

“Contraposición de derechos de autor, derechos conexos a la luz del Artículo 39 de la Decisión
351 vs. Ley 680 de 2001”



LISSANA TORRES CARDONA,
NANCY SANDOVAL VALBUENA, JEIMY CONSTANZA OIDOR HERRERA

Trabajo presentado como requisito para optar al título de:
Especialista en Derecho Comercial

DIRECTOR:
DR. CAMILO GOMEZ LÓPEZ

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
ESPECIALIZACIÓN DERECHO COMERCIAL
Bogotá
2019

TABLA DE CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN	1
2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	3
3. MARCO TEORICO	6
3.1 Análisis de la demanda presentada ante la Superintendencia de Industria y Comercio, pretensiones y fundamentos de derecho. Caracol Television S.A. y RCN Television S.A.....	7
3.2 Análisis de las excepciones presentadas por cada cableoperador vinculado. Telmex Colombia S.A., Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., Direct Tv Colombia S.A., Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. y Une Epm Telecomunicaciones S.A	12
3.3 Análisis de Sentencia de Primera instancia que accede a una pretensión y ordena a los cableoperadores abstenerse de retransmitir la señal de los canales CARACOL y RCN sin la autorización previa y expresa (Septiembre 01 de 2016).....	17
3.4 Análisis de Interpretación Prejudicial expedida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.....	21
3.5 Análisis de la Sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que revoca la decisión de primera instancia y niega las pretensiones de la demanda (Marzo 28 de 2018)	26
3.6 Análisis de la Acción de Incumplimiento presentada por Caracol y RCN contra el Gobierno Nacional ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.....	33
3.7 Ponderación de derechos de Autor del Artículo 39 de la Decisión 351 vs Constitución Política de Colombia y Ley 680 de 2001	38
3.8 Conclusiones.....	42
3.9 Bibliografía	44

Introducción

Colombia ha adoptado diferente tipo de normatividad, como la contemplada en la Ley 680 de 2001, Circular No. 0045 de 12 de junio de 2014, Resolución No. 2291 de 22 de septiembre de 2014; y, Circular No. 10 de 23 de abril de 2015, para proteger a los usuarios de televisión y que éstos puedan acceder a los canales de televisión abierta, aun cuando cuenten con los servicios de diferentes cableoperadores que prestan tales servicios en el país. Los organismos de radiodifusión, entre ellos, los dos canales de televisión abierta que tiene Colombia, consideran que tales medidas restringen los derechos contemplados en la Decisión 351 de 1993 y que de ninguna manera se pueden entender como limitaciones, o, excepciones al derecho de autor.

Con el presente trabajo se pretende abordar y analizar dicha problemática generada por la presunta violación a la legislación Andina tanto por el estado colombiano en primera medida, como por los cableoperadores del país. Para lo anterior, los canales de televisión abierta han presentado diferentes acciones para dirimir este conflicto. En todo caso, nos centraremos en dos acciones, la primera la iniciada contra los cableoperadores por competencia desleal reglada en la Ley 256 de 1996, por violar las normas contenidas en la Decisión 351 y como segunda medida las acciones contra el Estado Colombiano, adelantadas ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Para el caso que nos ocupa, en la Decisión comunitaria de Derechos de Autor, podemos observar el derecho de los organismos de radiodifusión para conceder el derecho a la retransmisión de sus

emisiones, o, de su señal, generando como principal consecuencia la obligación de solicitar la autorización previa y expresa al titular de la emisión¹.

Los derechos conexos concedidos a los organismos de radiodifusión están enmarcados por la facultad exclusiva de autorizar o prohibir los usos otorgados por la legislación como lo son: i) la retransmisión de sus emisiones; ii) la fijación de sus emisiones y iii) la reproducción de una fijación de sus emisiones. No obstante, nuestra legislación colombiana, limita estos derechos de que goza el organismo de radiodifusión respecto de su retransmisión, buscando con ello generar un equilibrio entre el interés particular, que lo representa el titular del derecho conexo, y el interés colectivo el cual se encuentra en cabeza de la sociedad quien usa y goza de libre acceso a este tipo de bienes y servicios. Así las cosas, en el desarrollo del presente trabajo pretendemos analizar la contraposición que se da entre las dos posturas. Una relacionada con los sujetos activos de las acciones que se iniciaron, esto es los canales privados que tienen concesión para televisión abierta, quienes argumentan que se violan sus derechos recogidos en la Decisión 351 de 1993, y por el otro lado la posición tanto del estado colombiano, así como de los cableoperadores más importantes del país al argumentar, por una parte Colombia que son disposiciones locales en virtud de su soberanía y por parte de los cableoperadores, que no violan la Decisión 351, porque cumplen un deber legal recogido en la Ley 680 de 2001.

¹ Artículo 177 de la Ley 23 de 1982, 39 de la Decisión Andina 351 de 1983,13 de la Ley 1520 de 2012,13 de la Convención de roma y 14 del Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio.

Planteamiento del Problema

Las sociedades CARACOL TELEVISION S.A. y RCN TELEVISION S.A., cuentan con contratos de concesión con la AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISION ANTV (antes Comisión Nacional de Televisión), para operar y explotar canales de televisión de operación privada de cubrimiento nacional, conocidos comúnmente como canales de televisión abiertos². De conformidad con el Acuerdo 008 de diciembre 22 de 2010, Colombia adoptó el estándar de TELEVISION DIGITAL TERRESTRE TDT, para lo cual los contratos de concesión fueron modificados a efecto de que dichos canales se comprometerían que además de las señales análogas a TDT. Esta modernización permitió que los canales pudieran emitir sus señales digitales en ALTA DEFINICIÓN, o como comúnmente se conoce como HD (High Definition).

De conformidad con lo señalado en la Ley 680 de 2001 todos los cableoperadores (operadores de Televisión por Suscripción), están obligados a garantizar que los suscriptores reciban la señal de todos los canales de televisión abierta nacionales, regionales y municipales. Así las cosas, todos los cableoperadores han venido retransmitiendo las señales análogas de televisión sin solicitar aprobación de parte de RCN o CARACOL.

No obstante lo anterior, los canales de televisión RCN y CARACOL, para las señales de HD, habían autorizado a los cableoperadores a retransmitir sus señales en HD hasta aproximadamente el primer trimestre del 2014. Las notificaciones relacionadas con el cambio de condiciones, y la petición de pago por la retransmisión de sus señales de HD, conforme lo prevé el Artículo 39 de

² Es aquella en la que la señal puede ser recibida libremente por cualquier persona ubicada en un área de servicio cubierta por una determinada estación o antena

la Decisión 351, fueron rechazadas por los cableoperadores, argumentando su deber de retransmisión conforme a lo señalado en la Ley 680 de 2001. Por esta situación se produjo el litigio de competencia desleal por violación de normas.

Pero además el RCN y CARACOL demandaron al estado colombiano, por violar las disposiciones contenidas en Decisiones de la comunidad Andina. Un proceso fue fallado en contra (fundado en violaciones de la Decisión 439) y el otro si bien se encuentra pendiente de decidir, cuenta con Dictamen 003-2017 de la Secretaría General de la Comunidad Andina en el cual concluye que el Estado Colombiano incumple lo dispuesto en los artículos 21, 39 y 42 de la Decisión 351, los artículos 127 y 128 de la Decisión 500 y los artículos 4 y 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Buscamos determinar el análisis que realizaron tanto los jueces colombianos que decidieron el proceso de competencia desleal, así como la decisión que se espera del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina con base en el Dictamen de la Secretaría General, relacionada con saber si “¿Retransmitir la señal de un organismo de radiodifusión, sin contar para ello con la autorización previa de su titular, constituye una violación a las normas del derecho de autor, o puede entenderse como una limitación al derecho de autor?”³

Valga aclarar que, en la demanda de competencia desleal, se evidenciaron dos posturas diferentes, la decisión tomada por el Juez de Primera Instancia y la de segunda instancia que

³ Escrito de demanda de competencia desleal presentada por CARACOL TELEVISION SA y RCN S.A contra las sociedades TELMEX COLOMBIA S.A., COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., DIRECT TV COLOMBIA S.A., EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. y UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A.

revoca el fallo original. En cualquier caso, se evidencia que hay una riña entre los postulados de la Decisión Andina 351 que es una norma supranacional de aplicación preferente y lo regulado en la Ley 680 de 2001.

