



MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
Despacho del Superintendente de Industria y Comercio

Bogotá D.C., seis (06) de abril de dos mil diez (2010)

Sentencia No. 005

Expediente 03067843

Demandante: DIRECTV LATIN AMERICA LLC.

Demandado: CABLECENTRO S.A. y CABLEVISIÓN E.U.

Procede la Superintendencia de Industria y Comercio a tomar la decisión de fondo respecto de la acción de competencia desleal instaurada por Directv Latin America LLC contra Cablecentro S.A., Cablevisión E.U., TV Cable S.A., Superview S.A., EPM TV Ltda., Cableunión de Occidente S.A., Visión Satélite S.A., TV Cable Promisión S.A., T.V. Cable del Pacífico S.A. y Costa Visión S.A., fundada en la vulneración de los parámetros normativos contemplados en el artículo 7º de la Ley 256 de 1996, para lo cual se tienen en cuenta los siguientes,

1. ANTECEDENTES

1.1 Los hechos de la demanda:

Adujo la demandante que era titular de los derechos exclusivos de transmisión de los “*eventos futbolísticos*” denominados Copa Confederaciones FIFA 2003, Campeonato Mundial FIFA sub-17 2003 y Campeonato Mundial Juvenil FIFA 2003, y que en dicha calidad licenció, a través de su filial Galaxy de Colombia Ltda., “*los derechos correspondientes a las transmisiones de televisión abierta a Caracol Televisión S.A. y RCN Televisión S.A.* (fl. 3, cdno. 1A), reservándose los de transmisión para la televisión por suscripción.

Afirmó Directv Latin America LLC que dirigió a las demandadas múltiples advertencias para que ellas se abstuvieran de retransmitir por sus propias redes los campeonatos aludidos, requerimiento que dijo haber realizado con fundamento en la posición de la Comisión Nacional de Televisión, quien estableció que el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 imponía a los operadores de televisión por suscripción, entre ellos las demandadas, que al permitir a sus afiliados la recepción de los canales colombianos de televisión abierta respetaran los derechos exclusivos de transmisión pertenecientes a terceros. Sin embargo, la libelista apuntó que las accionadas interpretaron inadecuadamente la mencionada disposición y, con ese fundamento, capturaron la señal de televisión abierta mediante la cual se transmitía la Copa Confederaciones FIFA 2003, la “*incluyeron en sus respectivas redes y (la) retransmitieron a sus afiliados* (fl. 5, cdno. 1A).

En sentir de la parte actora, la conducta de las demandadas, descrita en el párrafo anterior, comportó la vulneración de los parámetros normativos previstos en el artículo 7º de la Ley 256 de 1996, en tanto que ellas obraron “*de manera maliciosamente descarada (...) valiéndose para el efecto de interpretaciones legales acomodadas*”, con el fin de desconocer el derecho exclusivo de Directv Latin America LLC a transmitir a través de la televisión por suscripción los eventos deportivos que fueron relacionados con antelación (fl. 17, cdno. 1A).

Sobre la afirmación recién compendiada, la entidad accionante sostuvo que la obligación contemplada en el artículo 11 de la Ley 680 de 2001, según la cual *“los operadores de televisión por suscripción deberán garantizar sin costo alguno a los suscriptores la recepción de los canales colombianos de televisión abierta”*, debe ser interpretada en armonía con el derecho constitucional a la propiedad privada (art. 58, Constitución Política) y, por ello, con las normas protectoras de los derechos de autor.

Esa consideración la llevó a concluir que los cable-operadores demandados no podían simplemente tomar la señal pública del aire y transportarla por sus redes, como hicieron al retransmitir la Copa Confederaciones FIFA 2003, sino que tenían dos alternativas para dar cumplimiento a la citada disposición legal respetando los derechos de propiedad de la demandante: por un lado, debían obtener del titular de derechos conexos a los de autor (en este caso la actora) la licencia indispensable para lograr la retransmisión del evento a través de la red del operador de televisión por suscripción, pagando, por supuesto, el precio que se estableciera o; del otro, podían entregar a sus usuarios un selector conmutable o *switch*¹, conforme lo dispone el Acuerdo 14 de 1997 proferido por la Comisión Nacional de Televisión, lo que supone, entonces, que al momento de transmisión del evento sobre el que recaigan los derechos de exclusividad, la señal ofrecida por los cable-operadores respecto de los canales nacionales de televisión abierta debía suspenderse.

Manifestó Directv Latin America LLC que entender la disposición en comento en la forma en que lo hicieron las demandadas, esto es, pregonando que aquella norma las facultaba *“para retransmitir la señal de televisión abierta a través de sus propias redes, independientemente de que en la señal puedan ir involucrados derechos de terceros”* (fl. 11, cdno. 1), implicaría imponer al titular de derechos de transmisión de determinados eventos la obligación de donar el derecho patrimonial que le asiste, comprensión que para la demandante es claramente inaceptable, puesto que *“equivale a una abierta violación a un derecho de propiedad privada y a un enriquecimiento sin causa que beneficia a los cable operadores”* (fl. 8, cdno. 5).

Sobre la sentencia C-654 de 2003, mediante la cual la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 11 de la Ley 680 de 2001, la accionante aseveró que dicha Corporación precisó que la obligación de los cable-operadores se limita a *“garantizar la recepción por parte de los suscriptores de la programación de los canales nacionales”* de producción también nacional, debido a que la finalidad de la norma en comento es evitar que los colombianos queden aislados de la realidad del país, razón por la cual afirmó que esas consideraciones no deben entenderse aplicables cuando la programación de que se trata es, como en este caso, extranjera, por cuanto esta *“no tiene una relación directa con el acontecer nacional”* (fl. 12, cdno. 5). Añadió que con la reseñada providencia quedó sentado que siempre que *“mediante el uso de la correspondiente solución tecnológica dichos suscriptores puedan tener acceso a la señal de televisión abierta, deberá hacerse uso de la misma, en lugar de transmitir emisiones sin autorización que conlleven la violación de un derecho ajeno”* (Ib.). Por último, adujo que, pese a lo que afirmó la Corte, la interpretación que su contraparte dio al citado artículo 11 implica una confiscación de sus derechos.

