



INFORME DE RELATORÍA No. 36

Referencia: 1-2018-37921

Proceso Verbal iniciado por el señor Carlos Alberto Massó Vasco contra la sociedad Caracol Televisión S.A., identificada con el NIT 860.025.674-2.

Fallador: Carlos Andrés Corredor Blanco.

Bogotá D.C., 30 de enero de 2020

La Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, presenta el siguiente informe de relatoría:

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

El día dos (02) de mayo de 2018 se radicó ante la Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales de la Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional de Derecho de Autor por el doctor Jesús María Méndez Bermúdez en representación del señor Carlos Alberto Massó Vasco, una demanda de infracción de derechos de autor contra la sociedad Caracol Televisión S.A., basada en los hechos que a continuación se resumen:

- 1.1. El señor Carlos Alberto Massó Vasco es artista plástico profesional especializado en retrato equino y, en ejercicio de su profesión ha recibido diversos reconocimientos y realizado exposiciones en diferentes galerías.
- 1.2. El demandante creó las siguientes obras artísticas, el año 2000 “*Tres Caballos en la Playa*”, con certificado de registro 5-429-44; en el año 2004 “*Composición para expresiones en movimiento*”, con certificado de registro 5-429-40; y en el año 2006 “*Cabeza de Caballo III*”, con certificado de registro 5-429-42.
- 1.3. En el año 2013 la sociedad Caracol Televisión S.A. realizó y comunicó al público la obra audiovisual “*La Selección*”, en la que, sin previa y expresa autorización, reprodujo, puso a disposición, comunicó públicamente y distribuyó las mencionadas obras artísticas.
- 1.4. La producción audiovisual fue vendida en Argentina, Aruba, Bahamas, Anguilla, Antigua, Barbados, Barbuda, Bermuda, Bolivia, Chile, Costa Rica, Dominicana, Ecuador, El Salvador, Granada, Guadalupe, Guatemala, Haití, Honduras, Islas Cayman, Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes GR, Islas Vírgenes USA Islas del Caribe, México, Nevis, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Puerto Rico, República Dominicana, Trinidad y Tobago, USA, Uruguay, Venezuela, San Martín y Saint Kitts.
- 1.5. A la fecha de presentación de la demanda la producción audiovisual está a disposición del público en las plataformas de Caracol Play y Netflix.
- 1.6. La obra audiovisual “*La Selección*” ha sido comercializada en medio óptico (DVD/Blue Ray).



- 1.7. Los comportamientos adelantados por la sociedad demandada vulneraron, entre otros, los derechos patrimoniales de reproducción, comunicación pública, puesta a disposición y distribución, y los derechos morales de paternidad e ineditud, de los que es titular el señor Carlos Alberto Massó Vasco.
- 1.8. Con ocasión de los hechos narrados, el señor Carlos Alberto Massó Vasco contactó a los representantes legales de la sociedad demandada con la intención de autocomponer las diferencias surgidas del hecho dañoso.
- 1.9. Las acciones llevadas a cabo por Caracol Televisión S.A., han generado graves perjuicios de naturaleza pecuniaria y no pecuniaria al demandante, que deben ser indemnizados en forma integral según los principios vigentes en la materia.

Con fundamento en los hechos anteriormente señalados se plantearon las siguientes pretensiones:

“1. Que se declare que Caracol sin autorización previa y expresa del Maestro Massó, reprodujo, puso a disposición, comunicó públicamente y distribuyó las obras tituladas: “Tres Caballos en la Playa”; “Cabeza de Caballo III” y “Composición para Expresiones y Movimiento” en su producción audiovisual titulada “La Selección”.

2. Que se declare que Caracol no reivindicó la paternidad del Maestro Massó sobre las obras artísticas tituladas “Tres Caballos en la Playa”; “Cabeza de Caballo III” y “Composición para Expresiones y Movimiento” en su producción audiovisual titulada “La Selección”.

3. Que se declare que los comportamientos desplegados por Caracol, constituyen una infracción a los derechos morales y patrimoniales del Maestro Massó, en su calidad de autor y titular de las obras artísticas: “Tres Caballos en la Playa”; “Cabeza de Caballo III” y “Composición para Expresiones y Movimiento”.

4. Que se ordene a Caracol, abstenerse de utilizar las obras del Maestro Massó en cualquier medio conocido o por conocerse.

5. Que se condene a Caracol, a reparar en forma integral los daños pecuniarios y no pecuniarios, por el uso no autorizados de sus obras, así:

5.1. Daño Pecuniario.

Por concepto de daño pecuniario, la suma de cuatrocientos noventa y dos millones quinientos ochenta y cuatro mil doscientos pesos colombianos (\$492.584.200.00)

5.2. Daño no pecuniario:

5.2.1 Por concepto de afectación a bienes jurídicos constitucionalmente protegidos y daño moral, la suma equivalente 60 SMMLV.