Es importante determinar los argumentos de cada Juez que llegaron a conclusiones diferentes, así como conocer el informe de la Secretaría General de la Comunidad Andina, ya que la decisión del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina respecto de la Acción de Incumplimiento presentada por los canales privados ya mencionados contra el estado colombiano aún no se ha resuelto.

Marco Teórico

El planteamiento del problema indicado en el punto anterior y en el cual enfocamos nuestra investigación, lo desarrollaremos mediante el estudio y análisis del Derecho de Autor y los Derechos Conexos, haciendo una comparación entre la Constitución Política de Colombia y la Decisión 351 de 1993 (Art. 39) y la Ley 680 de 2001, además, de un amplio análisis a la demanda presentada por CARACOL TELEVISION S.A. y RCN TELEVISION S.A. contra TELMEX COLOMBIA S.A., COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., DIRECT TV COLOMBIA S.A., EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. y UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. ante la Superintendencia de Industria y Comercio, (sus pretensiones, excepciones, fundamentos de derecho) como los pronunciamientos de esta entidad, del Tribunal Superior de Bogotá y la acción de incumplimiento adelantada ante el Tribunal de Justicia de la CAN por la no aplicación por parte de Colombia de la Decisión 351. Igualmente, abordaremos normas como, el tratado de la OMPI (acogido en Colombia mediante la Ley 545 de 1999) acerca de la interpretación o ejecución y fonogramas y la Convención de Roma. todo lo anterior en el periodo de 2014 hasta la actualidad.

Análisis demanda presentada ante la Superintendencia de Industria y Comercio.
Pretensiones y Fundamentos de Derecho. Caracol Televisión S.A. y RCN Television S.A.
contra Une Epm Telecomunicaciones S.A., Telmex Colombia S.A., Colombia
Telecomunicaciones S.A. E.S.P., Direct Tv Colombia S.A., Empresa de Telecomunicaciones
de Bogotá S.A. E.S.P.

Acción preventiva de competencia desleal presentada ante la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, Delegatura Asuntos Jurisdiccionales con fundamento en el numeral 2 del artículo 20 de la Ley 256 de 1996 y el artículo 24 del CGP.

a) Pretensiones:

- i.** Con fundamento en el numeral 2 del artículo 20 de la Ley 256 de 1996 se ordene todos los cableoperadores, se abstengan de retransmitir a través del servicio de televisión por suscripción, las señales análogas o HD de los canales Caracol y RCN, sin contar con autorización previa y escrita otorgada por CARACOL Y RCN para cada uno de los canales y tipo señales respectivamente.
- ii.** Que se declare que los cableoperadores incurren en actos de competencia desleal por la violación de normas por no haber proporcionado a todos y cada uno de sus suscriptores un selector conmutable a la entrada del receptor de cada usuario de modo que puedan conectarse directamente a la antena de recepción de los canales de televisión terrestre radiodifundida, según lo determina el Anexo Técnico del Acuerdo 10 de 2006 de la Comisión Nacional de Televisión.
- iii.** Dada la pretensión anterior, se prohíba a los cableoperadores continuar incurriendo en los actos de competencia desleal y por ende se les ordene cumplir con el Anexo Técnico del Acuerdo 10 de 2006 de la Comisión Nacional de

Televisión proporcionando a todos sus suscriptores un selector conmutable a la entrada del receptor de cada usuario de modo que puedan conectarse directamente a la antena de recepción de los canales de televisión terrestre radiodifundida.

- iv. Que se declare que los cableoperadores al no estar legal ni contractualmente facultados, han cobrado a sus suscriptores por la recepción de la señal HD de los canales CARACOL y RCN, incurriendo por ende en los actos de engaño, explotación de la reputación ajena y violación de normas.
- v. Dada la pretensión anterior, se prohíba a los cableoperadores que continúen incurriendo en los actos de competencia desleal de engaño, explotación de reputación ajena y violación de normas.
- vi. Condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandada.

b) Debate del Proceso:

Los accionantes plantean la siguiente pregunta: “Retransmitir la emisión de un organismo de radiodifusión, sin contar para ello con la autorización previa de su titular, ¿constituye un acto de competencia desleal por violación de normas?”, a la cual indican que la respuesta es afirmativa, sustentando que según el artículo 39 de la Decisión 351 de 1993 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) establece claramente que *“los organismos de radiodifusión gozan del derecho exclusivo de autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento”* y según el presente caso, los accionantes indican que cuentan con pruebas que les permite concluir que los accionados pretenden retransmitir a través de sus servicios de televisión por suscripción, las emisiones HD de los canales CARACOL y RCN, sin contar con la autorización previa y escrita de CARACOL y RCN, titulares de los derechos sobre las emisiones de estos

canales. Por ende, indican que como consecuencia de ello y si se les permite a los accionados la retransmisión de la señal HD de los canales Caracol y RCN, se estaría infringiendo el artículo 30 de la Decisión 351 de la CAN y con ello incurriendo en competencia desleal por violación de normas, ya que, al infringir la norma comunitaria, los accionados estarían adquiriendo una ventaja competitiva significativa en el mercado.

Infracciones a la Ley 256 de 1996:

- i.** Legitimación de las partes: manifiestan los accionantes Caracol y RCN (organismos radiodifusión) que se encuentran legitimados por activa, toda vez que son las personas que participan en el mercado y son a quienes sus intereses económicos se le están viendo perjudicados, configurándose por ende un acto de competencia desleal, el cual con la demanda se pretendía evitar.
- ii.** Actos de los cableoperadores son actos de competencia que se realizaron en el mercado con fines concurrenciales: La retransmisión de las emisiones de los canales Caracol HD y RCN HD por parte de los cableoperadores, manifiestan los accionantes, son sin duda un acto que se exterioriza en el mercado, toda vez que los cableoperadores buscan incluirlos en su parrilla de programación por ser estos canales de gran preferencia y acogida por parte de los suscriptores, teniendo por lo tanto fines concurrenciales.
- iii.** Las actuaciones de los accionados que se pretenden evitar, constituyen acto desleal de violación de normas: artículo 18 de la ley 256 de 1996 indica que *“se considera desleal la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica. La ventaja debe ser significativa.”*

Igualmente, los accionantes justificaron como en el caso se dieron los elementos necesarios para la configuración del acto desleal que según el Despacho deben darse para hablar de acto desleal y son:

- Infracción a una norma distinta a la Ley 256 de 1996: para justificar este punto, los accionantes hacen referencia al artículo 39 de la Decisión 351 de la CAN y el artículo 24 del Acuerdo No. 02 de 2012 de la ANTV, dichas normas coinciden en que para que los operadores de televisión cerrada puedan retransmitir la emisión de los canales de emisión abierta, deben contar con una autorización previa por parte de estos, quienes son los titulares sobre sus emisiones, esto también en concordancia con concepto de fecha 17 de enero de 2014, emitido por la Dirección Nacional de Derecho de Autor. Así, al infringir estas normas se está a su vez incumpliendo la Ley 256 de 1996.

Los accionantes concluyen que los cableoperadores manifestaron en varias de sus comunicaciones anteriores a la demanda, que no requerían de autorización previa alguna para poder continuar con la retransmisión de estos canales por ser este un servicio que de no prestarse afectaría el interés general.

