito.
Proceso: Egeda Colombia. **vs.** Telmex Colombia S.A. (hoy Comcel S.A.)
Asunto: Apelación sentencia
Aprobación: Sala virtual aviso 6
Decisión: Revoca

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 32 Civil del Circuito de Bogotá¹ el 11 de julio de 2019².

ANTECEDENTES

1. La Entidad de Gestión Colectiva de Derechos de Productores Audiovisuales de Colombia –Egeda Colombia- instauró demanda en contra de Telmex Colombia S.A. (actualmente Comcel S.A.³), con el propósito de que, según la reforma de la demanda:

i. Se declarara que la demandada retransmitió obras audiovisuales y cinematográficas de titularidad de los productores representados por Egeda dentro del período comprendido entre el 1º de enero de 2008 ‘a la fecha’.

¹ Fallo por escrito en aplicación de lo dispuesto por la Ley 2213 de 2022, por medio de la cual se estableció la vigencia permanente del Decreto 806/20, normativa por la cual se adoptaron medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de la justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

² En virtud de la interpretación prejudicial el proceso estuvo suspendido desde el 16 de junio de 2020 hasta el 3 de agosto de 2022; además de la suspensión de términos que tuvo lugar por disposición del Consejo Superior de la judicatura debido a la emergencia sanitaria por el covid 19.

³ Para todos los efectos de esta decisión entiéndase que cuando se hace referencia a la sociedad Comcel S.A., es porque su razón social cambió a la que existía al momento de presentación de la demanda, esto es, pasó de ser Telmex Colombia S.A. a Comcel S.A.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3032 2019 00110 01

ii. Se declarara que la convocada no cuenta con autorización previa y expresa por parte de Egeda Colombia para la comunicación pública de las obras audiovisuales y cinematográficas comprendidas en su repertorio.

iii. Se declarara que Telmex Colombia S.A. no cuenta con autorización previa y expresa por parte de los titulares de los derechos de autor de las obras audiovisuales y cinematográficas, para la comunicación pública de las mismas.

iv. Se declarara que la demandada vulneró los derechos consagrados a favor de los productores audiovisuales y cinematográficos que representa Egeda Colombia en virtud de la Decisión Andina 351 de 1993, la Ley 23 de 1982 y el artículo 11BIS del Convenio de Berna aprobado por la Ley 33 de 1987.

Que en consecuencia, se condene a Telmex Colombia S.A. a pagar los perjuicios ocasionados por las conductas descritas, que ascienden a \$172.164.257.998. Así mismo, pide que se disponga el pago del lucro cesante causado con posterioridad a la presentación de la demanda y que corresponde al rubro que resulte de *‘aplicar la tarifa aprobada por Egeda Colombia a cada período anual correspondiente’*, más intereses moratorios. (f. 1719 c. 1 Tomo IV).

Finalmente, solicitó que se ordene a la demandada que se abstenga de realizar comunicación pública de obras audiovisuales y cinematográficas hasta tanto no obtenga autorización previa y expresa de Egeda Colombia.

2. El fundamento de las pretensiones se resume como sigue:

a. Egeda Colombia es una sociedad de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, con autorización de funcionamiento como entidad de gestión en virtud de la Resolución No. 208 del 16 de noviembre de 2006 de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, que representa a los productores audiovisuales nacionales e internacionales a quienes según el artículo 11Bis del Convenio de Berna aprobado por la Ley 33 de 1987, la Decisión Andina 351 de 1993 artículo 15 Literal e) y la Ley 23 de 1982, les corresponde el derecho de autorizar la comunicación pública de sus obras audiovisuales.

b. Egeda Colombia representa en Colombia a los siguientes productores audiovisuales o asociaciones de productores audiovisuales:

RCN Televisión, Caracol Televisión, Globovisión, CMO, Televisa, Venevisión, Telemundo, TV Azteca, Antena 3, Agicoa, Egeda España, Egeda Chile, Egeda Ecuador, Egeda Perú, Egeda Uruguay, Egeda Usa, Egeda Argentina, Fmi México, Fmi Dominicana, Televisión Producers Asociación (APTPAPBS). Entre otros (ver f. 1720 c. 1 Tomo IV)

c. Egeda Colombia goza de la legitimidad consagrada en la Decisión 351 de 1993 y el Decreto 1066 de 2015 y es la única sociedad de gestión colectiva autorizada por la Dirección Nacional de Derechos de Autor para administrar y recaudar los derechos patrimoniales que le corresponden a los productores y titulares de obras audiovisuales.

d. Tv Cable del Pacífico, posteriormente Telmex Colombia S.A, hoy Comcel S.A. recibió autorización de la entonces Comisión Nacional de Televisión, para comercializar en Colombia el servicio de televisión por suscripción. Y para ello, celebra con los usuarios un contrato de servicio de televisión por suscripción y retransmite obras audiovisuales que

Apelación Sentencia: 1100 1310 3032 2019 00110 01

representa y gestiona Egeda Colombia que son de titularidad de: Caracol Televisión S.A., Rcn Televisión S.A., Televisa, Tv Azteca, Telemundo y cientos de productores más, pero no cuenta con la autorización previa y expresa de Egeda Colombia, por lo que la demandada se beneficia de la explotación económica de las obras audiovisuales.

e. La retransmisión no autorizada de obras audiovisuales se remonta al año 2007 'hasta la fecha'. Se estima que Telmex Colombia S.A, ha comunicado al público cientos de obras de titularidad de productores representados por Egeda Colombia sin la previa y expresa autorización directa de sus productores o sin el aval de la demandante.

f. Egeda Colombia se ha comunicado en contadas ocasiones con Telmex Colombia S.A., invitando a sus representantes legales a reunirse para explicarles la obligación de obtener una licencia que les permita desarrollar la actividad de comunicación pública de manera legal, sin que se obtenga un acuerdo o reconocimiento de su obligación de contar con autorización previa o expresa de los productores o de la demandante.

3. Comcel S.A., contestó la demanda, objetó el juramento estimatorio, se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de mérito que denominó:

a. Carencia de legitimación en la causa por activa: se aduce que Egeda Colombia no aportó con la demanda los poderes otorgados por los productores audiovisuales, tampoco adosó copia de sus estatutos de conformidad con lo ordenado en el artículo 9 del Decreto 3942 de 2010. Que se debió allegar el certificado expedido por la Dirección Nacional de Derechos de Autor, como los acuerdos de reciprocidad celebrados con las

sociedades extranjeras de gestión colectiva para así poder reclamar la indemnización pretendida.

b. Ausencia de legitimación por pasiva: ninguna conducta referida en la demanda es imputable a la sociedad demandada, comoquiera que Comcel S.A. está facultada para comunicar al público colombiano los contenidos audiovisuales que conforman su parilla de programación.

c. Inexistencia de la infracción: el hecho de que el productor audiovisual le permita a Comcel S.A. el acceso a su señal codificada, significa que la retransmisión es consentida y en el *sub lite* la autorización de la demandada está contenida en el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 (para canales nacionales), como por los contratos celebrados con las casas programadoras internacionales y no se necesita otro aval para el acto de explotación de la obra.