5.2.1 Como forma de reparación no pecuniaria, se condene a la sociedad Caracol Televisión S.A., a publicar la parte resolutive de la sentencia que decida el asunto en su contra, junto con una disculpa pública, en el mismo espacio de televisión en que realizó el hecho dañoso “PrimeTime”

6. Que se condene a Caracol, al pago de las costas judiciales.”

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

A manera de síntesis, los apoderados de las partes demandadas afirmaron sobre los hechos lo siguiente:



Que no le consta que el señor Carlos Alberto Massó Vasco es artista plástico profesional especializado en retrato equino, ni que en ejercicio de su profesión ha recibido diversos reconocimientos y realizado exposiciones en diferentes galerías; tampoco le consta que el demandante creó las siguientes obras “*Tres Caballos en la Playa*”, “*Composición para expresiones en movimiento*” y “*Cabeza de Caballo III*”.

Que es cierto que en el año 2013 la sociedad Caracol Televisión S.A. realizó y comunicó al público la obra audiovisual “*La Selección*”.

Señala que no es cierto que Caracol Televisión S.A., sin previa y expresa autorización del demandante, reprodujo, puso a disposición, comunicó públicamente y distribuyó las mencionadas obras “*Tres Caballos en la Playa*”, “*Composición para expresiones en movimiento*” y “*Cabeza de Caballo III*”.

Que es cierto que la producción audiovisual fue vendida en Argentina, Aruba, Bahamas, Anguilla, Antigua, Barbados, Barbuda, Bermuda, Bolivia, Chile, Costa Rica, Dominicana, Ecuador, El Salvador, Granada, Guadalupe, Guatemala, Haití, Honduras, Islas Cayman, Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes GR, Islas Vírgenes USA Islas del Caribe, México, Nevis, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Puerto Rico, República Dominicana, Trinidad y Tobago, USA, Uruguay, Venezuela, San Martín y Saint Kitts. Así también, es cierto que el audiovisual “*La Selección*” fue comercializado en medio óptico (DVD/Blue Ray), y que a la fecha de presentación de la demanda se encontraba a disposición del público en las plataformas de Caracol Play y Netflix.

Que no es cierto que los comportamientos adelantados por la sociedad demandada vulneraron, entre otros, los derechos patrimoniales de reproducción, comunicación pública, puesta a disposición y distribución, y los derechos morales de paternidad e ineditud, de los que es titular el señor Carlos Alberto Massó Vasco

Tampoco es cierto que el señor Massó quería solucionar las diferencias surgidas, pues simplemente quería que se le pagara una suma de dinero por una supuesta usurpación de propiedad intelectual y violación del derecho moral.

Finalmente, señala que no es cierto que las acciones desplegadas por la demandada han generado perjuicios al demandante que deban ser indemnizados.

De acuerdo con lo anterior, el apoderado de la parte accionada formuló como excepciones **(i)** que el señor Massó no es titular de los derechos que reclama, **(ii)** que existe una autorización para el uso de las obras otorgada por ASDEPASO, propietario de las obras artísticas, **(iii)** que en el presente caso se debe aplicar el principio *minimis lex non regit* o de *minimis non curat lex*, **(iv)** que no existe la supuesta violación a los derechos patrimoniales de comunicación pública, reproducción y distribución, y **(v)** que se debe aplicar la excepción contemplada en el literal *h)* del artículo 22 de la Decisión Andina 351 de 1993.



Sentencia

El artículo 3 de nuestra norma comunitaria establece que es una obra plástica o de bellas artes la *“creación artística cuya finalidad apela al sentido estético de quien las contempla, como las pinturas, dibujos, grabados y litografías”*. Respecto de la pintura, el Glosario de la OMPI la define como una obra artística creada en líneas y colores sobre una superficie, mediante aplicación de materiales colorantes; de otra parte, define el dibujo como una obra artística en la que todo tipo de objetos o elementos imaginativos se representan por medio de líneas.

En el caso que nos ocupa, observa este Despacho que el demandante reclama tutela sobre un dibujo en carboncillo denominado *“Cabeza de Caballo III”*, y dos pinturas al óleo denominadas *“Tres Caballos en la Playa”* y *“Composición para expresiones en movimiento”*.

Recordemos en este momento que durante la fijación del litigio llevado a cabo en la audiencia inicial, los extremos de la presente litis estipularon tener por cierto que el demandante en el año 2000 creó la obra *“Tres Caballos en la Playa”*, con certificado de registro 5-429-44; en el año 2004 la obra *“Composición para expresiones en movimiento”*, con certificado de registro 5-429-40; y en el año 2006 la obra *“Cabeza de Caballo III”*, con certificado de registro 5-429-42.

Identificadas las obras objeto de protección, se debe determinar si el demandante está facultado para reivindicar en el presente proceso los derechos peticionados.

Iniciemos mencionando que en la disciplina autoral se pueden identificar dos tipos de titulares, originarios o derivados. El primero de estos es el autor, el cual, según el tenor del artículo 3 de la Decisión Andina 351 es la *“persona física que realiza la creación intelectual”*. Por otra parte, el titular derivado es aquel que adquiere la facultad de ejercer los derechos sobre una obra, siendo pues, derechohabiente del autor. Valga mencionar que la calidad de titular derivado solo puede predicarse de los derechos patrimoniales, ya que los derechos de carácter moral le corresponden únicamente al autor.