- Obtención en el mercado de una ventaja competitiva significativa: indican los accionantes que esta se da como consecuencia de la vulneración a normas tales como el literal a) del artículo 39 de la Decisión 351 de la CAN y el artículo 24 del Acuerdo 02 de 2012 de la ANTV, toda vez que los cableoperadores transmiten los canales RCN y CARACOL sin autorización y sin pago alguno y que los mismos son de los más vistos para los televidentes. Además, porque luego de haber realizado una encuesta a los usuarios de estos canales, el resultado arrojó que el

64% estaría dispuesto a abandonar los servicios tomados con los cableoperadores si no contaran con los canales CARACOL y RCN, más aún si pudieran acceder a ellos de forma gratuita y sin la necesidad de tener contratado un servicio de suscripción como el que los cableoperadores prestan.

c) Fundamentos de Derecho:

- Ley 256 de 1996
- Ley 640 de 2001
- Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN)
- Artículo 24 del Código de General del Proceso.
- Las demás disposiciones sustanciales y procesales relativas al tema debatido que las aclaren modifiquen o complementen.

Análisis excepciones presentadas por cada cableoperador vinculado. Telmex Colombia S.A., Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., Direct Tv Colombia S.A., Empresa De Telecomunicaciones De Bogotá S.A. E.S.P. Y Une Epm Telecomunicaciones S.A.

Si bien cada uno de los demandados contestaron la demanda y la reforma de la demanda de manera independiente, cada uno de ellos en general excepcionaron:

- i. No configuración de acto de competencia desleal: manifiestan que según el artículo 2 de la Ley 256 de 1996 para que se hable de competencia desleal debe siempre realizarse en el mercado y con fines concurrenciales. Igualmente indica que según el artículo 7 de la misma ley, competencia desleal es todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, siempre y “cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial”, lo cual según los accionados no ocurre en el presente caso ya que no se tiene una finalidad concurrencial ni contraria a la buena fe.
- ii. Supuesta finalidad concurrencial: indican que lo que se le atribuye en este punto no se hace con el propósito de atraer o disputar clientela, sino que por el contrario, se está dando cumplimiento a una obligación legal que se encuentra establecida en la Ley 680 de 2001 artículo 11, la cual estipula que se debe garantizar la recepción de los canales nacionales de televisión abierta a sus clientes. Así pues, indican que al realizar la retrasmisión no se está generando una ventaja competitiva respecto a los demás competidores, ya que además de estar desarrollando las actividades propias de su objeto social, están cumpliendo con la obligación que le ordena la ley. También, afirman que hay ausencia de fines concurrenciales: indican que la conducta demandada no genera un incremento o hace que se mantenga la participación de los cableoperadores en el

mercado, además afirma, que ni estos ni los demandantes son competidores ya que no operan dentro del mismo mercado por lo que no se puede hablar de competencia desleal. Igualmente sustenta que estos canales participan en el mercado de televisión abierta, mientras que los cableoperadores en el mercado de servicios de televisión por suscripción.

- iii.** No existe mala fe por parte de los cableoperadores ya que indican, que según pronunciamientos de la SIC para que se pueda hacer referencia a la ley de competencia desleal, deben utilizarse medios indebidos para competir, los cuales son los causantes de la distorsión en el mercado ya que genera perjuicios injustificados a los competidores que si actúan leal y correctamente y finalmente rompiendo así la igualdad en el comercio. Ahora frente a la supuesta mala fe de estos, indican que según el artículo 835 del Código de comercio quien alegue mala fe debe probarlo, cosa que no hizo el accionante. Igualmente, recalcan que les es imposible actuar de mala fe, toda vez que para realizar la retransmisión de los mencionados canales, se requiere de la participación de los accionantes, los cuales al tener habilitada la función que permite la retransmisión de los canales, se entiende que están aceptando o tácitamente autorizando su uso.
- iv.** Manifiestan que no han incurrido en la violación de normas a la que hace referencia el artículo 18 de la Ley 256 de 1996: esto lo sustentan en el sentido de que aunque CARACOL y RCN afirman que estos infringen el artículo 39 de la Decisión 351 de la CAN y el artículo 24 del Acuerdo 02 de 2012, al decir que se pretende retransmitir la señal sin la autorización expresa de los dos canales, es imposible que esto se pueda lograr de manera independiente, toda vez que para poder lograrlo requieren necesariamente de la participación de los mismos canales, por lo que dicho cargo no debe prosperar.

- v. La conducta de las demandantes es contraria a los principios generales de derecho según los cuales “nadie puede alegar su propia culpa” y “nadie puede ir contra sus propios actos” y por tanto es de mala fe: en este punto reiteran que son los mismos accionantes los que permiten la retransmisión de la señal por el hecho de tener habilitado el receptor satelital, por lo que afirman que nadie puede ir en contra de sus propios actos.
- vi. Indican que la demanda es temeraria y constituye un verdadero abuso del derecho.
- vii. Prescripción: indica que según la Ley 23 de 1996 y en el supuesto en que se estuviera en presencia de un acto de competencia desleal por la retransmisión de los canales Caracol y RCN, la acción para evitar estos actos prescribió desde octubre de 2009.
- viii. Ausencia de preparación para competir en violación de la ley: afirma que, a diferencia de lo manifestado por los canales, los cableoperadores no creen que se les deba cobrar por la retransmisión, por lo que indican que este punto debe ser resuelto por la ANTV y que se deben a coger a lo que esta resuelva. Por ende, dicen que la lectura que los canales hacen a la ley no puede considerarse como que no se acata por parte de estos.
- ix. Atipicidad del artículo 18 de la ley 256 de 1996: afirmar que en el presente caso no se presentan los elementos señalados por esta norma, los cuales configuran un acto de competencia desleal: a) Efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva, b) que la ventaja se logre frente a competidores, c) que sea adquirida mediante la infracción de una norma jurídica, d) que sea significativa.
- x. La interpretación que los canales hacen a la norma, respecto a que se les reconozca una remuneración por motivo de la retransmisión, implica que se modifiquen los contratos de concesión de los canales, además, generarían una alteración del equilibrio económico de

estos contratos estatales que podrían involucrar una posible responsabilidad contractual del Estado.

- xi.** Imposibilidad física de realizar el acto de competencia desleal: ya que para que se pueda realizar la retransmisión de las señales, se requiere que los canales indiquen las coordenadas donde se debe tomar la misma, entre otras acciones, la cuales, si los canales no ejecutan, no hace posible que los cableoperadores puedan realizar la retransmisión.
- xii.** No se han realizado actos de competencia desleal: ya que entre los canales Caracol y RCN no existe una disputa por clientes, además, de requerirse autorización, se debería entonces solicitar a todos los cableoperadores para que haya un equilibrio e igualdad, también hace la aclaración de que los televidentes pueden obtener las señales de estos canales usando sistemas de recepción para tv abierta o mediante los codificadores suministrados por los cableoperadores.
- xiii.** No se explotó ilegítimamente la reputación de Caracol y RCN: ya que sus clientes pueden adquirir gratuitamente la visualización de los canales, es decir, por fuera del plan ofrecido, por lo que estos no son usados como ganchos o herramientas de comercialización. Por ende, no está recibiendo un pago por la retransmisión de los canales.
- xiv.** Manifiesta que se encuentra exceptuada por la legislación al deber de obtener una autorización para la retransmisión de los canales en virtud de la obligación que le impone la Ley 680 de 2001.
- xv.** La interpretación de la norma que se considera amenazada (Ley 680 de 2001) ya es cosa juzgada mediante Sentencia C-654 de 2003, al decir que los cableoperadores transmiten las señales de los canales no tienen que cancelar derechos por ese concepto, por lo que no puede ser usada en las pretensiones de los demandantes y

xvi. Falta de competencia de la SIC para conocer el asunto.

Análisis de la Sentencia de Primera Instancia que accede a una pretensión y ordena a los cableoperadores abstenerse de retransmitir la señal de los canales Caracol y RCN sin la autorización previa y expresa (Septiembre 01 de 2016)

En primera instancia al conocer este caso el Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, abordó las diferentes problemáticas que se encuentran inmersas en el caso objeto de estudio.