Que en sentencia de 28 de marzo de 2017 proferida el Tribunal Superior de Bogotá se ordenó a Caracol y Rcn Televisión que permitieran la retransmisión de su señal de televisión abierta a través del servicio que ofrece Comcel S.A.

d. Pago de la remuneración: Egeda Colombia desconoce que entre la pasiva y los productores audiovisuales se ha pactado y sufragado una contraprestación por la retransmisión en la señal de suscripción por cable.

e. Cobro de lo no debido: se reitera que *“las diferentes autorizaciones que ha recibido Telmex para la retransmisión de las señales que contienen las obras audiovisuales, esto es, la autorización legal, la autorización contractual y la autorización judicial, y el pago realizado directamente a los productores audiovisuales, le impiden a Egeda*

reclamar una remuneración adicional, entre otras cosas, porque ha operado el fenómeno de la extinción de la obligación por pago”.

f. Abuso del derecho: la retransmisión de una señal de televisión consiste en obtener la señal del emisor u organismo de radiodifusión original y es una forma de comunicación al público –suscriptores del operador de televisión–, de allí que una ‘vez *satisfechos los intereses y las necesidades del emisor y el receptor*’ no se entiende por qué se debe causar un pago adicional; se argumenta, entonces, que la convocada cuenta con autorización para la retransmisión de la señal lo que le impide a Egeda Colombia reclamar el pago de una remuneración adicional porque ya operó su derecho y estaría abusando del mismo.

La accionante cambió la tarifa pretendida, puesto que en la prueba extraprocesal que formuló en el 2014 señaló que el cobro a todos los cable-operadores es de quince centavos de dólar, pero en el *sub lite* pretende un monto de treinta centavos de dólar.

g. Usos leales y honrados de la señal codificada: de conformidad con el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 los operadores de televisión por suscripción deben garantizar a sus suscriptores sin costo alguno la recepción de los canales de televisión abierta de carácter nacional, regional y municipal, por lo que la retransmisión de la señal y obras de los productores audiovisuales se ha hecho siguiendo estándares de lealtad, honradez y buena fe.

h. Imposibilidad de que la retransmisión cause un daño injustificado: en el evento remoto de considerarse que la retransmisión que la demandada realiza configura un hecho generador de perjuicios, el mismo estaría ‘*más que justificado por fines que trascienden el interés particular de Egeda*’,

Apelación Sentencia: 1100 1310 3032 2019 00110 01

ya que en estos casos se habla de un *‘derecho público subjetivo en cabeza del productor audiovisual’* y la prestación de un servicio público en el que debe primar el interés general.

i. Compensación: en el evento de que las partes resulten recíprocamente deudoras, debe aplicarse la figura extintiva de las obligaciones.

j. El ejercicio intempestivo de un derecho o la doctrina del *Verwirkung*: *‘los concesionarios del servicio de televisión abierta’* por más de trece años y en razón de una conducta inactiva, crearon en los operadores del servicio de televisión por suscripción la expectativa de que no *‘ejercerían su derecho’* a autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones de televisión, lo que en virtud del *Verwirkung* torna en inadmisibles e ineficaz el ejercicio de tal prerrogativa. Entonces *‘desde 1997 hasta el presente han transcurrido casi 20 años sin que Caracol y Rcn exigieran contraprestación alguna por la retransmisión de sus emisiones’*.

k. Prescripción: la inactividad de los titulares de derechos por más de diez años es suficiente para que se declare probada la defensa.

4. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina emitió el respectivo concepto.

LA SENTENCIA APELADA

Denegó las pretensiones de la demanda. En lo fundamental el a-quo estimó que Egeda Colombia está legitimada en la causa por activa, puesto que *‘universalmente’* se ha reconocido que las sociedades de gestión colectiva están facultadas para reclamar la protección de los derechos de

sus asociados, conclusión que adoptó con base en legislación nacional y la cita de doctrina especializada.

Seguidamente el juez enfatizó en que es su deber interpretar la demanda, labor en la que estimó que el caso se trata de una demanda de responsabilidad civil extracontractual. Asimismo, precisó que desde la fijación del litigio quedó probado que la sociedad convocada lleva a sus clientes de televisión por suscripción la programación de los canales de señal abierta, y que no paga derechos de autor a los productores de las obras, pero aclaró que esa actividad de retransmisión la hace de forma gratuita en razón de lo previsto por el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 y las sentencias que en materia constitucional se profirieron respecto de la norma en mención.

Así, el fallador concluyó que la labor de retransmisión de la señal abierta de televisión es desplegada por la pasiva en cumplimiento de un deber legal, por lo que no se configura el primer requisito para que se abra paso la responsabilidad aquiliana. Agregó que *“debe quedar claro que el despacho no asume el problema jurídico acerca de si la demandada está obligada a pagar los derechos de autor de los productores y audiovisuales representados por EGEDA, porque no es problemática a la luz de la acción que se promovió, porque como ya se indicó, la acción corresponde a una de responsabilidad civil extracontractual, mas no, a la declaratoria de la existencia de la obligación de pagar esos derechos, que sería otro contexto”*.

LA APELACIÓN

1. La parte demandante cuestiona la argumentación de la sentencia de primera instancia y repara en que se presentó una indebida interpretación

y aplicación de las normas que fundamentan la responsabilidad civil extracontractual y de las disposiciones sustanciales aplicables al litigio. También acusa que hubo falencias en la valoración de las pruebas.

Que de realizarse un correcto análisis se habría establecido: (i) que la demandada retransmite los contenidos de los canales nacionales de televisión abierta; (ii) que no hay limitación o excepción al derecho de autor en el artículo 11 de la ley 680 de 2001; y (iii) que la sociedad convocada debe asumir las consecuencias indemnizatorias de su conducta mediante el pago de los perjuicios reclamados en el juramento estimatorio. Para las premisas en mención se desarrolló una amplia argumentación en el escrito de sustentación de la impugnación.

2. El extremo demandado ejerció su derecho a la réplica, exteriorizando los argumentos por los cuales en su sentir la sentencia debe confirmarse.