En este sentido, teniendo en cuenta que los derechos morales son, por su naturaleza, inalienables, irrenunciables, imprescriptibles, con vocación de perpetuidad y corresponden en exclusiva a los autores, se colige que el señor Carlos Alberto Massó tiene la facultad para ejercer las acciones legales que considere pertinentes para la defensa de este tipo de derechos ante una presunta vulneración.

De otra parte, observamos los derechos patrimoniales, los cuales consisten en las facultades exclusivas que permiten controlar la obra a tal punto de ser considerados como una forma especial de propiedad que da a su titular la potestad de autorizar o prohibir de manera exclusiva cualquier forma de uso, explotación o aprovechamiento conocido o por conocer de la obra. Así las cosas, es menester determinar en este caso quién ostenta la titularidad de los derechos patrimoniales.



En este punto, se debe precisar que una cosa es el soporte material de la obra, para el caso que nos ocupa los cuadros, y otra muy diferente, es la obra en sí misma considerada; el primero es un bien mueble que el autor utiliza para exteriorizar su creación y respecto del cual se predica el derecho real de dominio también conocido como *corpus mechanicum*, mientras que la obra constituye un bien inmaterial o intangible, conocido como *corpus mysticum*, que involucra una creación artística del autor, y se erige como el objeto de protección del derecho de autor.

Así, independientemente del negocio jurídico a través del cual se adquiera la propiedad sobre el soporte físico de una obra, es necesario precisar que esto no necesariamente significa que se acredite como titular de todos los derechos sobre las obras en discusión como inmaterialidad, tal como lo estipula el artículo 6 de la Decisión Andina 351 de 1993.

En efecto, el derecho de propiedad sobre el objeto físico, aunque se trate de ejemplares únicos, no supone la titularidad del derecho de autor sobre la obra. Se trata de derechos distintos e independientes; tal cual sucede cuando se tiene la propiedad sobre el libro o el CD que contiene una obra literaria o artística, que permite el goce o disfrute personal de las obras allí contenidas, pero se carece del derecho de disposición sobre las mismas.

Sea preciso mencionar frente este aspecto que, algunas obras han tenido un tratamiento especial pues la ley consagra disposiciones en virtud de las cuales se transfieren los derechos patrimoniales de autor, este es el caso del artículo 185 de la Ley 23 de 1982, en cuyo texto se lee “*Salvo estipulación en contrario, la enajenación de una obra pictórica, escultórica o de artes figurativos en general, no le confiere al adquirente el derecho de reproducción, el que seguirá siendo del autor o de sus causahabientes*”.

La estipulación anterior busca zanjar eventuales conflictos entre titular de derecho de dominio del bien mueble que incorpora una obra en un soporte único, con los derechos que sobre la inmaterialidad tiene de manera originaria el autor, consagrando que tras la enajenación del soporte material de este tipo particular de obras, el único derecho que conserva es el de reproducción, pues los demás se transfieren a causa de la enajenación del soporte material. De esta manera la norma, busca que el goce del bien mueble por su dueño, no se vea afectado de manera irrazonable por el ejercicio del derecho de autor de parte de su creador, sin vaciar por completo las prerrogativas de índole patrimonial que tiene el último.

Este equilibrio es sensato, toda vez que el dueño del soporte como bien mueble seguramente espera libremente exhibir la obra pictórica, lo cual es un acto de comunicación al público; venderla nuevamente o prestarla a cambio de una remuneración, ambos actos enmarcados en el derecho de distribución y que de no existir norma al respecto implicarían solicitar autorización al autor. También es sensato que no pueda autorizar los actos de reproducción o infringir el derecho moral, ya que estos actos desbordan los usos comunes que el propietario de un objeto material realiza en el marco de su dominio y le permite al creador reivindicar su conexión con la obra y explotarla en su inmaterialidad.



En el caso de marras, se encuentra a folio 194 del cuaderno 2, una comunicación emitida por ASDEPASO en la que señalan que los soportes que incorporan las obras “Tres Caballos en la Playa”, “Composición para expresiones en movimiento” y “Cabeza de Caballo II”, (que además podemos catalogar como pictóricas), se encuentran en sus instalaciones, son de su propiedad y fueron adquiridas a manera de canje por la exhibición de estas.

Lo anterior coincide con la declaración rendida por el demandante quien afirmó que donó los referidos soportes a ASDEPASO y que “*se acostumbra en el medio artístico cuando hay derecho a una exposición, en compensación donar o dejar una obra, bien sea que el artista escoja o que la persona que presta el sitio la pueda escoger*”.

Con lo mencionado de presente, en razón a la transferencia de la propiedad de los soportes materiales que contienen las obras en discusión, concluye este juzgador que el señor Carlos Alberto Massó únicamente es titular de derechos morales y del derecho de patrimonial de reproducción de estas, y por lo mismo, solo se encuentra legitimado para ejercer la defensa de dichas prerrogativas.

