

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Magistrado ponente

SC424-2024

Radicación n.º 11001-31-03-032-2019-00110-01

(Aprobado en sesión virtual de veintinueve de febrero dos mil veinticuatro)

Bogotá, D.C., nueve (9) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

Se decide el recurso de casación de Telmex Colombia S.A. -hoy Comcel S.A. (Comcel) frente a la sentencia que el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, profirió el 23 de febrero de 2023 en el proceso declarativo que en su contra le promovió la Entidad de Gestión Colectiva de Derechos de Productores Audiovisuales de Colombia (Egeda).

ANTECEDENTES

1. Egeda demandó declarar que Comcel retransmitió -sin autorización suya ni de los productores y titulares de derechos de autor que representa- obras audiovisuales y cinematográficas desde el 1 de enero de 2008 y hasta la demanda, razón por la que ha vulnerado los derechos de los productores audiovisuales y cinematográficos que representa consagrados en la decisión andina 351 de 1993, la ley 23 de 1982, el artículo 11 bis del Convenio de Berna (aprobado por la ley 33 de 1987) y, en consecuencia, sea condenada a pagar \$172.164.257.998 por concepto de «los perjuicios ocasionados, en la modalidad de lucro cesante», más los que se causen luego de la demanda, así como los intereses moratorios calculados a la tasa máxima permitida y las costas. También reclamó ordenarle a Comcel abstenerse de comunicar públicamente las respectivas obras audiovisuales y cinematográficas mientras carezca de autorización expresa y previa de Egeda.

Relató que como sociedad de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual autorizada por la Dirección Nacional de Derechos de Autor para administrar y recaudar los derechos patrimoniales en Colombia, representa productores audiovisuales y asociaciones de productores audiovisuales como 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, entre otros.

Sostuvo que el 80% de la audiencia nacional es de los canales de RCN TV y Caracol TV, y que la demandada los ha incluido sin autorización en su parrilla de programación y, por tanto, ha retransmitido desde 2007 obras audiovisuales y cinematográficas que integran su portafolio como Todos quieren con Marilyn, El man es Germán, El Chavo, Tu voz estéreo, Chespirito, La costeña y el cachaco, Rebelde, etc., lo que se traduce en la transgresión del derecho de comunicación pública de los productores que representa.

2. Comcel excepcionó carencia de legitimación en la causa por activa, ausencia de legitimación por pasiva, inexistencia de la infracción, pago de la remuneración, cobro de lo no debido, abuso del derecho, usos leales y honrados de la señal codificada, imposibilidad de que la retransmisión cause un daño injustificado, compensación, el ejercicio intempestivo de un derecho o la doctrina

del «Verwirkung» y prescripción.

3. El Juzgado Treinta y Dos Civil del Circuito de Bogotá, mediante fallo oral de 11 de julio de 2019, negó las pretensiones y condenó en costas a la demandante, fijando agencias en derecho por \$500.000.000.

4. El Tribunal, al resolver la apelación de Egeda, revocó esa sentencia y, en su lugar:

4.1. Negó las excepciones de mérito;

4.2. Declaró a Comcel «responsable de los perjuicios causados y derivados de la retransmisión no autorizada de la programación... de los productores adscritos a Egeda... entre... enero de 2008 a mayo de 2016»;

4.3. La condenó a pagar a la demandante «a título de indemnización por lucro cesante,... 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)»; y

4.4. Negó las demás pretensiones.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. El a quo limitó su decisión al deber legal de Comcel de retransmitir gratuitamente la señal abierta de televisión, pues Egeda pretende que Comcel la indemnice pagando por la comunicación pública de las obras audiovisuales y cinematográficas retransmitidas, lo que se traduce en que el juzgador de primer grado soslayó su deber de resolver las pretensiones, pues el derecho conexo de retransmisión de la señal televisiva es distinto al de comunicación pública de obras.

El juzgador de primer grado sí debía dilucidar si Comcel tenía a su cargo los derechos de autor por las obras retransmitidas, pues aceptar esa interpretación se traduciría en permitir que el litigio no sea resuelto, sobre todo cuando 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».

2. El productor tiene «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”» (art. 13, decisión andina 351 de 1993); una de las modalidades de comunicación pública (lit. e, art. 15, decisión andina 351 de 1993) es «[l]a 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... despliega la... demandada con el servicio de televisión por suscripción, puesto que re-comunica la señal sin ser [su] titular...; 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».

Los organismos de difusión como Caracol y RCN Televisión pueden «autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento, prerrogativa... que se... ha... denomina[do] 'derecho conexo'». (art. 39, Decisión 351 de 1993).

El Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas «reconoce la posibilidad que tienen los autores para prohibir la comunicación pública de sus obras literarias y artísticas que se dan a conocer bajo... retransmisión» (num. 1, art. 11 bis).

Según la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA), «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». Además, «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”».

El TJCA también interpretó que «para ejercer debida y reglamentariamente el servicio de televisión por suscripción por cable se deben seguir dos directrices...: primero,... la autorización... 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... pueden estar en cabeza del mismo organismo de difusión». Esto se traduce en que «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», sobre todo cuando la protección de los derechos conexos no puede afectar los de autor (art. 33, decisión 351 de 1993).

En conclusión, el Tribunal accedió a las pretensiones por la retransmisión de las obras audiovisuales y cinematográficas por parte de Comcel (derecho de autor), y no por la re-comunicación de la señal televisiva (derecho conexo).

3. El informe de Business Bureau acredita que Comcel ha retransmitido múltiples obras audiovisuales de los representados por Egeda, resultando notorio que Comcel ofreció a sus suscriptores los canales de señal abierta que transmitieron obras protegidas por el derecho de autor, sin haber pagado suma alguna «por la nueva difusión de las producciones audiovisuales».

«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». Estos requisitos se cumplen en el caso concreto por haberse retransmitido las obras sin aval de sus autores.

Aunque no fue cuestionada en la apelación, Egeda sí está legitimada en la causa por activa pues las sociedades de gestión colectiva (SGC) pueden ejercer los derechos confiados a su administración, además de que, en concepto del TJCA no se les puede exigir un poder por cada representado, por causar costos excesivos (art. 49, decisión andina 351 de 1993).

4. Ni el artículo 11 de la ley 680 de 2001 ni la sentencia de competencia desleal del proceso de Caracol Televisión y RCN Televisión contra Telmex (rad. 2014-16592-06) desarrollaron «una limitante a los derechos de autor en razón de que los 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».

5. La Sala Civil del Tribunal ha resuelto en diversas oportunidades que «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. Esto descarta la prosperidad de las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la infracción, cobro de lo no debido y usos leales y honrados de la señal codificada.

6. Egeda no ha abusado de sus derechos porque está reclamando a favor de sus representados el resarcimiento por la comunicación pública no autorizada de obras protegidas por el derecho de autor, pues, con independencia de que, según Comcel, retransmite los canales de televisión pro del interés general, esa actividad debe estar precedida de la autorización de los titulares, la cual no se obtuvo y genera las sumas reclamadas por Egeda, máxime cuando no se encuentra en juego el interés general de la colectividad porque «los canales de televisión van a seguir llegando a la sociedad bajo el uso de las tecnologías de la información», lo cual descarta la prosperidad de la defensa denominada imposibilidad de que la retransmisión cause un daño injustificado.

7. No se probó que demandante y demandada sean recíprocamente deudores y acreedores, por lo que no prospera la defensa de la compensación; tampoco se acreditaron comportamientos de Egeda que le hubieran hecho pensar a Comcel «que nunca iba a ser vinculada a un juicio civil», como se presenta en el fenómeno denominado «Verwirkung». Por el contrario, Egeda reclamó en comunicación de 25 de febrero de 2006 por la retransmisión, lo que descarta deslealtad en la formulación de sus pretensiones.

8. Si se pretende el pago por retransmisión desde 1 de enero de 2008 y la demanda se presentó el 19 de octubre de 2016, no transcurrió el tiempo de prescripción extintiva de 10 años.

9. Las sociedades de gestión colectiva pueden fijar en sus reglamentos tarifas proporcionales a los ingresos obtenidos con la utilización de obras, concepto que permite calcular la indemnización (arts. 45, lit g, 48 de la decisión 351 de 1993, 73 de la ley 23 de 1982, 39 de la ley 33 de 1993, y 2.6.1.2.4 del decreto 1066 de 2015).

Según el TJCA, «tarifa es el precio que debe pagar quien pretende usar el repertorio administrado por la sociedad de gestión colectiva... [y] sirve para soportar las acciones administrativas y judiciales en caso de infracción a los derechos administrados por la sociedad». Dentro de sus características se encuentran:

(I) Deben estar consignadas en un reglamento de tarifas elaborado por la sociedad de gestión colectiva (Literal g del Artículo 45);

(II) 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);

(III) 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 (Interpretación prejudicial del TJCA de 21 de septiembre de 2022, Proceso 257-IP-2021).

10. El valor de la indemnización reclamada surge de «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», pues se probó la cantidad de suscriptores de Comcel entre enero de 2008 y mayo de 2016, lo cual arroja el siguiente resultado:

Anualidad	Tarifa	TRM representados en pesos	Cantidad de usuarios de Comcel
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 mayo de 2016 finalizó con 2.200.211 usuarios

11. Es improcedente reconocer el lucro cesante causado luego de la presentación de la demanda porque no se probó la retransmisión de la señal, así como el tipo de programa, fecha y hora de publicación. Por esto, también hay lugar a negar la solicitud de ordenarle a Comcel abstenerse de retransmitir sin autorización.

12. Es inviable reconocer intereses sobre la condena impuesta pues la obligación surge con la sentencia.

DEMANDA DE CASACIÓN

Comcel sustentó ocho cargos que serán resueltos en el mismo orden de la demanda. Los dos primeros, encausados por la vía directa, se resolverán en conjunto en aplicación del artículo 344 del Código General del Proceso, porque versan sobre lo mismo (una posible excepción o límite al derecho de autor); los demás se resolverán por separado.

CARGO PRIMERO

Bajo la primera causal, denunció vulneración directa de los artículos «11 de la Ley 680 de 2001

(por falta de aplicación), y su correlativa e inescindible sentencia de exequibilidad C-654/03 proferida por la Corte Constitucional ...9, numeral primero (por aplicación indebida) y numeral segundo (por falta de aplicación) y 11bis (por aplicación indebida) del Convenio de Berna;... 13 literal b) y 21 de la Decisión Andina 351 de 1993 (por falta de aplicación);... 72 de la Ley 23 de 1982 (por aplicación indebida);... 58, 75, y 333 de la Constitución Política (por falta de aplicación)».

Apuntó que el artículo 11 de la ley 680 de 2001, a la luz de la sentencia C-654/03 de la Corte Constitucional, ordena a los operadores de televisión por suscripción garantizar sin costo para sus suscriptores, la recepción de los canales nacionales y regionales de televisión abierta y, por tanto, «límit[a el] derecho de autor consagrado en [e]l artículo 21 de la Decisión Andina 351 de 1993, en asocio... con... el numeral segundo del artículo 9 del Convenio de Berna», con fundamento en «el pluralismo informativo» y «el derecho de la sociedad a estar debidamente informada».

Recordó que la Corte Constitucional mediante sentencia C-654/03 declaró exequible el artículo 11 de la ley 680 de 2001 por la prevalencia del interés general representado en el pluralismo informativo y el derecho a la información, además de consagrar «una carga o restricción [razonable] a la libertad económica de los operadores de televisión por suscripción» sin que puedan reclamar «derechos por este concepto».

Recalcó que, a diferencia de lo resuelto por el Tribunal, los operadores de televisión por suscripción carecen de la «obligación jurídica de... pagar, reconocer o cancelar derechos a raíz del cumplimiento del mandato legal de garantizar la recepción de los canales de televisión abierta de carácter nacional..., lo que... comprende sus correlativos contenidos (señal y contenido), en el lógico entendido de que los derechos aludidos son todos, y no unos, o una parte de ellos, puesto que la Corte [Constitucional] no... distin[guió], motivo por el cual caben no sólo los derechos conexos correspondientes a los que figuran a favor de los canales mismos de señal abierta, sino también los derechos autorales de los programadores o productores cuyas obras se incluyen en la parrilla de esos canales de señal abierta». Por tanto, arguyó, la sentencia impugnada desconoció la decisión de constitucionalidad, distorsionando e inaplicando el citado artículo 11.

Insistió en el desconocimiento de la sentencia C-654/03, pues en ella la Corte Constitucional declaró exequible la norma citada con fundamento en que «...los operadores de la televisión por suscripción... transmiten a sus usuarios la programación que ofrecen los canales colombianos de televisión abierta SIN TENER QUE CANCELAR DERECHOS POR ESTE CONCEPTO», por lo que calificó la condena impuesta a título de lucro cesante como «fabulosa y extravagante».

Explicó que para «la Corte Constitucional... el artículo 11 de la Ley 680 de 2001, introdujo dos deberes diferentes... plenamente compatibles con la Constitución. Ellos son: (i) el deber para los operadores de televisión cerrada u operadores de televisión por suscripción de transmitir gratuitamente la señal de televisión por suscripción ('Must carry'); y (ii) el deber de los concesionarios de televisión u operadores de televisión abierta de permitir que sus señales sean retransmitidas por los operadores de televisión cerrada u operadores de televisión por suscripción sin costo alguno ('Must offer')».

Puso de presente que si los operadores de televisión por cable tuvieran que «cancelar derechos por concepto de retransmisión», tendrían una obligación desproporcionada, contraria al orden social justo y la libertad económica.

Mencionó la «regla de los tres pasos» para sostener que tanto el Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas, como la decisión andina 351 de 1993 permiten a la legislación local (inclusive mediante sentencias de constitucionalidad) limitar válidamente los derechos de autor y conexos, pues no son absolutos, sobre todo por estar relacionados con la propiedad privada y ser una función social que cede ante el interés general.

Calificó de «bifronte -o binario-» el gravamen establecido en el artículo 11 de la ley 680 de 2001 porque «de un lado, impuso a los operadores de televisión cerrada el deber de retransmitir dicha señal sin poder cobrar a los usuarios ('Must Carry') y, del otro lado, equilibrada y equitativamente, estimó que tal transporte, retransmisión o re-comunicación debía operar sin costo alguno -y sin tener que cancelar derechos por ese concepto- para los operadores de televisión cerrada ('Must Offer')», pues si fuera unilateral se trataría de una carga desproporcionada e inconstitucional, con independencia de que la norma no exima expresamente del pago a los operadores de televisión, máxime cuando la interpretación exegética está «superada».

Centró el error del Tribunal en la «interpretación meramente textual -aislada, esa sí 'casi de paso' de[l] artículo 11 de la Ley 680 de 2001, para así justificar su inaplicación..., sin advertir que... forma un todo inseparable con su sentencia de exequibilidad proferida por la Corte Constitucional».

