

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Magistrado Ponente

AC3670-2021

Radicación n° 11001-31-03-032-2016-00437-01

(Aprobado en sesión de veintisiete de mayo de 2021)

Bogotá D.C., veinticinco (25) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Se decide a continuación sobre la admisibilidad de la demanda presentada por Conexión Digital Express S.A.S., y Luis Eduardo Mur Ballesteros para sustentar el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia de 23 de septiembre de 2020, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso verbal que la Entidad de Gestión Colectiva de Derechos de Productores Audiovisuales de Colombia, Egeda Colombia, le promovió a los recurrentes.

I. ANTECEDENTES

1.- La accionante pidió declarar civil y extracontractualmente responsables a Conexión Digital Express S.A.S., y Luis Eduardo Mur Ballesteros, por publicar

-desde el 1 de enero de 2007- obras audiovisuales sin autorización de los productores a los que asocia, y condenarlos, en forma solidaria, a pagarle \$268'029.684 por el lucro cesante pasado, así como el que se cause durante el pleito y los intereses de mora.

Expuso que es una sociedad de gestión colectiva de derechos de autor que representa a productores audiovisuales nacionales e internacionales, quienes detentan el derecho patrimonial de autorizar la divulgación de sus obras, y en nombre de ellos autoriza a los operadores de televisión para comunicarlas al público mediante retransmisión de las señales portadoras de programas de televisión en sus parrillas de programación, según los artículos 14 y 15, literal e) de la Decisión Andina 351 de 1993 por una tarifa mensual de 30 centavos de dólar americano (USS 0,30) por suscriptor o vivienda conectada a la red del operador, la que, en 2016, era de \$822,90 por abonado.

Conexión Digital Express S.A.S., fue autorizada en 2013 por la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV) para prestar el servicio de televisión por suscripción, por lo que contrata con el usuario e instala equipos receptores y decodificadores de la programación que comercializa, tanto así que a junio de 2016 tiene 16.754 clientes quienes le pagan y obtienen acceso a su parrilla de programación que contiene canales transmidos y retransmitidos, entre ellos, RCN Televisión, Caracol, Canal Capital, Uno, Señal Colombia, City Tv, Teleantioquia, Telecaribe, Telepacífico, Canal de las Estrellas, T1 Novelas, Dw y Tve, así como Axn, A&s, Fox, que

incluyen en su programación obras audiovisuales cuyos derechos representa Egeda Colombia.

Esa empresa infringió los derechos de autor de que trata la Decisión Andina 351 de 1993, la Ley 23 de 1982 y el artículo 11Bis del Convenio de Berna, aprobado por la Ley 33 de 1987, ya que desde 2013 ha publicado obras audiovisuales de autores asociados a Egeda Colombia, sin licencia o autorización previa y expresa, luego está obligada a indemnizarlos, junto con su administrador que no evitó esos actos (fls. 175 a 182 y 195 a 197 c.1).

2.- Los convocados alegaron «*[i]nexistencia de la obligación de carácter pecunario*», «*[f]alta de legitimación en la causa*», «*[n]o estar demostrado a quiénes se les violó derechos de autor*», «*[f]alta de competencia del juzgado para conocer el proceso, puesto que se trata de una demanda verbal de violación a los derechos de autor que compete a la fiscalía investigar acorde con el precepto 250 de la carta política del 91, y no de una demanda verbal por desconocimiento patrimonial de derechos de autor*», «*[a]usencia de las causas para declarar civilmente responsable a Conexión Digital Express S.A.S., y su representante legal*» y «*[l]egitimación para la operación y explotación del servicio público de televisión por suscripción*» (fls. 247 a 257, c.1).

3.- El Juzgado 32 Civil del Circuito de Bogotá dictó sentencia el 4 de abril de 2018, en la que negó las pretensiones y condenó en costas a la accionante.

4.- El superior, al resolver la alzada propuesta por la actora, revocó el fallo y, en su lugar, declaró que los convocados son responsables de retransmitir -sin permiso- la programación de los productores adscritos a Egeda Colombia, les ordenó dejar de hacerlo hasta que tengan licencia y los condenó a pagarle solidariamente \$1.364'518.151 por lucro cesante, dentro de los 10 días siguientes a la firmeza del fallo, para lo cual expuso que:

Por vía documental se demostró la existencia de las obras audiovisuales cuya retransmisión se cuestiona (fls. 46 a 128), así como su titular, el género, la fecha y hora de publicación, al tenor del artículo 10 de la Ley 23 de 1982 y el representante legal de Conexión Digital Express S.A.S., aceptó difundir el contenido de los canales que le permiten la retransmisión de su señal y divulgarlas con sustento en que tiene licencias y contratos con la Autoridad Nacional de Televisión y con los titulares de los derechos patrimoniales de los canales y/o señales de su parrilla de programación.

Esas creaciones intelectuales son derechos de autor protegidos por la Constitución Nacional, el Código Civil, la Decisión Andina 351 de 1993, la Ley 23 de 1983, la Ley 1403 de 2010, el Decreto 3942 de 2010 y la Ley 1915 de 2018, al ser bienes materiales apropiables según las diversas formas de explotación económica, pues están integrados por un derecho moral, inalienable e irrenunciable, que nace de la obra misma y es fundamental, y uno patrimonial que habilita su explotación desde que la divulga y es enajenable y transmisible con autorización de su titular.

La certificación de la Dirección Nacional de Derechos de Autor demuestra que las obras en cuestión son administradas por Egeda Colombia, por lo que esta puede reclamar y al hacerlo debe probar la infracción, el daño y el nexo causal.

Según el artículo 3º de la Decisión Andina 351 de 1993, una obra audiovisual es toda creación expresada mediante imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que esté destinada a ser mostrada a través de aparatos de proyección o cualquier otro medio de comunicación de la imagen y de sonido, la cual es protegida por el artículo 4º *ibidem*, puede ser transmitida y retransmitida por programadoras o canales de capital privado o público, así como por operadores de servicio por suscripción, tal como lo dispone el artículo 19 de la Ley 182 de 1985, lo cual es relevante, ya que no es lo mismo la distribución, transmisión o retransmisión de una obra, que la distribución, transmisión o retransmisión de una señal, pues aquella deriva de los derechos de autor o titular de la misma y esta proviene de los derechos conexos.

Las normas de derechos de autor preservan los derechos subjetivos del creador de la obra, de ahí que la amparen, mientras que los conexos son el reconocimiento de otro nuevo a partir de uno preexistente, y protegen al organismo de radiodifusión que la transmite a través de su señal, por lo que debe analizarse la viabilidad de los primeros, cuya salvaguarda reclama la actora y no de los segundos, cual lo alega la convocada.