En relación con la posible **infracción de derechos**, hechas las aclaraciones anteriores, recordemos que durante la fijación del litigio las partes aceptaron que no es cierto que los comportamientos adelantados por Caracol hubieran vulnerado el derecho moral de ineditud sobre las obras que aquí se debaten, por lo tanto, y de tener en cuenta las peticiones del demandante, solo queda analizar la posible infracción al derecho de moral de paternidad y el derecho patrimonial de reproducción.

Empecemos con el derecho de paternidad. De acuerdo con lo establecido en el artículo 6 bis del Convenio de Berna y literal *b)* del artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, consiste en la facultad del autor de reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento. A su vez, el artículo 30 de la Ley 23 de 1982 en su literal *a)* añade a la mención de las normas citadas de la siguiente manera “... y, en especial, para que se indique su nombre o seudónimo cuando se realice cualquiera de los actos mencionados en el artículo 12 de esta Ley”.

Menciona Ricardo Antequera Parilli en la página 376 de su libro sobre Derecho de Autor que el derecho a la paternidad presenta un doble aspecto, el primero en un sentido positivo, es el atributo del autor a reclamar que el nombre del creador se asocie a cualquier utilización de la obra, y el segundo en sentido contrario, es la facultad del autor de exigir que su identidad no se vincule con el acceso de la obra al público.

Lo anterior se desarrolla en preceptos como el artículo 10 de la Ley 23 de 1982 que dispone que se tendrá como autor de una obra, salvo prueba en contrario, la persona cuyo nombre, seudónimo, iniciales, o cualquier otra marca o signos convencionales que sean notoriamente conocidos como equivalentes al mismo nombre, aparezcan impresos en dicha obra o en sus reproducciones, o se enuncien en la declamación, ejecución, representación, interpretación, o cualquiera otra forma de difusión pública de dicha obra.



Así, si bien la ley no consagra una forma específica en la que se deba hacer mención al creador de una obra, en la *Guía sobre los tratados de derechos de autor y derechos conexos administrados por la OMPI*, cuando analiza el artículo 6 bis del Convenio de Berna en lo referente al derecho de paternidad, se señala que si bien el autor tiene derecho a reivindicar que se le identifique y como, esta debe hacerse en la medida en que sea viable y en cierto sentido, que sea razonable haber tenido cuenta las circunstancias.

En el caso concreto, dentro de las pruebas se encuentra un documento aportado por el accionante denominado “*Copias auténticas de aparición, portada y contraportada de libros que exaltan la obra del Maestro*”, en él se pueden observar diferentes obras artísticas del demandante las cuales tienen en la parte inferior su firma; lo mencionado es consecuente con lo confesado por el demandante, quien durante el interrogatorio de parte respondió a la pregunta formulada por la apoderada de la sociedad demandada “*diga cómo es cierto sí o no, que su forma de reivindicar la paternidad de la obra consiste en una rúbrica en la parte inferior de dichos cuadros*”, a lo cual respondió: “*Sí, están firmados*”.

Lo anterior se refuerza con el interrogatorio practicado al auxiliar de la justicia Juan Carlos González García, visible a folio 74 a 105 del cuaderno 1, que afirmó en audiencia del 373 del CGP que de observar directamente las obras que aquí nos ocupan y compararlas con las visibles en la obra audiovisual *La Selección* le fue posible establecer que en ambos casos la firma está ubicada en la misma región, por lo que dedujo que se trata de la rúbrica del demandante.

Del análisis de las pruebas mencionadas es posible concluir que la forma usual en la que el demandante eligió indicar su calidad de autor en sus creaciones es a través de su firma, la cual ubica en la parte inferior de las obras, unas veces en el costado derecho y otras veces en el costado izquierdo.

Ahora, de observar las escenas en las cuales se aprecian las tres pinturas, es posible apreciar en la parte inferior derecha de estas una firma, y teniendo en cuenta que el demandante confesó en su declaración que los obras no fueron alteradas pues las vio en la obra audiovisual *La Selección* tal como las pintó, este Despacho concluye con absoluta certeza que se trata de la rúbrica del señor Massó.

En síntesis, es diáfano que Caracol Televisión S.A. hizo mención del autor en las obras objeto de debate en la forma en que el señor Carlos Alberto Massó optó por hacerlo, lo cual, además es común en todas sus pinturas; adicionalmente, en criterio de este juzgador, el actuar de la demandada es razonable teniendo en cuenta las circunstancias del uso, por tanto, la excepción denominada “*Inexistencia de la violación al derecho moral de paternidad*” está llamada a prosperar.

En relación con el **derecho patrimonial**, es posible afirmar que estamos ante una infracción, cuando un tercero ejerce el derecho exclusivo otorgado al titular (originario o derivado), respecto de una obra, sin la correspondiente autorización previa y expresa, o en su defecto, sin estar amparado en alguna de las limitaciones y excepciones previstas en el ordenamiento jurídico.