Citó doctrina y documentos emanados de la Comisión Nacional de Televisión para soportar que «los operadores de televisión por suscripción... no están obligados a reconocer suma alguna por... retransmisión de la señal televisiva y, por ende, tampoco a obtener autorización o aval previo de parte de los titulares, o de las entidades de gestión correspondientes -y demás interesados-».

Mencionó el artículo 21 de la decisión andina 351 de 1993 que permite la comunicación de obras de radiodifusión en razón a que cumple la regla de los tres pasos porque:

Regula un caso especial y específico que desea lograr el pluralismo informativo;

No atenta contra su explotación normal por tratarse del cumplimiento de un deber legal que configura un caso especial y específico; y

No perjudica sin razón intereses legítimos de autores por proteger y promover el pluralismo informativo.

Finalmente, hizo consistir la vulneración de los artículos 72 de la ley 23 de 1982 (por aplicación indebida), 13 lit. b y 21 de la decisión andina 351 de 1993 (por inaplicación) en que, según el Tribunal, «se producía -o generaba- el derecho con tan sólo retransmitir la programación contenida en la señal de los canales privados de televisión abierta sin autorización del productor», sin detenerse en las limitaciones de orden público que pesan sobre los derechos de autor. También refirió la inaplicación del artículo 9º, # 2º del Convenio de Berna porque el deber previsto en el artículo 11 de la ley 680 de 2001 es una excepción al derecho de autor de autorizar la retransmisión de obras cinematográficas, lo que hacía innecesaria la autorización previa de los titulares e improcedente la condena económica impuesta a la demandada.

CARGO SEGUNDO

Con fundamento en la primera causal de casación, imputó vulneración directa de «los artículos

72 de la ley 23 de 1982 (por aplicación indebida), 13 literal b) de la decisión andina 351 de 1993 (Comisión del Acuerdo de Cartagena) 64 (por aplicación indebida), 9, #2° (por aplicación indebida) 65 del convenio de Berna, ... 11 de la Ley 680 de 2001 (por falta de aplicación) y... 2341 del Código Civil (por aplicación indebida)».

Explicó que cumple el deber legal de garantizar a sus suscriptores la recepción de los canales colombianos de televisión abierta, razón por la que no está llamada a responder jurídica y patrimonial y la interpretación adoptada en la sentencia impugnada es «una exigencia desmedida, desbordada, exorbitante e insoportable».

Arguyó que la carga de transmitir la señal de televisión abierta afecta su libertad económica, lo cual «se compens[a] o equilibr[a] por el hecho de no “... tener que cancelar derechos por este concepto”», como dijo la Corte Constitucional en la sentencia C-654 de 2003, razón por la que sobre Comcel existe sólo «un débito u obligación, pero no dos».

Hizo consistir la vulneración de los artículos 72 de la ley 23 de 1982 y 13, literal b), de la decisión andina 351 de 1993 en que la retransmisión o re-comunicación de la señal de televisión abierta le causó un perjuicio resarcible, a pesar de se produjo por un imperativo impuesto por el artículo 11 de la ley 680 de 2001 que, de haberse incumplido, hubiera causado, entre otras consecuencias, la caducidad del contrato de concesión.

Aludió a la aplicación indebida del artículo 2341 del Código Civil para cuestionar el uso del régimen de responsabilidad extracontractual por el Tribunal al referirse a términos como «“indemnización”, “perjuicios”, “daños”, “lucro cesante”, etc.,», a pesar de que «cuando un sujeto actúa en estricto cumplimiento de un deber legal, por esencia, se excluye cualquier antijuridicidad del daño, tornándolo, además, de ordinario, lícito, justo y jurídico, condiciones estas que impiden que, válidamente, se pueda pretextar una indemnización de perjuicios sustentada en» esa norma.

Señaló que, en todo caso, también se aplicó indebidamente el párrafo del artículo 73 de la ley 23 de 1982 porque no había lugar a imponer la condena, a raíz de que Comcel ha cumplido un deber legal, lo que también erigió la aplicación indebida de los artículos 72 de la ley 23 de 1982, 13 literal b) de la decisión andina 351 de 1993 y numeral primero del artículo 11 bis del convenio de Berna, pues «la conducta desplegada por Comcel no podía calificarse de delito o cuasidelito».

CONSIDERACIONES

El epicentro de estos cargos consiste en determinar si el deber de Comcel (denominado must-carry) de garantizar a sus suscriptores la recepción de los canales colombianos de televisión abierta nacionales, regionales y municipales, es un límite o excepción al derecho de autor de realizar, autorizar o prohibir la comunicación pública de obras audiovisuales y cinematográficas que integran el portafolio de Egeda.

Para resolver ese problema jurídico, la Sala estima oportuno ocuparse de varios temas como el deber de los operadores de televisión cerrada de transportar ciertos canales colombianos, los derechos morales y patrimoniales de autor, así como los conexos y la regla de los tres pasos como parámetro para crear, interpretar y aplicar los límites o excepciones al derecho de autor. Todas estas explicaciones servirán no sólo para decidir los dos primeros cargos, sino también algunos de los planteados por Comcel.

Must-carry: deber de transportar canales colombianos de televisión abierta

La televisión fue concebida a inicios del siglo veinte como un posible medio educativo y de comunicación interpersonal, que luego se convirtió en una forma contundente de radiodifusión que informa y entretiene a las personas en los lugares más recónditos del mundo.

La televisión nacional es más que simple entretenimiento. Puede cumplir diversos fines educativos, informativos, comunicativos y, además, fortalecer la identidad nacional de los habitantes de un país. Expertos en la materia señalan que la televisión hace parte de la vida doméstica y, prácticamente, del día a día de las personas del mundo, lo que hace indiscutible su importancia.

Hacia 1960, en Norteamérica empezó a imponerse la televisión por suscripción (pay-per-view) por encima de la abierta. En esa época era posible que, al instalar los equipos de televisión cerrada en los hogares que la contrataban, se dejaran inactivos los mecanismos que permitían acceder a los canales nacionales abiertos; esa fue una de las causas que, al lado del poderío económico de los operadores de televisión por suscripción empezó a suscitar desequilibrio en desmedro de los canales de televisión abierta. Para conjurarlo, en Estados Unidos y Canadá se expidieron normas que impusieron a los operadores de televisión cerrada el deber de transportar (must-carry) canales de televisión nacional abierta.

Según la Suprema Corte de Estados Unidos en el caso *Turner Broadcasting System, Inc. v. Federal Communications Commission*, el deber de transporte de canales de televisión abierta o must-carry no amenaza de manera significativa la libertad de expresión ni implica censura. Por el contrario, permite a los estadounidenses que han contratado el servicio de televisión por suscripción también acceder a la televisión abierta, promueve la pluralidad informativa y suscita la libre competencia económica.

Diversas naciones del mundo han acogido en sus legislaciones el must-carry. Su consagración no ha estado exenta de polémicas y discusiones que han llegado hasta los estrados judiciales, como demuestra el caso que ahora resuelve la Sala. En Colombia el deber de transporte (must-carry) fue consagrado en el artículo 11 de la ley 680 de 2001 que establece:

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.

La Corte Constitucional dictaminó que el must-carry es un deber de los operadores de televisión por suscripción que respeta los postulados constitucionales de libertad económica y libre competencia, además de contribuir al pluralismo informativo y permitir a los suscriptores acceder a los canales locales, regionales y nacionales de televisión colombianos, razones por las que el artículo 11 de la ley 680 de 2001 fue declarado exequible mediante la sentencia C-654 de 2003 donde también se argumentó:

desde el punto de vista del derecho a la libre competencia el servicio de televisión abierta y el de televisión por suscripción no se encuentran en la misma situación fáctica, pues se ha visto como en el caso de la primera modalidad televisiva la señal de televisión es recibida en forma libre y gratuita por cualquier persona ubicada en el área de servicio de la estación, al paso que en la segunda modalidad la señal, independientemente de la tecnología de transmisión y utilizada, es

recibida únicamente por personas autorizadas para su recepción quienes deben cancelar una tarifa por el servicio ofrecido.

De acuerdo con la misma sentencia, el deber de transporte o must-carry busca «garantizar el derecho al pluralismo informativo que le asiste a toda la comunidad», finalidad que

se aviene a los principios superiores del Estado Social de Derecho pues garantiza a los usuarios de televisión por suscripción acceder por el mismo sistema, y sin costo alguno, a la información de carácter nacional, permitiéndoles obtenerla de manera amplia y adecuada, lo cual contribuye a la formación de una opinión pública libre...

[H]ace efectivo el pluralismo informativo como objetivo de la intervención del Estado en el espectro electromagnético, por cuanto los suscriptores no estarán aislados de los acontecimientos culturales, sociales y políticos de la realidad nacional...

[A]demás, al tiempo que disfrutan de la televisión extranjera tienen la opción de acceder a la programación colombiana de naturaleza cultural, recreativa e informativa, con lo cual se forman una opinión pública globalizada donde los problemas nacionales se pueden cotejar con los de otras latitudes en un interesante ejercicio intercultural», siendo «idónea para la consecución del fin propuesto, por cuanto si la conexión de los usuarios a una red de televisión por suscripción implica por razones técnicas que ellos no puedan recibir las señales de la televisión abierta que emiten los canales nacionales, resulta adecuado imponerle a los operadores de dicho servicio el deber de garantizarles a sus suscriptores la recepción de los canales de la televisión abierta, siempre y cuando cuenten con la debida capacidad técnica, tal como lo prescribe la norma acusada.

Si bien es cierto que la exigencia de la norma acusada podría afectar la libertad económica de los operadores de la televisión por suscripción, también lo es que la carga que se les impone no es de ninguna manera mayor que el beneficio que se pretende obtener, el cual consiste en la garantía del derecho a recibir una información libre e imparcial. Puede afirmarse, incluso, que lejos de afectar a los operadores de la televisión por suscripción la medida censurada comporta para ellos beneficios significativos, en tanto y en cuanto transmiten a sus usuarios la programación que ofrecen los canales colombianos de televisión abierta sin tener que cancelar derechos por este concepto. Y además tal garantía puede hacer más atractivo para los usuarios el servicio por suscripción (se destaca. CC C-654 de 2003).

Teniendo claros los principales aspectos de la televisión como mecanismo informativo, educativo y de entretenimiento, así como del deber de transporte o must-carry a cargo de los operadores de televisión por suscripción como la demandada Comcel, la Sala establecerá si ese deber constituye un límite o excepción a los derechos patrimoniales de autor, para lo cual es necesario ocuparse de ellos brevemente.

El derecho de autor

Múltiples mecanismos internacionales protegen el derecho de autor. El artículo 27.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece:

...2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora...

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala en la primera parte de su artículo 15:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:

...c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora....

El Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos prescribe en su artículo 14:

1. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen el derecho de toda persona a:

...c. beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora...

Se trata de una prerrogativa sustancial y subjetiva protegida no sólo por cada uno de los ordenamientos jurídicos locales, sino también por instrumentos internacionales de derechos humanos, a los que se suman normas comunitarias y, por supuesto, la Constitución Política de Colombia que en su artículo 61 ordena:

El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley.

Los derechos morales

El derecho de autor protege la relación especial y personal (única, dirían algunos) que, por el mismo acto de creación, existe entre el creador y su obra. De ahí que le permitan al titular el reconocimiento de tal, evitar que la obra se deforme o que se publique sin su consentimiento, lo que justifica su carácter de intransferibles, irrenunciables e imprescriptibles.

Los derechos morales se clasifican en prerrogativas tales como: (I) paternidad; (II) integridad; (III) ineditud; (IV) de modificación; y (V) retracto. Desde ya la Sala aclara que ninguno de ellos está en entredicho en el presente proceso; por el contrario, Egeda reclamó por la vulneración de una de las modalidades de los derechos patrimoniales de autor, razón por la que se abordan en el siguiente acápite.

Los derechos patrimoniales

Estas prerrogativas tienen una clara condición económica y, a diferencia de los morales, son transferibles, renunciables y prescriptibles, pues le permiten a su titular explotar pecuniariamente la creación. Son derechos patrimoniales de autor los de: (I) reproducción; (II) comunicación pública; (III) distribución; y (IV) transformación. Es de su esencia que el autor o titular pueda autorizar, realizar o prohibir cada uno de tales actos, pues tiene la potestad de decidir cómo utiliza su creación. De ahí que la explotación de la obra por un tercero requiera autorización previa y expresa del titular, sin importar el medio empleado (art. 2º ley 23 de 1982).

Esta idea tiene mayor importancia en los tiempos actuales donde se impone otro derecho humano como el de gozar de los adelantos científicos y tecnológicos, gracias al cual el avance de las tecnologías de la información y la comunicación aumentan las posibilidades de interacción, comunicación, creación y, por supuesto, explotación autorizada o no de obras que también impactan los derechos de autor y conexo. Así las cosas, los adelantos tecnológicos y la

posibilidad de comunicarse con mayores facilidades y a menores costos, no puede hacer nugatorios los derechos de autor, lo que se traduce en que la simple aparición de una nueva tecnología (como, en su momento, la televisión) que permita la comunicación pública de obras, no se constituya de manera automática en un límite o excepción a los derechos de autor.

El objeto de protección de los derechos patrimoniales de autor es la obra, es decir, la «creación intelectual, original, expresada en una forma reproducible o «toda creación intelectual originaria, de naturaleza artística, científica o literaria susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma.

Existen obras de diverso tipo, tales como las fonográficas, literarias, así como las audiovisuales y cinematográficas. Particularmente, las pretensiones se originan en que, para la demandante Egeda, Comcel ha comunicado de manera pública obras audiovisuales y cinematográficas sin autorización previa y expresa de sus productores.

Una obra audiovisual es «[t]oda 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. También puede entenderse 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.

Ejemplo de las obras audiovisuales son «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.», como se desprende de la lista no exhaustiva de obras protegidas contenida en el artículo 2 numeral 1 del Convenio de Berna de 1886, incorporado al derecho colombiano mediante ley 33 de 1987, reproducido en el artículo 2º de la ley 23 de 1982.

Por tratarse del concepto que originó la demanda de Egeda, es importante señalar que comunicación pública es «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 a cada una de ellas» (art. 15, decisión 351 de 1993). La comunicación pública puede llevarse a cabo por diversos medios, tales como las representaciones en vivo, la proyección o exhibición pública, la emisión, entre otros.

En concreto, el proceso de la radicación versa sobre una modalidad específica de comunicación pública de obras audiovisuales y cinematográficas: la retransmisión, que puede hacerse por cualquiera de los medios citados anteriormente «...por una entidad emisora distinta de la de origen, de la obra radiodifundida o televisada» (art. 15, lit. e, decisión 351 de 1993).

Este derecho patrimonial de autor permite a su titular (por ejemplo, el productor de obras audiovisuales y cinematográficas) «realizar, autorizar o prohibir» «[l]a comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes» (art. 13, decisión 351 de 1993).