Si un sujeto es el productor de programas y otro de obras audiovisuales, es este último el titular de los derechos patrimoniales derivados del derecho de autor, y no aquél, calidad que conlleva la facultad exclusiva de autorizar o prohibir la edición o cualquier otra forma de reproducción y comunicación al público de su obra, según los artículos 98 y 103 de la Ley 23 de 1982, el artículo 13 de la Convención de Roma y el 9º del Convenio de Berna, de ahí que no basta la autorización del canal o programadora para la retransmisión o transmisión de su señal porque se requiere el permiso del productor de la obra audiovisual para poder publicarla, pues, como lo ha interpretado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se trata de autorizaciones diversas.

Está probado que Conexión Digital Express S.A.S., ha retransmitido obras audiovisuales de titularidad de productores adscritos a Egeda Colombia, según lo reconoció al contestar el libelo y en el interrogatorio de parte, lo que coincide con la certificación de la firma Business Bureau, que no fue controvertida ni tachada, por lo que está acreditada la infracción, así como el daño y el nexo causal.

El representante legal de Conexión Digital Express S.A.S., expuso que retransmite todo el contenido de las señales cuyo uso le ha sido autorizado por los distintos canales, y solo paga por la utilización de aquellas, sin que se acreditará el permiso de los titulares de las obras para retransmitirlas públicamente, porque la convocada asume que basta con las autorizaciones obrantes en el infolio.

No hay evidencia de los supuestos contratos que demuestran que Conexión Digital Express S.A.S., pactó con los canales que el pago de la señal cubría también la comunicación mediante retransmisión de las obras audiovisuales contenidas en la programación, y si así fuera, ello iría contra las normas de derechos de autor que imponen la obligación de gestionar la autorización del productor de la obra audiovisual y la del dueño de la señal u organismo de radiodifusión que autorizan la retransmisión, lo que descarta que la convocante debía reclamarle directamente al canal que vendió la señal, pues la ignorancia de la ley no sirve de excusa, sobre todo porque la encartada sostuvo que le paga a cada canal y obtiene permiso para retransmitir el 100% de la parrilla de programación, pero no soportó tal autorización.

Las certificaciones de algunos canales productores de las obras audiovisuales que aduce Conexión Digital Express S.A.S., para justificarse, no la exoneran porque no en todas hay permiso para retransmitir el contenido de la parrilla de programación, sino que solo habilitan la de su señal. Tan solo Global Media, Mw Networks, T y C Sport y EWTN autorizaron la retransmisión de la señal y de la programación. Empero, en ninguna está el listado de obras y de los productores como titulares de derechos sobre programas audiovisuales, lo que derrumba sus excepciones, pues no era necesario que mediara contrato entre el autor y la convocada para que esta debiera pagar, ya que el titular de la creación es quien puede autorizar su publicación, al tenor del artículo 9º del Convenio de Berna y el 12 de la Ley 23 de 1982, de ahí que debía haber un acuerdo en tal sentido, pues las formas de utilización son

independientes y la autorización para cualquiera de ellas no se extiende a las otras, artículo 76 de la Ley 23 de 1982.

La accionada conoce el derecho de los creadores de las obras, pues Mur Ballesteros aceptó que hay un concepto de la ANTV en tal sentido y mencionó el comunicado de 25 de febrero de 2014 respecto a la forma en que se deben cobrar esos derechos, situación que la hace responsable de comunicar al público por retransmisión obras audiovisuales sin permiso de sus titulares, lo cual se hace extensivo a su representante legal por falta de diligencia y cuidado como administrador, según el Código de Comercio, art.200.

La indemnización se tasa con base en el juramento estimatorio, que no fue objetado ni es excesivo; así, se promedia el # de abonados con la información reportada a la ANTV, los del año en curso, la tasa de cambio promedio fija y el histórico anual de valor del dólar, lo que da \$1.364'518.151, que los encartados deben pagar en forma solidaria a la actora, dentro de los 10 días siguientes a la firmeza del fallo.

5.- Los convocados interpusieron recurso de casación, que fue concedido (3 nov. 2020).

6.- La Corte admitió la impugnación y fue sustentada en tiempo con escrito que contiene siete cargos por las causales primera, segunda y quinta del artículo 336 del Código General del Proceso, así (fls. 14 a 58):

a)..- El primero acusa la infracción recta de los literales g) y h) del artículo 45 de la Decisión Andina 351 de 1993; 1741 del Código Civil, así como el 29 de la Constitución Política.

Indica que las tarifas que la accionante reclama le son inoponibles, pues debían constar en un reglamento de tarifas por ella elaborado, según lo dispone la Decisión 351 de 1993, en el literal g) de su art. 45, y publicado, por lo menos una vez al año, en un medio de amplia circulación (literal h) art. 45 ibidem, tal cual se expresó en la interpretación prejudicial 122-IP-2020, lo que no se demostró, de ahí que las tarifas en que se fundó el fallo no le son vinculantes al ser un tercero, lo que pasó por alto el *ad quem* (fls. 14 al 17).

b)..- El segundo alega el quebranto directo de los artículos 11 de la Ley 680 de 2001; 20, 29 y 365 de la Constitución Política Nacional y 21 de la Decisión Andina 351 de 1993.

El artículo 11 de la Ley 680 de 2001 obliga a los operadores de televisión por suscripción a garantizar sin costo 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, sin tener que cancelar derechos por ese concepto, incluidos los de comunicación pública y conexos, según se dijo en C-654 de 2003, luego se equivoca Egeda Colombia respecto a que la limitación y excepción sólo aplica frente a los derechos conexos que son los que representan Caracol, Rcn y demás operadores abiertos radiodifundidos.

Lo contrario sería entender que la ley obligó a los operadores de televisión por suscripción a llevar una señal, pero sin su contenido para garantizar los derechos a informar, educar y asegurar el pluralismo informativo, lo que desconocería la línea jurisprudencial reseñada y haría incurrir al juez en error al hacerle creer que los operadores de televisión por suscripción deben acatar el art. 11 de la Ley 680 de 2001 y obtener autorización de esa entidad respecto de las obras audiovisuales que conforman los programas de los canales de televisión abierta radiodifundida, a pesar que en 2017 el tribunal de Bogotá señaló que esa norma prevé una excepción a los derechos conexos y de autor y la Sección Quinta del Consejo de Estado eliminó la necesidad de consentimiento previo y expresó, así como los pagos respecto de los canales sintonizados en UHF y VHF.