Inicialmente su estudio buscó establecer los derechos conexos que existen en cabeza de los demandantes o si existe alguna excepción o limitación a esos derechos, y después determinar si existe o no la configuración del artículo 18 de la Ley 256 de 1996⁴ y está llamada a prosperar la referida acción preventiva, en el presente asunto. En concordancia con lo anterior cabe señalar que de conformidad con las normas internacionales, comunitarias y nacionales aplicables los organismos de radiodifusión tienen establecidos a su favor diferentes derechos conexos, entre los que destaca con especial relevancia para el presente asunto, la facultad exclusiva de autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones, esas normas son las siguientes: el artículo 13 de la convención de Roma a la cual se adhirió Colombia a través de la ley 48 de 1975, el numeral 3 del artículo 14 del acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio o ADPIC, el cual adhirió Colombia a través de la ley 160 de 1994, el artículo 39 de la decisión 351.

Al abordar el tema de los Derechos conexos, tal como lo contempla el doctor Wilson Rafael Ríos Ruiz *“El Derecho de Autor, como disciplina jurídica, hace parte integral de un todo omnicomprendido denominado Propiedad Intelectual, que se traduce en un derecho personal por*

⁴ **ARTÍCULO 18. VIOLACIÓN DE NORMAS.** Se considera desleal la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica. La ventaja ha de ser significativa.

*autonomasia, que reviste un matiz económico y patrimonial, sobre toda creación del dominio literario, artístico o científico que se da por parte del Estado desde el mismo momento de la creación, en favor de un titular originario o derivado, por un tiempo determinado, oponible frente a terceros y que presenta un contenido dual expresado en prerrogativas de orden moral y patrimonial*⁵ por tanto sin duda alguna al analizar este tema una de sus principales características es el contenido patrimonial que estas conllevan, por lo cual, resultó pertinente para la delegatura de la Superintendencia realizar el análisis ¿si es viable que los canales radiodifundidos generen una prestación por la retransmisión de sus canales en diferentes formas o medios como lo es la televisión cerrada?, es decir este derecho implica una facultad exclusiva para autorizar o prohibir su utilización por tanto, es consecuente que todas estas autorizaciones o licencias que se otorga a quienes pretenden efectuar la retransmisión de sus emisiones estén supeditadas al pago de una prestación económica.

Por lo tanto considera el Juez de Primera Instancia que la conducta omisiva de los cableoperadores constituyen un acto de competencia desleal por violación a la norma⁶, afirmación que encontramos legalmente amparada en la ley teniendo en cuenta que la retransmisión sin la debida autorización genera la ruptura del equilibrio entre el interés particular y colectivo que busca sostener el espíritu de las normas que regulan el tema sobre los derechos conexos.

En consecuencia, esta delegatura llego a la conclusión que la transmisión de las señales de los canales Caracol HD y RCN HD en la parrilla de la programación de los cableoperadoras que nos ocupan en el estudio del caso en concreto, es un acto que sin duda se realiza en el mercado con

⁵ Derechos de autor y derechos conexos en la televisión por satélite y televisión por cable-cable distribución señales portadoras de programas de satélite- Revista de la propiedad Inmaterial. Universidad Externado De Colombia.

⁶ Artículo 18 Ley 256 de 1996

fines concurrentiales⁷ por tanto, no cabe duda de que esta retransmisión por parte de los operadores del servicio de televisión es un hecho que se exterioriza en el mercado pues los cableoperadores compiten buscando ofrecer canales que atraigan a los televidentes hacia su servicio. Así las cosas, la violación de todas las normas que regulan los derechos conexos antes mencionados constituye una inminente desventaja de los unos frente a los otros, ya que rompen el equilibrio que debe existir entre el interés particular y el colectivo al momento de la prestación de estos servicios ya que generan la obtención en el mercado de una ventaja competitiva significativamente relevante consecuencia directa de dicha violación.

Otro aspecto importante abordado por este despacho, fue la regla de los tres pasos prevista en el artículo 92 del convenio de Berna en el artículo 13 del Acuerdo ADPIC, en el artículo 10 del tratado de la OMPI, sobre derechos de autor y el artículo 21 de la decisión 351 de 1993, consiste en que para que una ley interna pueda establecer válidamente una limitación o excepción a los derechos de autor o conexos, tienen que necesariamente cumplir con los siguientes requisitos o pasos, 1) que la limitaciones se refieran a casos especiales, 2) que no atente contra la normal explotación de la obra o prestación y 3) que no causan un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular del derecho. El artículo 11 de la ley 680 de 2001, no es un caso especial relacionado con una limitación a los derechos patrimoniales conexos de los demandantes, en efecto la mencionada exposición consagra una obligación para los operadores de televisión por suscripción de garantizar sin costo alguno que sus suscriptores reciba la señal de los canales colombianos de televisión abierta, pero en ninguna parte establece que para cumplir dicha obligación los cable operadores estén exentos de solicitar autorización de los organismos de

⁷ Dirección Nacional de derechos de autor, Concepto 17 de enero de 2014.

radiodifusión o que se encuentran habilitados para desconocer los derechos patrimoniales conexos que tienen los demandantes CARACOL y RCN.

Por todo lo antes expuesto esta delegatura resolvió:

“Con fundamento en el numeral 2 del Artículo 20 de la ley 256 de 1996 ordenar a TELMEX COLOMBIA S.A, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A E.S.P, DIRECT TV COLOMBIA S.A., LA EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA S.A E.S.P y UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A., abstenerse de retransmitir a través del servicio de televisión por suscripción del que son responsables, la señal de los canales CARACOL y RCN en sus señales análogas o de alta definición sin contar para ello en cada caso con la autorización previa y expresa otorgada por CARACOL o RCN para cada uno de sus respectivos canales y tipos de señales”⁸. Se desestimaron las demás pretensiones interpuesta por los demandantes.

Contra la anterior Decisión tanto los demandantes como los demandados presentaron Recurso de Apelación, que sustentaron dentro de los siguientes tres (3) días, por lo que el respectivo expediente fue remitido al Tribunal Superior de Bogotá.

⁸ Tomado del audio sentencia del 01 de Septiembre de 2016 proceso de competencia desleal con Rad. No 2014116592, al cual fue acumulado el Rad No 2014116587, Superintendencia De Industria y Comercio.

**Análisis de la Interpretación Prejudicial expedida por el Tribunal de Justicia de la
Comunidad Andina.**

La Sala Civil del Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá, mediante oficio C0972 de Junio 30 de 20016, remite el expediente a Interpretación Prejudicial de carácter obligatorio, conforme se establece en el Decisión 500 dela Comunidad Andina, que reza: *De oficio o a petición de parte, el juez nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal.*

El 8 de febrero de 2018, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, resuelve la Interpretación Prejudicial, adelantada mediante proceso 2012-IP-2017, Magistrada Ponente Cecilia Luisa Ayllón Quintero, en la cual estudió el Artículo 39 literal a) de la Decisión 351 de 1993, teniendo en cuenta la solicitud del Tribunal Superior de Bogotá que sintetizó así: “la interpretación en especial en lo que se refiere a la obligación legal que tienen -en Colombia- las empresas de televisión cerrada o por suscripción de transmitir sin costo alguno para sus usuarios las señales estándar y HD de los organismos de radiodifusión que, por concesión del Estado, tienen los canales de televisión abiertos y gratuitos, constituye una excepción a los derechos exclusivos previstos en el Artículo 39 de esta Decisión, o, es una limitación admisible al derecho de autor de tales organismos, por lo que esa retransmisión no requiere autorización ni da derecho al pago de remuneración alguna”.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, analiza como primera medida las limitaciones al derecho de autor para organismo de radiodifusión, contemplados en el Artículo 42 de la Decisión 351 de 1993, que reza: *“Artículo 42.- En los casos permitidos por la Convención de Roma para la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, las legislaciones internas de los Países Miembros podrán establecer límites a los derechos reconocidos en el presente Capítulo.”*

Así las cosas, analizó cada una las excepciones a las limitaciones del derecho de autor para organismos de radiodifusión, establecidos en el Artículo 15 de la Convención de Roma, encontrando que en lo que se refiere a las limitaciones, ninguna se encuadra en el presente caso, pero también se analiza que los Estados tiene derecho a autorizar licencias obligatorias:

“Artículo 15.- Excepciones autorizadas: 1. Limitaciones a la protección; Cada uno de los Estados Contratantes podrá establecer en su legislación excepciones a la protección concedida por la presente Convención en los casos siguientes: (a) cuando se trate de una utilización para uso privado; (b) cuando se hayan utilizado breves fragmentos con motivo de informaciones sobre sucesos de actualidad; (c) cuando se trate de una fijación efímera realizada por un organismo de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones; (d) cuando se trate de una utilización con fines exclusivamente docentes o de investigación científica.”