¹ Dispositivo que habilita al suscriptor para recibir en forma directa la señal de televisión abierta.

1.2. Pretensiones:

Del escrito de acción se infiere que las pretensiones de la actora corresponden a las establecidas para la acción declarativa y de condena, de conformidad con el numeral primero del artículo 20 de la Ley 256 de 1996². En efecto, la parte demandante solicitó que se declare que su contraparte infringió el artículo 7º de la Ley 256 de 1996. Consecuencialmente, pidió que se aclare el verdadero alcance de la disposición prevista en el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 y que se ordene a las accionadas suspender inmediata y definitivamente la ejecución de los actos desleales denunciados. Finalmente, impetró que, a través de trámite incidental, se imponga a su contraparte indemnizar los perjuicios que le irrogaron.

1.3. Admisión de la demanda y desistimiento de la misma respecto de algunas de las sociedades mercantiles demandadas:

Mediante resolución No. 26.617 de septiembre 23 de 2003 se ordenó la apertura del trámite en ejercicio de facultades jurisdiccionales³.

De otra parte, mediante escritos radicados los días 23 de febrero y 28 de marzo de 2007 (fls. 220 y 224, cdno. 4) la parte actora desistió de su demanda contra TV Cable S.A., Superview S.A., EPM TV Ltda., Cableunión de Occidente S.A., Visión Satélite S.A., TV Cable Promisión S.A., T.V. Cable del Pacífico S.A. y Costa Visión S.A., solicitud que este Despacho acogió mediante los autos No. 779 y 1257 de 2007 (fls. 222 y 225, *ib.*), razón por la cual el presente proceso prosiguió únicamente contra Cablecentro S.A. y Cablevisión E.U. y, por lo mismo, cuando en esta providencia se mencione “la parte demandada” o expresiones similares, se estará haciendo referencia sólo a las dos personas jurídicas que siguieron vinculadas al proceso como sujeto pasivo de la acción.

1.4. Contestación de la demanda:

Cablecentro S.A. y Cablevisión E.U. se opusieron a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, oposición que se tratará conjuntamente porque, en lo medular, ambas entidades coincidieron en proponer las excepciones denominadas “ausencia de fines concurrenciales en la transmisión de los eventos deportivos transmitidos por los canales abiertos por parte del servicio de Televisión por Suscripción” y “mandato legal”, las que fincaron, como se explicará en seguida, en que si bien transmitieron mediante sus propias redes el evento deportivo Copa Confederaciones FIFA 2003, esa conducta no representó una ventaja competitiva a su favor, ni tuvo un carácter desleal porque, según dijeron, su actuación se adecuó al mandato legal previsto en el artículo 11 de la Ley 680 de 2001.

Acerca de la inexistencia de un acto concurrencial en este asunto, la parte demandada sostuvo que todas las personas jurídicas aquí involucradas “están equiparadas como sujetos igualmente obligados a brindar acceso a sus suscriptores a los canales de televisión abierta con todos los contenidos de la misma” (fl. 114, cdno. 2), razón por la que esos contenidos no constituyen elementos de competencia, puesto que los operadores de

2 Escrito de Acción, folio 1, cdno. 1.

3 Ver folio 443, cdno. 2.

televisión por suscripción *“no pueden mejorarlo, agregarle valor, ni alterarlo. Su competencia está dada, en razón de los contenidos, por otro tipo de canales que incluyan en sus señales y por servicios o valores agregados que pueden ofrecer (fl. 116, ib.).*

Las accionadas agregaron que con su conducta se limitaron a dar cumplimiento al mandato legal contemplado en el artículo 11 de la Ley 680 de 2001, de modo que no puede tenerse como desleal. Aseveraron, sobre este punto, que una interpretación de dicha norma, acorde con la Constitución y con la restante normativa aplicable al servicio de televisión, permite concluir que la obligación de las demandadas era incluir dentro de sus sistemas la señal de la televisión abierta nacional en la misma frecuencia en que se transmite originalmente, por cuanto la finalidad de las normas mencionadas es *“garantizar el derecho al pluralismo informativo que le asiste a toda la comunidad”* (fl. 107, cdno. 2), el que, por su carácter general, prevalece *“sobre los derechos pecuniarios como el que se deriva del derecho de autor”* (fl. 11, ib.).

Apuntaron que el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 debía entenderse incorporado al contrato de licenciamiento con el que Directv Latin America LLC, a través de su filial, autorizó a Caracol Televisión S.A. y RCN Televisión S.A. para transmitir por la televisión abierta los eventos deportivos mencionados en la demanda. Por esto, concluyeron las opositoras, la sociedad extranjera demandante no puede aducir que se desconoció su derecho constitucional a la propiedad, pues la señalada norma, preexistente al contrato referido, no vulneró tal derecho, sino que estableció los parámetros y efectos que conllevaba la transmisión de eventos por la vía de la televisión abierta, los que Directv Latin America LLC debía conocer y, por tanto, asumir.

En punto tocante con la afirmación de la actora según la cual los cable-operadores, para dar cumplimiento a la obligación que establece el citado artículo 11, sólo pueden adquirir los derechos de transmisión o, en su defecto, interrumpir la señal abierta que transportan a través de sus redes, aseveraron las accionadas que la Ley materia de estudio les impone utilizar su propia red de distribución, *“pues de ninguna otra manera se justifica la orden SIN COSTO PARA EL USUARIO pues si está por fuera del sistema pues no se puede cobrar, pues no hace parte del servicio que presta la televisión por suscripción y mal se podría cobrar por canales que no se transmiten”* (fl. 18, cdno. 18), a lo que añadieron que no les es dable interrumpir la señal de los canales colombianos de televisión abierta de alcance nacional, como quiera que la Ley sólo establece una única excepción a la obligación de transmitir esa señal, referida a la incapacidad técnica del operador si de canales locales se trata, excepción que debe interpretarse en forma restrictiva.