CONSIDERACIONES

1. El tribunal revocará la sentencia impugnada, y, en su lugar, accederá a las pretensiones de la demanda, en tanto que es notorio el desacierto del a-quo al delimitar el estudio del caso al deber legal de la sociedad demandada de retransmitir la señal abierta de televisión de forma gratuita, comoquiera que la reforma de la demanda es clara respecto a que la indemnización pretendida parte del hecho de que la otrora Telmex S.A. hoy Comcel S.A., adicional a lo que sufraga por la retransmisión de la señal de televisión –como el argumento de que está obligada a ofrecer sin costo la señal de televisión abierta-, debe cancelar los derechos de autor a los productores audiovisuales de las obras retransmitidas y que representa Egeda Colombia.

Pero, además, porque la controversia concierne a un punto de derecho en el que está definido –legal y jurisprudencialmente- que una cosa es el derecho conexo de la retransmisión de la señal televisiva, y otra el pago que debe hacerse a los titulares de las obras audiovisuales retransmitidas por Comcel S.A. bajo la modalidad del operador de televisión por suscripción, lo que da lugar a lo reclamado en la demanda. Las premisas en mención se desarrollan de la siguiente manera:

1.1. Comporta recordar que sobre el fallador recae el deber de interpretar la demanda (art. 42 núm. 5 Cgp), claro que esa obligación emerge como solución excepcional, ya que no puede obviarse el derecho que tiene la contraparte a no verse sorprendida con cuestiones que no estuvo en posibilidad de controvertir.

En el *sub lite*, al analizar los hechos de la demanda reformada, como las pretensiones propuestas, no existe duda alguna en torno a que la parte accionante en sus aspiraciones procesales procuró que la judicatura declarara que Telmex S.A. retransmitió, sin autorización previa, obras audiovisuales cinematográficas de titularidad de los productores representados por Egeda Colombia, con lo que, en sentir de la accionante, la demandada quebrantó los derechos consagrados en la Decisión Andina 351 de 1993, la Ley 23 de 1982 (derechos de autor), entre otras.⁴ Ahora bien, en la situación fáctica se relató que Telmex Colombia S.A. recibió autorización de la otrora Comisión Nacional de Televisión para comercializar en Colombia el servicio de televisión por suscripción y retransmite las obras que representa la accionante, lo que da lugar ‘*al cobro y recaudo por parte de los titulares de derechos de autor y conexos en Colombia.*’⁵

⁴ Folio 1719 del cuaderno 1, Tomo IV del expediente.

⁵ Folio 1724 ibidem.

Por manera que, la apreciación del a-quo en punto a que *'no asume el problema jurídico acerca de si la demandada está obligada a pagar los derechos de autor de los productores y audiovisuales representados por EGEDA'*, constituye una hermenéutica restrictiva no latente en el escrito inicial (reformado), habida consideración que sí había lugar a definir la temática relacionada con los derechos de los autores de obras audiovisuales, que, en esencia, corresponde al asunto medular del diferendo. En otras palabras: el juez se apartó de su obligación de decidir sobre las pretensiones de la demanda, con sustento en un confín que él mismo estableció en la fijación del litigio, delimitando la prerrogativa de las partes a recibir un pronunciamiento en los términos del artículo 281 del Cgp.⁶

Y es que la etapa de la fijación del litigio, que al parecer fue el acto procesal del que se valió el a-quo para dictar la sentencia en la forma que lo hizo, tiene por finalidad que el juez requiera a los litigantes para que determinen los hechos en los que están de acuerdo y que fueren susceptibles de prueba de confesión, los cuales deberá declarar probados, para así establecer las situaciones de facto no acreditadas y que deberán ser la materia de prueba por parte de quien tenga la carga demostrativa. Así, se sigue que no se trata de una oportunidad para modificar, variar, enmendar o corregir la demanda, sino que en esa fase se descubren los puntos sobre los que versará la siguiente etapa del proceso.

Al respecto la jurisprudencia ha destacado:

⁶ “La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”.

“El juez orienta a las partes en la fijación del objeto del litigio, pero no está facultado para variar los límites trazados por ellas, porque tal labor corresponde al ejercicio del principio dispositivo que rige el proceso civil; y para ello basta con asentar los temas controvertidos, entendiéndose que aquéllas están conformes con todos los demás ..(..).. De ahí que no es admisible que el funcionario judicial suplante la voluntad de las partes por lo que según su parecer debería ser el objeto del litigio, pues ello comporta una extralimitación de su potestad de dirección.”⁷

Por consiguiente, no es dado entender cosa distinta, ni cabe exigir que los extremos del litigio, en perjuicio de la seguridad que va implícita en la culminación progresiva de los actos procesales, puedan resultar modificados con posterioridad –como aquí sucedió–, máxime cuando resulta claro que en la demanda se aspiró a la declaratoria de infracción de derechos de autor, arista desde la cual el fallador estaba compelido a abordar la controversia. Por ende, existe la falencia interpretativa que se propone a modo de reparo en la apelación y que da lugar a revocar la sentencia de primera instancia, vicisitud que, por demás, conlleva a que el tribunal deba asumir de fondo la solución del litigio.

2. Superado lo anterior, no hay discusión en cuanto a la protección que los derechos de propiedad intelectual dispensa a las creaciones del intelecto, su divulgación y difusión. Acá están comprendidos los derechos de autor, que son los bienes inmateriales en debate en el presente proceso, sobre los cuales la ley prevé que *“recaen sobre las obras científicas, literarias y artísticas las cuales se comprenden todas las creaciones del espíritu en el campo científico, literario y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión y cualquiera que sea*

⁷ CSJ sentencia SC780 de 10 de marzo de 2020. Radicación n°18001-31-03-001-2010-00053-01.

su destinación, tales como: los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con letra o sin ella; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía, inclusive los videogramas; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabada, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de arte aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativas a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias, y, en fin, toda producción del dominio científico, literario o artístico que pueda reproducirse, o definirse por cualquier forma de impresión o de reproducción, por fonografía, radiotelefonía o cualquier otro medio conocido o por conocer”⁸.

Bajo este postulado, se destaca que el derecho de autor protege dos prerrogativas sobre la obra, esto es: los derechos morales y los patrimoniales, en torno a los primeros ha dicho la Corte Constitucional “*que nacen como consecuencia de la creación misma y no del reconocimiento administrativo, son de carácter extrapatrimonial, inalienable, imprescriptible e irrenunciable. Estos incluyen: el derecho a divulgar la obra; el derecho al reconocimiento de la paternidad intelectual, el derecho al respeto y a la integridad de la obra, impidiendo las modificaciones no autorizadas sobre la misma, el derecho al retracto, que le permite al autor retirarla del comercio”⁹, en tanto que los derechos patrimoniales se relacionan con el aprovechamiento económico*

⁸ Artículo 2 Ley 23 de 1982.

⁹ Sentencia C-053 de 24 de enero de 2001. Referencia: expediente D-3099.

de la creación, son transferibles, prescriptibles y renunciables, e incluyen cualquier forma de utilización de la obra.