El yerro es trascendente porque al no tener que pagar derechos por ese concepto, incluidos los de comunicación pública y conexos, era inviable la condena impuesta, sobre todo al existir la interpretación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el proceso 122-IP-2020 (fls. 17 al 23).

c)..- El tercero alega violación directa de los artículos 25 de la Ley 182 de 1995, 2341 del Código Civil, 167, 191 y 198 del estatuto procesal civil, por indebida aplicación, al haber torcido el interrogatorio de Luis Eduardo Mur Ballesteros y supuesto la confesión a partir de la cual se extrajo la culpa.

El dicho de ese directivo no es plena prueba, capaz de demostrar los hechos de la demanda, pues versó sobre el

cumplimiento de las normas de derechos de autor y no de su desconocimiento; si refirió hechos favorables no hubo prueba porque nadie puede hacerla de su mero dicho. El fallador se equivocó al valorar tres afirmaciones hechas por ese directivo.

La primera, en la que dijo que su representada «*hace pagos y cumple con todas sus obligaciones, dentro de ellas el pago de los derechos de autor (...) a las programadoras nacionales e internacionales por señales codificadas y retransmite todas las señales libres que, como ya lo dije son de obligatoria retransmisión amparado en la ley 182*»; la segunda, en la que indicó «*nosotros retransmitimos una señal, le compramos a una programadora ese canal y todo su contenido*», y la tercera en la que expresó «*nosotros le cancelamos los derechos de autor a los representantes de cada canal porque con ellos es que tenemos el contrato con todas las programadoras o todos los representantes a nivel nacional o internacional (...) hacemos contrato por determinado tiempo (...) en cambio tenemos la autorización de transmisión del 100% de esa parrilla de programación y también nos permite la comercialización de sus logotipos, de sus imágenes*».

Esa narración no probó los hechos del libelo porque el marco legal de la respuesta está apoyado en el contexto del artículo 25 de la Ley 182 de 1995 sobre las señales incidentales y codificadas de televisión y de las sanciones por su uso indebido, que menciona dos tipos de señales libres, mas no las codificadas, pero aun así el tribunal no las diferenció.

El interrogatorio versó sobre los pagos efectuados, no sobre el permiso de los titulares de las obras para su retransmisión; luego, las respuestas solo dan cuenta del pago de los derechos de autor y no demuestran la infracción, el daño ni el nexo causal, como lo exige el artículo 2341 del Código Civil, sin los cuales no prospera la acción resarcitoria, por lo que era necesario analizar si el daño ocurrió bajo la esfera de control de los encartados por actuar u omitir el deber jurídico de evitarlo.

Empero, el *ad quem* no estableció el momento en que ocurrió la infracción al derecho de autor, lo que impedía comprobar el nexo causal, pues se conformó con decir que hay obras audiovisuales de titularidad de algunos productores adscritos a Egeda que han sido retransmitidas por Conexión Digital Express S.A.S., con base en el hecho séptimo de la contestación de la demanda, el interrogatorio de su representante legal y la certificación de Business Bureau, tras admitir el dicho la actora, según el cual la infracción ocurrió desde 2013, sin preguntarse por qué entonces reclamó desde el 1 de enero de 2007 hasta la fecha.

Esa imprecisión temporal destruye el nexo causal, lo que no resuelve la certificación de Business Bureau, por lo que el tribunal volvió a invadir la esencia y fidedigna declaración del representante legal de la encartada en cuanto mencionó que hacen pagos y cumplen sus obligaciones, sin advertir que era de cargo de la actora probar el daño y la fecha exacta de su producción, según el artículo 167 del Código General del Proceso, lo que no hizo.

Esos errores son manifiestos y trascendentales porque de no haberlos cometido otro sería el resultado, pues Conexión Digital Express S.A.S., nunca admitió violar derechos de autor de la actora, por lo que no se probó la responsabilidad, máxime cuando la confesión recayó sobre aplicaciones legales de la Ley 182 de 1995 en materia de señales codificadas e incidentales de su art. 25, por lo que se vulneró el artículo 191 adjetivo que dispone que aquella debe versar sobre hechos y no sobre aplicaciones legales o principios de derecho, lo que descarta la aceptación que halló la Sala, sobre todo porque el artículo 176 ibíd., obliga al juez a exponer razonadamente el mérito que le da a cada prueba (fls. 23 a 29).

d)..- El cuarto denuncia el quebranto indirecto de la ley sustancial por error de derecho al desconocer la norma probatoria establecida en los literales g) y h) del artículo 45 de la Decisión Andina 351 de 1993.

El tribunal acogió la tarifa presentada por Egeda Colombia, a pesar que no se trata de prueba pericial e inadvirtió que está sujeta a variación anual, sobre todo porque consta en un reglamento de tarifas que debe ser publicado, por lo menos una vez al año, en un medio de amplia circulación (literal h art. 45 ibíd.) y debe ser proporcional a los ingresos obtenidos con la utilización de las obras, salvo que las leyes de los países miembros establezcan algo diferente.

Como en Colombia esas tarifas deben ser concertadas con los usuarios, no podía el tribunal acoger la señalada en el juramento estimatorio, sino una que fuera acorde con la

Decisión 351 de 1993 y los artículos 4, 6 y 7 del Decreto 3942, lo que no hizo, por lo que el fallo es *ultrapetita*, pues la conversión a pesos de la tarifa de 0,30 US tiene un valor muy superior a la que Egeda fijó para cada año, de ahí que la diferencia así obtenida elevó la condena en forma desproporcionada y conllevo una suma superior a la que la jurisprudencia ha reconocido en estos casos, lo que propició un enriquecimiento injustificado de la actora y una transgresión a los principios de justicia (fls. 29 a 34).

e)..- El quinto invoca la causal quinta del artículo 336 del Código General del Proceso, con sustento en que se incurrió en el motivo de nulidad previsto en el numeral 8º de ese estatuto, por falta de integración del contradictorio.

Adujo que Conexión Digital Express S.A.S., firmó el contrato de concesión n° 076 de 4 de diciembre de 2012 con la Autoridad Nacional de Televisión que la autorizó para operar y explotar el servicio público de televisión por suscripción, habiendo obligado la primera a constituir garantía única de cumplimiento para garantizar sus obligaciones, el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones del personal y la responsabilidad civil extracontractual, para lo cual contrató con Seguros del Estado.