Respecto al derecho de reproducción, debemos recordar que este se encuentra definido en el artículo 12 de la Ley 23 de 1982, el cual fue modificado por el artículo 3 de la Ley 1915 de 2018, como la facultad que tiene el titular de autorizar, prohibir o realizar *"la reproducción de la obra bajo cualquier manera o forma, permanente o temporal, mediante cualquier procedimiento incluyendo el almacenamiento temporal en forma electrónica."*

Aunado a lo anterior, el artículo 14 de la Decisión Andina 351 de 1993 trae una definición de lo que debe entenderse por el acto de reproducción, mencionando que es *"(...) la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento."*

En el caso de marras, encuentra este Despacho a folios 181 a 191 del cuaderno 2, once CDs que contienen la obra audiovisual La Selección, se observan en los capítulos 41, 42, 44, 45 y 47 las obras *"Cabeza de Caballo III"* y *"Tres Caballos en la Playa"*, y en los capítulos 47, 63 y 65 la obra *"Composición para expresiones en movimiento"*; con un nivel de detalle tal, que los mismos apoderados de la pasiva mencionan con acierto, que es identificable la firma del maestro Massó.

Ahora, frente a los argumentos de la apoderada de la sociedad demandada en sus alegatos de conclusión, en los que afirma no es posible realizar reproducciones ni la comunicación de los cuadros teniendo como base el audiovisual, no podemos dejar de mencionar que fue a partir del último que los mismos apoderados del extremo pasivo obtuvieron los fotogramas de las obras pictóricas que fueron aportados en la contestación, y que estas fueron difundidas de distintas formas junto con el audiovisual, como se observa de la propia certificación de Caracol visible a folio 162 del cuaderno 5.

Así entonces, se colige que la actuación de la demandada consistió en fijar las obras en un audiovisual; que estas se ven claramente al interior de este en varias escenas; que las mismas fueron difundidas de distintas formas junto con él, y que de las mismas se pueden obtener copias, lo que claramente se enmarca en el concepto de reproducción que estipula nuestra norma andina en su artículo 14.

Respecto de la necesidad de solicitar autorización del titular del derecho teniendo en cuenta se argumenta que el uso de las obras es incidental, se hace necesario reconocer que efectivamente, un sector de la doctrina, puntualmente Rob H. Aft y Charles-Edouard Renault, en su libro *"Del Guion a la Pantalla"* manifiestan que este tipo de usos no requiere de tal. Sin embargo, de revisar las normas nacionales y la Decisión Andina 351, así como los tratados suscritos por Colombia, se concluye que ninguna de ellas consagra este tipo de uso como una limitación o excepción que exima de la obligación de solicitar la correspondiente autorización.

No obstante, en gracia de discusión, este Despacho analizará si el uso de las obras *"Tres Caballos en la Playa"*, *"Composición para expresiones en movimiento"* y *"Cabeza de Caballo III"* en el audiovisual fue incidental.



Siguiendo el diccionario de la Real Academia Española, se define la palabra *incidental*, cuando se refiere a una cosa o un hecho, como algo accesorio, de menor importancia. Ahora, de examinar las escenas del audiovisual en las que se observan las obras pictóricas, este juzgador aprecia que el arte de la escena, esto es, los cuadros, los muebles y en general los elementos visibles, siguen una disposición ordenada y armoniosa que logra un equilibrio de la imagen. Además, se relacionan con la historia, toda vez que las obras pictóricas en las que se plasman caballos se observan en las escenas que desarrollan la historia de Faustino Asprilla, quien de acuerdo con el propio hilo narrativo del audiovisual, cuando se ve el mismo, manifiesta en varios capítulos un profundo gusto por estos animales.

Lo anterior es confirmado por el perito Juan Carlos González García, quien aseveró durante la audiencia de instrucción y juzgamiento que es el departamento de arte, escenografía y utilería el que selecciona todos los elementos visibles en una toma, Decisión que además es consciente y no producto del azar, pues estos son determinantes en la percepción que tiene espectador de la escena, y que tiene su génesis en la labor de *scouting*, que consiste en la selección de los lugares apropiados para el desarrollo de diferentes tomas; como lo menciona el propio representante legal de CARACOL TELEVISIÓN S.A.

Vistos estos elementos, es posible concluir que la utilización de las obras “*Tres Caballos en la Playa*”, “*Composición para expresiones en movimiento*” y “*Cabeza de Caballo III*” no fue incidental ni accidental, pues se aprecian todas las características de las obras y sin ellas no habrían obtenido el resultado visual que se quería expresar mediante las escenas en las que aparecen. Así mismo, resulta claro que su inclusión no es producto del azar sino de elecciones realizadas por los encargados del *scouting* en preproducción, el director general, el encargado de la cinematografía y el director de arte en el rodaje; y finalmente su permanencia en el producto, no es cosa distinta a una elección de la persona que realizó la edición de la obra audiovisual en fase de posproducción.

Superado lo anterior, y teniendo en cuenta que la sociedad demandada también asevera estar amparada por una excepción contemplada en el literal *h*) del artículo 22 de la Decisión Andina 351 de 1993, descendemos a estudiar dichos argumentos.

La norma referida señala que será lícito realizar, sin autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna entre otros actos la reproducción de la imagen de una serie de obras entre la cuales se incluyen las de bellas artes, siempre que se encuentre situadas en forma permanente en un lugar abierto al público.