2.1. Ahora bien, de conformidad con lo previsto en el artículo 3 de la Decisión 351 de 1993¹⁰ una obra audiovisual es “*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 comunicaciones de la imagen y de sonido, independientemente de las características del soporte material que la contiene*”. Asimismo, el artículo 13 reseña que en el autor campea la prerrogativa de realizar, autorizar o prohibir “*la comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes*”.

El artículo 15 siguiente prescribe que la comunicación pública es todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en el mismo lugar, pueda tener acceso a la obra, como, entre otras: “*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*”, labor que en esencia es la que despliega la sociedad demandada con el servicio de televisión por suscripción, puesto que re-comunica la señal sin ser la titular de la misma; reproduce el contenido audiovisual que en un primer momento se transmitió en la codificación abierta de televisión, en particular y para lo que interesa al proceso, por los canales Caracol y Rcn Televisión.

De otro lado, el artículo 39 de la Decisión 351 de 1993 otorga a los organismos de difusión, para el caso sería Caracol y Rcn Televisión, la

¹⁰ Régimen común sobre derechos de autor y derechos conexos.

facultad para autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento, prerrogativa a la que se le ha dado la denominación de ‘derecho conexo’.

Asimismo, existe normatividad que regula la materia bajo estudio, *v.gr.*, el Convenio de Berna para la Protección de la Obras Literarias y Artísticas¹¹, compendio normativo que aborda el tema de los llamados ‘derechos de radiodifusión’ y ‘derechos conexos’, y específicamente en el numeral 1 del artículo 11bis reconoce la posibilidad que tienen los autores para prohibir la comunicación pública de sus obras literarias y artísticas que se dan a conocer bajo la figura de la retransmisión: “*los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar...(…) toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen*”.

Con soporte en el conjunto de disposiciones acá referidas, fue que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina rindió el respectivo concepto, cuerpo colegiado que, al tenor de las mismas, explicó que:

“resulta evidente que la retransmisión es una forma de comunicación pública de una obra audiovisual, y en consecuencia la titularidad sobre el derecho de autor (obra audiovisual) y sobre el derecho conexo (la señal de un organismo de difusión) puede recaer o no en la misma persona. Esta situación no impide que los autores o titulares del derecho de autor puedan exigir a los organismos de difusión y a las empresas que brindan el servicio de televisión por suscripción (televisión por cable, satelital u otras modalidades de señal cerrada) que cuenten con la

¹¹ Ley 7/44, Ley 33 de 1987, Dec. 1042/94

debida autorización para ejecutar la comunicación pública a través de la retransmisión de sus obras audiovisuales.

*Así, en primer lugar, se requiere la autorización del titular del derecho de autor de una obra audiovisual para su emisión o transmisión por parte de un organismo de radiodifusión. Ahora bien, si dicho organismo de radiodifusión es, además, titular del derecho de autor de una obra audiovisual (v.g., una telenovela), es evidente que puede emitirla o transmitirla directamente a través de su señal. En ambos casos, si la obra audiovisual, previamente radiodifundida, va a ser objeto de **retransmisión** por parte de un organismo de radiodifusión distinto al que efectuó la emisión o transmisión original, estamos frente a un nuevo acto de comunicación pública, y naturalmente, para que este pueda hacerse efectivo de forma lícita, es necesaria la autorización del titular del derecho de autor de la obra audiovisual, que puede ser el propio autor, una sociedad de gestión colectiva o un organismo de radiodifusión”.*¹²

Así, entonces, es claro que para ejercer debida y reglamentariamente el servicio de televisión por suscripción por cable se deben seguir dos directrices, a saber: primero, la que concierne a la autorización por parte del organismo de radiodifusión para retransmitir su señal -derecho conexo- y el aval del titular de la obra audiovisual que se retransmite, de la que se sigue el pago de la respectiva erogación económica, dualidad de prerrogativas que, a no dudarlo, pueden estar en cabeza del mismo organismo de difusión.

En otras palabras: si bien la retransmisión de la señal y la nueva comunicación al público de la obra audiovisual pueden ser explotados por las empresas que se dedican al servicio de televisión por suscripción,

¹² Página 14 del archivo ‘18InterpretaciónJudicial’.

para que la actividad económica sea ejercida a cabalidad deben verificarse por separado: (i) los derechos de retransmisión; (ii) el permiso del titular de la producción, que conlleva un pago por concepto de derechos de autor en razón de la nueva difusión que despliegan los operadores particulares.¹³

No se olvide, por demás, que la *“protección prevista para los Derechos Conexos no afectará en modo alguno la protección del derecho de autor sobre las obras científicas, artísticas o literarias. En consecuencia, ninguna de las disposiciones contenidas en este Capítulo podrá interpretarse de manera tal que menoscabe dicha protección. En caso de conflicto, se estará siempre a lo que más favorezca al autor”*. (artículo 33 Decisión 351 de 1993).

3. En el *sub judice* está demostrado que Comcel S.A. oferta el servicio de televisión por suscripción en Colombia, habida cuenta que en la contestación de la demanda no desconoció que se dedica a dicha actividad económica, amén que en el plenario se encuentra el contrato de concesión para la operación y explotación del servicio público de televisión por suscripción, como los múltiples otros sí que se firmaron con las entonces Comisión Nacional de Televisión y la Autoridad Nacional de Televisión. En esa senda, el representante legal de la sociedad demandada en el interrogatorio de parte reconoció que desde el año 2007 se brinda la prestación de televisión cerrada en el país.

¹³ El punto en mención ya fue abordado recientemente por este tribunal, donde se dijo que: *“Bajo el orden de ideas que se trae “una empresa que presta el servicio de televisión por suscripción (señal cerrada) tiene que obtener tanto una autorización del titular de la obra audiovisual que retransmite, como una autorización del organismo de radiodifusión titular de la señal que retransmite, en ambos casos, a través de sus servicios. Ahora bien, si el organismo de radiodifusión es titular, además de obras audiovisuales, la empresa que presta el servicio de televisión por suscripción necesita dos autorizaciones de ese organismo de radiodifusión: una, por retransmitir la obra audiovisual (derecho de autor) de titularidad del organismo de radiodifusión; y la otra, por retransmitir la señal (derecho conexo) del referido organismo de radiodifusión”*. TSB sentencia de 19 de enero de 2023. M.P. Luis Roberto Suárez González. Rad. 005-2020-33901-01.