2. Paralelismo con el derecho de autor. *Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 de este artículo, todo Estado Contratante podrá establecer en su legislación nacional y respecto a la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas y de los*

organismos de radiodifusión, limitaciones de la misma naturaleza que las establecidas en tal legislación nacional con respecto a la protección del derecho de autor sobre las obras literarias y artísticas. Sin embargo, no podrán establecerse licencias o autorizaciones obligatorias sino en la medida en que sean compatibles con las disposiciones de la presente Convención.

Ante lo anterior, el Tribunal concluye:

“3.14. Una vez aclarada la posibilidad que tienen los Estados de incluir un régimen de licencias obligatorias en su ordenamiento nacional, resulta pertinente explicar lo referido a la definición y alcance de las licencias obligatorias o legales debido a la alusión que se hizo de dichas licencias en Interpretación prejudicial 225-IP-2015, tal como se aprecia a continuación”

“2.4. En cualquier caso, es importante precisar que el Artículo 39 literal a) de la Decisión 351, al otorgar a los organismos de radiodifusión el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento, se entiende que los organismos de radiodifusión de señal abierta pueden impedir que un organismo de señal cerrada retransmita sus emisiones, *salvo en los casos de licencias obligatorias o legales que deben estar reguladas por la normativa nacional, tal y como lo prevé el Artículo 32 de la Decisión 351*”

Después, establece la Doctrina y Conceptos, que las licencias obligatorias se pueden reglamentar por los Estados miembro, pero que como contraprestación, el titular del derecho puede exigir el pago de una remuneración equitativa.

3.16. Las licencias obligatorias y legales son modalidades de “licencias no voluntarias”. Ricardo Antequera entiende como “licencias no voluntarias” (que pueden ser tanto obligatorias como legales) las que, por vía de excepción, establecen algunas legislaciones con relación a determinadas utilidades que en principio forman parte del derecho exclusivo del autor de autorizar o prohibir, pero donde esa facultad es sustitutiva por el derecho solamente de exigir el pago de una remuneración equitativa. En el mismo sentido, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual – OMPI señala que a través de las licencias no voluntarias se permite la utilización de una obra sin la autorización de un titular de derechos, pero requieren que se pague una compensación por la utilización. En efecto, las licencias no voluntarias exigen compensación al titular de los derechos por la explotación no autorizada.

3.18. En general no solo la OMPI sino diversa doctrina jurídica consultada coincide en que respecto a las licencias obligatorias y legales se debe asegurar una remuneración equitativa a favor del titular del derecho. Así, por ejemplo, Alfredo Vega Jaramillo sostiene que:

“Otra limitación al derecho de autor está constituida por las licencias legales y las licencias obligatorias. Estas son autorizaciones de uso que limitan al titular el ejercicio pleno del derecho patrimonial de autor.

En las licencias legales, se autoriza por la ley la utilización de una obra protegida por el derecho de autor, previo cumplimiento de unas condiciones que establece la ley y mediante el pago de una remuneración al titular.

En las licencias obligatorias, que son formas especiales de permiso que se conceden obligatoriamente, la autorización está sujeta a una previa solicitud y al cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley. La licencia obligatoria es transferible y no exclusiva; para determinadas modalidades de explotación, y se concede previo pago de una remuneración equitativa al titular del derecho". **Énfasis agregado**

3.19. En consecuencia, a modo de ejemplo, en el escenario de regulación, si mediante una licencia no voluntaria (obligatoria o legal) se ha establecido que la señal de la empresa de televisión abierta (organismo de radiodifusión) debe incorporarse a la parrilla de una empresa de televisión por suscripción (televisión por cable o de señal cerrada), la primera debe recibir de la segunda una remuneración equitativa la que, en principio, debe ser fruto de un acuerdo entre ambas.

3.20. Hay que señalar que el acto legislativo o administrativo que sustenta la licencia no voluntaria debe mencionar de modo expreso que se está ante la presencia de una licencia legal o de una licencia obligatoria, así como indicar el mecanismo a ser utilizado para la determinación de la remuneración equitativa que deberá pagar el explotador de la obra al titular de los derechos que, de preferencia, debería ser por acuerdo entre las partes.

En conclusión, manifiesta el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: “la retransmisión de las emisiones de un organismo de radiodifusión podrá operar en virtud de: i) una autorización; ii) en el ejercicio de una limitación o excepción a un derecho conexo; iii) por mandato de una licencia no voluntaria, caso en el cual se tendrá que verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente interpretación prejudicial”

Análisis de la Sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que revoca la Decisión de Primera Instancia y niega las pretensiones de la Demanda (Marzo 28 de 2017).

Contra la sentencia judicial de primera instancia proferida por la **Superintendencia de Industria y Comercio**, se interpusieron recursos de apelación por cada uno de los demandados los cuales fueron resueltos por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, como juez de segunda instancia, tal como lo determina la ley 256 de 1996⁹ en concordancia con lo dispuesto en la ley 446 de 1998, así como lo manifestado por la Corte Constitucional en la sentencia C-415 de 2002.

A continuación, desarrollaremos las consideraciones y el marco teórico de la Competencia desleal analizado desde la luz de la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá. En primer lugar abordo la libre competencia económica que la definió como un derecho del cual gozamos todos, este supone responsabilidades que se refieren al cumplimiento de todas las reglas que conlleven el ejercicio de la actividad económica que estén previamente reguladas por el legislador, por tanto la actividad económica en este caso en concreto es importante que las conductas se adecuen al Marco normativo que lo orienta, que lo verifica y lo controla, buscando no generar daños a particulares y reducir las mínimas consecuencias, lo cual permite concluir que la libertad económica y empresarial no es absoluta sino restringida en cierto grado todo esto amparado en el artículo 333 de nuestra Constitución Política que conceptualiza los siguiente:

“La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

⁹ Concepto 03072165 del 19 de Septiembre de 2003 -Superintendencia de Industria y Comercio.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones...”.

De acuerdo con lo establecido en el numeral 2 del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante ley 178 de 1994, es considerado competencia desleal “ *todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial y comercial, o bien cuando este encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado*” (LOPEZ, 1997)

El tribunal empieza por estructurar los elementos que configuran la competencia desleal entre estos analizar la calidad de comerciante que ostentan las partes haciendo alusión que son las personas que profesionalmente se ocupan en actividades que la ley determina mercantiles de acuerdo al artículo 10 del Código de Comercio. Como segundo elemento analiza la condición de competidores haciendo alusión que la competencia es un asunto de hecho que se modifica dependiendo de factores diversos que muchas veces son ajenos a la voluntad humana. En tercer lugar, el alto tribunal analiza los actos o conductas alegados como competencia desleal, haciendo énfasis en que no es necesario que el acto que se considera desleal esté acompañado de Mala Fe o de la intención de buscar dañar al competidor de acuerdo con el capítulo II de la Ley 256 de 1996, bastaría con que se asuma con negligencia y culpa una conducta que busque crear efectos perjudiciales.¹⁰

¹⁰ Consideraciones de Sentencia del Tribunal superior del Distrito judicial del 28 de marzo de 2017.

Y es que el Tribunal usó como base la Sentencia de Constitucionalidad C-654 de 2003, que profirió con efectos erga omnes¹¹ respecto del artículo 11 de la Ley 680 de 2001, cuando consideró: “...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 canales colombianos de televisión abierta sin tener que cancelar derechos por este¹²”.