El punto de partida, entonces, es que si el titular de la obra goza del derecho patrimonial de autor de hacer, autorizar o prohibir la comunicación pública por medios diversos como la retransmisión, los terceros que deseen hacerlo requieren autorización previa y expresa suya. Si carecen de ella, el titular está facultado no sólo para prohibir la retransmisión de sus obras, sino

también para reclamar la respectiva indemnización. Por su parte, los supuestos infractores del derecho de autor podrán defenderse demostrando, por ejemplo, que sí cuentan con autorización para retransmitir o que se configura algún límite o excepción al respectivo derecho patrimonial de autor, para lo cual será indispensable usar la conocida Regla de los Tres Pasos, de la que se ocupará la Sala en su momento.

Para transgredir el derecho de autor de comunicación pública no es necesario que la retransmisión por parte de un organismo de radiodifusión distinto al de origen alcance un nuevo público o una nueva audiencia, pues

En teoría, se trataba de una distinción fácil de hacer, pero en la práctica fracasaba, ya que dependía de que existiera una distinción funcional entre la audiencia original de la emisión y la nueva audiencia a la que llegaba la retransmisión. Un criterio geográfico podría haber parecido el más fácil de adoptar a este respecto, pero ¿cómo determinarlo? Algunas redes de radiodifusión operaban a nivel nacional, en cuyo caso podía decirse que su audiencia original era toda la población. Pero en muchos casos, las diferencias horarias regionales hacían necesario dar servicio a esta población mediante estaciones repetidoras. Por lo tanto, estos factores prácticos dificultan establecer una distinción clara entre la audiencia original de una emisión y una audiencia nueva, ya que lo que sería una audiencia nueva en un caso puede muy bien formar parte de la audiencia original en otro. Por este motivo, los delegados de la Conferencia de Revisión de Bruselas de 1948 no pudieron llegar a un acuerdo sobre una propuesta de programa que imponía la responsabilidad en virtud del apartado 1 del artículo 11 bis con respecto a "cualquier nueva comunicación al público... de la obra radiodifundida". Esto confiere a los autores el derecho a autorizar "cualquier comunicación al público por cable o por redifusión de la emisión de la obra, cuando esta comunicación sea realizada por un organismo distinto del original". Así pues, el derecho abarca todo tipo de transmisiones secundarias de terceros, ya sea por cable u otra forma de comunicación alámbrica, así como por redifusión.

Con el fin de evitar confusiones entre ellos y sentar las bases que servirán para resolver varios cargos de casación, resulta necesario desarrollar los derechos conexos.

Los derechos conexos

2.3.1. También se denominan vecinos o afines. Estas prerrogativas surgieron gracias al progreso tecnológico y científico, pues la aparición de nuevos y cada vez más sofisticados medios de reproducción, difusión y explotación autorizada e indebida de obras, aumentó el impacto de las industrias editorial, del entretenimiento, de la computación y de los medios de comunicación, sin que el derecho de la propiedad intelectual pudiera mantenerse incólume. Así, el incremento de la explotación de obras por medio de satélite, fibra óptica, internet o telefonía celular ha sido directamente proporcional al surgimiento de los soportes en que se fijan, transportan o reproducen las obras, así como los intereses subjetivos en juego.

Por eso, se reconocen derechos conexos a los artistas y ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión <http://ssrn.com/abstract=3267501>. La finalidad de los derechos conexos es «proteger los intereses legales de determinadas personas y entidades jurídicas que contribuyen a la puesta a disposición del público de obras o que hayan producido objetos que, aunque no se consideren obras en virtud de los sistemas de derecho de autor de todos los países, contengan suficiente creatividad y capacidad técnica y organizativa para merecer la concesión de un derecho de propiedad que se asimile al derecho de autor.

Los derechos conexos, vecinos, afines u otros derechos de propiedad intelectual (como también se les denomina) no han estado exentos de polémicas sobre su contenido, pues la doctrina destaca que también se caracterizan por la imprecisión. Por eso los funcionarios judiciales encargados de resolver asuntos como el que ahora ocupa a la Sala están llamados a superar la sobreposición, confusión e, inclusive, colisión entre los derechos de autor y los conexos empleando diversos mecanismos como establecer cuál es la prerrogativa concreta reclamada (si derechos morales, patrimoniales o conexos) y cuál es el objeto protegido por cada uno de ellos.

Recuérdese que los derechos de autor no riñen con los conexos porque «[l]a 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» (art. 33 decisión 351 de 1993).

2.3.2. Los artistas intérpretes o ejecutantes gozan de la prerrogativa (derecho conexo) de «autorizar o prohibir la comunicación al público en cualquier forma de sus interpretaciones y ejecuciones no fijadas, así como la fijación y la reproducción de sus interpretaciones o ejecuciones. Sin embargo, los artistas intérpretes o ejecutantes no podrán oponerse a la comunicación pública de su interpretación o ejecución, cuando constituyan por sí mismas una ejecución radiodifundida o se hagan a partir de una fijación previamente autorizada». (art. 34 decisión 351 de 1993). También pueden «[e]xigir que su nombre figure o esté asociado a cada interpretación o ejecución que se realice» y «[o]ponerse a toda deformación, mutilación o cualquier otro atentado sobre su interpretación o ejecución que pueda lesionar su prestigio o reputación» (art. 35, *ibid.*).

2.3.3. Los productores de fonogramas también gozan del derecho conexo de «a) Autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas; b) Impedir la importación de copias del fonograma, hechas sin autorización del titular; c) Autorizar o prohibir la distribución pública del original y de cada copia del mismo, mediante la venta, alquiler o cualquier otro medio de distribución al público; y, d) Percibir una remuneración por cada utilización del fonograma o copias del mismo con fines comerciales, la que podrá ser compartida con los artistas intérpretes o ejecutantes en los términos que establezcan las legislaciones internas de los Países Miembros» (art. 37 decisión 351 de 1993).

2.3.4. Por su parte, los organismos de radiodifusión «gozan del derecho exclusivo de autorizar o prohibir: a) La retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento; b) La fijación de sus emisiones sobre una base material; y, c) La reproducción de una fijación de sus emisiones» (art. 39 decisión 351 de 1993).

El objeto protegido por el derecho conexo de los organismos de radiodifusión es la emisión o señal (no la obra audiovisual o cinematográfica que protege el derecho patrimonial de autor. Al respecto es ilustrativo el símil evocado desde diversos puntos de vista por Comcel y Egeda durante el alegato de conclusión en la primera instancia: el derecho conexo de los organismos de radiodifusión protege «el tubo», o sea, el continente, señal, emisión o medio de transporte, mientras que el derecho patrimonial de comunicación pública resguarda «el agua» que aquel transporta, es decir, el contenido, programas u obras audiovisuales y cinematográficas.

Esa distinción es trascendental para el caso concreto porque Comcel ha insistido en la inutilidad de diferenciar entre señal y obra, y ha planteado que el consentimiento para transportar las

señales de los canales de televisión abierta se extiende a la posibilidad de retransmitir las obras, aspecto sobre el que regresará la Sala en el instante oportuno.

La radiodifusión puede definirse como «la transmisión por medios inalámbricos para la recepción pública de sonidos o de imágenes y sonidos. Esto excluye claramente las diversas formas de transmisión por difusión alámbrica, como la televisión por cable, y cabe dudar de que abarque las transmisiones codificadas que requieren ser descifradas por los receptores, por ejemplo, a través de dispositivos "box-top" en sus receptores de televisión o radio.

Obsérvese que es posible que señales televisivas «contengan obras protegidas por el derecho de autor o no, como ocurre con los acontecimientos deportivos, los eventos de interés público, etc.», lo que de por sí justifica la vigencia de los derechos conexos, vecinos o afines, y no sólo los de autor, en razón a que «las emisiones de radiodifusión [o señales] no son obras, aunque en varios países-la mayoría de tradición jurídica basada en el common law (reino unido, Irlanda, Australia, nueva Zelanda, Kenia, Nigeria) -se las considera como tales, al igual que a los programas distribuidos por cable, si bien de una categoría diferente de las obras literarias, dramáticas, musicales o artísticas. Si no existieran los derechos conexos, objetos como los descritos, por no ser creaciones en estricto sentido, carecerían de protección por la propiedad intelectual.

En suma, el contenido del derecho conexo consiste en la prerrogativa de su titular de «autorizar su reproducción, su retransmisión y su comunicación pública cuando esta última se efectúe en lugares a los que el público pueda acceder mediante el pago de un derecho de admisión o entrada, que, por supuesto, no afecta los derechos de autor, pues «no excluye a [los organismos de radiodifusión] y a los terceros de contar también con las autorizaciones de los autores, los artistas y los productores (salvo en los casos en que rijan licencias no voluntarias).

La demanda fue presentada por Egeda como Sociedad de Gestión Colectiva (SGC) representante de productores de obras audiovisuales y cinematográficas, dentro de los que se encuentran RCN y Caracol TV, dos canales de televisión abierta que también serían titulares de derechos conexos sobre su señal. Sin embargo, para efectos de claridad, la Sala precisa que el presente proceso versa exclusivamente sobre la posible transgresión del derecho patrimonial de autor de comunicación pública por retransmisión no autorizada de obras audiovisuales y cinematográficas, lo que, en criterio del demandante, es fuente de responsabilidad civil extracontractual. La precisión es necesaria porque servirá para resolver no sólo los dos primeros, sino también otros cargos de casación.

Límites o excepciones a los derechos de autor y conexos (la regla de los tres pasos)

Los derechos de autor solían considerarse absolutos, carentes de límites o excepciones. Se les tildaba de «la más sagrada y personal de las propiedades» y se les consideraba prerrogativas naturales, inviolables y sagrada. Se concebían como una forma de propiedad especialísima con una protección diamantina e infranqueable'.

Atrás han quedado los días en que los derechos de autor podían verse como ilimitados o absolutos. En la actualidad, como cualquier prerrogativa subjetiva, están sometidos a limitaciones para cumplir diversos fines como incentivar a los creadores a compartir sus obras con la sociedad, pues en últimas está de por medio el conocimiento y la información'.

Lo cierto es, entonces, que existen límites y excepciones a los derechos de autor. En abstracto, hay diversas alternativas para consagrarlos. Una de ellas puede consistir en límites amplios, listas abiertas (numerus apertus) bajo las cuales puedan subsumirse los supuestos de hecho limitantes;

otra reside en establecer excepciones específicas, taxativas, concretas, claras y, en últimas, típicas (numerus clausus).

Diversos países, bien sea por su derecho interno o por convenciones multilaterales, así como normas comunitarias, han optado por el segundo camino adoptando la denominada Regla de los Tres Pasos. Se trata de una pauta normativa dirigida a varios actores para crear, interpretar y aplicar límites o excepciones a los derechos de autor'. En efecto, son destinatarios de la regla de los tres pasos MARTIN SENFTLEBEN

:

el legislador y demás productores de fuentes jurídicas para consagrar limitaciones y excepciones a estos derechos;

los jueces al momento de aplicar estos límites; y

los intérpretes al momento de desentrañar el sentido de posibles excepciones a los derechos de autor, así como llenar lagunas y vacíos normativos.

Colombia hace parte de las naciones en las que impera la regla de los tres pasos como parámetro de escrutinio de las limitaciones y excepciones de los derechos de autor, pues múltiples normas vinculantes la consagran. En efecto, el Convenio de Berna en su artículo 9 (2) establece:

Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

El artículo 13 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) señala:

Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos

Y el artículo 21 de la decisión 351 de 1993 ordena:

Las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor que se establezcan mediante las legislaciones internas de los Países Miembros, se circunscribirán a aquellos casos que no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos.

Con el fin de disolver el problema central planteado en los dos primeros cargos de Comcel, relacionado con determinar si el deber de transporte o must-carry es o no un límite o excepción al derecho de comunicación pública por retransmisión, la Corte establecerá en qué consiste cada uno de los pasos que conforman la mencionada regla.

Primer paso: especificidad de los casos

Consagrada bajo las expresiones «determinados casos especiales» o «aquellos casos», el primer paso alude claramente a la taxatividad, es decir, que las excepciones y limitaciones se encuentren establecidas expresamente en una fuente jurídica. Exige «que las limitaciones o excepciones

prescritas en la legislación nacional estén claramente definidas y sean de aplicación y alcance estrictos https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/160r-00.pdf. Busca evitar que las excepciones recaigan sobre casos generales o indeterminados y, por el contrario, sean determinados, específicos, precisos, exactos o cierto. Esto se traduce en que la «excepción o limitación prevista en la legislación nacional debe estar claramente definida», al punto que logre «un grado suficiente de certidumbre jurídica».

Este primer paso tiene un doble contenido. Por un lado proscribiremos que puedan interpretarse de manera extensiva, pues deben entenderse de forma restrictiva, sin que puedan aplicarse a supuestos de hecho que no aparecen específicamente consagrados en la respectiva fuente jurídica, ni mucho menos extenderse a casos similares no contemplados en la norma; por el otro, es indispensable que el productor de fuentes normativas, como el legislador, «defina claramente los requisitos de aplicación de los límites, señalando el derecho afectado por ellos, los beneficiarios, los usos que se pueden hacer o si es necesario o no el pago de una compensación».

En suma, el primer paso del test consiste en que:

Cualquier excepción que se haga conforme a esta disposición debe definirse claramente y debería ser limitado en su alcance...

Segundo paso: no afectar la normal explotación de la obra MARTIN SENFTLEBEN

Consagrado para que la excepción o limitación «no atente contra la normal explotación de la obra.

Este paso del test busca evitar que los límites a los derechos de autor compitan con todas las formas en que sus titulares consiguen valor económico gracias a su derecho. También persigue evitar que comportamientos abusivos en el uso de las obras queden impunes y priven al sujeto protegido de ganancias sustanciales, sin mayores consecuencias.

Para agotar este paso, es necesario indagar cada caso en particular y contrastarlo con el derecho exclusivo que esté en juego https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/160r-00.pdf.

Autorizada doctrina señala que el segundo paso debe interpretarse en el siguiente sentido:

Para determinar cuál es la explotación normal de una obra, se debe tener en cuenta no sólo a los usos existentes, sino también potenciales, de una obra de la que el propietario de los derechos de autor puede obtener beneficios económicos.

No todos los usos potenciales de la obra deben considerarse dentro del alcance de explotación normal, sino aquellos que pueden considerarse de importancia considerable o práctica.

Las excepciones actuales y futuras no entrarán en conflicto con la normal explotación de una obra por el simple hecho que impliquen usos que de otro modo traerían provecho comercial para el autor: el escrutinio consiste en determinar si las excepciones compiten o no económicamente con el autor. Posiblemente este sea el tema con la salvedad de que no deberían hacerlo en ninguna medida apreciable.

En ese orden, una excepción no necesariamente permanece dentro del alcance de la segunda condición de permanentemente. La normal explotación es un concepto dinámico, siendo posible que una excepción entre en conflicto con la explotación normal de una obra a medida que cambien la tecnología y sus formas de uso. En otras palabras, sería un error considerar el artículo

9(2) [del Convenio de Berna] como una cláusula de derechos adquiridos que consagra inmunidad permanente a una excepción en virtud de disposiciones nacionales. Del mismo modo, es posible que surjan nuevas limitaciones o excepciones que encajen dentro del segundo paso.