Asimismo, es un asunto probado que existen obras audiovisuales cuya titularidad está en cabeza de productores que son representados por Egeda Colombia y que fueron retransmitidas por Comcel S.A. En efecto, en el expediente aparece la comunicación de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, donde se hace referencia a que la convocante actúa en nombre de: Caracol Televisión, Cmo Producciones, Janus Films, Ciudad Lunar Producciones, El Bus Producciones S.A., Centauro Cinemaestro, Proimagenes, Rcn Televisión, León Urbano Producciones Sas, etc.¹⁴.

Ahora bien, con el informe que presentó la firma Business Bureau¹⁵ se acredita que Comcel S.A. ha retransmitido múltiples obras audiovisuales de los titulares que representa la demandante, p. ej: las producciones: A Mano Limpia, Ezel, Brujeres, Chepe Fortuna, La Madre, Las santísimas, Todos quieren con Marilyn, Tu voz estéreo, El Man es Germán, entre otros¹⁶. A lo expuesto se suma que es notorio que la demandada en su parrilla televisiva ofertó los canales de señal abierta, lo que de suyo contiene obras protegidas por el derecho de autor.

De lo discurrido se sigue que la sociedad convocada se dedica a la televisión por suscripción en el territorio nacional; que retransmite obras de personas titulares de derechos de autor que son representadas por Egeda Colombia; y que a la fecha no ha pagado ningún importe por la nueva difusión de las producciones audiovisuales, que como quedó dicho líneas atrás, es una erogación que debe sufragar. En consecuencia, se

¹⁴ Folios 3-14 cuaderno 1, Tomo I de la parte física del expediente.

¹⁵ Empresa que informó que se dedica a medir cómo evolucionan los mercados de medios y entretenimiento en cualquiera de sus formatos y pantallas, analizando información capturada a través de su Data Center, compuesto por 50 Teleoperadores que realizan llamados en más de 8.800 ciudades en Latinoamérica

¹⁶ Archivo 'Certificación Business Bureau Claro Colombia' del expediente digital.

reúnen los presupuestos¹⁷ para que tenga lugar la indemnización pretendida, comoquiera que la convocada comunicó al público vía retransmisión y sin el aval del autor las obras que integró en su parrilla de programación y de conformidad con lo previsto en el artículo 72 de la Ley 23 de 1982: *“el derecho patrimonial del autor se causa desde el momento en que la obra o producción, susceptible de estimación económica y cualquiera que sea su finalidad, se divulgue por cualquier forma o modo de expresión”*.

4. A continuación el tribunal se pronuncia sobre las excepciones de mérito que formuló la sociedad accionada:

4.1. En lo que respecta a la falta de legitimación en la causa por activa se pone de presente que el a-quo definió que Egeda Colombia sí está revestida de facultades para actuar en el proceso en representación de los titulares de las obras, segmento de la sentencia que no fue cuestionado por la sociedad Comcel S.A. Por tanto, la definición en torno a este tópico ya fue concretada y no hubo reparos.

Con todo, se destaca que el artículo 49 de la Decisión 351 de 1993 establece que las sociedades de gestión colectiva están legitimadas en los términos de sus estatutos para ejercer los derechos confiados a su administración. Además, en el concepto que rindió el Tribunal de la Comunidad Andina se hizo alusión a una presunción de representación o legitimación procesal, habida cuenta que *“si se exigiera que una sociedad de gestión colectiva tenga que demostrar la representación de todo su*

¹⁷ En el informe que rindió el Tribunal de la Comunidad Andina se precisó: *“Para que opere la infracción por falta de autorización de comunicación pública de una obra audiovisual que forma parte del repertorio inscrito en una sociedad de gestión colectiva deben darse las siguientes condiciones: a) se debe considerar la existencia de derecho de autor, en concreto de obras audiovisuales reconocidas a favor de sus titulares; b) que sus titulares hayan inscrito el repertorio de obras ante la sociedad de gestión colectiva para la reproducción de sus derechos; c) que se haya efectuado la comunicación pública de las obras audiovisuales sin autorización de la sociedad que los representa”*.

*repertorio como condición para protegerlo ante una autoridad y recaudar así el derecho de sus asociados, ello significaría la asunción de costos excesivos por parte de dicha sociedad, lo que haría inviable una eficiente y adecuada recaudación de sus asociados”*¹⁸. De manera que, su legitimación es suficiente con la comunicación a la que se ya se hizo referencia y que fue expedida por la Dirección Nacional de Derechos de Autor. De otro lado, en lo que concierne a los acuerdos de reciprocidad celebrados con sociedades extranjeras, el estudio de la contienda quedó delimitado a los productores de radiodifusión nacionales, tornándose en irrelevante el alegato de la defensa.

4.2. Las excepciones de falta de legitimación por pasiva; inexistencia de la infracción; cobro de lo no debido; y usos leales y honrados de la señal codificada, se resolverán de forma conjunta, toda vez que se refieren a la misma situación particular: la demandada alega que por disposición legal los canales de señal abierta deben prestarse de forma gratuita y que así lo determinó el Tribunal Superior de Bogotá en una sentencia proferida el 28 de marzo de 2017, en la que se ordenó a Caracol y Rcn Televisión que permitieran la retransmisión de su señal de televisión abierta a través del servicio que ofrece Comcel S.A.

Sobre el punto y sin que haya lugar a hacer extensas argumentaciones, comoquiera que la temática ya ha sido abordada en varias decisiones de esta corporación, ha de reiterarse que ni el artículo 11 de la Ley 680 de 2001¹⁹, como tampoco en la providencia judicial que cita Comcel S.A.²⁰, se desarrolló una limitante a los derechos de autor en razón de que los

¹⁸ Página 20 del archivo ‘18InterpretacionJudicial’.

¹⁹ “*Los operadores de Televisión por Suscripción deberán garantizar sin costo alguno a los suscriptores la recepción de los canales colombianos de televisión abierta de carácter nacional, regional y municipal que se sintonicen en VHF, UHF o vía satelital en el área de cubrimiento únicamente. Sin embargo, la transmisión de canales locales por parte de los operadores de Televisión por Suscripción estará condicionada a la capacidad técnica del operador.*”

²⁰ Proferida en el litigio de competencia desleal suscitado por Caracol Televisión S.A. y Rcn Televisión S.A., en contra de Telmex Colombia S.A. y otros. Radicación 2014-16592-06.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3032 2019 00110 01

canales de señal abierta deban ser gratuitos. Es decir, pese a la falta de onerosidad en la transmisión de ciertos canales de televisión, sigue latente la obligación de pagar a los autores por las prerrogativas de las obras retransmitidas sin autorización previa. Así se ha decantado:

“Ciertamente, no hay duda en torno a que la Ley 680 de 2001 en su artículo 11 ordena a los operadores de televisión por suscripción garantizar sin costo a los suscriptores la recepción de los canales nacionales, regionales y municipales de televisión abierta –y por lo tanto la demandada deba cumplir con ese precepto– pero en ningún aparte de ese canon y, en general, de esa ley, se indica que su acatamiento tenga efecto alguno sobre los derechos de autor, al punto que no se hace mención a ellos y mucho menos se manifiesta que los operadores de televisión por suscripción puedan sustraerse de la obligación de retribuir a sus titulares.