De acuerdo a lo anterior, el alto tribunal adujo que la Ley estableció una excepción a los derechos conexos y de autor, tal como se encuentra estipulado en el artículo 21 de la decisión andina 351 de 1993, el cual reza lo siguiente:

“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”.

De hecho la anterior afirmación así fue entendida por los demandantes Caracol y RCN televisión durante todo el tiempo que autorizaron la retransmisión de su señal análoga sin exigir contraprestación alguna. Por lo anterior el Tribunal se apartó de la interpretación efectuada por el superintendente delegado, pues considera que la limitación al derecho conexo es totalmente viable ya que el Estado Colombiano así lo estableció en la Ley 680 de 2001, que además cuenta con Sentencia de Constitucionalidad que declara exequible el Artículo 11.

Pero además realizan un nuevo análisis con base en la regla de los tres pasos prevista en el artículo 9 – 2 del convenio de Berna, aprobado en nuestro país por la ley 33 de 1987, así:

¹¹ Corte Constitucional en la sentencia de C-654 de 2003

¹² Sentencia C-600 DE 1998

- Se trata de un caso especial: se encuentra amparado en el artículo 20 de la Carta Magna constitucional la cual consagra el derecho a la información asegurando la realización de valiosos fines constitucionales tales como son la libre circulación de expresión, ideas, opiniones, sucesos relevantes, decir garantiza el pluralismo informativo.
- No atenta contra la explotación normal de la obra :Teniendo en cuenta que la retransmisión la deben hacer los cableoperadores en las mismas condiciones que la emiten los canales en este caso Caracol y RCN televisión, sin hacer ningún tipo de modificación ni alteración de imagen y sonido esta no debe sufrir modificación alguna, por otro lado los demandantes no reciben ningún ingreso económico por este concepto teniendo en cuenta que esta señal es libre y gratuita tal como fue afirmado por el representante legal de caracol en el interrogatorio de partes, ya que si bien el mantenimiento de la señal análoga y la instalación de equipo para señales HD les genere algún costo este no es comparado desde ningún punto de vista con el beneficio que reciben los colombianos de estar informados.
- La medida no causa un perjuicio injustificado al titular del derecho: La transmisión de la señal de televisión abierta lejos de causar un perjuicio a los cableoperadores los comporta un beneficio. Ahora bien, tal como afirmó el alto tribunal en la sentencia analizada y al momento de entrar en discusión se aceptará que la medida les causa un perjuicio, este se encontraría justificado pues con ella se garantiza el derecho

constitucional de los usuarios de televisión por suscripción de acceder sin costo alguno a la información de carácter nacional¹³.

Por otro lado, el tribunal recata de la Interpretación Prejudicial del tribunal de justicia de la Comunidad Andina, que el Estado colombiano ha realizado una legítima limitación a los derechos conexos de los organismos de radiodifusión establecidos en el Artículo 21 de la Decisión 351, y que al revisar el análisis de la misma es evidente que no atenta contra los límites del Convenio de Berna, específicamente resalta: **"Al otorgar a los organismos de radiodifusión el derecho exclusivo autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento, entiende que los organismos de radiodifusión pueden impedir que un organismo de radiodifusión de señal cerrada retransmite sus emisiones, salvo en los casos de licencias obligatorias o legales que deben estar reguladas por la normatividad nacional tal y como lo prevé el artículo 32 de la decisión 351"**.

Por lo anterior, concluye que las demandadas (cableoperadores) no han incurrido en una conducta de competencia desleal que se les imputa “violación de normas por pretender retransmitir a través del servicio de televisión por suscripción la señal de televisión abierta de los canales CARACOL TELEVISIÓN y RCN sin su autorización”, ya que como está demostrado con todos los argumentos de este tribunal el artículo 11 de la ley 680 de 2001 impone una limitación a los derechos conexos y autor de autorizar a los organismos de radiodifusión o

¹³ Texto sobre la sentencia del Tribunal del distrito judicial del 01 de Septiembre de 2016

prohibir la retransmisión de su señal y permitir que sus señales sean retransmitidas a través de los sistemas suscritos sin costo alguno.

Para analizar lo concerniente al segundo grupo de pretensiones tal como fueron clasificadas en primera instancia sobre si las sociedades demandadas han incurrido en actos de competencia desleal de violación de normas, las cuales fueron negadas por el superintendente delegado en el fallo que es objeto de revisión, el alto tribunal del Distrito Judicial para efectos de confirmar la decisión advierte que en este caso no se evidencia una ventaja competitiva en el mercado, sí de manera hipotética se considerará que hubo una violación de la norma, esta infracción por sí sola no es una razón suficiente para considerar que se incurrió en actos de competencia desleal teniendo en cuenta el artículo 18 de la ley 256 de 1996.

Por último, le correspondió a el tribunal el análisis de la inconformidad relacionada con la explotación de la reputación ajena, lo que quiere decir que los cableoperadores de televisión se estaban aprovechando deslealmente de la reputación de CARACOL y RCN para vender en este. El artículo 15 de la ley de competencia desleal Cómo se puede evidenciar esta Norma apoya la condena al aprovechamiento indebido del prestigio o fama conseguido por otro en el Mercado generando una conducta que busca un beneficio que resulte reprochable.

La doctrina nacional al respecto ha dicho que va hasta que se demuestre que hay un signo distintivo propiedad de un tercero, para que éste esté siendo utilizado por otro sin su autorización para que se esté incurriendo un acto de competencia desleal.

Así las cosas este tribunal revoco los numerales 1 y 3 del fallo apelado en audiencia pública del primero de septiembre del 2016 por la superintendencia de industria y Comercio, y negó las pretensiones elevadas por caracol y RCN en relación con el acto de competencia desleal de

acuerdo al artículo 18 de la ley 256 de 1996, igualmente levantó las medidas cautelares decretadas a favor de la parte actora, consecuencia ordena caracol y RCN televisión que firme esta decisión y sin exigir retribución económica permite la retransmisión de su señal de televisión abierta tanto por estándar y en alta definición HD.

**Análisis de la Acción de Incumplimiento presentada por Caracol y RCN contra el
Gobierno Nacional ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.**

Además de lo establecido en la Ley 680 de 2001, el Estado Colombiano, después de conocer la demanda presentada por CARACOL y RCN, expidió la siguiente normatividad:

Circular No. 0045 de 12 de junio de 2014: La ANTV en cumplimiento de sus funciones (...) y en el marco de los contratos de concesión para la operación y prestación del servicio de televisión abierta privada nacional y de televisión por suscripción (...) requiere a los operadores de dichas modalidades lo siguiente:

“A los operadores del servicio de televisión abierta privada nacional, para que mantengan las condiciones bajo las cuales se han venido ejecutando los respectivos contratos de concesión, y en tal sentido garantice las disposiciones de sus señales en sus diferentes configuraciones (analógica y digital HD) para su transmisión a través de la televisión por suscripción, hasta tanto esta Autoridad resuelva la actuación administrativa en curso.

A los operadores de servicio de televisión por suscripción, para que mantengan las condiciones bajo las cuales se han venido ejecutando los respectivos contratos de concesión, y en tal sentido garantice la transmisión de las señales abiertas nacionales en sus diferentes configuraciones (analógica y digital HD), hasta tanto esta Autoridad resuelva la actuación administrativa en curso.”

Resolución No. 2291 de 22 de septiembre de 2014: 4. Conclusiones: ...la inclusión de las señales de los canales de televisión abierta en los sistemas de televisión cerrada, en cumplimiento del artículo 11 de la Ley 680 de 2001 en concordancia con el artículo 24 del Acuerdo número 002 de 2012, tiene como objeto garantizar los derechos constitucionales a la

información, al pluralismo informativo y el acceso al servicio, como fines últimos del servicio público de televisión que se encuentra en cabeza y bajo el control y regulación del Estado colombiano, y debe realizarse sin lugar a que ni los usuarios ni los operadores de televisión cerrada deban cancelar derechos por este concepto.