Era, entonces, necesario vincular a la ANTV, dado que la concesión estaba vigente e incluía la obligación especial para acreditar ante esa entidad anualmente el pago de derechos de autor o los convenios que los autoricen para usar las señales o programas que se distribuyeran, así como el cumplimiento

de las normas sobre derechos de autor, conexos y de los organismos de radiodifusión, lo que fue el núcleo del debate, de ahí que su citación era forzosa y direccionaba el caso hacia la jurisdicción contencioso administrativa, por lo que hay nulidad insaneable (fls. 34 a 37).

f)..- El sexto aduce la violación directa de los artículos 2341 del Código Civil; 200 y 201 del Código de Comercio, con sustento en que el tribunal supuso las pruebas de la responsabilidad del administrador y asignó una presunción sin decir cuál de las del artículo 200 mercantil procedía, a pesar que ninguna tiene relación o aplicación con el caso.

El error derivó de una indebida interpretación de los artículos 200 y 201 del Código de Comercio, al haber dado por establecida la responsabilidad solidaria del representante legal de la encartada, sin explicar cuál presunción hizo actuar, pues una tiene que ver con el incumplimiento o extralimitación de funciones, violaciones de la ley o los estatutos; y la otra con la proposición o ejecución de la decisión sobre distribución de utilidades en contra del artículo 151 mercantil, ni precisar la el rol de administrador por el que sancionó a Luis Eduardo Mur Ballesteros.

Pasó por alto que esas presunciones admiten prueba en contrario y que no hay un solo medio que demuestre la responsabilidad del representante legal de la demandada, luego la valoración que hizo el *ad quem* es equivocada, pues no abordó el análisis del rol que cumple el administrador en las sociedades ni la forma como responde, según lo dispuesto

en la Ley 222 de 1995, que modificó el Código de Comercio (37 al 45).

g)..- El séptimo alega el quebranto recto de la ley sustancial, por falta de aplicación de los artículos 1608 y 1613 del Código Civil; artículo 191 del Código General del Proceso y del artículo 65 de la Ley 45 de 1990 sobre intereses de mora.

El fallador dejó de ver que los intereses moratorios comerciales son exigibles en caso de mora y a partir de ella, como lo prevé el artículo 65 de la Ley 45 de 1990, y no desde cuando debió realizarse el pago, de ahí que en los casos de responsabilidad civil extracontractual solo se causan desde la concreción del perjuicio, pues no derivan de un negocio; lo cual desvirtúa su carácter mercantil y hace que su exigibilidad se de a partir la mora ante el no pago de lo liquidado en la sentencia de condena, en coherencia con el artículo 1617 del Código Civil y la jurisprudencia, específicamente la sentencia 076 de 3 de agosto de 2004, rad. 007447, que retomó lo dicho en CSJ SC. 11 jul. 2001, rad. 6201, no antes como se hizo en este caso donde el lucro cesante ascendía a \$268'029.684 y no a \$1.364'518.151 como se determinó (fls. 45 al 48).

I.- CONSIDERACIONES

1.- La naturaleza extraordinaria de este medio de contradicción exhorta el cumplimiento de ciertos requisitos a ser observados por los censores con estrictez, ya que como dispone el numeral 2 del artículo 344 del Código General del Proceso el escrito de sustentación deberá contener la

«formulación, por separado, de los cargos contra la sentencia recurrida, con la exposición de los fundamentos de cada acusación, en forma clara, precisa y completa», respetando las reglas propias de cada causal.

Como se dijo en CSJ AC2947-2017, reiterado en AC1805-2020, el citado numeral impone que la argumentación sea *«inteligible, exacta y envolvente»*, pues,

(...) como el anotado medio constituye un mecanismo para juzgar la sentencia recurrida y no el proceso, la norma exige identificar las razones basilares de la decisión y expresar los argumentos dirigidos a socavarlas. Así se facilita, de un lado, establecer si hay acusación; y de otro, verificar, en punto de la violación directa o indirecta de la ley sustancial, si se denuncia como equivocado el análisis jurídico o probatoria del juzgador, en caso positivo, si el ataque es enfocado o totalizador.

Por ende, no es labor de la Corte suplir las falencias, debilidades o vaguedades que riñen con lo anterior, ya que conforme indican los artículos 346 y 347 ibidem, el incumplimiento de dichas directrices es motivo de inadmisión y, aún de superar el libelo las formalidades técnicas previstas, puede la Sala ejercer selección negativa en tres eventos: cuando se plantea una discusión sobre asuntos ampliamente decantados, sin que se proponga una tesis que justifique un cambio de criterio; frente a la inexistencia de los errores endilgados, el saneamiento de los advertidos o la intrascendencia de los mismos; y si la afrenta al orden jurídico no alcanza a perjudicar al recurrente.

De ahí que una vez superado ese paso preliminar no sea posible que al fallar se tengan en cuenta motivos de

inconformidad distintos a aquellos aducidos, salvo la facultad de casar de oficio la sentencia confutada «*cuando sea ostensible que la misma compromete gravemente el orden o el patrimonio público, o atenta contra los derechos y garantías constitucionales*» según manda el inciso final del artículo 336 *ejusdem*.

2.- Si se acude al primer numeral del artículo 336 del Código General del Proceso, relacionado con la violación directa de la ley sustancial, debe enunciarse por lo menos un precepto de esa estirpe que fuera considerado o desatendido en el pronunciamiento a examinar, pero eso sí que sea basilar de la determinación y no una relación aleatoria con el propósito de atinar a alguno con la categoría exigida, como se desprende del párrafo primero del artículo 344 id.

Adicionalmente, según indica el literal a) numeral 2 de dicho precepto, la discusión se ceñirá a «*la cuestión jurídica sin comprender ni extenderse a la materia probatoria*», por lo que debe estructurarse en forma adecuada cómo se produjo la vulneración ya por tomar en cuenta normas completamente ajenas al caso, pasar por alto las que lo regían o, a pesar de acertarse en la selección, terminar reconociéndoles implicaciones que no tienen.

Ya en la segunda causal por la vía indirecta, además de invocar el precepto material que es objeto de afrenta, es necesario precisar si el vicio deriva de un error de derecho al desatender una norma probatoria, en cuyo caso debe citarla y justificar puntualmente dónde radica la infracción; o es el

resultado de yerros de facto en la apreciación del libelo, la respuesta al mismo o algún medio de convicción, singularizando de manera diáfana y exacta en qué consiste la equivocación manifiesta y trascendente del sentenciador.