*Con otras palabras, la irresistibilidad se encuentra en que el operador debe asegurar la recepción de esos canales de televisión, pero no en una suerte de insuperable justificación para evitar el pago de los derechos patrimoniales a los autores o a quienes estos autoricen, alcance que pretende darle la apelante a esa disposición – sin criterio legal, jurisprudencial ni doctrinal que la respalde”.*²¹

También se dijo que: *“la obligación de retransmitir la señal de televisión abierta no es un obstáculo para respetar el derecho de los autores a que no se comunique sin su autorización, sus obras y mucho menos constituye una excepción al derecho de autor. Lo anterior, sin que por esta vía se pueda interpretar que la obligación en comento deba trasladarse a los usuarios finales, pues lo que aquí se discute es la infracción al derecho de autor de los representados por EGEDA COLOMBIA.”*²²; y se reiteró que: *“no es óbice para la protección de los derechos de autor conculcados que la Ley 680 de 2001 en su artículo 1112 haya establecido que los operadores de televisión como el apelante que de forma gratuita brinden a sus suscriptores la recepción de los “canales colombianos de televisión abierta de carácter nacional, regional y municipal”.* La no obtención de un ingreso por el cable

²¹ TSB, sentencia de 19 de enero de 2023. M.P. Luis Roberto Suárez González. Radicación: 005-2020-33901-01.

²² TSB, sentencia de 11 de marzo de 2022. M.P. Carlos Augusto Zuluaga Ramírez. Radicación: 005-2020-33901-01.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3032 2019 00110 01

operador demandado no se erige como una barrera en la cual pueda resguardarse para restarle efectos a las infracciones confesadas o a los perjuicios causados por la explotación de una obra audiovisual sin la correspondiente licencia.”²³

Se repite, la remuneración al autor por la obra audiovisual retransmitida, sin su autorización y por el operador de televisión por suscripción, debe realizarse independientemente de que la emisión al público se haya efectuado en un canal que por disposición legal se oferta gratuitamente, lo que es suficiente para que no tengan éxito las defensas bajo análisis.

4.3. Sobre el invocado abuso del derecho, se pone de presente que Egeda Colombia está reclamando a favor de sus representados una indemnización que proviene de la divulgación de obras protegidas por el derecho de autor, sin que se vislumbre un ejercicio desmedido de la prerrogativa que tienen las personas que ostentan los derechos de las variadas producciones que la sociedad demandada retransmite en su señal cerrada de televisión.

4.4. Por muy plausible que sea la prestación del servicio de las telecomunicaciones, o el alegato de que debe primar el interés general sobre el particular –así lo cataloga la demandada-, lo cierto es que el aval para la emisión de las obras debió presentarse antes de la retransmisión por parte de la accionada, omisión que, de suyo, genera el pago de la indemnización pretendida. Incluso, no se percibe algún tipo de choque entre las aspiraciones de los sujetos que representa Egeda y el conglomerado que consume el servicio televisión, para que tenga lugar la máxima de la prevalencia del interés general sobre el particular. En síntesis: no obstante la decisión que aquí ha de adoptarse, los canales de televisión van a seguir llegando a la sociedad bajo el uso de las

²³ TSB, sentencia de 11 de agosto de 2022. M.P. Oscar Fernando Yaya Peña. Radicación: 11001 3199 005 2018 31868 01.

tecnologías de la información. Bajo estos parámetros no se abre paso la defensa de ‘imposibilidad de que la retransmisión cause un daño injustificado’.

4.5. La compensación procede cuando “...dos o más personas son deudoras una de otra...” (art. 1714 del C.C.), figura de la que ha destacado la doctrina que son cuatro los requisitos para su procedencia: “1) *Que ambas partes sean personal y recíprocamente deudoras y acreedoras*; 2) *Que ambas deudas sean análogas, es decir, que ambas deudas sean de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad*; 3) *Que ambas obligaciones sean líquidas* y 4) *Que ambas deudas sean exigibles*”²⁴. En el *sub lite* no está probado que la actora sea deudora de Comcel S.A., por lo que no hay lugar a la aplicación de la figura extintiva de las obligaciones.

4.6. La figura jurídica del *Verwirkung* consiste, según la jurisprudencia, en la extinción del derecho reclamado debido a un retraso desleal en el ejercicio del mismo, como en la confianza legítima que, por el paso del tiempo, se genera en otro sujeto de que no va a ser demandado. En palabras de la Corte Suprema de Justicia: “*la Verwirkung, efecto jurídico de una conducta desleal, encuentra por elementos estructurales, el transcurso de un tiempo menor al de prescripción o caducidad, la falta de ejercicio del derecho durante este período y la confianza legítima inspirada a otro sujeto en cuanto no será ejercido, por lo cual, su exigibilidad tardía es inadmisibile al reputarse abusiva y contraria a la buena fe*”²⁵.

²⁴ Arturo Alessandri Rodríguez “Teoría de las obligaciones”.

²⁵ CSJ sentencia de 28 de abril de 2011. Radicado: 41001-3103-004-2005-00054-01.

Aplicadas dichas nociones al diferendo, la sala no evidencia conducta alguna –positiva, omisiva o tácita-, por medio de la cual Egeda Colombia le haya hecho creer a su contraparte que nunca iba a ser vinculada a un juicio civil, para que así se generara en Comcel S.A. la expectativa de la que parte la figura del *Verwirkung*. Por el contrario, la convocante antes de acudir a la jurisdicción intentó que las partes directamente fijaran una contraprestación por la retransmisión de las obras: así se evidencia de la misiva de 25 de febrero de 2006 y la respuesta que ofreció la demandada el 20 de abril siguiente, donde insistió en que el artículo 11 de la Ley 680 de 2011 ‘*puede ser considerado como una limitación a los derechos de los productores de las obras audiovisuales*’²⁶. En resumen: no se vislumbra deslealtad por parte de la peticionaria, puesto que comunicó a su contraparte, con antelación al litigio, de los intereses acá debatidos producto de la infracción al derecho de autor.

4.7. Prescripción: tampoco prospera si se tiene en cuenta que la acción ordinaria, como la presente, decae en un tiempo de 10 años (art. 2536 C.C) y en el *sublite* se pretende el pago de derechos de autor desde el 1° de enero de 2008, para lo cual debe tenerse que la presentación de la demanda logró interrumpir civilmente la ocurrencia del fenómeno jurídico.²⁷

5. La indemnización: Según el artículo 48 de la Decisión 351 de 1993 las tarifas que fijan las sociedades de gestión colectiva “*deberán ser proporcionales a los ingresos que se obtengan con la utilización de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas o producciones fonográficas, según sea el caso, salvo que las legislaciones internas de*

²⁶ Folios 601-607 cuaderno 1 Tomo II de la parte física del expediente.