Por último, en lo que atañe a la manifestación acerca de que la posición de la Comisión Nacional de Televisión coincidía con la que aquí sostuvo la demandante, alegaron las demandadas que las circulares de dicha autoridad no podían derogar un mandato legal y que, además, la misma Comisión Nacional, posteriormente, revaluó su posición y sostuvo que la señal abierta en cuestión debía ser transmitida por los cable-operadores a través de sus mismas redes, aunque existieran contratos de exclusividad respecto de los eventos que por dicha vía se presentaran.

1.5. Audiencia de conciliación y decreto de pruebas del proceso:

Vencido el término para contestar la demanda, en aplicación de las facultades conferidas en los artículos 143, 144 y 147 de la Ley 446 de 1998 y de la Ley 640 de 2001, las partes fueron citadas a audiencia de conciliación por medio del auto No. 3456 del 3 de agosto de 2003, sin lograrse acuerdo que terminara el litigio. Mediante auto No. 3024 del 30 de mayo de 2006, se decretaron las pruebas oportunamente pedidas por las partes.

1.6. Alegatos de conclusión:

Practicadas las pruebas decretadas en el proceso y vencido el término probatorio, el Despacho, mediante auto No. 2907 del 29 de agosto de 2007, corrió traslado a las partes para alegar, conforme lo dispone el artículo 414 del C. de P. C⁴, oportunidad en la que las partes reiteraron los argumentos que expusieron en sus correspondientes actos de postulación.

2. CONSIDERACIONES

Se verificaron los presupuestos procesales y no se encontraron nulidades que impidan proferir un fallo de fondo, por lo que, sin analizar la legitimación de las partes, en tanto que las pretensiones de la demanda se denegarán por otras razones, se decidirá la instancia en los siguientes términos:

2.1. La *litis*:

El aspecto determinante para resolver este litigio consiste en establecer la correcta comprensión y el verdadero alcance de la obligación contemplada en el artículo 11 de la Ley 680 de 2001, en tanto que de ello depende la valoración de la conducta de las demandadas, quienes, como quedó dicho, reconocieron haber transmitido por sus redes el evento Copa Confederaciones FIFA 2003.

En efecto, de acogerse la posición de la actora y colegir que el cabal cumplimiento de la norma en cuestión imponía a los cable-operadores asegurar a sus suscriptores la recepción de los canales de televisión abierta, ya mediante la adquisición de los derechos de transmisión del evento correspondiente, ora interrumpiendo dicha señal pública cuando se estuviera presentando el evento protegido para que el usuario, utilizando un selector conmutable, desconectara el servicio de televisión por suscripción y recibiera aquella señal directamente, tendría que concluirse también que las demandadas, al haber transmitido por su propia red la Copa Confederaciones FIFA 2003 sin reconocer contraprestación alguna a la actora, adquirieron una ventaja competitiva reprochable, puesto que en lugar de estar justificada por sus propias calidades y su continuo esfuerzo, sería consecuencia del aprovechamiento ilegítimo de los derechos de exclusividad de Directv Latin America LLC.

En sentido contrario, si fuera establecido, como lo afirmó la parte demandada, que la disposición legal en comento imponía al cable-operador la obligación de transmitir la señal

4 Folio 230, cdno. 4.

de los canales colombianos de televisión abierta a través de su propia red de operación y en forma ininterrumpida, sería imperativo concluir que la actuación de las demandadas no podría juzgarse con base en la Ley 256 de 1996, por cuanto ese acto de retransmisión no tendría el indispensable -para estos efectos- carácter concurrencial, a lo que se tendría que agregar que, en cualquier caso, la conducta en estudio habría resultado legítima, en tanto que Cablecentro S.A. y Cablevisión E.U. se habrían limitado a dar cumplimiento a un mandato legal contenido, como se apuntó, en la Ley 680 de 2001.

Delimitado así el problema a resolver, se avocará la anunciada tarea hermenéutica para, en seguida, señalar con mayor detalle las razones por las que las pretensiones de la parte demandante no pueden ser acogidas.

2.2. Interpretación del artículo 11 de la Ley 680 de 2001:

Una interpretación elaborada con base en los métodos lógico, teleológico, sistemático e histórico y, además, concordante con la regulación constitucional en materia del servicio público de televisión, lleva a colegir que el mandato establecido en el artículo 11 de la Ley 680 de 2001⁵ impone a los cable-operadores la obligación de transmitir a sus usuarios, en forma ininterrumpida, la programación de los canales colombianos de televisión abierta por la misma red mediante la cual prestan su servicio por suscripción, máxime en aquellos casos en los que el evento materia de transmisión se considera de interés para la comunidad, como aconteció con la Copa Confederaciones FIFA 2003 por haberlo determinado así la Comisión Nacional de Televisión en ejercicio de las facultades que le fueron atribuidas con el artículo 29 de la Ley 182 de 1995 (fl.71, cdno. 1A).

El aserto recién anotado encuentra sustento en lo que a continuación se expone:

2.2.1. Sobre el propósito de la norma en estudio cabe decir que la Corte Constitucional, atendiendo la marcada importancia del servicio público de televisión como medio para efectivizar el proceso comunicativo social y el hecho que su prestación supone el uso del espectro electromagnético, dejó sentado que la finalidad de toda la normativa reguladora del comentado servicio, siempre guiada *“por el más alto interés público”*, *“es la de garantizar el derecho al pluralismo informativo que le asiste a toda la comunidad (...) debido no sólo al carácter fundamental del derecho a la información sino a la importancia del pluralismo en la democracia”*, objeto este que la mencionada Corporación entiende alcanzado, en lo que hace relación con el artículo 11 de la Ley 680 de 2001, cuando el operador de televisión por suscripción *“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”*⁶.

5 “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.