Para la evaluación del segundo paso no son relevantes únicamente las cuestiones económicas. También son relevantes aspectos jurídicos de índole no económica; es decir, se debe determinar si el uso sobre el que recae el escrutinio del segundo paso debe ser controlado por el titular de los derechos de autor, o si existe algún otro interés en juego que justifique lo contrario. A la luz de las otras excepciones permitidas por el Convenio [de Berna], tal interés debe ser público y no meramente privado.

Este paso «parece reflejar el aspecto empírico o cuantitativo de la connotación de "normal", en el sentido de "regular, usual, típico u ordinario"». Siendo una «manera de evaluar la constatación normativa de la explotación normal consiste en examinar, además de las formas de explotación que generan actualmente ingresos importantes o apreciables, las formas de explotación que, con cierto grado de probabilidad y plausibilidad, podrían adquirir considerable importancia económica o práctica», lo que implica que «se presumiría que las excepciones o limitaciones no atentan contra la explotación normal de las obras si se limitan a un campo o grado de aplicación que no suponga competencia económica con los usos no
[exentos](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/160r-00.pdf)https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/160r-00.pdf.

Tercer paso: no perjudicar injustificadamente intereses legítimos del titular
MARTIN
SENFTLEBEN

Este paso se consagra bajo la expresión que «no caus[e] perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular y se cumple indagando sobre

los intereses que están en juego: los de los titulares de derechos de propiedad intelectual y los de los beneficiarios de los límites. Si los derechos de usuarios de obras y prestaciones pesan más que los de los titulares de propiedad intelectual... se deberá permitir el límite, aunque cause algún tipo de perjuicio a estos, sin exigir el pago de remuneración... Si ambos tipos de derechos están equilibrados, deberá permitirse el límite y el eventual perjuicio quedaría justificado mediante el pago de una compensación... Y si los derechos de propiedad intelectual pesan más que los de los usuarios, entonces debería prohibirse el límite porque, de lo contrario, afectaría a los intereses legítimos de los titulares de derechos... Al llegar a este tercer paso es cuando procede valorar ... la justificación de los límites.

La doctrina señala que debe entenderse en el siguiente sentido:

El tercer paso solamente es aplicable cuando se hubieren cumplido los dos anteriores.

Los “intereses legítimos del autor” incluyen tanto los patrimoniales como los morales del autor y causahabientes. Esto implica consideraciones jurídicas respecto de los mismos.

El perjuicio o afectación de estos intereses por el uso puede ser sustancial o material, pero no debe ser “irrazonable” en el sentido de ser desproporcionado. Esto implica que se pueden evitar “perjuicios irrazonables” mediante la imposición de condiciones sobre el uso, incluido el requisito de pagar remuneración.

La legitimidad de los intereses se refiere «al carácter lícito en una perspectiva jurídica positivista,

pero también tiene una connotación de legitimidad en una perspectiva más normativa, en el contexto de exigir la protección de intereses que se justifican habida cuenta de los objetivos de protección de los derechos exclusivos». En cuanto a la razonabilidad de la excepción «el perjuicio de los intereses legítimos de los titulares de derechos llega a un nivel injustificado si una excepción o limitación causa o puede causar una pérdida de ingresos injustificada al titular del derecho de autor https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/160r-00.pdf.

Decisión de los cargos: el deber de transporte o must-carry no limita ni excepciona el derecho de comunicación pública por retransmisión de obras

Según los dos primeros cargos de casación, ese deber sí sería una excepción al derecho patrimonial de autor reclamado por Egeda, pues de lo contrario se trataría de un imperativo injustificado y carente de proporción. Comcel insistió en que esa limitación se desprende de la aplicación conjunta del artículo 11 de la ley 680 de 2001 y la sentencia C-654 de 2003 de la Corte Constitucional, por lo que la Sala examinará la verosimilitud de esos argumentos.

Es evidente que, por sí solo, del artículo 11 de la ley 680 de 2001 no se desprende un límite a los derechos de autor que satisfaga los parámetros de la regla de los tres pasos. Esa norma se limitó a imponer a los operadores de televisión por suscripción el deber de garantizarle a sus usuarios ciertos canales de televisión colombianos, sin señalar los derechos afectados ni la improcedencia de remunerar por la retransmisión. De la norma y su contexto, es claro que los beneficiarios del deber de transporte o must-carry son los usuarios de la televisión cerrada, titulares de los derechos a la pluralidad informativa. Explicado de otra manera, el must-carry no es un beneficio para los operadores de televisión por suscripción, sino para sus usuarios.

Algo diferente podría pensarse de la sentencia C 654 de 2003 donde la Corte Constitucional, para declarar exequible el citado artículo argumentó que el deber de transporte o must-carry

no es de ninguna manera [una carga] mayor que el beneficio que se pretende obtener, el cual consiste en la garantía del derecho a recibir una información libre e imparcial. Puede afirmarse, incluso, que **lejos de afectar a los operadores de la televisión por suscripción la medida censurada comporta para ellos beneficios significativos**, en tanto y en cuanto transmiten a sus usuarios la programación que ofrecen los canales colombianos de televisión abierta **sin tener que cancelar derechos por este concepto** (se destaca).

Se afirma que las consecuencias de esta sentencia para el derecho de comunicación pública por retransmisión podrían ser diferentes porque es innegable que la Corte Constitucional argumentó expresamente que los operadores de televisión por suscripción cumplirían con el must-carry sin pagar derechos por ese concepto. Precisamente, esa consideración le ha servido a Comcel para soportar el núcleo de los dos primeros cargos de casación.

Sin embargo, una lectura atenta de la sentencia C-654 de 2003 revela que la Corte Constitucional tampoco erigió un límite -menos una excepción- al derecho de autor de comunicación pública por retransmisión de obras audiovisuales y cinematográficas, como pasa a explicarse.

En primer lugar, la Corte Constitucional estableció que el problema jurídico consistía en

establecer si el artículo 11 de la Ley 680 de 2001... desconoce **la libertad económica** consagrada en el artículo 333 de la Constitución Política, en la medida en que estaría generando una **ventaja comparativa** en favor de los operadores de televisión abierta, haciendo más gravosa

las condiciones del negocio de la televisión por suscripción e interfiriendo en la **relación de competencia** que debe darse en dicha actividad (se destaca).

La Corte Constitucional concluyó que el must-carry respetaba la libertad económica de los operadores de televisión por suscripción porque

si bien... implica un condicionamiento al ejercicio de **dicha libertad** el mismo resulta... razonable y proporcionado, ya que está dirigido a la realización de los fines del servicio público de televisión y, particularmente, a la efectividad de los derechos constitucionales a la información, opinión y cultura (se destaca).

Y agregó que

desde el punto de vista del derecho a la **libre competencia** el servicio de televisión abierta y el de televisión por suscripción no se encuentran en la misma situación fáctica, pues se ha visto como en el caso de la primera modalidad televisiva la señal de televisión es recibida en forma libre y gratuita por cualquier persona ubicada en el área de servicio de la estación, al paso que en la segunda modalidad la señal, independientemente de la tecnología de transmisión y utilizada, es recibida únicamente por personas autorizadas para su recepción quienes deben cancelar una tarifa por el servicio ofrecido (se destaca).

Además, el must-carry «garantiz[a] el derecho al pluralismo informativo que le asiste a toda la comunidad», finalidad que

se aviene a los principios superiores del Estado Social de Derecho pues garantiza a los usuarios de televisión por suscripción acceder por el mismo sistema, y sin costo alguno, a la información de carácter nacional, permitiéndoles obtenerla de manera amplia y adecuada, lo cual contribuye a **la formación de una opinión pública libre...**

[H]ace efectivo el **pluralismo informativo** como objetivo de la intervención del Estado en el espectro electromagnético, por cuanto los suscriptores **no estarán aislados de los acontecimientos culturales, sociales y políticos de la realidad nacional...**

[A]demás, al tiempo que disfrutan de la televisión extranjera tienen la opción de acceder a la **programación colombiana de naturaleza cultural, recreativa e informativa**, con lo cual se forman una opinión pública globalizada donde los problemas nacionales se pueden cotejar con los de otras latitudes en un interesante ejercicio intercultural...

[Siendo] idónea para la consecución del fin propuesto, por cuanto si la conexión de los usuarios a una red de televisión por suscripción implica por razones técnicas que ellos no puedan recibir las señales de la televisión abierta que emiten los canales nacionales, **resulta adecuado imponerle a los operadores de dicho servicio el deber de garantizarles a sus suscriptores la recepción de los canales de la televisión abierta**, siempre y cuando cuenten con la debida capacidad técnica, tal como lo prescribe la norma acusada (se destaca).

Es bastante fácil identificar los temas precisos y principales que tuvo en cuenta la Corte Constitucional para declarar exequible el must-carry: la libertad y la leal competencia económica, el derecho a la información y al pluralismo económico y las finalidades del servicio público de televisión. Esto quiere decir que el derecho de autor, en general, y el de comunicación pública por retransmisión de obras audiovisuales y cinematográficas, en particular, no hicieron parte del análisis de la Corte Constitucional, por lo que mal podría pensarse que su intención fue

consagrarles un límite o excepción.

En segundo lugar, es cierto que la sentencia C-654 de 2003 dice expresamente que el must-carry debe cumplirse sin que los operadores de televisión por suscripción como Comcel «ten[gan] que cancelar derechos por este concepto». No obstante, esa expresión no satisface la regla de los tres pasos porque, además de que no se evidencia que se hubiera tenido en cuenta por la Corte Constitucional, no supera cada uno de ellos.

La expresión de no «tener que cancelar derechos por este concepto» contenida en la sentencia C 654 de 2003 no supera el **primer paso** consistente en la especificidad, determinación, precisión, exactitud y certeza de las excepciones, de tal manera que exista un suficiente grado de certeza sobre ellas. Recuértese que esta exigencia se refiere a la taxatividad, donde se defina claramente y sin ambigüedades los derechos afectados, pues no puede aplicarse de manera general, amplia y extensiva, sino específica, concreta y restrictiva.

Esto es así porque la Corte Constitucional hizo referencia general e imprecisa a los derechos, sin que de sus consideraciones pueda inferirse que se refería a los derechos de autor, menos al de comunicación pública de obras audiovisuales y cinematográficas.

La frase no «tener que cancelar derechos por este concepto» contenida en la sentencia C 654 de 2003 tampoco supera el **segundo paso** que consiste en no afectar la normal explotación de la obra. Si esta exigencia impide explotaciones que consiste en evitar privar al titular de ingresos notable consideración económica o práctica, el monto de la condena impuesta en la sentencia impugnada revela que el monto del que se privaría a los representados por Egeda, es una razón de peso para considerar que la comunicación pública de obras por retransmisión sí afectaría su normal explotación, sin que pueda objetarse que el must-carry busca garantizar la pluralidad informativa de los suscriptores, pues para ello el legislador optó por consagrar un deber de transporte a cargo de los operadores de televisión cerrada.

Finalmente, la frase no «tener que cancelar derechos por este concepto» mucho menos supera el **tercer paso** de no perjudicar injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho de comunicación pública. Sobre este punto Comcel planteó un dilema que no existe porque -se insiste- el must-carry contribuye al pluralismo informativo de los suscriptores por ser un deber impuesto a los operadores de televisión por suscripción quienes, además, deben obtener las autorizaciones para comunicar de manera pública las obras audiovisuales o cinematográficas, so pena de transgredir los derechos de autor y verse compelidos a indemnizar a los sujetos afectados.

Así las cosas, de la mirada conjunta del artículo 11 de la ley 680 de 2001 y de la sentencia C-654 de 2003 de la Corte Constitucional no se desprende un límite o excepción al derecho de comunicación pública por retransmisión de obras audiovisuales y cinematográficas que respete la regla de los tres pasos.

En tercer lugar, reconocer que esas fuentes jurídicas consagran un límite a un derecho tan específico como el de comunicación pública por retransmisión de obras audiovisuales, pasaría por alto sin razón la interpretación prejudicial de normas andinas que para el caso concreto y, por tanto, sobre los derechos en juego, presentó el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA), con independencia de que el juez del caso concreto aplique la hermenéutica que dentro el ejercicio de sus competencias considere.

En efecto, el 18 de junio de 2020 en el presente proceso se solicitó la interpretación de normas

comunitarias andinas por parte del TJC, la cual fue rendida con ponencia del magistrado Gustavo García Brito, donde el TJCA interpretó los artículos 3º, lit b, 13, lit e, 11 y 49 de la decisión 351 de 1993 mediante la interpretación 139-IP-202. De sus consideraciones resalta que el TJCA tuvo en cuenta la opinión de diversas entidades latinoamericanas relacionadas con el derecho de autor como la Dirección Nacional de Derechos de Autor (Colombia), el Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (Bolivia), el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (Ecuador), el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Perú), la Organización Mundial de Propiedad Intelectual, la Asociación Interamericana de Propiedad Intelectual, entre otras.

Todas esas entidades relacionadas con la divulgación o defensa de los derechos de autor coincidieron en que:

El operador de televisión por suscripción sí necesita autorización del titular del derecho patrimonial sobre las obras audiovisuales para retransmitir la señal o emisión que las contiene.

La obligatoriedad de esa autorización no varía por que la retransmisión se haga por mandato de la legislación interna (deber de transporte o must-carry).

El deber de transporte o must-carry no exime a la empresa que retransmite de obtener autorización del titular de derechos patrimoniales sobre las obras retransmitidas.

La respuesta (III) no varía porque el titular de los derechos patrimoniales de las obras sea el mismo organismo de radiodifusión titular de la señal abierta; y

Retransmitir una obra audiovisual (protegida por el derecho de autor) es diferente de retransmitir la señal o emisión del organismo de radiodifusión (protegida por los derechos conexos).

El concepto del TJCA se sustenta en su «jurisprudencia uniforme y consistente, además de coincidir con la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pues la retransmisión de obras es un nuevo acto de comunicación pública que necesita autorización del titular, sin que eso varíe por una obligación o deber legal como el must carry.

Luego de diferenciar los derechos de autor (que recaen sobre obras) de los conexos (que protegen la señal de televisión en el caso de los organismos de radiodifusión), al TJCA le pareció irrelevante que ambos tengan como titular al mismo sujeto, porque los terceros requieren autorizaciones diferentes para retransmitir tanto la señal como las obras. Esto es importante porque Comcel ha señalado que el consentimiento para retransmitir la señal se extiende y le permite retransmitir las obras, sin tener que pagar por ese concepto.

El TJCA concluyó que se infringe el derecho de comunicación pública respecto de una obra audiovisual por falta de autorización, cuando se cumplan las siguientes condiciones, siempre que el reclamante sea una SGC:

Se debe considerar la existencia del derecho de autor sobre las obras;

Las obras están inscritas ante la respectiva SGC; y

Que se hayan comunicado las obras sin autorización.