Resuelve: *“Artículo 1o. Ordenar a los operadores de televisión cerrada distribuir la señal de los canales de televisión abierta, en los términos del artículo 11 de la Ley 680 de 2001 conforme con la declaratoria de exequibilidad que de tal norma realizó la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia C-654 de 2003, con el fin de garantizar los derechos constitucionales a la información y al pluralismo informativo. El acceso a estos canales no tendrá costo para los suscriptores.”*

Circular No. 10 de 23 de abril de 2015: Con el fin de garantizar la correcta aplicación de la Resolución No. 2291 de 2014, esta autoridad estima necesario precisar el entendimiento que debe darse a dicho acto, por lo cual informa lo siguiente:

“1. Los usuarios de los sistemas de televisión cerrada tiene derecho a recibir los contenidos de la señal digital principal emitidos por todos los radiodifusores. 2. Los radiodifusores no podrán negarse a dar su consentimiento previo y expreso por motivos económicos para entregar los contenidos de la señal digital principal, en un (1) formato que ellos escojan (analógico, SD, o HD). 3. Una vez cumplan con lo anterior, la entrega de cualquier otra señal en formato distinto al elegido por los radiodifusores, podrá darse producto de acuerdos privados entre las partes, esto es, entre los respectivos radiodifusores y los operadores de sistemas de televisión cerrada.”

De acuerdo con lo anterior, las sociedades CARACOL TELEVISION y RCN presentaron acciones de incumplimiento, regladas en la Decisión Andina 500 de la Comunidad Andina, Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en el Artículo 107, prevé el objeto y finalidad de la Acción de Incumplimiento, la cual puede invocarse ante el Tribunal para que un País Miembro, cuya conducta se considere contraria al ordenamiento jurídico comunitario, dé cumplimiento a las obligaciones y compromisos contraídos en su condición de miembro de la Comunidad Andina

La conducta objeto de la censura podrá estar constituida por la expedición de normas internas contrarias al ordenamiento jurídico andino, por la no expedición de normas que le den cumplimiento a dicho ordenamiento o, por la realización de cualesquiera actos u omisiones opuestos al mismo o que de alguna manera dificulten u obstaculicen su aplicación.

En el artículo 108, además señala que el titular de la acción de incumplimiento es la Secretaría General, los Países Miembros y las personas naturales o jurídicas.

Por su parte la Decisión 472, establece en su Artículo 25, las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro, podrán acudir a la Secretaría General y al Tribunal, con sujeción al procedimiento previsto en el Artículo 24...

De conformidad con lo anterior, las sociedades CARACOL TV y RCN presentaron ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, contra Colombia, por lo siguiente:

1. En septiembre del año 2016, las sociedades CARACOL TV y RCN radicaron acciones de incumplimiento, tramitadas bajo expedientes 01-AI-2016 y 02-AI-2016, por supuestamente incumplir el Artículo 7, 8, y 10 de la Decisión 439 –Marco General de Principios y Normas para

la Liberación del Comercio de Servicios de la Comunidad Andina, pues efectúa un trato diferenciado entre los cableoperadores de Colombia y los del pacto Andino. Surtidos los trámites procesales, el Tribunal mediante Sentencia de octubre 18 de 2018, declara INFUNDADA la acción de cumplimiento por cuanto ni CARACOL TV ni RCN son sujetos destinatarios de trato nacional, nación más favorecida ni statu quo.

2. En julio de 2017, CARACOL TV y RCN presentan nueva acción de incumplimiento, tramitadas bajo expedientes FP/SJ/006/2017, FP/SJ/007/2017 y FP/SJ/008/2017, por violación de la Decisión 351, en su Artículo 39, pues las normas arriba señaladas contravienen la normatividad comunitaria. A la fecha no ha sido resuelto este expediente, pero se cuenta con Dictamen 003 de 2017 (diciembre 21 de 2017), que básicamente concluyó que el estado colombiano incumple lo dispuesto en los artículos 21, 39 y 42 de la Decisión 351, los artículos 127 y 128 de la Decisión 500 y los artículos 4 y 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Además, recomienda al estado colombiano las siguientes medidas:

Medidas apropiadas para corregir el incumplimiento:

En aplicación de lo dispuesto por el artículo 4 del TCTJCA, y a fin de corregir el incumplimiento dictaminado en el punto anterior, *se recomienda a la República de Colombia derogar las disposiciones de los actos administrativos analizados (Resolución No. 2291 de 22 de septiembre de 2014, Circular No. 10 de 23 de abril de 2015 y Resolución 1022 del 12 de junio de 2017), que se contrapongan al sentido de este dictamen.*

Este proceso deberá decidirse en el transcurso del año 2019, en todo caso, Colombia no ha derogado los actos administrativos que sugirió la Secretaría de la Comunidad Andina.

Ponderación de Derechos de Autor del Artículo 39 de la Decisión 351 Vs. Ley 680 de 2001

Para realizar la ponderación de derechos, es importante volver a la pregunta original que tratamos de resolver en el presente caso. “¿Retransmitir la señal de un organismo de radiodifusión, sin contar para ello con la autorización previa de su titular, constituye una violación a las normas del derecho de autor, o puede entenderse como una limitación al derecho de autor?”¹⁴

Tanto como el Estado Colombiano, como el Tribunal Superior de Bogotá, establecen que la Decisión 351 otorga la posibilidad de otorgar limitaciones y excepciones al Derecho de Autor “**Artículo 21.-** *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*”. Por su parte, el **Artículo 42**, (que es el que debe aplicarse en este caso de derechos conexos y no el 32) recoge el régimen de licencias obligatorias que podrán establecerse en los casos permitidos por la Convención de Roma para la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión y que **las legislaciones internas de los Países Miembros podrán establecer límites a los derechos reconocidos en el presente Capítulo.**

Por lo anterior, el Estado Colombiano encuentra sustento en las referidas normas, así como en considerar que el servicio de televisión es una función pública, pues establece que “la televisión es un servicio público sujeto a la titularidad, reserva, control y regulación del estado, cuya prestación corresponde, mediante concesión, a las entidades públicas a las que se refiere esta ley,

¹⁴ Escrito de demanda de competencia desleal presentada por CARACOL TELEVISION SA y RCN S.A contra las sociedades TELMEX COLOMBIA S.A., COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., DIRECT TV COLOMBIA S.A., EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. y UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A.

a los particulares y a comunidades organizadas¹⁵”; para establecer una limitación de los derechos de autor, recogida en el artículo 11 de la Ley 680 de 2001, la cual señala que “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. (...)” y a su vez los cableoperadores se fundan en esta norma para no realizar acuerdos económicos con los organismos de radiodifusión relativos a la retransmisión de sus señales.

Analizadas las excepciones a las limitaciones del derecho de autor para organismos de radiodifusión, establecidos en el Artículo 15 de la Convención de Roma, que por remisión nos envíe el Artículo 42 de la Decisión 351, podemos observar que ninguna de ellas se refleja en el presente caso, pero también se establece que los Estados tienen derecho a autorizar licencias obligatorias.

Ahora bien, los estados puede imponer las limitaciones y excepciones a los derechos de autor y derechos conexos, pero como vimos, se debe aplicar la regla de los tres pasos (Convenio de Berna Artículo 9-2 establece a) Se trata de un caso especial, b) no atenta contra la explotación normal de la obra y c) la medida no causa un perjuicio injustificado al titular del derecho) y tanto en ella como en el Artículo 21 de la Decisión 351, se señala que las limitaciones “no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos”

¹⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que decide el recurso de apelación presentado contra la decisión de primera instancia en el proceso que nos compete, página 30. Cuaderno 30 folio 232 del proceso original.