Para sustentar su afirmación, el extremo pasivo de la litis se remite al objeto social de ASDEPASO contenido en su certificado de existencia y representación legal, según el cual la asociación realiza actividades de recreación y deporte que generen nuevos mercados y alternativas para sus asociados, así como, eventos, exposiciones, competencias y fomenta en sus sedes actividades sociales, pedagógicas, ilustrativas o de recreación que promuevan la actividad caballística.



Sobre lo expuesto, lo primero que debe señalarse de observar las tomas en las cuales se aprecian las obras de autoría del señor Massó, es que las creaciones se encuentran ubicadas en el interior de un inmueble, el cual, como señaló el representante legal de la accionada, fue utilizado para recrear el escenario de la oficina de una constructora; así, a primera vista, se percibe como un lugar cerrado y delimitados por muros.

Aunado a lo anterior, la testigo Eliana Nieto Amaya señaló que asistió personalmente a las instalaciones de ASDEPASO, y al llegar al inmueble observó una portería en la cual tuvo que anunciarse y ser autorizada. Es decir, no bastó para la testigo registrar en una minuta su ingreso, sino que fue necesario un permiso que le permitiera acceder, lo cual claramente riñe con el concepto de “abierto al público” del que habla la Decisión Andina 351.

Tampoco se acreditó que la disposición de las obras en lugares accesibles para socios, invitados o autorizados, como lo sería un corredor o salón, tuviera el carácter de “permanente”, toda vez que al preguntarse al testigo sobre si recordaba la ubicación de las que en concreto son objeto de discusión, manifestó que no.

Sobre los argumentos elevados respecto al objeto social de ASDEPASO, si bien las actividades señaladas en la contestación efectivamente coinciden con las descritas en el certificado de existencia y representación legal, esto no prueba que los eventos y el ingreso a sus instalaciones sea abierto, sobre todo si se tiene en cuenta que allí mismo se lee que las actividades son *para los asociados*, es decir, se requiere de algún tipo afiliación o membresía para poder acceder a estas.

En últimas no pudo el apoderado probar los supuestos de hecho que consagra la norma que invoca, razón por la cual la excepción de mérito que busca amparar la actividad de Caracol Televisión S.A. en la limitación del literal h) del artículo 22 de nuestra norma comunitaria tampoco está llamada a prosperar.

En relación con las pretensiones consecuenciales de condena debemos mencionar que, si bien la Decisión Andina 351 de 1993, en su artículo 57 dispone que: “La autoridad nacional competente, podrá ordenar: a) El pago al titular del derecho infringido una reparación o indemnización adecuada en compensación por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la violación de su derecho (...);” este concepto debe ser entendido en contexto, en virtud del principio de complemento indispensable, con el artículo 2341 del Código Civil, relativo a la responsabilidad, el cual señala que: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización”.

En relación con **la responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas**, actualmente es aceptado ya sin mayores obstáculos en la doctrina y la jurisprudencia que las personas jurídicas pueden ser responsables en materia civil. En este sentido, ha mencionado la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 28 de octubre de 1965, que es “*principio de riguroso derecho y no solamente de equidad que los entes morales, cualquiera que sea su clase, como sujetos de derecho que son, deben asumir y responder por los daños que causen a terceros con sus actos, así como recogen las ventajas que estos*



traen para ellos, puesto que, como acertadamente observa Francisco Ferrara, la actividad jurídica no se puede desdoblar en sus cualidades y consecuencias.”

Si bien el Código Civil no menciona de manera expresa la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia con fundamento en el precepto objetivo de que todo daño imputable a culpa de una persona debe ser reparado por ésta, y en la regla subjetiva de que todo el que ha sufrido un daño debe ser indemnizado, consagró la responsabilidad por culpa *alquiliana* para las personas morales.

Tratándose entonces de una responsabilidad directa y no indirecta, lo pertinente es aplicar la preceptiva legal contenida en el artículo 2341 del Código Civil y no la descrita en los textos 2347 y 2349.

Tomando en consideración lo mencionado anteriormente, se analizará si en el presente caso la sociedad CARACOL TELEVISIÓN S.A., está obligada o no a reparar el daño que le hayan podido causar al demandante por la infracción de su derecho patrimonial de reproducción. Para tal fin, se tendrá que verificar si se configuran los elementos de la responsabilidad subjetiva, en tanto en este caso estamos ante un posible escenario de responsabilidad directa por el hecho propio.

De antaño se ha señalado que el **daño** es la lesión o menoscabo de algún interés legítimamente protegido o de alguno de los derechos subjetivos de las personas (*Diego García, Manual de Responsabilidad Civil y del Estado, 2009, p. 13*).

En cuanto a la **tipología del daño**, podemos afirmar que este es material cuando nos encontramos ante la destrucción o menoscabo de alguno de los derechos patrimoniales de una persona, ya sea en forma directa o indirecta, e inmaterial o moral, cuando se produce una lesión o afectación de orden interno a los sentimientos o al honor de las personas (*Arturo Valencia, Álvaro Ortiz, Derecho Civil Tomo III, 2010, p. 229*).