Teniendo en cuenta la interpretación prejudicial rendida para el caso concreto por el TJCA, la Sala llama la atención de los compromisos internacionales de Colombia pues esa instancia es

órgano «supranacional y comunitario, instituido para declarar el derecho andino y asegurar su aplicación e interpretación uniforme en todos los países miembros, lo que en palabras de la Corte Constitucional se traduce en que los países andinos están obligados a adoptar las medidas necesarias para cumplir la normatividad jurídica andina que, por supuesto, incluye las interpretaciones prejudiciales y no pueden tomar decisiones contrarias a su efectividad.

Del derecho comunitario andino se predica supranacionalidad, pues «cualquier acto de las partes que desconozca el principio “pacta sunt servanda”, significaría incumplimiento del Tratado, lo cual sería violatorio del derecho internacional y, en nuestro caso, del derecho comunitario», sin pasar por alto los postulados de «"primacía" de las normas comunitarias y... "aplicación directa" de las mismas, principios que, a la vez, son los que permiten a los Estados signatarios cumplir con sus obligaciones sin necesidad de trámites internos que pretendan dar a la norma comunitaria el vigor que ya tiene desde su origen, la obligatoriedad que representa para los Países Miembros y la aplicabilidad directa que le asigna el Tratado, o de procedimientos que deroguen o modifiquen el derecho interno.

En suma, existe «preeminencia de la norma comunitaria sobre el derecho interno de los países» y «“en caso de conflicto la regla interna queda desplazada por la comunitaria, la cual se aplica preferentemente ya que ... la norma interna resulta inaplicable”, aspecto que, de llegar a ser desconocido, podría activar las acciones de incumplimiento de las normas comunitaria.

La competencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para la interpretación prejudicial de las normas supranacionales de derecho comunitario ha sido un pilar fundamental en el proceso de integración regional entre los países miembros. Este mecanismo, inspirado en el derecho de la integración europea, tiene como objetivo principal garantizar la aplicación uniforme del derecho comunitario en todo el territorio de la Comunidad Andina. En este contexto, se destaca la obligación de los jueces nacionales de solicitar la interpretación de normas relevantes del derecho comunitario andino durante el curso de los procesos judiciales internos. Esta solicitud de interpretación no solo asegura la coherencia en la aplicación del derecho comunitario, sino que también fortalece la autoridad del TJCA en cuestiones de interpretación jurídica en la región.

Por ello, la Sala ha señalado:

Bajo esa perspectiva, surge la necesidad, sin duda alguna, de aplicar los artículos 32 y 34 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina propiciando así la interpretación prejudicial, máxime que los restantes requisitos establecidos para su viabilidad concurren en este particular caso, concretamente que el país hace parte de dicho tratado; que, como se ha dicho, se está frente a una interpretación de normas de la Comunidad Andina; que la consulta surge de un ente jurisdiccional del país consultor; y, por último, que la situación aquí planteada no tiene ya recursos que hagan susceptible de reexamen el caso ventilado, aspecto este del que, huelga precisarlo, la resolución del conflicto por parte de esta Corporación no soporta impugnación alguna, salvo, eventualmente, el extraordinario de revisión, lo que no obsta para la consulta dispuesta, como así lo ha determinado el Tribunal Andino (CSJ, SC 31 may. 2007).

Para efectos de claridad, la Sala resalta que, según la sentencia impugnada, el Tribunal estimó transgredido el derecho de autor de comunicación pública por retransmisión de obras audiovisuales y cinematográficas representadas por Egeda, y no por el derecho conexo de retransmisión de la señal televisiva de los organismos de radiodifusión.

Así las cosas, la Sala concluye que el deber de transporte o must-carry previsto en el artículo 11 de la ley 680 de 2001, interpretado a la luz de la sentencia C-654 de 2003, es, en realidad, un deber a cargo de los operadores de televisión por suscripción que beneficia del pluralismo informativo a sus suscriptores y no constituye un límite o excepción al derecho de comunicación pública por retransmisión de obras audiovisuales y cinematográficas reclamado por Egeda.

Ese deber de transporte o must-carry no se observa contrario al orden justo, la libertad económica o carente de proporcionalidad, como sin mayor desarrollo lo calificó Comcel, pues tiene sentido en la medida de que debe ser cumplido por los operadores de televisión cerrada con el fin de garantizar los objetivos que se han señalado, para lo cual deben procurar las autorizaciones de los productores de las obras audiovisuales y cinematográficas que retransmiten, so pena de incurrir en responsabilidad civil extracontractual por infracción del derecho de autor de comunicación pública. Obsérvese que la Sala no está haciendo a un lado la vigencia del artículo 11 de la ley 680 de 2001, ni mucho menos de la sentencia C-546 de 2003 para darle prevalencia a otras disposiciones, sino que está haciendo una interpretación conjunta y sistemática de esas fuentes para concluir que no consagran un límite o excepción al derecho de autor de comunicación pública.

En tal orden de ideas, por los anteriores razonamientos no prosperan los cargos primero y segundo.

CARGO TERCERO

Bajo la segunda causal de casación imputó desconocimiento indirecto de «los artículos 72 de la ley 23 de 1982 (por aplicación indebida), 13, literal b) de la decisión andina 351 de 1993...(también por aplicación indebida), ...11 bis, numeral 1 del convenio de Berna (por aplicación indebida), ...11 de la ley 680 de 2001 (por falta de aplicación) y... 2341 del Código Civil», debido a errores de hecho sobre las pruebas que demostraron que Caracol TV y RCN TV («mandatarios de Egeda») consintieron la retransmisión y facilitaron a Comcel los códigos y elementos necesarios para realizarla, lo que desdice la vulneración de derechos imputada a Comcel y excluye un perjuicio resarcible.

Agregó que la autorización para la retransmisión o re-comunicación sin remuneración se prolongó durante años y vivificó en Comcel la confianza legítima de que no se le reclamaría por ese concepto.

Identificó como pruebas sobre las que se cometieron los errores de hecho las siguientes:

Resolución 2291 de 22 de septiembre de 2014, expedida por la (ANTV), prueba de que «durante más de 13 años los canales privados de televisión abierta nacional han permitido la retransmisión de sus señales en los sistemas de televisión cerrada sin costo alguno»;

Sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, proferida el 28 de marzo de 2017 en el proceso de competencia desleal de Caracol Televisión S.A. y RCN televisión S.A. contra Telmex Colombia S.A. y otros, pues dentro de los hechos narrados por esos canales se deriva que autorizaron a Comcel para «retransmitir la señal de su canal HD a través del servicio de televisión por suscripción... En el caso de Caracol... hasta el 15 de abril de 2014... y RCN hasta el 30 de abril de ese mismo año»;

Declaración del «testigo experto» Ernesto Orozco Orozco, quien fuera director de la Junta Directiva de la ANTV, quien sostuvo que la retransmisión de la señal sólo era posible con «la

participación activa de Caracol Televisión y RCN Televisión»; y

Dictamen pericial de Daniel Peña Valenzuela quien concluyó que «para que pueda existir retransmisión de programas como los que transmiten Caracol y RCN, necesaria e indefectiblemente se requiere una autorización por parte de estos últimos pues de no contar con ella dichos canales cuentan con una pluralidad de mecanismos o instrumentos tecnológicos que les permite, de suyo, impedir o inhibir la consabida retransmisión».

Concluyó diciendo que las normas citadas fueron vulneradas por haberse desconocido que Comcel sí contaba con autorización para retransmitir las obras.

CONSIDERACIONES

La Sala se tomó el tiempo de delinear los derechos patrimoniales de autor y distinguirlos de los conexos con el fin de precisar que los primeros recaen sobre obras como las audiovisuales y cinematográficas, mientras que los segundos protegen -para el caso de los organismos de radiodifusión-, la señal o emisión.

El cargo anterior pretende hacer caso omiso de esa diferencia trascendental, como si los derechos de autor y los conexos no fueran prerrogativas independientes. Esto es así porque, con excepción del dictamen de Daniel Peña Valenzuela, las otras pruebas sobre las que, según Comcel, recayeron los errores de hecho del Tribunal versan sobre el posible consentimiento de RCN y Caracol TV para que Comcel transmitiera la señal televisiva, no las obras audiovisuales y cinematográficas.

En efecto, la Resolución 2291 de 22 de septiembre de 2014 de la ANTV se refiere a las «señales en los sistemas de televisión cerrada sin costo alguno»; los hechos que dieron pie al proceso de competencia desleal que culminó mediante sentencia de 28 de marzo de 2017 del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, igualmente versan sobre «la señal de su canal HD», lo mismo que la declaración del experto Ernesto Orozco Orozco, sin pasar por alto -eso es claro para la Sala- que en su criterio el deber de transporte o must-carry sí sería límite o excepción a los derechos de autor, aspecto dilucidado por la Corte al resolver los dos primeros cargos.

Tampoco se observa error de hecho sobre el dictamen de Daniel Peña Valenzuela. Por el contrario, en vez de supresión de su contenido objetivo (una de las modalidades de yerro fáctico), se evidencia que el Tribunal sí tuvo en cuenta las conclusiones del experto, pero se apartó de ellas porque estimó que la posibilidad de cortar el suministro de la señal (black out) por parte de los canales de televisión que representa Egeda, no puede traducirse en la autorización para comunicar públicamente mediante retransmisión obras audiovisuales y cinematográficas.

El TJCA sustenta la diferencia y separabilidad de las autorizaciones para retransmitir la señal, por un lado, y las obras audiovisuales y cinematográficas, por el otro, explicando con claridad que la una no puede extenderse a la otra:

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 su servicio. 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 (se destaca.

La doctrina también sustenta la diferencia que existe entre autorizar la retransmisión de la señal y comunicar de manera pública de obras:

cuando la distribución de programas radiodifundidos es realizada por un organismo distinto al de origen, en todas las circunstancias importa un **nuevo acto de comunicación pública** y, como consecuencia del monopolio de explotación de que goza el autor, **debe estar expresamente autorizado por este y ser retribuido.**

En este último caso, nos encontramos frente a una explotación secundaria de la obra, distinta se su radiodifusión, pues se brinda un **nuevo servicio** -que no presta el organismo de origen- consistente en la captación de las ondas radioeléctricas emitidas por este, en su amplificación, modulación y distribución, posibilitando así que las obras sean comunicadas con nitidez a públicos nuevos pues, de otro modo, no las recibirían o solo las captarían muy defectuosamente. De ahí que **sea necesaria la autorización autoral y el pago de una remuneración por parte del cable-distribuidor no comprendida en el pago que realiza el organismo de origen, el que solo incluye las actividades realizadas por este y que fueron las tenidas en vista por las partes al contratar** (se destaca.

Otro doctrinante opina de manera parecida:

Los actos de comunicación al público de las señales portadoras de programas deberían requerir siempre la autorización del organismo de radiodifusión, además de la correspondiente de los otros titulares de derecho.

En consecuencia, comoquiera que Comcel pretende extender la autorización para retransmitir la señal televisiva a un beneplácito para comunicar de forma pública obras audiovisuales, a pesar de que son objetos distintos protegidos por derechos diferentes, no se configura un yerro fáctico evidente que hubiera vulnerado de manera indirecta la normativa sustancial razón que justifica que no prospera el cargo tercero.

CARGO CUARTO

Invocando la segunda causal de casación denunció desconocimiento indirecto de los artículos «830 del Código de Comercio (por falta de aplicación), ...13, 83 y 95 de la Constitución [Política] (por falta de aplicación), ...4º y 8º de la ley 153 de 1887; ...2341 del Código Civil (por aplicación indebida); y ...72 de la ley 23 de 1982 (por aplicación indebida), al mismo tiempo que por desconocer el principio general de buena fe, el de la protección de la confianza legítima, y aquel que proscribe el abuso del derecho (por falta de aplicación)» por errores de hecho al descartar la excepción de mérito «denominada “ejercicio intempestivo de un derecho o la doctrina del Verwirkung”» (retraso desleal) donde alguien «de forma sorpresiva, ejerce un determinado derecho, a sabiendas de que previamente había dejado trascorrir un apreciable lapso, o período de tiempo -inferior, por naturaleza, a aquél relativo al de la prescripción-, sin haber hecho uso de tal derecho, generándose... la confianza legítima en la otra parte, concerniente a que dicho derecho no sería ejercitado».

Identificó errores de hecho sobre las siguientes pruebas:

Comunicaciones de las partes de 2016 (no 2006, como dijo el Tribunal), enviadas el 25 de febrero, 17 de marzo, 20 de abril de ese año, 10 años luego de la creación de Egeda, sobre todo cuando poco tiempo más tarde instauró la demanda;

Conducta o actitud de RCN y Caracol TV al iniciar otro proceso judicial contra Comcel donde reclamaron por los derechos conexos sin incluir las pretensiones de ahora, y donde se confesó que Comcel estuvo autorizada hasta 2014 a retransmitir obras, lo que hizo suponer a Comcel que no sería demandada por derechos de autor;

Resolución 2291 de 22 de septiembre de 2014, expedida por la ANTV, prueba de que «durante más de 13 años los canales privados de televisión abierta nacional han permitido la retransmisión de sus señales en los sistemas de televisión cerrada sin costo alguno»;

Declaración del «testigo experto» Ernesto Orozco Orozco, quien fuera director de la Junta Directiva de la ANTV, quien sostuvo que la retransmisión de la señal sólo era posible con «la participación activa de Caracol Televisión y RCN Televisión»; y

Dictamen pericial de Daniel Peña Valenzuela quien concluyó que «para que pueda existir retransmisión de programas como los que transmiten Caracol y RCN, necesaria e indefectiblemente se requiere una autorización por parte de estos últimos pues de no contar con ella dichos canales cuentan con una pluralidad de mecanismos o instrumentos tecnológicos que les permite, de suyo, impedir o inhibir la consabida retransmisión».

CONSIDERACIONES

La doctrina del «retraso desleal» invocada por Comcel se justifica en que la omisión en el ejercicio de un derecho subjetivo por un lapso considerable impide exigirlo, en razón a que se ha cimentado en la otra parte la confianza legítima de que no se haría valer.

El comportamiento, tanto el positivo (acción) como el negativo (omisión), genera consecuencias para el sujeto que lo observa, sobre todo cuando se trata de derechos renunciables, pues, como ha reconocido la Corte en punto al «Verwirkung» invocado por Comcel

[es] conducta contraria a la buena fe objetiva, por el transcurso de un término significativo del cual la parte contraria legítimamente confía en que su titular no va a ejercer un derecho (S. 21 de octubre de 2005) (SC, 28 ab. 2011, rad. n.º 2005-00054-01).

Y ha reiterado que

conciernen con la inadmisibilidad del ejercicio de un derecho abandonado por un período significativo, desprendimiento que crea en la parte contraria la creencia objetiva de que ya no hará valer tal derecho. Situación semejante, se dice, contraviene la buena fe. No obstante, debe aparecer de manera clara la actitud desleal e intolerable para el adversario (SC, 24 en. 2011, rad. n.º 2001-00457-01).