6 Corte Constitucional. Sentencia C-654 de 2003.

En el conjunto de normas reguladoras de la televisión⁷, vale decirlo, también subyace la finalidad establecida en la Constitución para el referido servicio público, relacionada con la garantía del derecho a acceder a la modalidad abierta del mismo o, desde la perspectiva opuesta, la obligación del Estado de llevar dicha señal a todos los colombianos.

Así se colige, por vía de ejemplo, observando disposiciones como las que establecen que la televisión, vinculada *“intrínsecamente a la opinión pública y a la cultura del país, como instrumento dinamizador de los procesos de información y comunicación audiovisuales”* (art. 1º, L. 182/95), fundamentada en la *“preeminencia del interés público sobre el privado”* (art. 3º, L. 14/91), está orientada a *“formar, educar, informar veraz y objetivamente y recrear de manera sana”* con el ánimo de *“satisfacer las finalidades sociales del Estado, promover el respeto de las garantías, deberes y derechos fundamentales y demás libertades, fortalecer la consolidación de la democracia y la paz, y propender por la difusión de los valores humanos y expresiones culturales de carácter nacional, regional y local”* (arts. 1º a 3º, L. 14/91 y 182/95). Así mismo, cabe mencionar preceptos que, con el fin de aumentar la cobertura de la señal de televisión abierta, habilitan a los operadores de dicho servicio para *“utilizar medios tecnológicos distintos de los propios para transmitir y emitir sus señales de televisión a los territorios y poblaciones no cubiertas”* (art. 12, L. 680/01), y aquellos con los que se aseguró a todos los operadores de televisión la posibilidad de transmitir, en igualdad de condiciones, eventos de interés para la comunidad, aún sobre los derechos patrimoniales de exclusividad que respecto de la transmisión de tales eventos podría tener un particular (art. 29, L. 182/95).

Pero además del propósito recién señalado, con la regulación en comento se pretendió, también, promover el servicio de televisión de producción nacional, en aras de conjurar la crisis que para finales de la década pasada estaba afectando a esos operadores, hasta el punto de poner en duda su capacidad para mantenerse al aire. Así se infiere de las normas con las que se ampliaron, del 15% al 40% del capital social del concesionario de espacios o programas de televisión, público o privado, los límites de inversión extranjera en dichas sociedades (art. 1º, L. 680/01), o de las que flexibilizaron los requisitos necesarios con el fin de procurar la integración de dichos concesionarios (art. 2º). También de aquellas que autorizaron a la Comisión Nacional de Televisión modificar los contratos celebrados con operadores privados o concesionarios de canales de operación pública *“en materia de rebaja de tarifas, forma de pago, adición compensatoria del plazo de los contratos y otros aspectos que conduzcan a la normal prestación del servicio público de televisión”* (art. 6º) y, además, de otras que facilitaron la posibilidad de repetir programación, como *“una política aceptada ampliamente y que permite manejar costos”*⁸.

Para corroborar lo anterior, obsérvese que de la exposición de motivos de los proyectos de ley que se convirtieron en la Ley 680 de 2001, los informes de las ponencias en los debates adelantados en el Congreso y de las discusiones que en ese contexto se presentaron, se infiere que las normas señaladas en el párrafo precedente fueron dictadas con el ánimo de proteger o *“mantener el esquema actual de televisión que hay en*

7 Leyes 14 de 1991, 182 de 1995, 335 de 1996 y 680 de 2001, así como el Acuerdo No. 14 de 1997, expedido por la Comisión Nacional de Televisión.

8 Gaceta del Congreso No. 293 de agosto 1º de 2000. Exposición de motivos del proyecto de ley No. 48 de 2000 Cámara, que luego del trámite correspondiente se convirtió en la Ley 680 de 2001.

*Colombia, es decir, los dos canales privados nacionales por un lado, los dos canales públicos por el otro*⁹, sistema que, para entonces, se encontraba amenazado a raíz “de la crisis económica que se ha registrado en los dos últimos años (que ha conllevado que) los gastos provenientes de la pauta publicitaria de las empresas han disminuido significativamente, lo que se ha traducido en menores ingresos para las programadoras y por lo tanto desmejorado la calidad del servicio en sus contenidos”¹⁰, “una crisis de la cual el Congreso está sensibilizado”¹¹.

En resumen, con la normativa en estudio se pretendió alcanzar dos finalidades íntimamente ligadas: por un lado, ampliar la cobertura de la señal nacional de televisión abierta para garantizar el acceso de todos los habitantes del territorio a la programación allí transmitida y, por esa vía, promover el esquema de televisión que entonces existía.

Así las cosas, al entender el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 dentro del contexto que ofrece la teleología del conjunto de normas reguladoras del servicio público de televisión, debe concluirse que esa normativa previó que los operadores de televisión fueran instrumentos para llevar la señal de televisión abierta a todo el territorio nacional, razón por la cual se infiere que dichos cable-operadores están obligados a transmitir la señal de televisión abierta por su propia red y de manera ininterrumpida, pues sólo así pueden honrar la función que les fue encomendada por el legislador.

Lo afirmado en el párrafo precedente adquiere mayor fortaleza teniendo en cuenta lo que a continuación se pasa a explicar.

2.2.2. En sana lógica, se impone concluir que los operadores de televisión por suscripción están obligados a transmitir la señal de televisión abierta por sus propias redes, no sólo porque así lo dejó sentado la Corte Constitucional al considerar que “*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*”, es adecuado que se exija a los cable-operadores garantizar “*a los usuarios de televisión por suscripción acceder por el mismo sistema*” (se subraya)¹² a dicha señal pública nacional, sino además porque lo requiere una interpretación acorde con el principio del efecto útil de las normas jurídicas, según el cual se “*debe preferir, entre las diversas interpretaciones de las disposiciones aplicables al caso, aquella que produzca efectos, sobre aquella que no, o sobre aquella que sea superflua o irrazonable*”¹³.