Al respecto, en CSJ AC1804-2020 se reiteró que

(...) debe concretarse si la afrenta es en forma directa o indirecta, esta última en cualquiera de sus dos manifestaciones ya por incursión en errores de hecho ora de derecho, y en qué consiste la misma de acuerdo con las especificidades que las distinguen, ya que como se dijo en CSJ AC8738-2016 «no basta con invocar las disposiciones a las que se hace referencia, sino que es preciso que el recurrente ponga de presente la manera como el sentenciador las transgredió» (CJS AC3415-2018).

3.- Si el ataque se perfila por la quinta causal del artículo 336, tal sendero queda circunscrito a las reglas de taxatividad, falta de convalidación e interés y trascendencia que rigen las nulidades procesales, puesto que solo lograrián socavar la decisión las inconsistencias determinadas e insuperables que por su relevancia ameritan ser regularizadas, siempre y cuando las reporte el afectado.

En tal sentido, en CSJ AC3531-2020, se retomó lo dicho en AC 18 dic. 2009, rad. 2002-00007, aplicable al caso dada la similitud en la regulación de la causal en cuestión,

(...) respecto de las reglas relativas al numeral 5º del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil (nulidad), es menester destacar que la solicitud de invalidación debe fundarse en una de las causas de nulidad establecidas en la ley (...) Adicionalmente, es menester que se evidencie interés en el recurrente para obtener la invalidación que solicita, pues, es bien sabido, otro de los principios básicos que gobiernan la temática de las nulidades procesales es el de protección, relacionado con el interés que debe existir en quien reclame la anulación, emergente del perjuicio que

el defecto le ocasiona (...) Finalmente, el vicio denunciado no puede haberse saneado.

4.- La demanda de casación no cumple a cabalidad las exigencias formales y técnicas para ser admitida.

a). El cargo primero, que denuncia el quebranto directo de la ley sustancial, incurre en la causal de inadmisión prevista en el numeral 2º del artículo 346 del Código General del Proceso, consistente en alegar «*cuestiones de hecho o de derecho que no fueron alegadas en las instancias*», pues aduce que las tarifas que la actora cobra debían estar en un reglamento como lo prevé el literal g) del artículo 45 de la Decisión Andina 351 de 1993, y ser publicadas en un diario de amplia circulación nacional, según lo exige el literal h) de ese texto legal, lo cual nunca ocurrió, situación que las hace inoponibles, argumento que no fue expuesto ni desarrollado en el pleito, lo que impide su formulación en esta sede que no está hecha para replantear la disputa y proponer defensas no exteriorizadas oportunamente, so pena de sorprender a la contraparte y desconocerle el debido proceso, ya que significaría juzgarla con alegaciones de último momento y, sobre todo, que fueron ajenas al litigio.

Al efecto, en CSJ SC3345-2020, se reiteró que:

(...) un alegato sorpresivo que la doctrina denomina 'medio nuevo', esto es, aquel que uno de los litigantes guarda para erigirlo cuando han feneido las oportunidades de contradicción previstas en el ordenamiento jurídico o... para revivirlo a pesar de que lo abandonó expresamente», debe ser repelido en el escenario extraordinario, por ir en desmedro «del principio de lealtad procesal para con el estamento jurisdiccional y con su contendora (SC131, 12 feb. 2012, rad. n.º 2007-00160-01).

Ello se explica, sin dificultad, porque si las partes dejan de exponer en las fases procesales pertinentes algunos aspectos de la controversia, no pueden luego, y menos en sede de casación, tratar de introducirlos sorpresivamente, por ser ello extemporáneo y contrario a la buena fe y la lealtad procesal que se deben entre sí y también frente al sistema de justicia (núm. 1, art. 78 C.G.P.).

Con mayor razón si se advierte que la casación no es proceso y, por ende, impide replantear el litigio. Es más, su espectro se circscribe a las precisas causales legales que habilitan el estudio de legalidad del fallo del tribunal (CSJ SC 16 jul. 1965, GJ n° 2278-2279, pág. 106). Fue por eso que en CSJ SC19300-2017, reiterada en SC3345-2020 y en SC5142-2020, se precisó que:

(...) este instrumento extraordinario no habilita un nuevo juzgamiento de la controversia, sino que se circscribe a la evaluación de la providencia censurada a la luz de los yerros que le son endilgados por el recurrente. Así las cosas, no puede emplearse para retomar el estudio de la causa petendi y, menos aún, innovar en los hechos que le sirven de soporte».

En suma, la falta de alegación oportuna de los efectos derivados de los literales g) y h) del artículo 45 de la Decisión Andina 351 de 1993, impide discutirlos en casación ya que se tornaron puntos pacíficos, pues abordarlos implicaría burlarle la defensa y contradicción a la contraparte.

Además, el cargo no indica una norma material que haya sido o debido ser pilar del fallo, esto es, que declare, cree, modifique o extinga relaciones jurídicas concretas,

porque se refiere a los literales g) y h) del artículo 45 de la Decisión Andina 351 de 1993, los artículos 1741 del Código Civil y 29 de la Constitución Política Nacional.

De ellos solo el artículo 1741 del Código Civil tiene carácter sustancial, pero es impertinente porque no es, ni debía ser, base esencial del fallo, pues se refiere a la nulidad absoluta en materia contractual y el litigio se desenvolvió en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, por lo que carecía de toda relación o influencia en el asunto.

Por su lado, los literales g) y h) del artículo 45 de la Decisión Andina 351 de 1993, se limitan a enunciar algunos de los requisitos que debe tener la autorización de funcionamiento de las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y colectivos, entre ellos, los «*reglamentos de socios, de tarifas y de distribución*» (literal g) y «*que se obliguen a publicar cuando menos anualmente, en un medio de amplia circulación nacional, el balance general, los estados financieros, así como las tarifas generales por el uso de los derechos que representan*» (literal h), luego, carecen de connotación material y son insuficientes para estructurar un cargo por violación recta o indirecta de la ley sustancial.

Ahora, el artículo 29 superior tampoco tiene ese carácter, como se precisó en CSJ AC760-2020, comoquiera que «*establece el debido proceso como derecho fundamental*» y «*consiste en un principio general de orden superior y no una figura jurídica particularizada, ya que se concreta en las diferentes especialidades de la jurisdicción por temas y es el*

articulado para cada caso en particular el que merece ser referido».

Eso mismo se había expresado en CSJ AC5435-2017 donde se advirtió que,

«[l]os preceptos constitucionales, como el 29 nombrado, no son idóneos para apalancar, por sí solos, el motivo inicial de casación, toda vez que por su naturaleza o estructura abierta, deben ser desarrollados por la ley, siendo esta la que regula situaciones jurídicas concretas y, por ende, es la que, en línea de principio, resulta susceptible de ser reprochada en este escenario.