²⁷ La demanda se presentó el 19 de octubre de 2016 ante la Dirección Nacional de Derechos de Autor, el auto admisorio se notificó en estado de 1 de diciembre de 2016 y la sociedad demandada se notificó el 26 de enero de 2017, por lo que se cumplieron los supuestos del artículo 94 del Cgp para que se interrumpiera civilmente la prescripción.

los Países Miembros expresamente dispongan algo distinto”; la norma comunitaria también señala que las mismas deben estar contenidas en un reglamento. (art. 45 literal g *ibidem*).

En lo que se refiere a la legislación interna, el artículo 73 de la Ley 23 de 1982 prevé que las tarifas entre las sociedades de gestión colectiva y sus representados será la que se acuerde en el respectivo contrato²⁸. A su vez, el artículo 30 de la Ley 44 de 1993 –modificatoria de la Ley 23 de 1982–, dispuso que “*las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos quedan obligadas a elaborar reglamentos internos en los que se precise la forma como deberá efectuarse entre los socios el reparto equitativo de las remuneraciones recaudadas así como la forma como se fijarán las tarifas por concepto de las diversas utilidades de las obras, prestaciones artísticas y de las copias o reproducciones de fonogramas*”.

El lineamiento en mención fue convalidado en el Decreto 1066 de 2015²⁹, específicamente en el artículo 2.6.1.2.4.: “*las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor o de derechos conexos, deberán expedir reglamentos internos en donde se precise la forma como se fijarán las tarifas por concepto de las diversas utilidades de las obras, interpretaciones, ejecuciones artísticas o fonogramas. En las tarifas que se deriven de dichos reglamentos, se enunciará la categoría del usuario, la forma de uso autorizada y el valor que deberá pagar el usuario por dicho uso*”.

²⁸ “En todos los casos en que los autores o las asociaciones de autores, celebren contratos con los usuarios o con las organizaciones que los representen, respecto al derecho de autor, por concepto de ejecución, representación, exhibición y en general, por uso o explotación de las obras protegidas por la presente Ley, serán las tarifas concertadas en los respectivos contratos, las que tendrán aplicación, siempre que no sean contrarias a los principios consagrados por la misma.”

²⁹ “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo del Interior”

De la normativa citada y comoquiera que en el proceso ya quedó determinado que la sociedad demandada debe pagar a su contraparte derechos de autor desde el 1° de enero de 2008 en razón de las obras que retransmitió, se sigue que, para establecer la tarifa –en el caso se pidió a título de lucro cesante-, Egeda Colombia estaba facultada para que en sus propios reglamentos estableciera el respectivo importe.

Según el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina *“la tarifa es el precio que debe pagar quien pretende usar el repertorio administrado por la sociedad de gestión colectiva...sirve para soportar las acciones administrativas y judiciales en caso de infracción a los derechos administrados por la sociedad. Las tarifas que deben cobrar las sociedades de gestión colectiva de conformidad con la Decisión 351, tienen las siguientes características. 6.2.1. Deben estar consignadas en un reglamento de tarifas elaborado por la sociedad de gestión colectiva (Literal g del Artículo 45); 6.2.2. Las tarifas generales por el uso de los derechos de sus afiliados deben ser publicadas por lo menos una vez al año en un medio de amplia circulación (Literal h del artículo 45); 6.2.3. Deben ser proporcionales a los ingresos que se obtengan con la utilización de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas o producciones fonográficas, salvo que la normativa interna de los países miembros establezca algo diferente”*.³⁰

5.1. La demandante pidió condenar a su contraparte a título de lucro cesante, por la suma de ciento setenta y dos mil ciento sesenta y cuatro millones doscientos cincuenta y siete mil novecientos noventa y ocho pesos (\$172.164.257.998), por haber vulnerado los derechos consagrados a favor de los productores audiovisuales y cinematográficos que representa Egeda, cifra que comprende el período entre 1° de enero de

³⁰ Interpretación de 21 de septiembre de 2022., Proceso 257-IP-2021.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3032 2019 00110 01

2008 a mayo de 2016. El valor en referencia tiene sustento en una tarifa de US\$0.30, multiplicada por el número de suscriptores que tiene Comcel S.A. en cada mensualidad, para después multiplicar el monto por la TRM correspondiente.

Ahora, nótese que en el expediente obra el “reglamento de tarifas generales” expedido por Egeda Colombia para los años 2008 a 2016. Asimismo, en la prueba de oficio que dispuso el tribunal en auto de 7 de septiembre de 2022 se logró determinar la cantidad de usuarios de televisión por suscripción que Comcel S.A. ha tenido a lo largo del tiempo, parámetros con los que se puede fijar la tarifa a cobrar y que dan total sustento al juramento estimatorio contenido en la demanda. El siguiente cuadro, que se realiza a partir de las pruebas obrantes en el proceso, corrobora la veracidad de la estimación que se presentó en el escrito de demanda reformada:

Añualidad	Tarifa	TRM representados en pesos	Cantidad de usuarios de Comcel. ³¹
2008 a 2013	0.30 dólares	Para estos años se expidió el mismo reglamento de tarifas: TRM \$1.800 y el 0.30 equivale a \$540 pesos.	Enero de 2008 empezó con 1.530.435 usuarios y en diciembre de 2013 ya se contaba con 2.036.427 usuarios
2014	0.30 dólares	\$1.869 y el 0.30 equivale a \$560 pesos.	Enero 2014 tenía 2.050.930 usuarios y diciembre de 2014 finalizó con 2.131.335 usuarios
2015	0.30 dólares	\$2.000 y el 0.30 equivale a \$600 pesos.	Enero 2015 tenía 2.137.361 usuarios y diciembre de 2015 finalizó con 2.169.112 usuarios
2016 (mayo)	0.30 dólares	\$2.743 y el 0.30 equivale a \$822.90 pesos.	Enero 2016 tenía 2.171.472 usuarios y <u>mayo</u> de 2016 finalizó con 2.200.211 usuarios

³¹ La información de esta columna se extrae de la prueba de oficio que decretó el tribunal y que la misma demandada trajo al proceso. Formatos de autoliquidación televisión por suscripción del operador Telmex Colombia S.A. (hoy Comunicación Celular Comcel S.A.). Archivo número 37 de la carpeta que corresponde al trámite del tribunal del expediente digital.