Lo anterior es claro, puesto que si la norma en estudio dispone que los cable-operadores deben “*garantizar sin costo alguno a los suscriptores la recepción de los canales colombianos de televisión abierta*”, la expresión subrayada carecería de sentido y, también, de efectos, si se entendiera que esa obligación no debe ser cumplida por el correspondiente operador a través de su propia red. Es cierto, si el cable-operador no

9 Gaceta del Congreso No. 322 de junio 27 de 2001. Acta No. 024 de mayo 30 de 2001. Intervención del ponente de la Ley.

10 Gaceta del Congreso No. 293 de agosto 1º de 2000. Exposición de motivos del proyecto de ley No. 38 de 2000 Senado, que luego del trámite correspondiente se convirtió en la Ley 680 de 2001.

11 Gaceta del Congreso No. 322, ya citada.

12 Corte Constitucional. Sentencia C-654 de 2003, ya citada.

13 Corte Constitucional. Sentencia C-569 de 2004.

transmitiera la señal en cuestión mediante su sistema, de ninguna manera podría cobrar al usuario la señal que recibe sin su intervención, por lo que sobraría advertirle que no está habilitado a cobrar por un servicio que no presta. El sentido de la expresión subrayada es, entonces, establecer una excepción consistente en que si bien el operador debe transmitir los canales colombianos de televisión abierta a través de su propia red, no puede cobrar suma alguna por ese particular aspecto del servicio.

Agrégase a las anteriores razones que el Legislador reconoció que la señal de televisión abierta colombiana no llega a todo el territorio nacional, lo que se infiere de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 680 de 2001 -con el que se habilitó a los operadores de canales de televisión abierta para “*utilizar medios tecnológicos distintos de los propios para transmitir y emitir sus señales de televisión a los territorios y poblaciones no cubiertas*”- y de los antecedentes de dicha norma¹⁴. Por esta razón, la señal de televisión por suscripción, entendida como el medio para llevar la referida señal pública a todos los colombianos, según ya se explicó, es la única forma en que los habitantes de dichos lugares pueden recibirla, de donde se sigue que, si se admitiera que el cable-operador no debe transmitir la comentada señal abierta por su propia red, la finalidad del servicio público de televisión y el derecho fundamental a la información de aquellos habitantes, quedarían seria e ilegítimamente limitados.

2.2.3. De otra parte, es en forma ininterrumpida como los operadores de televisión por suscripción deben dar cumplimiento a su obligación consistente en transmitir la señal de los canales colombianos de televisión abierta.

En primer lugar, la normativa aplicable al servicio de televisión por suscripción, específicamente la prevista en la reglamentación establecida por la Comisión Nacional de Televisión a través del Acuerdo No. 14 de 1997, obliga a los cable-operadores a “*garantizar sin costo alguno a los suscriptores la recepción, sin interferencia, de los canales colombianos de televisión abierta*” (se resalta, art. 12) y, además, los sanciona, con imposición de multa entre 100 y 600 salarios mínimos legales mensuales, si llegan a “*interrumpir a los suscriptores la recepción de los canales colombianos de televisión abierta*” (subrayas fuera del texto, art. 43, lit. b, num. 6º). Así, no podría aceptarse que los operadores están habilitados para interrumpir o suspender la señal pública si la existencia de la aludida sanción es clara manifestación de que dicha conducta está proscrita.

En segundo lugar, el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 establece como única excepción a la obligación de los cable-operadores consistente en transmitir la señal de los canales colombianos de televisión abierta, los casos en que se trata de canales locales si el referido operador no cuenta con la capacidad técnica suficiente. Sobre este particular, dado que -en línea de principio- la interpretación en materia de excepciones debe seguir un criterio restrictivo¹⁵, la que acá se analiza, limitada a la transmisión de canales locales, no puede extender sus efectos a la correspondiente a los canales nacionales.

14 Gaceta del Congreso No. 323 de junio 27 de 2001. Acta No. 025 de mayo 31 de 2001.

15 Cas. Civ. Sentencia de marzo 14 de 2001, exp. 5647. En el mismo sentido: Corte Constitucional. Sentencia C-552 de 1996.

2.2.4. Ahora bien, el principio de prevalencia del interés general sobre el particular impone que el eventual conflicto que en materia del servicio público de televisión pueda generarse entre la satisfacción del derecho a la información que asiste a todas las personas y los derechos patrimoniales del titular de derechos conexos a los de autor, ha de resolverse a favor de aquel derecho fundamental. Esta solución, amén de estar contundentemente soportada en la normativa del referido servicio público, que prevé como principio rector del mismo la “*preeminencia del interés público sobre el privado*”, se fundamenta en que la “*tensión valorativa entre la libertad económica de los operadores de televisión por suscripción, y la eficiencia en la prestación del servicio público de televisión y el derecho a la información ... debe resolverse en favor de estos últimos principios ... debido no sólo al carácter fundamental del derecho a la información sino a la importancia del pluralismo en la democracia*”¹⁶. Sobre el particular es preciso añadir, como razón adicional a lo ya anotado, que la Copa Confederaciones FIFA 2003 fue declarada como un evento de interés para la comunidad por la Comisión Nacional de Televisión (fl. 71, cdno. 1A).