Esa falencia es insalvable porque, como se dijo en CSJ AC2116-2020, «*(...) aunque la compilación de la que hagan parte las normas no determina la categoría material que pueda predicarse de ellas, lo cierto es que tal calidad no la ostentan aquellas que regulan temas probatorios, procedimentales o de trámite del proceso*», en coherencia con CSJ AC4084-2019 y CSJ AC 10 ago. 2011, rad. 2003-03026, respecto a que:

[c]omo lo tiene por sentado la jurisprudencia, “una norma es de estirpe sustancial cuando contiene una prescripción enderezada a declarar, crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas concretas” (G.J. CLI, pág.254) y por ende carecen de tal connotación “los preceptos materiales que se limitan a definir fenómenos jurídicos, o a precisar los elementos estructurales de los mismos, o los puramente enunciativos o enumerativos, o los procesales, entre ellos, los de disciplina probatoria” (auto 5 de agosto de 2009, exp. 1999 00453 01; reiterado el 12 de abril de 2011, exp. 11001-3103-026-2000-24058-01).

b). El segundo cargo alega violación recta de los artículos 11 de la Ley 680 de 2001; 20, 29 y 365 de la Constitución Nacional y 21 de la Decisión Andina 351 de 1993.

Empero, en su desarrollo solo se refiere a la primera de esas normas, sin mencionar de qué forma fue vulnerada, si por falta de empleo, indebida aplicación o errónea interpretación, lo cual torna genérica la acusación que se limita a señalar que «*el artículo 11 de la Ley 680 de 2001 obliga a los operadores de televisión por suscripción a garantizar sin costo 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 tener que pagar derechos por ese concepto, incluidos los de comunicación pública y conexos, según se precisó en C-654 de 2003 y que no es cierto lo que dice Egeda acerca de que la limitación y excepción sólo aplica frente a derechos conexos que son los que representan Caracol, Rcn y demás operadores abiertos radiodifundidos.

Además, es incompleto porque no cuestiona la premisa del tribunal consistente en que:

(...) el Acuerdo 10 de 2006, expedido por la CNTV dispuso, en su artículo 2º que «el servicio de televisión cuya señal, independientemente de la tecnología y el medio de transmisión utilizados y con sujeción a un mismo régimen jurídico de prestación, está destinada a ser recibida solamente por las personas autorizadas para la recepción; lo que quiere decir que, en definitiva, la ley impone a los cable-operadores la transmisión gratuita de las señales nacionales; empero, vuelve ésta Sala de Decisión a insistir en lo sostenido a lo largo de esta providencia, se trata de la retransmisión de la señal que no de la programación ni de la obra u obras en esta contenidas y, en todo caso, una y otras debe ser previamente autorizada por la radiodifusora o la programadora o el productor de la obra audiovisual o su representante según corresponda, como así lo dejó establecido el Tribunal Judicial de la Comunidad Andina en su interpretación del caso, por lo que tal argumento no exime a la empresa demandada de gestionar la autorización cuya ausencia motivo este proceso.

Tal circunstancia torna inidóneo el embate, comoquiera que no confronta el razonamiento que, en esencia, aspira derruir.

Además, al contrastar la lectura que hacen los recurrentes del alcance y ámbito de aplicación del artículo 11 de la Ley 680 de 2001, se observa que en ella se plantea un simple desacuerdo con el criterio del juzgador, a pesar que esta vía no tiene tal propósito, sino hacer ver yerros palmarios y trascendentales cometidos en la decisión pugnada, de ahí que el discurso de los opugnadores debía apuntar a ese objetivo, antes que ensayar una propuesta alterna respecto de las premisas que escoltan el veredicto fustigado.

c)..- El tercer embate denuncia el quebranto directo de la ley sustancial, pero cuestiona un tema probatorio consistente en que se incurrió en error de hecho porque se supuso la confesión del representante legal de la sociedad convocada.

Es así como plantea que ese directivo jamás admitió hechos perjudiciales a su representada, pues su declaración versó sobre el cumplimiento de las normas de derechos de autor y no de su desconocimiento, toda vez que el marco legal de las respuestas está apoyado en el contexto del artículo 25 de las señales incidentales y codificadas de televisión y de las sanciones por su uso indebido de la Ley 182 de 1995 que menciona dos tipos de señales libres, mas no las codificadas, lo que significa que la crítica, que se anunció sería de puro derecho, se adentra en el campo de las pruebas.

Si se abordara como error de hecho, el resultado no cambiaria porque la sustentación se entromete en el campo del yerro de *iure* cuando sostiene que la confesión que vio el juzgador recayó sobre aplicaciones legales de la Ley 182 de 1995 en materia de señales codificadas e incidentales de su art. 25, por lo que se vulneró el artículo 191 adjetivo que dispone que esta debe versar sobre hechos y no sobre aplicaciones legales o principios de derecho, lo que la descarta, sobre todo porque era deber de la actora probar los elementos de la acción al así imponérselo el artículo 167, en coherencia con el 176 del C.G.P., que obliga al juez a exponer razonadamente el mérito que le da a cada prueba, de modo que la crítica se sale del ámbito propuesto, pues se duele de un yerro de ponderación material de la evidencia, pero critica la forma como el *ad quem* empleó las normas de disciplina probatoria.

En suma, el reparo es deshilvanado porque, aunque se propuso por la causal primera de casación, desde el inicio se adentró a cuestionar la valoración objetiva de los medios de juicio y al final fue a parar en el terreno del error de *iure*, habida cuenta que disputó la ponderación jurídica de la prueba, mixtura que lo torna infértil.

d)..- El cuarto cargo denuncia violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho con sustento en que se ignoró la regla probatoria establecida en los literales g) y h) del artículo 45 de la Decisión Andina 351 de 1993, pero no relaciona una norma sustancial con incidencia en la

definición del litigio, esto es, una que declare, cree, modifique o extinga relaciones jurídicas concretas.

Los literales g) y h) del artículo 45 de la Decisión Andina 351 de 1993 se limitan a enunciar algunos de los requisitos que debe contener la autorización de funcionamiento de las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y conexos, entre ellos, tener *«reglamentos de socios, de tarifas y de distribución»* (literal g), y *«que se obliguen a publicar cuando menos anualmente, en un medio de amplia circulación nacional, el balance general, los estados financieros, así como las tarifas generales por el uso de los derechos que representan»* (literal h), por lo que carecen de connotación material y son, por ende, insuficientes para estructurar un cargo por violación recta o indirecta de la ley sustancial.