Es claro entonces que las licencias obligatorias que los canales deben entregar, deberían generar una contraprestación económica, es decir, debe indicarse el mecanismo por el cual se hará uso de ella para la determinación de la remuneración equitativa que deberá pagar el explotador de la obra al titular de los derechos que, de preferencia, debería ser por acuerdo entre las partes. Sin embargo, el pago quedó restringido y es que la Sentencia Constitucionalidad de la Ley 680 de 2001, recogida y adoptada por el Tribunal Superior de Bogotá, estableció que no consideraban que este tipo de obligaciones causaren un perjuicio injustificado a los canales de televisión abierta e inclusive manifiesta que les comporta un beneficio, pero fue más allá al indicar que en el evento de que se tratara de un perjuicio económico, el mismo si se encontraba justificado *“pues con ella se garantiza el derecho de los usuarios de televisión por suscripción de acceder sin costo alguno a la información de carácter nacional, permitiéndole obtener de manera amplia y adecuada, lo cual contribuye a la formación de una opinión pública libre y permite además desarrollar de una forma extensa y difundida los fines propios de este servicio: formar, educar, informar veraz y objetivamente.... Además, con la medida se hace efectivo el pluralismo informativo como objetivo de la intervención del Estado en el espectro electromagnético con el propósito de velar por la efectividad de los derechos constitucionales a la información, opinión y cultura.”*. De acuerdo a lo anterior, se puede concluir que esta limitación a los derechos de autor comprende un perjuicio económico, pero que el mismo se encuentra justificado.

Pero yendo más allá y analizado de nuevo la excepción de que trata el artículo 11 de la Ley 680 de 2001, **“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. (...)”, se podría concluir que, de la escritura de la norma, la ley obliga al operador de televisión por suscripción a no realizar cobro alguno al suscriptor por transmitir los canales de televisión abierta colombianos, pero no prohíbe compensación alguna entre el cableoperador y los canales de televisión abierta. Básicamente esta ley obliga a los operadores de televisión por suscripción a garantizar la señal de televisión abierta a sus suscriptores, por consiguiente les impone el deber de entregar “*Must Carry*”, obligación que se encuentra en cabeza de los operadores de televisión cerrada de transmitir las señales de la televisión abierta por medio de sus redes y a su vez les impone a los medios de radiodifusión el deber de ofrecer “*Must Offer*”, que es la obligación que tienen los concesionarios establecidos para el servicio de televisión de aceptar que sus señales sean retransmitidas a través de los múltiples sistemas de televisión sin generar costo alguno.¹⁶

A pesar de lo anterior, es importante recalcar, tal y como se pudo demostrar dentro de las pruebas allegadas en el proceso, que los cableoperadores como Telmex, EPM, ETB, Telefónica y Directv reciben un pago por parte de sus suscriptores / usuarios por el servicio de retransmisión **de las señales HD que estos reciben de manera gratuita**. Pero adicionalmente y tal y como lo demostraron los estudios allegados por las demandantes, el incluir en las parrillas los canales CARACOL TV y RCN es un factor fundamental de los usuarios para contratar o no los servicios de este tipo de sociedades. Es decir que en efecto se reputa un provecho económico de un tercero a costa de los que son titulares los organismos de radiodifusión. Así pues, la limitación establecida en la ley, en la práctica se convirtió en un derecho para los cableoperadores, quienes ilegalmente, violando los presupuestos del Artículo referido cobran a los usuarios por la transmisión de las señales HD.

¹⁶ http://www.cecolda.org.co/index.php?option=com_content&task=blogcategory&id=7&Itemid=5

Por lo tanto, es admisible preguntar si la Ley 680 de 2001, podría ser aplicada en el presente caso dado que la obligación no recae en los organismos de radiodifusión, sino en los cableoperadores. Así podría interpretarse que se trata de una legítima limitación, o de una licencia obligatoria, o, si debía aplicarse de manera directa la Decisión 351.

La Interpretación Prejudicial de 25 de septiembre de 2013, expedida en el proceso 87-IP-2013, recoge varios análisis de la posición o jerarquía del Ordenamiento Jurídico Andino y reza “se ha manifestado que dicho ordenamiento goza de prevalencia respecto de los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros y de las Normas de Derecho Internacional, en relación con las materias transferidas para la regulación del orden comunitario. **En este marco se ha establecido que en caso de presentarse antinomias entre el Derecho Comunitario Andino y el derecho interno de los Países Miembros, prevalece el primero,** al igual que cuando se presente la misma situación entre el Derecho Comunitario Andino y las normas de Derecho Internacional”.

Así pues, es importante precisar que la decisión 351 de la Comunidad Andina es de aplicación directa y de carácter preferente, ya que la normatividad interna no es clara y que no se establece una limitación a los derechos de los organismos de radiodifusión, si no una carga a los cableoperadores. Por lo tanto la Decisión Andina debe prevalecer en la aplicación del derecho, por su carácter supranacional.

Conclusiones

Una vez analizada la demanda, sus pretensiones, fundamentos, excepciones, el pronunciamiento de la SIC, la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, la Interpretación de la Comunidad Andina de Naciones podemos afirmar que a pesar de que la Ley 680 de 2001, imparte a los cableoperadores la obligación de garantizar que sus usuarios cuenten con la recepción de las señales de los canales colombianos de televisión abierta sin costo alguno, no implica que necesariamente deban quebrantar otra norma como la Decisión 351 (la cual como se dijo en repetidas ocasiones es de carácter supranacional y por ende es de aplicación inmediata y prima sobre la normatividad nacional), toda vez que los cableoperadores podrían cumplir una y otra con el solo hecho de realizar todo el trámite necesario para lograr la autorización previa y expresa por parte de los titulares de los derechos sobre los canales Caracol y RCN, así, estarían tanto cumpliendo la obligación emanada de la norma interna, como la norma supranacional al obtener la autorización de los cableoperadores y respetar así sus derechos conexos protegidos por la Decisión 351 de la CAN.

Debido a que se demostró el provecho económico que se evidenció con las acciones iniciadas por los organismos de radiodifusión, Colombia ha establecido una forma por llamarla “salomónica” para evitar el abuso del derecho de los cableoperadores. Decisión que recogió en la **Circular No. 10 de 23 de abril de 2015**: Con el fin de garantizar la correcta aplicación de la Resolución No. 2291 de 2014, esta autoridad estima necesario precisar el entendimiento que debe darse a dicho acto, por lo cual informa lo siguiente:

1. Los usuarios de los sistemas de televisión cerrada tiene derecho a recibir los contenidos de la señal digital principal emitidos por todos los radiodifusores.

2. Los radiodifusores no podrán negarse a dar su consentimiento previo y expreso por motivos económicos para entregar los contenidos de la señal digital principal, en un (1) formato que ellos escojan (analógico, SD, o HD).

3. Una vez cumplan con lo anterior, la entrega de cualquier otra señal en formato distinto al elegido por los radiodifusores, podrá darse producto de acuerdos privados entre las partes, esto es, entre los respectivos radiodifusores y los operadores de sistemas de televisión cerrada.

Las limitaciones a los derechos de autor o conexos de autor, jamás podrán considerarse como derechos tal y como lo han hecho los cableoperadores, pues han recibido gratuitamente las señales análogas y en HD, pero cobran a los usuarios finales costos adicionales por tener el paquete HD, obteniendo un provecho económico en perjuicio de los organismos de radiodifusión.

Bibliografía

GARCIA RENGIFO, Ernesto. Propiedad Intelectual. El Moderno Derecho de Autor .Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1996.

GARCIA RENGIFO, Ernesto. Propiedad Intelectual. El Moderno Derecho de Autor .Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1996.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual – OMPI, Nociones Básicas sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Documento Preparado por la Oficina Internacional de la OMPI.

[http://www.derechodeautor.gov.co/documents/10181/331998/Cartilla+derecho+de+autor+\(Alfredo+Vega\).pdf/e99b0ea4-5c06-4529-ae7a-152616083d40](http://www.derechodeautor.gov.co/documents/10181/331998/Cartilla+derecho+de+autor+(Alfredo+Vega).pdf/e99b0ea4-5c06-4529-ae7a-152616083d40)

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-027-18.htm>

<https://www.ambitojuridico.com/noticias/administrativo-y-contratacion/analisis-de-teoria-de-los-derechos-fundamentales-de-robert>

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial, Proceso 225-IP-2015, 23 de junio de 2016