2.2.5. A efectos de profundizar sobre las razones por las que la interpretación propuesta por la parte demandante no puede ser acogida, en particular su afirmación de que los cable-operadores, en aras de cumplir la obligación que les impone el artículo 11 de la citada Ley 680, tienen que elegir entre adquirir los derechos de transmisión de un evento sobre el que recaigan derechos de autor o, en su defecto, interrumpir la señal de los canales colombianos de televisión abierta para que los usuarios la reciban directamente, cabe afirmar lo siguiente:

a) En cuanto a exigir al operador de televisión por suscripción que adquiriera los derechos de transmisión de los eventos que se presenten por los canales colombianos de televisión abierta, para que pueda transmitirlos a través de su propia red, es suficiente con poner de presente lo desproporcionada que resultaría esa carga económica para el sujeto llamado a resistirla, como quiera que él, aunque obligado a pagar cuantiosas sumas para transmitir los eventos (en este caso más de USD 500.000, según se aprecia en el contrato de licenciamiento suscrito entre Galaxy de Colombia Ltda. y los operadores de los canales nacionales privados) no podría cobrar a sus suscriptores contraprestación alguna por ese servicio, en tanto que, como ya quedó claro, el operador debe garantizar la recepción de la señal “*sin costo alguno*” para el usuario.

b) En lo que atañe a la interrupción de la señal de los canales colombianos de televisión abierta para que los suscriptores, haciendo uso de un selector conmutable, reciban directamente la señal, baste traer a colación lo que ya se explicó en relación con que admitir la práctica descrita desconoce los fines de la normativa aplicable al servicio público de televisión, puesto que en aquellos lugares en los que la señal pública únicamente llega a los usuarios por la gestión de los cable-operadores -realidad que, según se anotó, sirvió de fundamentó a la legislación vigente- la interrupción de la señal por parte de aquellos comporta una vulneración al derecho fundamental a la información de los habitantes de tales sitios, sin mencionar que, como también ya se dijo, esa es una conducta categóricamente proscrita en la regulación establecida por la Comisión Nacional de Televisión.

16 Corte Constitucional. Sentencia C-333 de 1999.

c) Sobre la supuesta vulneración al derecho constitucional a la propiedad de DirecTV Latin America LLC, téngase en cuenta que el artículo 58 de la Constitución Política, lejos de atribuir un carácter absoluto a ese derecho, se limita a establecer que el mismo “*no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores*”, lo que, ciertamente, no ocurrió en este caso. Al respecto, no puede perderse de vista que lo dispuesto en el artículo 11 de la pluricitada Ley 680 no desconoció ningún derecho adquirido de DirecTV Latin America LLC, en tanto que dicho precepto estaba plenamente vigente con antelación a la transmisión de la Copa Confederaciones FIFA 2003, debiéndose agregar que, en todo caso, la obligación en comento “*sencillamente corresponde a la legítima intervención del Estado en el espectro electromagnético en función de los fines y principios que rigen el servicio público de televisión*”¹⁷, es decir, que en lugar de desconocer derechos de particulares, el mandato en cuestión condiciona el ejercicio de aquellos.

Ahora bien, aunque la demandante manifestó que las normas reguladoras del servicio de televisión no deben ser aplicables a los eventos deportivos que acá importan, en tanto que los mismos, por ser calificables como extranjeros, no tienen una relación directa con el acontecer nacional, recuérdese que la Comisión Nacional de Televisión, en ejercicio de las facultades previstas en el artículo 29 de la Ley 182 de 1995, declaró la Copa Confederaciones FIFA 2003 como evento de interés para la comunidad (fl. 71, cdno. 1A), declaración que bien puede entenderse aplicable a las restantes competencias futbolísticas (Campeonato Mundial FIFA sub-17 2003 y Campeonato Mundial Juvenil FIFA 2003) porque, en lo medular, comparten la naturaleza de aquella.

d) Idéntica suerte corre la alegación fundamentada en que la obligación en comento, entendida en la forma en que acá se ha expuesto, comporta un enriquecimiento sin causa en beneficio de los operadores de televisión por suscripción. Ciertamente, como todos los cable-operadores están obligados a transmitir los canales colombianos de televisión abierta sin cobrar por ese aspecto del servicio, esa simple transmisión gratuita, a falta de elementos adicionales que en ningún momento mencionó la actora, no resultaría suficiente para determinar la elección que hace el consumidor de entre los distintos oferentes, de ahí que tampoco podría involucrar un aumento patrimonial para los referidos cable-operadores, el que se perfila como un requisito indispensable para la configuración de la institución en comento.

e) No puede olvidarse que la accionante fundamentó sus pretensiones en la posición que, en lo que hace relación al tema que acá se trata, sostenía la Comisión Nacional de Televisión, que mediante conceptos afirmó, por un lado, que “*los concesionarios de televisión cableada y satelital deben adoptar los mecanismos técnicos necesarios para que sus suscriptores puedan recibir los canales nacionales de televisión abierta*” (concepto de la Subdirectora de Asuntos Legales, fl. 111, cdno. 1A) y, por el otro, que “*los operadores de televisión por suscripción no están obligados a transmitir las señales de los canales de televisión abierta que han sido codificadas como consecuencia de un acuerdo privado que protege derechos de autor y conexos...*” (concepto del jefe de la Oficina de Regulación de la Competencia, emitido el 23 de julio de 2003, fl. 112, *ib.*).

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-654 de 2003, ya citada.

Sobre este particular, debe tenerse en cuenta que la interpretación según la cual los cableoperadores no están obligados a transmitir las señales de la televisión abierta que hubieran sido codificadas, por demás errónea en relación con la Ley 680 de 2001, como ya ha sido demostrado, fue proferida por la Comisión Nacional de Televisión mediante conceptos que, acorde con el artículo 25 del C.C.A., no son vinculantes para la entidad, ni de obligatorio cumplimiento o ejecución.

En adición a lo anterior, es pertinente anotar que la comentada interpretación fue reconsiderada por la mencionada entidad mediante la circular No. 005 de 2004, la que, valga decirlo, es un acto administrativo y, como tal, manifestación de la voluntad de la Administración. Acorde con dicha circular, la obligación contemplada en el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 fue *“impuesta directamente por el legislador a los operadores del servicio de televisión por suscripción en función del interés general, la cual debe ser cumplida sin costo alguno para estos y por el mismo sistema de distribución (...) implica que dichas señales necesariamente deben ser recibidas por el suscriptor por medio de la tecnología que utilice el concesionario y la tecnología del operador de cable (...) los contratos de exclusividad que suscriban los concesionarios y operadores del servicio público de televisión abierta, no pueden reñir con la obligación impuesta a los operadores de televisión por suscripción de garantizar la recepción de los mismos que se sintonicen en su área de cubrimiento (...) obligación esta que no es susceptible de negociación por parte de los prestadores del servicio de televisión abierta por medio de contratos de exclusividad, puesto que se constituiría en objeto ilícito”* (se resalta, fl. 491, cdno. 2).