En el caso del derecho de autor, el objeto de protección son las obras y la protección jurídica de estas se ve reflejada a través de una serie de derechos de carácter exclusivo. Así entonces, la infracción de alguna de estas prerrogativas materializa el daño, precisamente porque se le priva al titular de la facultad de ejercer el derecho que solo le corresponde a este, afectándole así sus intereses legítimos en relación con las obras, como lo sería en el caso concreto, autorizar por parte del autor, la fijación de sus pinturas en una obra audiovisual y recibir un pago como contraprestación.

En este sentido, al haber infringido la sociedad accionada el derecho patrimonial de reproducción del señor Carlos Alberto Massó, se le causo a este un daño de carácter material, pues no solo se le impidió ejercer su facultad exclusiva de autorizar o prohibir la utilización de las obras, sino que se vio menoscabado su interés legítimo de obtener un pago por la licencia que acostumbra otorgar por el tipo de utilización de sus obras, como se prueba con los contratos suscritos con TELESET S.A. y FOXTELECOLOMBIA S.A.



Ahora, la tipología bajo la cual se manifiesta este perjuicio es un lucro cesante por aquellos ingresos que debiendo entrar en su patrimonio en el curso normal de los acontecimientos nunca lo hicieron, debido a la utilización por parte de Caracol sin cancelar el valor que el demandante usualmente cobra por otorgar la autorización previa y expresa de las obras.

En lo que respecta a **la culpa** de la responsabilidad extracontractual, el reproche civil no radica en haber actuado mal sino en no actuar conforme al estándar de prudencia exigible, el cual se aprecia teniendo en cuenta el modo de obrar del hombre medio, es decir, de aquel hombre que normalmente obra con cierta prudencia y diligencia (*Cas. Civil. Sent. 30 de septiembre de 2016*).

Tal como quedó establecido en el análisis correspondiente a la infracción, la sociedad Caracol Televisión S.A. reprodujo las obras artísticas “*Tres Caballos en la Playa*”, “*Composición para expresiones en movimiento*” y “*Cabeza de Caballo III*” sin la respectiva autorización previa y expresa del autor Carlos Alberto Massó, al fijarlas en la obra audiovisual *La Selección*. Así entonces, no solo es posible afirmar que estamos ante un acto o conducta propia de la sociedad demandada, la cual, además, en desarrollo su objeto social tiene que ver con la normativa autoral, sino que dicha conducta tiene el carácter de culposa, en la medida que no se previó el daño habiendo podido hacerlo.

Adicionalmente, es claro que fruto de los derechos exclusivos reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico a los creadores, quien desee utilizar una obra protegida por el derecho de autor, si no se encuentra amparado por una limitación o excepción, tiene el deber de abstenerse de utilizarla sin la respectiva autorización previa y expresa. Por tal motivo, ante la desatención de esta obligación, puede afirmarse que existe una omisión consciente del deber de orientar la conducta según las normas preestablecidas, y como lo ha reiterado la Corte Suprema de Justicia, la inobservancia de normas o reglas preestablecidas de conducta es imprudencia *in re ipsa*, es decir, que implica un juicio automático de culpa cuando tiene una correlación jurídica con el daño resarcible, como es el caso que nos ocupa.

Ahora, entre el hecho imputable a una persona física o jurídica y el daño causado, también debe existir una **relación de causalidad**, en tal sentido, luego de hacer una valoración de las circunstancias y el material probatorio correspondiente al presente caso, se concluye que los hechos atribuidos al extremo pasivo de la litis no son causas remotas sino actuales o próximas al daño causado al señor Carlos Alberto Massó, toda vez que el primero eligió donde realizar sus grabaciones, los elementos que serían parte de la composición de la imagen y cuáles de todas las tomas realizadas saldrían al aire; por lo tanto, el menoscabo o lesión al derecho subjetivo tutelado en este caso, fue consecuencia directa de los actos de reproducción de las obras artísticas realizados por Caracol Televisión S.A.

Frente la **cuantificación** o el monto del daño o perjuicio material a tasar, el artículo 206 del CGP establece que quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del



traslado respectivo, considerándose sólo la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuye a la estimación.

En caso bajo análisis, el demandado presentó dentro del traslado respectivo una objeción razonada al juramento estimatorio que especificaba la inexactitud de la estimación, por lo tanto, este no hace prueba del monto que se pretende, razón por la cual este Despacho valorará las pruebas obrantes en el expediente para cuantificar el daño, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 176 de nuestro estatuto adjetivo.

Así las cosas, se observa a folio 61 del cuaderno 5 un primer dictamen pericial realizado por el experto Fernando Alonso Vélez, cuyo objeto es estimar el impacto económico por la utilización de las tres obras pictóricas que aquí nos ocupan, utiliza como método el cotejo del valor de transacciones comparables existentes en el mercado de un activo intangible, el cual considera el Despacho en este caso es el más acertado.