Y aunque en el desarrollo de la arremetida se hace alusión a otras normas jurídicas, lo cierto es que no se denuncian como quebrantadas, ni se aduce la forma como ello pudo haber ocurrido, lo que impide considerar cuál era su incidencia en la resolución del litigio.

Sobre el punto, en CSJ AC2133-2020, se llamó la atención en cuanto a que *«(...) cuando el recurso se finque en la transgresión (directa o indirecta) de normas de carácter sustancial, es tarea del impugnante invocar al menos un precepto de esa naturaleza que, «constituyendo base esencial del fallo, o habiendo debido serlo», haya sido infringido por la decisión que se censura»*.

Así mismo, en CSJ AC334-2021 se recordó lo dicho en CSJ AC. 4 dic. 2009, rad. 1995-01090-01, en torno a que cuando se alega la causal primera o segunda de casación, la invocación de una norma sustancial, con incidencia en la definición del caso, es indispensable, pues de omitirse:

(...) quedaría incompleta la acusación, en la medida en que se privaría a la Corte, de un elemento necesario para hacer la confrontación con la sentencia acusada, no pudiéndose, ex officio, suplir las deficiencias u omisiones en que incurra el casacionista en la formulación de los cargos, merced al arraigado carácter dispositivo que estereotipa al recurso de casación".

La advertida desatención impide admitir el ataque, pues al no conocerse la pauta sustancial que el fallador obvió, aplicó mal o interpretó de forma errónea, frívolo resultaría cualquier esfuerzo tendiente a constatar la violación indirecta denunciada.

También incurre en entremezclamiento de causales, porque sostiene que se falló *ultra petita*, ya que la conversión a pesos de la tarifa de 0,30 US tiene un valor superior a la tarifa que Egeda fijó para cada año, por lo que, según dice, la diferencia así obtenida elevó la condena e hizo que se fijara una suma superior a la reconocida en casos similares, lo cual propició un enriquecimiento injustificado de la actora y una transgresión a los principios de justicia, a pesar que ese reproche es propio de la causal tercera de casación.

En todo caso, si se estudiara el reparo como falta de consonancia, el resultado seguiría siendo igual porque no se hizo el contraste necesario entre lo que se debía reconocer y

el supuesto exceso en que se incurrió al tasar la indemnización, sumado a que los argumentos en que se apoya el embate no fueron propuestos en las instancias, tanto así que ni siquiera se objetó el juramento estimatorio que sirvió de referente al tribunal para tasar el lucro cesante reclamado.

e)..- El quinto invoca la causal 5º del artículo 336 del Código General del Proceso, con sustento en que se incurrió en el motivo de nulidad previsto en el numeral 8º *ibidem*, por falta de vinculación de una entidad que, según se expresa, debía concurrir al pleito.

Aunque la crítica viene apuntalada en una supuesta nulidad procesal por no haber integrado el contradictorio, lo que, según se dice, generó falta de jurisdicción, su fundamento medular estriba en que se omitió vincular a la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV), sin advertir que, de haberse producido, tal irregularidad solo podría ser alegada por la afectada porque así lo prevé el inciso 3 del artículo 135 del Código General del Proceso al preceptuar que «*l/a nulidad por indebida representación o por falta de notificación o emplazamiento sólo podrá ser alegada por la persona afectada*», que será quien debiendo haber sido convocado al ritual procesal, dejó de ser llamado.

Sobre tal cuestión, en CSJ AC2128-2020, la Sala recordó que:

Como se ha explicado, «[l]a parte que alegue una nulidad deberá tener legitimación para proponerla» (art. 135 Código General del Proceso), exigencia sobre la cual la jurisprudencia reiterada de la Sala de Casación Civil de la Corte ha esbozado que «solo el perjudicado con la actuación anómala se encuentra legitimado para alegar la nulidad» pues «la parte a quien la anomalía no le irroga perjuicio, carece, por tanto, de legitimación para plantearla» (CSJ SC, 3 sep. 2010, rad. n.º 2006-00429).

La demandada-impugnante (...) carece de legitimación para invocar la supuesta nulidad por falta de integración del litisconsorcio necesario por pasiva porque ella sí fue vinculada al proceso y, por tanto, no resultó afectada su garantía fundamental al debido proceso, razón por la que carece de autorización para hacer valer el respectivo defecto.

Además, los recurrentes omitieron alegar tal situación como excepción previa, aun cuando podían hacerlo en virtud del numeral noveno, artículo 100 del Código General del Proceso, luego no pueden proponer tal situación ahora como causal de nulidad, ya que el artículo 102 *ibidem* se los prohíbe, pues dispone que «[l]os hechos que configuran excepciones previas **no podrán ser alegados como causal de nulidad por el demandante, ni por el demandado que tuvo oportunidad de proponer dichas excepciones**» (se resalta).

Lo anterior descarta, de contragolpe, la falta de jurisdicción porque, como la relación jurídico procesal se trató entre personas de derecho privado y versó sobre un asunto de esa índole, era la ordinaria la llamada a zanjarla, máxime cuando no se explica por qué en el evento de haberse vinculado a la ANTV ello habría cambiado la regla general de atribución residual prevista en el inc. 1º, artículo 15 del Código General del Proceso.

¶.- El sexto alega el quebranto directo de los artículos 2341 del Código Civil, 200 y 201 del Código de Comercio, con estribo en que el tribunal supuso la existencia de pruebas que demuestren la responsabilidad del administrador de la empresa convocada y asignó una presunción sin decir cuál de las previstas en el artículo 200 del estatuto mercantil aplicaba, a pesar que ninguna tiene relación con el caso.

Ello refleja hibridismo porque, aunque el ataque se perfiló como violación recta de la ley sustancial, lo que en verdad confronta es la forma como el juzgador aplicó las presunciones legales del artículo 200 del Código de Comercio, pues se alega que inadvirtió que admiten prueba en contrario y que nada dijo respecto a qué clase de administrador era la persona natural hallada responsable, por lo que no hay duda que el ataque se inmiscuye en el campo de la prueba.

Con todo, aunque expone que la pifia derivó de una indebida interpretación de los artículos 200 y 201 del Código de Comercio al haber dado por establecida la responsabilidad solidaria del representante legal de la demandada sin explicar cuál presunción se hizo actuar, no se demuestra el error del fallador, ni se confronta el argumento que este dio consistente en que Mur Ballesteros debía responder por haber omitido sus deberes de diligencia y cuidado al ser el representante legal y, por ende, administrador de la encartada, de ahí que el ataque es impreciso y genérico.