Por su parte, la doctrina explica que «el 'retraso desleal', sancionado por la buena fe, consiste en la inadmisibilidad del ejercicio del derecho cuando el titular no se ha preocupado durante un período de tiempo más o menos largo de hacerlo valer y ha dado lugar con su inactividad a que la otra parte de la relación jurídica confíe en que el derecho ya no será ejercitado.

De configurarse el retraso desleal, el ejercicio del derecho por el titular se torna inadmisibile, en

el sentido de que los afectados pueden oponerse a su disfrute o restarle prosperidad a la reclamación que se promueva para tal fin. Se trata de un límite para no afectar a quienes tienen confianza legítima sobre su no disfrute.

Precisa la doctrina: «[I]a confianza legítima se predica de la no actuación futura del derecho, no de su extinción, ya que el sujeto pasivo no tiene por qué dudar de la subsistencia del derecho. Si, por lo tanto, se protege una confianza razonable en el no ejercicio, lo que debe impedirse, convirtiéndolo en inadmisibile, es dicho ejercicio, sin que se observe razón alguna que justifique la necesidad de la extinción del derecho.

Las pruebas sobre las que pretendieron mostrarse los errores de hecho del Tribunal no fueron cercenadas en su contenido objetivo por el Tribunal, como pasa a mostrarse.

En efecto, las comunicaciones de 2016 muestran, por el contrario, que antes de la presentación de la demanda Egeda reclamó a Comcel por los derechos de comunicación pública de obras audiovisuales de sus afiliados, lo que denota que con anterioridad de la instauración de acciones judiciales Egeda sí fue activo en la protección de los derechos de sus representados, así ello hubiera ocurrido el mismo año de radicación de la demand. Por la naturaleza de los derechos reclamados, cuyos titulares directos son los productores audiovisuales y cinematográficos, y no Egeda, resulta irrelevante que hubiera pasado, para efectos del retraso desleal, diez años desde la constitución de la demandante hasta la presentación de la demanda, hecho bajo el que Comcel pretendió construir un error de hecho.

El comportamiento de RCN y Caracol al promover otro proceso judicial por competencia desleal sin incluir las pretensiones del caso de la radicación, tampoco denota retraso desleal que impida reclamar por la comunicación de obras audiovisuales y cinematográficas, pues ese otro asunto versó sobre los derechos conexos (que, recuérdese, protegen la señal televisiva), mientras que el de ahora se refiere a los de autor que resguardan las obras audiovisuales.

Esa distinción es relevante en punto a la Resolución 2291 de 22 de septiembre de 2014, expedida por la ANTV, que, a pesar de referirse a la autorización de señales televisivas, y no de obras audiovisuales y cinematográficas, fue invocada como una de las pruebas sobre las que, supuestamente, se cometió un yerro fáctico. Tal equivocación no se presentó, pues resulta evidente que se refiere a un objeto distinto al que pretende protegerse con las pretensiones de Egeda.

Algo similar ocurre con la declaración de Ernesto Orozco Orozco y el dictamen de Daniel Peña Valenzuela, de los que no se deriva error de hecho porque el Tribunal hubiera dejado de apreciar que sí probaban retraso desleal de Egeda o sus representados.

La Sala recuerda que las simples discrepancias de criterio sobre la valoración de las pruebas no edifican errores de hecho, pues la adición o supresión de su contenido objetivo deben advertirse de manera evidente y manifiesta, lo que no sucedió en el presente caso.

En tal orden de ideas, por no haberse demostrado los errores de hecho denunciados, fracasa el cuarto cargo.

CARGO QUINTO

De acuerdo con el segundo motivo de casación invocó la violación indirecta de «los artículos 72 de la ley 23 de 1982 (por aplicación indebida), 13 literal b) de la Decisión 351 de 1993 (por

aplicación indebida), 1613, 1614, 2341 del Código Civil (por aplicación indebida), ...consecuencia de yerros probatorios de hecho evidentes y trascendentes».

Antes de referir los errores fácticos, recordó que el Tribunal criticó al a quo por enmarcar la controversia en la responsabilidad civil extracontractual. Sin embargo, el Tribunal llegó al mismo destino temático porque omitió decidir las pretensiones declarativas de Egeda relacionadas con la comunicación pública por retransmisión sin autorización y la vulneración de derechos de autor, «imaginó una pretensión declarativa distinta a la responsabilidad civil», al declarar a Comcel responsable de los perjuicios causados y condenarla a indemnizar «lucro cesante», negar el pago de intereses porque la obligación existe desde su declaratoria judicial y estimar cumplidos los presupuestos de «la indemnización pretendida».

Identificó error de hecho en la interpretación de la demanda, la fijación del litigio y la sustentación de la alzada porque el Tribunal concluyó que se pretendían las regalías dejadas de pagar según las tarifas de Egeda, en vez de un perjuicio extracontractual, como si se tratara de una obligación precisa, concreta e incumplida por Comcel, lo cual sería intrascendente porque «en la parte resolutive del fallo, desvió su mirada hacia la responsabilidad civil».

Señaló que la indemnización presupone la existencia de un perjuicio cierto, concreto, singular determinado, así como las diferencias entre la responsabilidad contractual y extracontractual, agregando que el desconocimiento de una obligación previa no permite presuponer perjuicios porque la afectación debe probarse en su existencia y cuantía, lo que también ocurre en la responsabilidad extracontractual porque sin daño no hay responsabilidad.

Precisó que si la demanda se hubiera encausado en la infracción de derechos de autor y el cobro de una obligación insoluta, se estaría en un asunto de «declaración y condena en punto al cumplimiento coactivo de una obligación previa».

Endilgó al Tribunal error de hecho «mayúsculo, evidente y manifiesto» por suponer «prueba de la existencia del perjuicio... de... los... representados por Egeda», pues si se llegara a «considera[r] que el Tribunal dedujo la existencia el daño a partir del no pago de los derechos de autor...», se comprueba la presencia de un error facti in iudicando, al derivar, de tal hecho, la prueba del perjuicio, pues constituiría meramente una conjetura, un atisbo -o boceto- probatorio, un dato o vestigio... contingente, en tanto que forzosamente no se dirige a la demostración siquiera virtual de la existencia del perjuicio, que... debe ser cierto... y... acreditado cabal y fehacientemente».

Agregó que «con ese único indicio puramente contingente, y que virtualmente permitiría inferir tanto el perjuicio como el beneficio, no podía el Tribunal proceder como si hubiese certidumbre del daño, requisito sine qua non que la jurisprudencia siempre ha exigido», lo que se traduce en «creación judicial» del daño por la falta de pago de unos derechos que Comcel no adeuda, configurando un «perjuicio hipotético o eventual».

Finalizó argumentando que el error de hecho consistió en estimar cierto un perjuicio que, en realidad, era hipotético a partir de un hecho contingente, lo que vulneró el artículo 2341 del Código Civil que exige un daño para que pueda ordenarse su indemnización, lo que también evidencia vulneración de los artículos 72 de la ley 23 de 1982 y 13, literal b, de la decisión 351 de 1993, que no podían aplicarse como se usaron porque debía acreditarse la existencia del perjuicio.

CONSIDERACIONES

El anterior cargo sugiere, de manera poco inteligible, que el Tribunal se extravió del marco de la decisión determinado por la demanda, la fijación del litigio y la sustentación de la alzada, al resolver un asunto de responsabilidad contractual por incumplimiento de una obligación previa, en vez de uno extracontractual.

Tal defecto no se presentó por múltiples razones, entre ellas que de la sentencia impugnada es claro que entre Comcel y Egeda no existió vínculo previo que se hubiera incumplido, que la indemnización surgió por la infracción del derecho de comunicación pública previsto legalmente y que el Tribunal negó los intereses moratorios porque la obligación surge desde que se reconoce en la sentencia, como suele suceder en los casos de responsabilidad civil extracontractual, razón por la que se negaron los intereses de mora.

La Sala también negará la prosperidad del cargo en punto a la supuesta inexistencia de la prueba del perjuicio porque sobre ese punto Comcel no refirió un solo medio suasorio sobre el que hubieran recaído los errores de hecho. Simplemente mencionó, sin mayor desarrollo, un supuesto indicio cuyos elementos no detalló ni precisó en qué consistía.

Obsérvese que, a diferencia de lo argüido por Comcel, el Tribunal no reconoció un perjuicio incierto o eventual, sino uno que estimó cierto y real, conclusión a la que llegó luego de valorar el informe de Business Bureau, prueba de la retransmisión de obras cinematográficas por hora, día y canal, respecto del cual ninguna labor de contraste efectuó Comcel.

El Tribunal también consideró cierta la afectación de los representados por Egeda con base en el hecho notorio de que Comcel ofreció a sus suscriptores los canales RCN y Caracol TV, así como la constatación de que Comcel «no ha pagado ningún importe por la nueva difusión de las producciones audiovisuales, que como quedó dicho..., es una erogación que debe sufragar», pruebas sobre las que -pese a haber enrostrado un error de hecho- nada se dijo en el cargo, lo que determina su carencia de prosperidad.

Así las cosas, por las razones anotadas no prospera el quinto cargo.

CARGO SEXTO

Bajo la primera causal de casación imputó vulneración directa de «los artículos 2341 del Código Civil (por aplicación indebida), 73 de la ley 23 de 1982 (por falta de aplicación), y 48 de la decisión andina 351 de 1993, en relación con el... 30 de la ley 44 de 1993 y 48 de la decisión andina 351 de 1993».

Explicó que la vulneración del precepto 73 de la ley 23 de 1982 radica en que su párrafo ordena que, cuando no haya contrato entre la SGC y quien debe pagar los derechos de autor, las tarifas no pueden superar las acordadas por la SGC en otros casos similares. No obstante, el Tribunal concluyó que «el hecho de que... 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 puede verificar en el sublite...» (la subraya es del casacionista).

Recordó que Egeda confesó en la «solicitud de pruebas anticipadas» que otros operadores de televisión por suscripción le pagan quince centavos de dólar por el número mensual de suscriptores a cambio de la autorización para retransmitir obras audiovisuales y cinematográficas administradas por la demandante, suma dineraria que debió servir de base para calcular la indemnización.

Por consiguiente, afirmó que «habiendo advertido el ad quem esa afirmación de la parte demandante» debía aplicar la parte final del artículo 73 de la ley 23 de 1982 para liquidar «los perjuicios a razón de \$0.15 de dólar y no de \$0.30 de dólar como sin fundamento lo hizo - aumentando... el valor que estableció finalmente como adeudado», proceder que desconoció los preceptos 2341 del Código Civil, 16 de la ley 446 de 1998 y 283 del Código General del Proceso al causar «enriquecimiento» de la demandante a raíz de la condena, en vez de una «reparación integral».

Adicionó que el artículo 48 de la decisión andina 351 de 1993 exige «tener en consideración los ingresos que reciba quien hace uso de la obra, para aplicar la tarifa en proporción a los mismos», limitante de la que no tomó nota el Tribunal para cuantificar la indemnización pues, si según el artículo 11 de la ley 680 de 2001, los operadores de televisión por suscripción no reciben remuneración por el must-carry, «hubiera tenido que concluir que como los ingresos de Comcel por la retransmisión fueron US\$0,00, lo proporcional, es decir, lo que mantiene una proporción o razón constante entre la tarifa de Egeda (US\$0.15) y el ingreso (US\$0.0) era forzosamente US\$0.00.», razón por la que la condena por perjuicios es exorbitante.

CONSIDERACIONES

El anterior cuestionamiento critica, desde la vía directa, que el Tribunal hubiera calculado el monto del lucro cesante con base en las tarifas de los estatutos de Egeda que, además, sirvieron para efectuar el juramento estimatorio de la demanda que, igualmente, fue acogido en la sentencia impugnada. Por ello, es necesario hacer las explicaciones necesarias sobre las modalidades de gestión de derechos de autor que permitan resolver el cuestionamiento.

Gestión individual

1.1. El titular originario o derivado (por la celebración de actos jurídicos como la cesión) de los derechos de autor puede realizar, autorizar, prohibir o reclamar (en el sentido amplio del término) por la indebida utilización de su obra, como, por ejemplo, la comunicación pública por retransmisión sin su beneplácito previo y expreso.

Esta forma de ejercer directamente las prerrogativas autorales le permite al autor conservar el control inmediato sobre su creación; sin embargo, en algunos casos puede resultar costosa e, inclusive, extraña al giro ordinario de su labor creativa porque tendría que monitorear cada uso de la obra, con la complejidad de que, en términos generales, puede dificultarse saber con precisión cuándo, cómo y dónde fue explotada. Por supuesto, generalmente los creadores están en libertad de gestionar directamente sus derechos.

La gestión directa de los derechos de autor también puede dificultar la actividad de los interesados en utilizar la obra, pues tendrían que contactar directamente al titular para obtener la autorización y pagar la remuneración, sin pasar por alto que cada negociación puede tener una tarifa diferente.

Esto muestra que aunque el derecho de autor se puede gestionar sin cortapisas directamente por sus autores, esa forma puede resultar ineficiente. Las dificultades de la gestión directa de autor puede subir de punto respecto de las obras audiovisuales y cinematográficas (sobre las que versa la presente controversia) que se caracterizan por su complejidad, sobre todo porque comprenden múltiples campos de acción humanos y requieren diversos aportes no sólo intelectuales sino también patrimoniales, dado que confluye un sinnúmero de creadores como autores literarios,

musicales, guionistas, actores, intérpretes, ejecutantes, escenógrafos, entre muchos otros, cuyos derechos de autor individuales también deben resguardarse. Por esa razón, otorgar derechos exclusivos a cada uno de los partícipes de obras cinematográficas o audiovisuales resultaría sumamente complejo y, de acuerdo con las particularidades específicas de cada caso, podría hacerlos nugatorios.

Para conjurar ese inconveniente, el Convenio de Berna (art. 14 bis 2, lit b) y la ley 23 de 1982 (art. 98) establecen una cesión presunta, salvo pacto en contrario, de los derechos patrimoniales a favor del productor de obras audiovisuales y cinematográficas. Esto quiere decir que, por ministerio de la ley, el productor de una obra audiovisual, es decir, «la persona natural o jurídica que goza de la iniciativa de la creación intelectual, y que asume la responsabilidad de una grabación audiovisual», generalmente cuenta con la titularidad de los derechos de autor sobre la obra, a menos que los demás creadores acuerden algo distinto.

Tal cesión presunta faculta al productor de obras audiovisuales y cinematográficas ejercitar los derechos patrimoniales de autor, evitando su ejercicio simultáneo por los demás autores e incentivando la actividad empresarial que gira en torno a la producción de la obra. Se trata de una cesión acorde con la Constitución Política porque permite pacto en contrario, resguarda la autonomía privada y radica «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.

Lo anterior, por supuesto, no desdice los otros derechos exclusivos que tienen los productores de obras cinematográficas:

A. 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;

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

C. 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 (art. 103, ley 23 de 1982).

Así las cosas, los creadores pueden ejercer y hacer respetar sus derechos directamente y, en el caso de las obras audiovisuales y cinematográficas, a menos que exista pacto en contrario, tal conducta puede ser realizada por el productor.