Ahora bien, aunque la referida circular fue proferida con posterioridad al acaecimiento de los hechos que dieron lugar a esta demanda, no puede negarse el valor hermenéutico que para los efectos que acá interesan tiene dicho acto administrativo, pues es clara expresión de la posición oficial de la Comisión Nacional de Televisión en relación con el alcance del artículo 11 de la citada Ley 680.

2.2.6. Puestas las cosas en esta dimensión, salta a la vista que la obligación contemplada en el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 imponía a las demandadas transmitir a sus usuarios, en forma ininterrumpida, la programación de los canales colombianos de televisión abierta por la misma red mediante la cual prestan su servicio por suscripción, entendimiento que, como quedó explicado, conjuga armónicamente los diversos métodos hermenéuticos aquí empleados, siendo del caso resaltar que *“en general es preferible aquella interpretación que logra satisfacer todos los criterios hermenéuticos suscitados en un debate jurídico, de tal manera que esos distintos puntos de vista se refuercen mutuamente y en cierta medida comprueben recíprocamente su validez, por medio de una suerte de ‘equilibrio reflexivo’ o ‘coherencia dinámica’¹⁸*, máxime cuando las posiciones contrarias resultan desvirtuadas.

2.3. Los actos cuya lealtad se evalúa no tuvieron carácter concurrencial y, aunque lo hubieran tenido, se ejecutaron en cumplimiento de una disposición legal.

A esta altura del discurso es claro que las pretensiones de la demanda serán desestimadas, dadas las siguientes razones:

18 Corte Constitucional. Sentencia C-415 de 2002.

2.3.1. Cual lo ha precisado la doctrina, sólo existe un acto concurrencial en la medida en que la actuación de un agente, que participa en el mercado, esté dirigida a la captación de clientes -que no necesariamente deben ser actualmente ajenos¹⁹-, a *“la afirmación y posicionamiento en el mercado de la posición propia, o la debilitación o destrucción de la posición de otro competidor”*²⁰, análisis en el que el criterio preponderante estriba en la aptitud o idoneidad de la conducta objeto de valoración para alcanzar los efectos que con ella se persiguen.

En el asunto *sub lite*, memórese que el acto denunciado como desleal por la parte actora consistió en que las demandadas transmitieron a través de su red los canales de televisión abierta de alcance nacional, mientras allí se presentaban los eventos deportivos ya reseñados, sin que se hubiera mencionado elemento adicional al respecto. En esta medida, dado que todos los cable-operadores debían transmitir la señal en cuestión en las mismas condiciones (en forma gratuita, ininterrumpida y sin interferencia, como quedó visto en el numeral 2.2. anterior), no aparece demostrado que esa conducta fuera idónea para atraer clientela alguna en beneficio de las ahora opositoras, toda vez que Directv Latin America LLC no acreditó, como era de su incumbencia, que en este caso se presentaran condiciones, adicionales a las ya referidas, con base en las cuales se pudiera concluir que un consumidor escogería uno cualquiera de los distintos oferentes del servicio de televisión por suscripción, entre ellos Cablecentro S.A. y Cablevisión E.U., porque en sus paquetes se incluyan los canales de televisión abierta.

Así las cosas, la transmisión de la señal de televisión abierta, en lugar de comportar un acto dirigido a la captación de la clientela e idóneo para ese propósito, es sólo el cumplimiento de un deber legal a cargo de los operadores de televisión por suscripción orientado a aumentar la cobertura de aquella señal pública y promover la televisión nacional, como ya se explicó. Por esta razón, es pertinente aclarar que no todos los actos que realiza un participante en el mercado tienen carácter concurrencial, pues -a menos que estén dirigidos a captar clientes y sean aptos para ello- no tendrán esa connotación los que aquel sujeto realiza con el propósito de atender un deber o una obligación propia de la actividad económica que desempeña, como las que condicionan el ejercicio de la misma, debiéndose agregar, según lo estableció este Despacho en un caso que guarda cierta similitud con el que ahora se resuelve, que el incumplimiento de una obligación legal o reglamentaria, sin más, no comporta la realización de un acto de competencia, sino que esa consecuencia tendrá lugar sólo cuando con el comentado incumplimiento el oferente puede mantener e incrementar su posición en el mercado.

Precisó este Juzgador en la comentada oportunidad que *“el incumplimiento de una obligación legal o reglamentaria no comporta, per se, un acto de competencia, esto es, ‘de afirmación en el mercado, con independencia de que se produzca o no dentro de una relación de competencia’.* No obstante, la aplicación de la disciplina de la competencia desleal también se abre paso en aquellos eventos en los que con ocasión de la inobservancia de un deber legal, el oferente de bienes y servicios logra mantener o

19 Cfr. ASCARELLI, Tullio. Teoría de la Concurrencia y de los Bienes Inmateriales. Bosch Casa Editorial. Barcelona. 1970. Pág. 162.

20 BAYLOS CORROZA, Hermenegildo. Tratado de Derecho Industrial. Editorial Civitas. Madrid. 1978. Pág. 349.

incrementar su posición en el mercado, pues, en este preciso evento, es claro que el incumplimiento de la obligación tiene una finalidad concurrencial, es decir, se ejecuta 'con el propósito de atraer o captar una clientela actual o potencial'²¹.

Descartada como está la idoneidad del acto en comento para atraer clientela y dado que no se demostró que con su ejecución la parte demandada hubiera obtenido algún beneficio, es palmario que aquella conducta no resultó apta para mejorar la posición de Cablecentro S.A. y Cablevisión E.U. en el mercado; y como todos los demás oferentes del servicio de televisión por suscripción estaban obligados a transmitir la señal de televisión abierta, el cumplimiento de esa obligación legal tampoco aparece adecuada para desmejorar la posición de aquellos.