Con base en la fórmula en mención, que tiene soporte en los estatutos donde Egeda Colombia fijó las tarifas por derechos de retransmisión, a lo que se suma que se pudo obtener la prueba que daba cuenta de la cantidad de suscriptores que la demandada tuvo mes a mes entre enero de 2008 y mayo de 2016, fue que se aplicó la fórmula 0.30 dólares por número de suscriptores, para después multiplicar el resultado por la TRM de cada período, lo que arroja el resultado apreciado en la demanda de **ciento setenta y dos mil ciento sesenta y cuatro millones doscientos cincuenta y siete mil novecientos noventa y ocho pesos (\$172.164.257.998 m/cte)**, por lo que en la parte resolutive de la sentencia se condenará a Comcel S.A. al pago de dicho valor.

Frente a lo objeción que presentó el extremo convocado se responde que, como ya se verificó, en los estatutos de Egeda Colombia se estableció una tarifa de 0.30 dólares americanos por mes y por cada suscriptor que tuviera la demandada. Ahora, el hecho de que eventualmente se haya cobrado una tarifa inferior a otros operadores podría haber sido en razón de una posible conciliación y/o concertación entre las partes, circunstancia que no se pudo verificar en el *sub lite* ya que fue necesario que la jurisdicción resolviera las pretensiones de la actora. Por demás, el cobro de intereses moratorios no es parte del juramento estimatorio, ya que corresponde a una petición particular de la que deberá pronunciarse el tribunal. En conclusión, los argumentos que planteó la sociedad demandada no logran enervar el cálculo matemático que se realizó en la demanda.

Las consideraciones acá expuestas también son suficientes para que no tengan vocación de prosperidad la excepción de ‘pago de la remuneración’, habida cuenta que para el importe de los derechos de

autor derivados de la retransmisión televisiva no era imperioso que Comcel S.A., conociera de la relación negocial entre los productores titulares de las obras protegidas y su representante Egeda Colombia. Se reitera, para la fijación del monto se debía contar con el reglamento de tarifas de la convocante y la cantidad de usuarios de la accionada.

5.2. En la reforma de la demanda se pretendió, además, el pago *‘del lucro cesante causado con posterioridad a la presentación de esta demanda’* por *‘la suma que resulte de aplicar la tarifa aprobada por Egeda Colombia a cada período anual correspondiente’*, de lo que se infiere que se aspiró al pago de los derechos de autor causados con posterioridad al mes de mayo de 2016.

Sin embargo, para que la petición fuera afortunada era necesario que se demostrara que después de la formulación de la demanda Comcel S.A. continuó retransmitiendo en la señal cerrada y a través del servicio de televisión por suscripción obras cuyos titulares y/o productores audiovisuales estuvieran representados por la convocante, donde se obtuviera certeza del **tipo de programa, fecha y hora de publicación**, pero para ese alcance es insuficiente el informe que presentó la firma Business Bureau, ya que el estudio que efectuó dicha firma tiene un corte al año 2016.

Es decir: si bien en el expediente se probó que la sociedad demandada difundió en su parrilla televisiva obras protegidas por el derecho de autor, lo cierto es que después de entablado el juicio no se acreditó, con la certeza del caso, que la convocada haya continuado ejerciendo la actividad que se le enrostró cuando el litigio estaba en ciernes, para que

Apelación Sentencia: 1100 1310 3032 2019 00110 01

así se generara la regalía³², motivos suficientes para no acceder esa pretensión.

5.3. No es posible reconocer intereses moratorios en los términos pretendidos por Egeda Colombia, comoquiera que la condena impuesta parte de la declaración judicial, de allí que el eventual retardo con el pago debe causarse desde la sentencia que profiere esta corporación³³.

Tampoco se concederá la petición encaminada a que se condene a Comcel S.A. a no realizar comunicación pública hasta que obtenga la respectiva autorización de Egeda Colombia, puesto que la decisión solo abarca el período enero 2008-mayo 2016. Y se repite, aún a riesgo de fatigar, que no hay prueba que demuestre que la sociedad accionada continuó desplegando la conducta de retransmisión de obras protegidas por el derecho de autor, para que pudiera tener viabilidad algún tipo de orden encaminada a la abstención de la actividad de la que repercute el pago de regalías.

6. En razón de lo discurrido se revocará la sentencia apelada, para en su lugar declarar no probadas las excepciones de mérito que formuló Comcel S.A., y se le condenará al pago de ciento setenta y dos mil ciento sesenta y cuatro millones doscientos cincuenta y siete mil novecientos noventa y ocho pesos (\$172.164.257.998 m/cte), pero se negarán las demás pretensiones de la demanda. Ante los resultados del recurso y por

³² Y es que en virtud del artículo 72 de la Ley 23 de 1982, “*el derecho patrimonial del autor se causa desde el momento en que la obra o producción, susceptible de estimación económica y cualquiera que sea su finalidad, se divulgue por cualquier forma o modo de expresión*”.

³³ “*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 en una 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.*” CSJ sentencia SC12063 de 14 de agosto de 2017. Radicación n° 11001-31-03-019-2005-00327-01.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3032 2019 00110 01

aparecer causadas, se impondrá condena en costas de ambas instancias a cargo de la parte convocada.

DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., en Sala de Decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **REVOCA** la sentencia apelada, proferida el 11 de julio de 2019 por el Juzgado 32 Civil del Circuito y en su lugar, **RESUELVE:**

1°. **DECLARAR** no probadas las excepciones formuladas por la demandada Comcel S.A.

2°. **DECLARAR** que Telmex Colombia S.A., actualmente Comcel S.A. es responsable de los perjuicios causados y derivados de la retransmisión no autorizada de la programación de titularidad de los productores adscritos a Egeda Colombia, acto que desplegó entre los meses de enero de 2008 a mayo de 2016.

3°. En consecuencia, **CONDENAR** a la demandada Telmex Colombia S.A., actualmente Comcel S.A., a pagar a la demandante Egeda Colombia, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, a título de indemnización por lucro cesante, la suma de ciento setenta y dos mil ciento sesenta y cuatro millones doscientos cincuenta y siete mil novecientos noventa y ocho pesos (\$172.164.257.998 m/cte).

4°. Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3032 2019 00110 01

5°. **CONDENAR** en costas de ambas instancias a la parte demandada. El magistrado sustanciador fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$5.000.000. Líquidense (art. 366 Cgp).

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

Los Magistrados,

GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

ÓSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO

Radicado: 1100 1310 3032 2019 00110 01

Firmado Por:

German Valenzuela Valbuena

Magistrado

Sala 019 Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Oscar Fernando Yaya Peña

Magistrado

Sala 011 Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Juan Pablo Suarez Orozco

Magistrado

Sala Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **6e4269d8541113dd086bcc7dadbc860d294cf6f680d40614913a52218f19839e**