1.2. La gestión individual también puede efectuarse de manera indirecta, o sea, con intermediación de un sujeto diferente al creador que recibe el encargo (mandato) del titular de los derechos de autor para que proteja de la obra.

Gestión colectiva de derechos de autor

Esta modalidad es netamente indirecta porque no se realiza directamente por los creadores sino por un tercero e intermediario: las Sociedades de Gestión Colectiva (SGC).

Se trata de «organizaciones de derecho privado destinadas a representar a los titulares de estos derechos en interés general de los asociados, que hacen posible el ejercicio colectivo de los derechos patrimoniales de autor y de derechos conexos. Pueden ser socios de las sociedades de gestión colectiva los autores y los titulares de derechos de autor, de una parte y los titulares de derechos conexos de otra, pudiendo converger en una misma sociedad, titulares originarios y derivados de una misma rama de la actividad autoral.

Las SGC cuentan con facultades para representar a los autores, convenir tarifas y condiciones de uso, conferir licencias, recaudar regalías, distribuirlas entre los creadores, entre otra. Además, la eficacia de las SGC es mayor porque pueden tener alcances internacionales mediante los acuerdos de representación recíproca, donde la SGC de un país acuerda con la de otro hacer valer en el territorio de la otra las obras que hacen parte del portafolio de la primer.

La gestión colectiva busca enervar las deficiencias de la gestión individual, pues estas entidades especializadas administran los derechos y monitorean el uso de las obras con mayores herramientas para desempeñar esa labo.

Por mandato legal, las SGC deben carecer de ánimo de lucr, no están reguladas por las normas comerciales societarias y se encuentran sometidas a intervención estata.

Para facilitar las labores de las SGC, la ley las exonera expresamente de que tengan que demostrar cuáles titulares de derechos y qué obras representan, pues las SGC gozan de legitimación o autorización presunta para hacer respetar judicial y extrajudicialmente los derechos autorale. Es decir, la SGC está exenta de demostrar su representación porque esta se presume; por el contrario, quien considere que una SGC no representa a un determinado titular o una obra, tendrá la carga probarlo. Sin embargo, ello no impide que en un proceso judicial el juez pueda invertir la carga de la prueba y la asigne a la SGC para que demuestre la representación cuando se encuentre en una situación más favorable de aportar las evidencias respectivas, en los términos del artículo 167 del Código General del Proceso, decisión que está sometida a recursos y debe ser oportuna.

La legitimación presunta de las SGC recibió el aval constitucional mediante C-833 de 2007, donde la Corte Constitucional señaló:

si bien la Corte ha señalado que para la administración de sus derechos los titulares de derechos de autor y derechos conexos pueden acogerse a formas de asociación distintas a la gestión colectiva, o realizar sus reclamaciones en forma individual, también ha sido expresa en puntualizar que quien quiera acceder a la modalidad de gestión prevista para las sociedades de gestión colectiva, debe acogerse a las previsiones legales sobre la materia.

Eso sí, la legitimación presunta de las SGC no las convierte en titulares de los derechos de autor, pues estos corresponden a los creadores en sus diversas modalidades. La labor de las SGC consiste, entonces, en representar a los titulares de derechos de autor y conexos.

Para que opere la legitimación presunta es necesario acreditar el certificado de existencia y representación de la SGC expedido por la Dirección Nacional de Derechos de Autor, así como sus estatutos y, según el caso, los contratos de representación recíproca.

Otra de las facilidades derivadas de la gestión de las SGC radica en la posibilidad de fijar tarifas en sus reglamentos o estatutos «para soportar las acciones administrativas y judiciales en caso de infracción a los derechos administrados por la sociedad; [que] además, genera[n] igualdad de

trato en todos los usuarios del repertorio administrado por la institución.

Es deber de las SGC publicar, al menos anualmente, tales tarifas generales fijadas en sus estatutos, las cuales, como señala la demanda de casación de Comcel, deben ser proporcionales a los ingresos obtenidos con la utilización de las obra.

Decisión del cargo: indebido cuestionamiento de la cuantificación de los perjuicios

3.1. Debe recordarse que el Tribunal consideró que Comcel no demostró que Egeda hubiera recibido pagos inferiores a treinta centavos de dólar por suscriptores mensuales por la comunicación pública de obras efectuada por otros operadores de televisión por suscripción. El cargo que se resuelve, planteado por vulneración directa de normas sustanciales, no se quedó en el plano jurídico, sino que descendió a la plataforma fáctica porque Comcel rebatió la averiguación del Tribunal de no haberse probado las negociaciones con otros operadores que le pagaron a Egeda una tarifa menor a la impuesta a Comcel.

Sabido es que un cargo por la vía directa debe aceptar los hechos determinados por el Tribunal, porque el literal a del numeral 2º del artículo 344 del Código General del Proceso ordena que «[t]ratándose de violación directa, el cargo se circunscribirá a la cuestión jurídica sin comprender ni extenderse a la materia probatoria».

3.2. Aunque lo anterior bastaría para negar el cargo, este también carece de precisión porque, de un lado, Comcel cuestionó que la condena se hubiera cuantificado con base en treinta centavos de dólar por suscriptor mensual, en vez de haberlo hecho con quince centavos de dólar por suscriptor mensual, mientras que por, el otro, señaló que el monto del resarcimiento debía ser cero, porque Comcel no recibió ningún beneficio por la comunicación pública de obras audiovisuales. No se puede pasar por alto que Comcel omitió desarrollar explicaciones jurídicas dirigidas a sustentar por qué no recibe beneficio alguno de la retransmisión de las obras audiovisuales o cinematográficas.

La falta de precisión es evidente porque ambos planteamientos (el de calcular la indemnización con base en quince centavos de dólar, o sea, reducirla, y el de determinarla en ceros para conservar la proporcionalidad) se excluyen mutuamente, toda vez que no se puede reducir y eliminar al mismo tiempo la condena impuesta. Bien se sabe que, de acuerdo con el numeral 2º del artículo 344 ibidem, los cargos de casación tienen que ser precisos, so pena de que no configuren la causal invocada.

3.3. A lo anterior debe agregarse que Comcel se limitó a afirmar que no devengaba beneficio alguno por retransmitir obras audiovisuales y cinematográficas, aspecto que debía explicar con mayor suficiencia para comprender la completa magnitud de sus argumentos.

Así las cosas, por tales razones no prospera el cargo sexto.

CARGO SÉPTIMO

Con fundamento en la segunda causal denunció vulneración indirecta de «los artículos 2341 del Código Civil (por aplicación indebida), ... 72 (por aplicación indebida) y 73 (por falta de aplicación) de la ley 23 de 1982, 13 literal b) de la decisión 351 de 1993 (por aplicación indebida),... 30 de la ley 44 de 1993 y 48 de la decisión andina 351 de 1993» por error de hecho sobre el juramento estimatorio, su objeción, el documento que la sustentó, así como el dictamen pericial de Jorge Arango respecto de la «tasa representativa del mercado [TRM], en la tarifa y el

método utilizado» para calcular la indemnización

1. Criticó que se hubiera tomado íntegramente el juramento estimatorio de Egeda, con una TRM promedio de tres mil pesos para todos los años, sin reparar en la idoneidad de esa forma de liquidar la indemnización, así como si el lapso entre enero de 2008 y mayo de 2016 era o no el indicado, sobre todo cuando no se estaba cobrando un «derecho convencional establecido en un acuerdo previo [de Egeda] con Comcel», sino «una indemnización» por responsabilidad civil extracontractual.

Precisó que el error de hecho sobre el juramento estimatorio, su contradicción y el referido dictamen pericial «arroja una suma inferior en algo más de \$57.000 millones [de pesos] como monto de la indemnización reclamada, con tan sólo reparar en la TRM de \$3.000 [pesos] frente a la que debía aplicarse, según el referido reglamento» de Egeda.

Tildó de «limitada, insuficiente y errónea» la labor del Tribunal para cuantificar los perjuicios, pues no expuso mayores explicaciones para aplicar la TRM del año anterior, es decir, «el mismo que la actora había reclamado en su demanda y en el juramento estimatorio, que sirvió de base única para el Tribunal fallar» con la TRM promedio de tres mil pesos.

Señaló que el siguiente cuadro corresponde al juramento estimatorio:

Fecha	Suscriptores	Tarifa (USD)	Pago anual (USD)	TRM Promedio de EGEDA	Pagos anuales (COP)
Dic-2008	1.835.712	0.30	5.993.245	3.000	17.979.735.600
Dic-2009	1.693.714	0.30	6.332.404	3.000	18.997.210.800
Dic-2010	1.719.643	0.30	6.132.265	3.000	18.396.795.600
Dic-2011	1.814.313	0.30	6.319.082	3.000	18.957.245.400
Dic-2012	1.954.784	0.30	6.823.450	3.000	20.470.349.700
Dic-2013	2.036.427	0.30	7.201.894	3.000	21.605.681.700
Dic-2014	2.131.335	0.30	7.567.621	3.000	22.702.682.700
Dic-2015	2.169.112	0.30	7.739.089	3.000	23.217.265.800
May-2016	2.200.211	0.30	3.279.037	3.000	9.837.110.700

Total	57.388.086	172.164.258.000
-------	------------	-----------------

Recordó los conceptos del perito Jorge Arango sobre lo errado de usar la TRM de tres mil pesos para todo el periodo, así como lo irrazonable de los cálculos de la perita Amparo Parra.

Señaló que a pesar de que el Tribunal explicitó haber utilizado «una tasa representativa del mercado acorde con los estatutos de Egeda, [cuando] en realidad para haber llegado al mismo guarismo, tuvo que haber aplicado la tasa promedio mencionada» que resulta incorrecta, por lo que el Tribunal pretirió las críticas realizadas por la parte demandada y el perito Arango.

Señaló que el Tribunal no expuso las pruebas que le sirvieron para sus cálculos, a pesar de los cuales, con la «aplicación misma de los guarismos en la tabla.. del fallo», el resultado correcto debe ser otro:

Periodo	Tarifa mes en USD	TRM COP/USD	Tarifa mes en COP	Inicio	Fin	Promedio	Meses	Valor total COP
2008 a 2013	0.30	1.800	540	1.530.435	2.036.427	1.783.431	72,00	69.339.797.280
2014	0.30	1.869	561	2.050.930	2.131.335	2.091.133	12.00	14.069.975.913
2015	0.30	2.000	600	2.137.361	2.169.112	2.153.237	12.00	15.503.302.800
2016	0.30	2.743	823	2.171.472	2.200.211	2.185.842	5.00	8.993.644.852
Total	107.906.720.845 [pesos]							

Sostuvo que «con aplicación... de los guarismos incluidos en... el fallo del Tribunal, al ser desarrollado su cálculo de forma matemática, no arroja un valor ni siquiera cercano a los supuestos COP172.164.257.998 [pesos], si no que totaliza COP 107.906.720.845 [pesos], es decir una diferencia de COP 64.257.537.153 [pesos]».

Y «si se aplicara la TRM, según los estatutos de Egeda, el resultado también es diferente» como lo muestra el siguiente cuadro:

Fecha	Año	Suscriptores	Tarifa (USD)	Pago anual (USD)	TRM Promedio año anterior	Pagos anuales (COP)
Dic-2008	2008	1.835.712	0.30	5.993.245	2.076	12.443.413.936
Dic-2009	2009	1.693.714	0.30	6.332.404	1.967	12.456.548.806
Dic-2010	2010	1.719.643	0.30	6.132.265	2.153	13.204.592.543
Dic-2011	2011	1.814.313	0.30	6.319.082	1.899	11.997.937.431
Dic 2012	2012	1.954.784	0.30	6.823.450	1.847	12.602.687.446
Dic-2013	2013	2.036.427	0.30	7.201.894	1.798	12.947.462.335
Dic-2014	2014	2.131.335	0.30	7.567.621	1.869	14.144.631.931
Dic-2015	2015	2.169.112	0.30	7.739.089	2.000	15.480.706.504
May-2016	2016	2.200.211	0.30	3.279.037	2.743	8.995.666.351
Total			57.388.086		114.273.647.281	[pesos]

Estimó que «sólo con la correcta utilización de las variables económicas de uso común en la transformación de valores de dólares americanos a pesos, siguiendo los estatutos y el reglamento de tarifas de Egeda, se desvirtúa, ab initio, en \$57.3890.610.719 [pesos] la pretensión acogida por el Tribunal. Y, como se anotó previamente, siguiendo los datos ofrecidos por el Tribunal, el resultado sería también uno muy distinto: \$107.906.720.845 [pesos] ».

Resaltó que también hubo error de hecho en el número de usuarios porque «razonablemente no puede sostenerse que el total de los usuarios de Comcel estuvieron simultáneamente en la posibilidad de disfrutar de uno y otro canal (o peor aún todos los canales), al mismo tiempo durante todos los días de cada año reclamado en la demanda y durante las 24 horas del día», hecho «físicamente imposible..., irrazonable, y contraevidente de cara a la más elemental lógica y a las reglas mismas de la experiencia», sobre todo cuando «en el juramento estimatorio no figuran las razones por las cuales el método de utilizar el número de usuarios es el adecuado no obstante lo cual el tribunal sin cuestionárselo así lo aceptó» y se «trata en últimas de un dictamen ayuno de explicación o fundamentación técnica que no resiste un simple análisis que el solo sentido común impone», pues la condena debía calcularse según «la efectiva audiencia y no el número de suscriptores de la empresa demandada», lo que derivó en una condena «fabulosa,

desbordada en grado superior,... carente de freno y justificación», máxime cuando «cada una de estas empresas nacionales de canal abierto hubiese demandado por separado, habría muy seguramente obtenido..., cada una, la suma a la que llegó el Tribunal, lo cual sería un contrasentido».

Agregó que el Tribunal ignoró el concepto del perito Jorge Arango en punto a que la audiencia de los canales cuya señal fue retransmitida aumentaron su audiencia e incrementaron la demanda y precio de la pauta publicitaria, lo que excluye la causación de perjuicios.

Sostuvo que de haber reparado en tales pruebas, el Tribunal hubiera tenido «que disminuir el monto de la indemnización» con fundamento en los artículo 283 del CGP y 16 de la ley 446 de 1998.

2. Atribuyó error de hecho en la falta de apreciación del fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, el 28 de marzo de 2017 en el proceso que por competencia desleal incoaron Caracol Televisión S.A. y RCN Televisión S.A. contra Telmex Colombia S.A. y otros, pues en los hechos que sustentaron las pretensiones de ese proceso aquellos aceptaron haber autorizado a Comcel a retransmitir su señal de televisión HD (Caracol TV hasta el 15 de abril de 2014 y RCN TV hasta el día 30 de iguales mes y año), a pesar de que la condena se fundó en que desde enero de 2008 y hasta mayo de 2016 Comcel retransmitió «la programación de la titularidad de los productores adscritos a Egeda».