Por lo demás, el cargo es confuso porque no indica de qué forma se vulneró el artículo 2341 del Código Civil, si por falta de empleo, indebida aplicación o errónea interpretación.

g)..- El séptimo invoca la violación directa de la ley sustancial, por falta de aplicación de los artículos 1608 y 1613 del Código Civil; 191 del Código General del Proceso y del artículo 65 de la Ley 45 de 1990 sobre intereses de mora.

Tal embate luce desenfocado porque discute que en la sentencia se hayan incluido intereses de mora comerciales desde el momento en que se produjo la infracción, a pesar que estos solo proceden desde que se hace exigible la obligación reconocida en el fallo, sin advertir que en ese veredicto el tribunal no aplicó ninguna tasa de interés al lucro cesante que reconoció.

Es más, para la concreción de ese perjuicio material, dicho juzgador empleó la tasa de cambio y con base en ella actualizó el valor del dólar americano, que era la moneda extranjera a través de la cual debía calcular el valor de las tarifas a tener en cuenta en la liquidación, lo que demuestra que la acusación es asimétrica e impide admitirla a estudio.

Al respecto, en CSJ AC2394-2020 se reiteró que

l]a labor de los recurrentes, en palabras de esta Corporación, “(...) reclama que su crítica guarde adecuada consonancia con lo esencial de la motivación que se pretende descalificar, vale decir que se refiera directamente a las bases en verdad importantes y decisivas en la construcción jurídica sobre la cual se asienta la sentencia, habida cuenta que si blanco del ataque se hacen los supuestos que delinean a su mejor conveniencia el recurrente y no

los que objetivamente constituyen fundamento nuclear de la providencia, se configura un notorio defecto técnico por desenfoque (CSJ. Civil. Auto de 25 de febrero de 2013, expediente 00228, reiterando sentencia de 19 de diciembre de 2005, radicación 7864 y en CSJ AC7729-20217).

6.- En consecuencia, como los planteamientos no se ciñen a las formalidades de rigor, resulta inviable aceptarlos, máxime cuando no se percibe un compromiso del orden o el patrimonio público, ni mucho menos afrenta de derechos y garantías constitucionales, por lo que ni siquiera hay lugar a darles vía en los términos del inciso final del artículo 336 del Código General del Proceso o el artículo 7º de la Ley 1285 de 2009, reformatorio del 16 de la Ley 270 de 1996.

II.- DECISIÓN

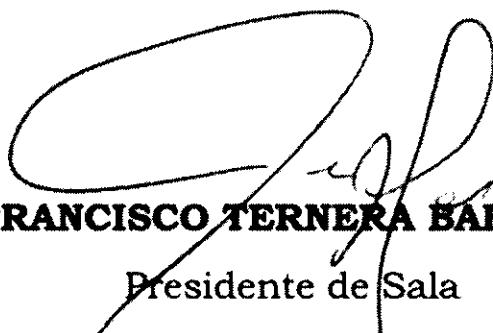
En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil,

RESUELVE

Primero: Declarar inadmisible la demanda presentada por Conexión Digital Express S.A.S., y Luis Eduardo Mur Ballesteros para sustentar el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia de 23 de septiembre de 2020, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del asunto de la referencia.

Segundo: Devolver, por secretaría, el expediente al Tribunal de origen.

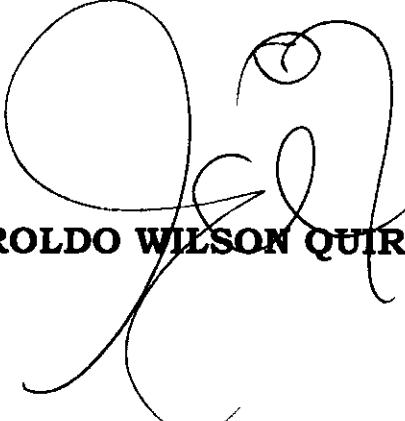
Notifíquese,



FRANCISCO TERNERA BARRIOS
Presidente de Sala



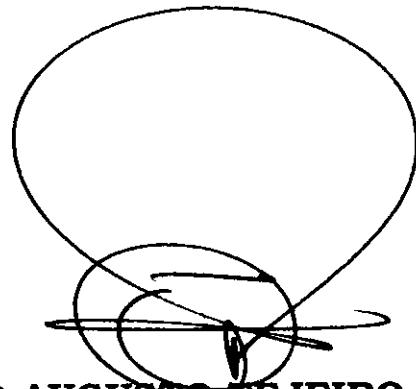
ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO



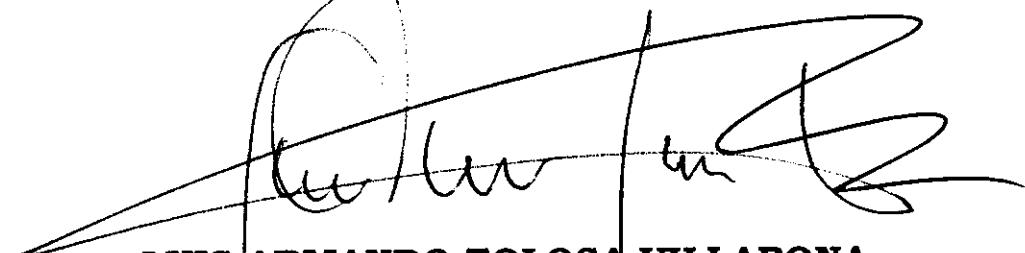
AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO



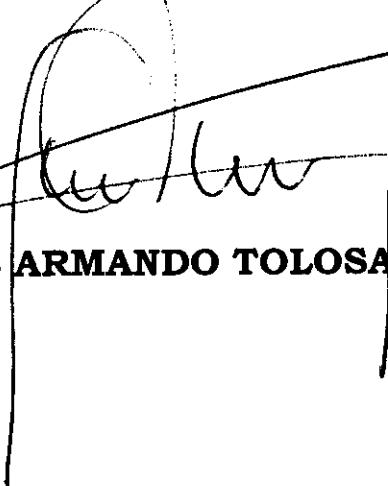
LUIS ALONSO RICO PUERTA
Magistrado



OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA



Firmado electrónicamente por Magistrado(a)(s):

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: 0FAA47F9E94F3F07473418969C79520DDAC54DD52F634CB6510FE39386C2C3F9

Documento generado en 2021-08-24