Corolario de lo expuesto, en ausencia del carácter concurrencial del acto imputado a la parte opositora no puede tenerse por verificado el ámbito objetivo de aplicación de la Ley 256 de 1996 (art. 2º), pues *"para que el competidor perjudicado pueda ejercer contra el agente la acción derivada de la competencia desleal es preciso partir de un presupuesto esencial, que es el carácter concurrencial del acto"*²². Por esta razón, la tutela que reclama el accionante no puede serle suministrada por la vía del juicio de competencia desleal.

2.3.2. De otra parte, ya se adelantó que aunque se hiciera caso omiso a lo recién apuntado, de todos modos habría que desestimar las pretensiones de la parte demandante porque Cablecentro S.A. y Cablevisión E.U., al ejecutar las conductas denunciadas como desleales, se limitaron a dar cumplimiento estricto a la obligación contemplada en el artículo 11 de la Ley 680 de 2001, razón por la cual, como pasa a explicarse, no podría tenerse por verificada la voluntariedad de su actuación y, por ello, tampoco podría atribuírseles una infracción a los deberes de conducta que emergen del artículo 7º de la Ley 256 de 1996, pues su actuación fue determinada por normas imperativas del ordenamiento.

En aras de explicar la anterior conclusión, es preciso poner de presente que, tal como lo ha reseñado la doctrina, *"la disciplina represora de la competencia desleal ... consiste en la previsión y la sanción, a título de ilícito extracontractual, de una serie de comportamientos económicos que el ordenamiento prohíbe a los operadores con el fin impedir ... que el interés de autoafirmación frente a los competidores, que cada uno de éstos manifiesta en el mercado capitalista, se realice con un posible daño a la introducción en el mercado y/o al espacio en el mismo del competidor, a través de prácticas no conformes con los principios de corrección profesional"*²³ o, en nuestro medio, con los parámetros normativos previstos en el artículo 7º de la Ley 256 de 1996, de forma tal que la calificación de incorrección de determinados actos concurrenciales se deriva *"no simplemente porque son expresiones de un intento emulativo, pues cada concurrente intenta expulsar a los rivales, sino porque, sin válidas justificaciones en términos de consecución de la propia eficiencia, se resuelven meramente en la lesión de la libertad individual del concurrente a operar en el mercado"*²⁴.

21 Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia No. 013 de octubre 22 de 2009.

22 BAYLOS CORROZA, Hermenegildo. *Op. Cit.* Pág. 348.

23 GHIDINI, Gustavo. Aspectos Actuales del Derecho Industrial. Propiedad Intelectual y Competencia. Editorial Comares. Granada. 2002. Pág. 139.

24 *Ibidem.* Pág. 142.

Con base en lo anterior, si bien sería aventurado afirmar que en todos los casos en que con una conducta en particular se dé cumplimiento a una norma jurídica imperativa debe excluirse la deslealtad de aquella -pues la forma o el medio del que se valga el agente podría contrariar las normas represivas de la deslealtad en la concurrencia-, lo cierto es que el comportamiento no sería reprochable si se acopla a los precisos términos de la norma en cuestión, ya que así, en caso de que se desmejorara la posición de algún participante en el mercado con ocasión de la conducta en comento, ese perjuicio ni por asomo sería imputable a quien se limitó a respetar el ordenamiento, razón por la cual estaría plenamente justificado el comportamiento del agente, al menos en lo que a la lealtad en la concurrencia se refiere.

En este caso, recuérdese que, como ya quedó ampliamente explicado, Cablecentro S.A. y Cablevisión E.U. se limitaron a dar cumplimiento a la obligación emanada del artículo 11 de la Ley 680 de 2001 en los precisos términos en que se planteó ese mandato legal, motivo que excluye la deslealtad que Directv Latin America LLC le imputa a los actos de retransmisión que tanto se han mencionado y que, aunado a la ausencia del carácter concurrencial de la conducta aquí denunciada, conduce a la desestimación de las pretensiones de la demanda.

2.4. Conclusión:

Teniendo en cuenta que en el asunto *sub lite* no se demostró que la retransmisión que las accionadas hicieron de los eventos deportivos mencionados en la demanda comportaran la ejecución de un acto de competencia y, aún en ese supuesto, tampoco cabría predicar deslealtad alguna a la actuación de las demandadas debido a que su conducta se adecuó precisamente a lo establecido en el artículo 11 de la Ley 680 de 2001, se acogerán las dos excepciones analizadas y, por tanto, se resolverá este caso en forma adversa a Directv Latin America LLC.

3. DECISIÓN

En mérito de lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de las facultades jurisdiccionales conferidas por la Ley 446 de 1998, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

- 1. Acoger** las excepciones denominadas "*ausencia de fines concurrenciales en la transmisión de los eventos deportivos transmitidos por los canales abiertos por parte del servicio de Televisión por Suscripción*" y "*mandato legal*", formuladas por la parte demandada.
- 2.** En consecuencia, **desestimar** las pretensiones mencionadas en la demanda en virtud de lo consignado en la parte motiva de esta sentencia.

3. **Condenar** en costas a la parte demandante.

NOTIFÍQUESE

El Superintendente de Industria y Comercio

GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES

Sentencia para cuaderno 5

Doctor
GUILLERMO SOSSA GONZÁLEZ
Apoderado **DIRECTV LATIN AMERICA LLC**
C.C. No. 80.420.247
T.P. No. 86.452 del C.S. de la J.

Doctor
NIXÓN FERNÁNDO FORERO GÓMEZ
Apoderado **CABLECENTRO S.A.**
C.C. No. 79.804.084
T.P. 135.235 del C.S. de la J.

Doctor
SAMUEL FRANCISCO CHALELA ORTÍZ
Apoderado **CABLEVISIÓN E.U.**
C.C. No. 91.259.706
T.P. 60.527 del C.S. de la J.