También sostuvo que el error de hecho recayó sobre la Resolución 2291 del 22 de septiembre de 2014, expedida por la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV), prueba de que «durante más de 13 años los canales privados de televisión abierta nacional han permitido la retransmisión de sus señales en los sistemas de televisión cerrada sin costo alguno», a pesar de lo cual Comcel fue condenada por «la “retransmisión no autorizada” por parte de Comcel de la programación de los canales que representa Egeda» desde enero de 2008 hasta mayo de 2016; sin embargo, si la condena fuera precedente, solo podría imponerse desde el 30 de abril de 2014, fecha hasta la que existió autorización, lo que arrojaría una cifra distinta y bastante inferior a la impuesta que terminó enriqueciendo a la demandante, resultado contrario al que se persigue con la responsabilidad civil: la reparación integral de un daño.

Tales yerros hicieron que el Tribunal lesionara de manera indirecta los artículos 2341 del Código Civil, 16 de la ley 446 de 1998 pues la función de la responsabilidad civil extracontractual es la indemnización de un perjuicio y no enriquecer a la víctima.

CONSIDERACIONES

1. Egeda reformó la demanda el 14 de noviembre de 201, época en que la Tasa Representativa del Mercado (TRM) estaba alrededor de tres mil peso.

En la primera pretensión de condena Egeda reclamó la indemnización por lucro cesante «por la suma de COP \$172.164.257.998 (CIENTO SETENTA Y DOS MIL CIENTO SESENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS M/CTE), es decir, **la indemnización se pretendió en pesos colombianos**, no en dólares estadounidenses.

Según el juramento estimatorio incluido en la reforma de la demanda, Egeda presentó desde enero de 2008 y hasta mayo de 2016 el número mensual de suscriptores de Comcel la «Tasa de Cambio aprobada por Egeda», su tarifa y «el valor mensual en dólares», a partir de lo cual

estableció que el valor total de su indemnización hasta esa fecha en dólares era «[USD\$]57.388.086» y en pesos «[COP\$]172.164.257.998». **La sala destaca que este último valor en pesos fue el reclamado en las pretensiones.**

Multiplicar USD\$57.388.086 (dólares) por COP\$3.000 (TRM en pesos que, según Comcel, no debió emplearse para calcular la indemnización) da como resultado COP\$172.164.258.000 (pesos), es decir, prácticamente la misma cantidad reclamada por Egeda en su pretensión de condena, pues la diferencia es de apenas dos centavos de pesos.

El Tribunal condenó a Comcel a pagar exactamente el valor pretendido por Egeda, es decir, en pesos, para lo cual acogió íntegramente el juramento estimatorio como prueba de la indemnización pues la condena impuesta fue: «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)».

Fácilmente se advierte la falta de asidero de los argumentos de Comcel en punto a la supuesta incorrección del Tribunal al momento de aplicar, en su criterio, una TRM indebida, pues lo cierto es que las pretensiones de responsabilidad extracontractual se formularon en pesos, no en dólares, lo que, de entrada, no revela un error de hecho por parte del Tribunal, sino, por el contrario, el respeto del postulado de la congruencia. Explicado de otra manera, la condena económica se pretendió en pesos, no en dólares.

En todo caso, si en gracia de discusión se acogiera el planteamiento de Comcel y fuera necesario convertir USD\$57.388.086 dólares a pesos colombianos, el resultado sería idéntico porque la sentencia de última instancia se profirió el 23 feb. 2023, época para la que la TRM estaba alrededor de COP\$4.70, monto bastante superior al que tuvo en cuenta Egeda para calcular -en el juramento estimatorio- las pretensiones y que, de haberse acogido, hubiera lesionado el principio de la congruencia porque -se insiste- las pretensiones fueron formuladas en pesos.

En conclusión, comoquiera que Egeda reclamó la responsabilidad civil extracontractual de Comcel, como esta última insiste, fuente de las obligaciones que se reconoce en la sentencia, nada obligaba a que las sumas se fueran liquidando periódicamente tal y como se fueran causando con la TRM de cada período, porque, en últimas se reconocen tan solo en la sentencia que declara la existencia de la responsabilidad civil extracontractual, lo que descarta la comisión del primer error de hecho imputado al Tribunal.

Recuérdese que para las partes es pacífico que las pretensiones versan sobre la responsabilidad civil extracontractual de Comcel por la supuesta transgresión del derecho de autor a la comunicación pública de obras audiovisuales y cinematográficas por retransmisión. Esto es así de acuerdo con la fijación del litigio, la sentencia de último grado o la demanda de casación que refirió en múltiples ocasiones el artículo 2341 del Código Civil.

2. De su peso se caen las argumentaciones de Comcel acerca de que si los mandatarios de Egeda hubieran presentado directamente sendas demandas habrían obtenido la misma indemnización que fue concedida, porque en ese hipotético evento no serían aplicables a la controversia las disposiciones empleadas por el Tribunal que regulan a las sociedades de gestión colectiva. Es decir, no es cierto que en ese caso RCN y/o Caracol TV hubieran obtenido por separado indemnizaciones iguales a la concedida a Egeda, encargada de repartirla según corresponde.

Algo similar ocurre con el anuncio desenfocado que la indemnización debía calcularse según la efectiva audiencia que tuvieron los programas dentro del periodo reclamado, porque además de

que la argumentación inicial aceptaba la manera en que debía establecerse la indemnización, Comcel omitió señalar a cuánto equivalía ese valor, lo que era necesario explicar para estructurar un verdadero yerro fáctico.

3. La segunda parte del cargo, relacionada con el consentimiento de RCN y Caracol para que Comcel transmitiera la señal de televisión, también está condenada al fracaso porque como ha dicho la Sala al resolver cargos anteriores, el presente proceso versa sobre la transgresión del derecho de autor de comunicación pública por retransmisión de obras, y no por el derecho conexo que recae sobre la señal, lo que impide extender la autorización para retransmitir señales televisivas a la posibilidad de hacerlo con obras audiovisuales y cinematográficas.

Explicado de otra manera con el fin de evitar confusiones, Comcel no puede afirmar que contaba con autorización para transmitir las obras audiovisuales y cinematográficas (objeto protegido por el derecho de autor) porque RCN y Caracol le autorizaron transmitir su señal de televisión (objeto protegido por el derecho conexo), pues ambas cosas no son asimilables. La Sala aclara, una vez más, que la transgresión del derecho de autor de comunicación pública se produjo, según el Tribunal, por la retransmisión de obras audiovisuales y cinematográficas representadas por Egeda, y no por el derecho conexo de re-comunicación de la señal televisiva de los operadores de radiodifusión.

En tal orden de ideas, por esas razones no prospera el séptimo cargo.

CARGO OCTAVO

Con fundamento en la segunda causal de casación denunció vulneración indirecta de «los artículos 2341, 2357, 1626 del Código Civil, en relación con el artículo 16 de la ley 446 de 1998», así como el artículo 8° de la ley 153 de 1887, «a causa de error de hecho manifiesto y trascendente por no haber apreciado la conducta de la demandante y sus representadas», quienes omitieron aminorar los perjuicios mediante las opciones que tenían, tales como la solicitud de una medida cautelar de suspender la comunicación pública por retransmisión o interrumpir tecnológica y funcionalmente la transmisión de la señal y su contenido (black out).

Refirió la declaración de Ernesto Orozco (Director entonces de la Junta de la Autoridad Nacional de Televisión) y el dictamen de Daniel Peña Valenzuela, quienes demostraron que los canales de televisión podían impedir técnicamente que su señal fuera retransmitida por Comcel, sugiriendo que sobre estas probanzas recaía el yerro fáctico.

CONSIDERACIONES

1. La Sala ha reconocido que la buena fe objetiva impone desplegar comportamientos acordes con los estándares exigibles a cualquier persona puesta en las mismas circunstancias, que se expresa por medio de deberes secundarios de conducta, también conocidos como obligaciones accesorias o colaterales (CSJ SC282-2021, Rad. 2008-00234-01, 15 feb. 2021).

Se trata de un principio ético que «actúa como regla de conducta, que origina la actuación ideal del sujeto, lo que determina que se le denomine 'buena fe-lealtad'» y se caracteriza por:

a) Se trata de un deber de conducta impuesta al sujeto, con un contenido eminentemente ético. b) Este deber de conducta importa que no se perjudiquen los intereses ajenos fuera de los límites impuestos por la tutela legítima de los intereses propios. c) Para apreciar la conducta se prescinde del punto de vista subjetivo de las partes para referirse a un criterio objetivo. e) El

criterio objetivo consiste en la comparación de la conducta del sujeto con un standard jurídico, o sea un prototipo de conducta social media. f) El standard jurídico aplicable debe buscarse teniendo en cuenta el contexto social en el que actúa el sujeto.

Un sujeto se comporta de acuerdo con la buena fe cuando evita actitudes de omisión respecto del daño sufrido y, en su lugar, adopta comportamientos dirigidos a evitar su consumación o agravación (CSJ SC282-2021, Rad. 2008-00234-01, 15 feb. 2021).

Por ello, se deben «adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que este le reembolse el valor de los gastos en que incurrió.

Se trata del denominado deber de «mitigación» o «atenuación del daño», reconocido por los artículos 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y 7.4.8. (1) de los Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales.

Este postulado tiene plena vigencia Colombia, gracias a su reconocimiento jurisprudencial. En efecto, es procedente reducir el monto de la indemnización cuando la víctima haya creado un escenario favorable a la ocurrencia del daño o su propagación:

[el] demandante con sus omisiones creó un escenario altamente propicio para la generación del resultado que afectó su patrimonio, es decir generó un evidente estado de riesgo que vino a ser agravado por la conducta omisiva de la demandada, habrá de reducirse la condena en contra de la parte demandada» (SC, 3 ag. 2004, exp. n.º 7447; en el mismo sentido SC, 6 ab. 2001, exp. n.º 6690, reiteradas en (CSJ SC282-2021, Rad. 2008-00234-01, 15 feb. 2021).

Luego, sobre el mismo deber expresó:

[E]n el campo de la responsabilidad civil -contractual y extracontractual- la doctrina contemporánea destaca la importancia, cada vez mayor, que adquiere el que la víctima con su conducta procure mitigar o reducir el daño que enfrenta o que se encuentra padeciendo...

El señalado comportamiento, que muchos tratadistas elevan a la categoría de deber de conducta al paso que otros lo identifican con una carga, encuentra su razón de ser en el principio de buena fe, hoy de raigambre constitucional (art. 83, C.P.), el cual, sin duda, orienta, en general, todas las actividades de las personas que conviven en sociedad, particularmente aquellas que trascienden al mundo de lo jurídico, imponiendo a las personas que actúan -sentido positivo- o que se abstienen de hacerlo -sentido negativo- parámetros que denotan honradez, probidad, lealtad y transparencia...

En tal orden de ideas, resulta palmario que ante la ocurrencia de un daño, quien lo padece, en acatamiento de las premisas que se dejan reseñadas, debe procurar, de serle posible, esto es, sin colocarse en una situación que implique para sí nuevos riesgos o afectaciones, o sacrificios desproporcionados, desplegar las conductas que, siendo razonables, tiendan a que la intensidad del daño no se incremente o, incluso, a minimizar sus efectos perjudiciales, pues sólo de esta manera su comportamiento podría entenderse realizado de buena fe y le daría legitimación para reclamar la totalidad de la reparación del daño que haya padecido.

Una actitud contraria, como es lógico entenderlo, al quebrantar el principio que se comenta,

tendría que ser calificada como “una postura incorrecta, desleal, desprovista de probidad y transparencia, que descono[ce] al otro [e] ignor[a] su particular situación, o sus legítimos intereses, o que est[á] dirigida a la obtención de un beneficio impropio o indebido” (Cas. Civ., ib.), la cual, por consiguiente, es merecedora de desaprobación por parte del ordenamiento y no de protección o salvaguarda (SC, 16 dic. 2010, rad. n.º 1989-00042-01).

Y luego reiteró:

[P]untualícese que el deber de mitigación o atenuación, connatural al principio de reparación integral, propende porque la víctima tome las medidas que estén a su alcance para evitar que las consecuencias del daño aumenten o no se detengan; esto es, el lesionado tiene la carga de adoptar los correctivos razonables y proporcionadas que reduzcan las pérdidas, o impidan su agravación, ya que no hacerlo puede acarrearle la disminución de la indemnización reclamada (SC512, 5 mar. 2018, rad. n.º 2005-00156-01).

2. De la manera como viene planteado el cargo, no puede prosperar, porque Comcel no explica qué consecuencias debe tener la supuesta omisión de Egeda o sus representados de mitigar el daño por la comunicación pública de obras cinematográficas y audiovisuales sin autorización ni remuneración, es decir, si la indemnización debe ser reducida (y en qué proporción), así como las razones para hacerlo, ni mucho menos si debe negarse completamente.

Adicionalmente, el planteamiento de Comcel busca favorecerse de su propia conducta generadora de responsabilidad civil. A pesar de que el perjuicio que Comcel dice debió mitigarse obedece a su infracción del derecho de comunicación pública, esa empresa sostiene que por no haberse promovido medidas cautelares en su contra o haber implementado medidas tecnológicas para suspender la transmisión de la señal (black out), los representados por Egeda omitieron su deber de mitigar el daño y, en últimas, actuaron de espaldas al principio de la buena fe. Tal manera de pensar no puede ser de recibo porque, precisamente, las pretensiones se originaron en la infracción imputable a Comcel del derecho de comunicación pública de obras audiovisuales y cinematográficas, sin la autorización previa y expresa, y nadie puede beneficiarse de su propia culpa.

Si Comcel dejó de obtener autorización previa y expresa para retransmitir obras protegidas por el derecho de autor, mal haría en sostener que los afectados debían utilizar medios jurídicos y técnicos para aminorar los daños, porque un planteamiento de ese linaje es contrario a la buena fe, razones que se estiman suficientes para que no prospere el cargo octavo.

DECISIÓN

Primero: En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Agraria y Rural, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia que el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, profirió el 23 de febrero de 2023 en el proceso declarativo de Entidad de Gestión Colectiva de Derechos de Productores Audiovisuales de Colombia contra Telmex Colombia S.A. -hoy Comcel S.A.

Segundo: Condenar en costas a Telmex Colombia S.A. -hoy Comcel S.A, las que serán liquidadas en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso en concordancia con el canon 625, numeral 1, literal c) in fine de la misma obra, incluyendo \$10.000.000 por concepto de agencias en derecho que fija el magistrado ponente.

En firme esta providencia devuélvase la actuación surtida al Tribunal de origen.

Notifíquese,

FERNANDO AUGUSTO JIMÉNEZ VALDERRAMA

Presidente de la Sala

Salvamento de voto

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

Salvamento parcial de voto

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

FRANCISCO TERNERA BARRIOS



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Compilación Jurídica MINTIC

n.d.

Última actualización: 31 de mayo de 2024 - (Diario Oficial No. 52.755 - 13 de mayo de 2024)