El auxiliar de la justicia afirma que para llegar a sus resultados tuvo en cuenta dos variables, la primera es el tiempo en que los cuadros del señor Massó son visibles en un audiovisual, y la segunda son dos acuerdos suscritos por el demandante, uno con TELESET S.A. y el otro con FOXTELECOLOMBIA S.A.

Iniciemos refiriéndonos a los acuerdos. Se advierte que estos fueron aportados como pruebas, visibles a folios 128 a 131 y 142 a 147 del cuaderno 1, los dos tienen como objeto autorizar la reproducción de diferentes obras artísticas de autoría del señor Massó para que sean fijadas en una obra audiovisual, situación comprable a la de la presente litis.

Ahora, si bien alega el extremo pasivo de litis que no se tuvieron en cuenta circunstancias extraordinarias que afectaron el valor en los acuerdos suscritos con TELESET S.A. y FOXTELECOLOMBIA S.A., como lo sería reclamar mientras los audiovisuales de los anteriores se encontraban al aire, y que esto tenía la potencialidad de afectar la pauta ya contratada, no se exponen medios de convicción que sustenten tales afirmaciones.

Ahora, tomando como punto de partida las licencias referidas, el experto Fernando Alonso Vélez concluye que el demandante cobra por segundo visible de una obra de su autoría en un audiovisual; lo anterior, también encuentra sustento en la comunicación emitida el 17 de octubre de 2017 por FOXTELECOLOMBIA S.A. en la que señala el número de segundos durante los cuales fue visible la obra sobre la que suscribieron la licencia.

Posteriormente establece cuánto se cobró en cada licencia por segundo. Recordemos que al hacer esta comparación obtiene valores diferentes, por lo que determina que el monto mayor es el máximo cobrado y el monto menor es el mínimo, y con el margen mencionado establece un valor promedio.

Resaltemos que el promedio obtenido es de \$293.044, así que el perito toma este valor como el que debió pagar la sociedad demandante por cada segundo en que la obra fue visible en el audiovisual *La Selección*, lo multiplica por el número total de segundos en que se aprecia un cuadro en la obra audiovisual



y el resultado obtenido lo multiplica por cuatro, señalando que es el número de derechos que el señor Massó estaba llamado a autorizar.

Frente a este último aspecto, nota esta Subdirección en coincidencia con la defensa de Caracol, que el demandante no licencia el uso de sus obras con base al número de derechos, sino al número de segundos en el que sus creaciones son visibles en obras audiovisuales independientemente de los usos que después haga de la obra en su totalidad el licenciatarario, por lo tanto, basta con multiplicar el valor promedio por el número total de segundos en que se aprecia un cuadro en la obra audiovisual *La Selección*.

Adicionalmente, y en gracia de discusión, aún si la licencia se otorgara en razón a la cantidad de derechos patrimoniales autorizados, se hace preciso recordar que, el señor Massó solo está facultado para disponer del derecho de reproducción, como vimos en el acápite de legitimación, por lo que claramente no debe multiplicarse el resultado final por cuatro.

De otra parte, si bien este juzgador considera acertado tanto el método utilizado como la fórmula establecida por el experto, salvo el factor de multiplicación por los derechos tal como se acabó de explicar, de realizar una revisión sencilla de los capítulos en los que se aprecian las obras se halló que es incorrecto el número de segundos utilizados para despejar la ecuación.

Hablemos de este tema, la obra "*Tres Caballos en la Playa*" es visible por un tiempo total de **89 segundos**, de la siguiente forma: en el capítulo 41 del minuto 37:00 al 37:01 y del 37:05 al 37:13; en el capítulo 42 del minuto 42:17 al 42:28; en el capítulo 44 del minuto 23:28 al 23:35, del 23:42 al 23:48, del 23:55 al 23:57, del 24:01 al 24:02, del 24:08 al 24:10, del 24:14 al 24:20 y del 24:23 al 24:34; en el capítulo 45 del minuto 08:33 al 08:40, del 08:43 al 08:45, del 08:48 al 08:51, del 08:54 al 08:55, del 08:59 al 09:03 y del 09:07 al 09:10; y en el capítulo 47 del minuto 08:18 al 08:27 y del 08:29 al 08:35.

La obra "*Cabeza de Caballo III*" es visible por un tiempo total de **54 segundos**, de la siguiente forma: en el capítulo 41 del minuto 37:00 al 37:13 y del 37:24 al 37:29; en el capítulo 42 del minuto 42:17 al 42:20 y del 42:22 al 42:28; en el capítulo 44 del minuto 23:28 al 23:35; en el capítulo 45 del minuto 08:33 al 08:40, del 08:43 al 08:47 y del 08:50 al 08:53; y en el capítulo 47 del minuto 08:18 al 08:23 y del 08:31 al 08:32.

La obra "*Composición para expresiones en movimiento*" es visible por un tiempo total de **24 segundos** de la siguiente forma: en el capítulo 47 del minuto 10:11 al 10:13, del capítulo 63 del minuto 24:36 al 24:39, del 24:42 al 24:44, del 24:46 al 24:51 y del 24:59 al 25:01; y en capítulo 65 del minuto 27:22 al 27:24, del 27:28 al 27:30, del 27:33 al 27:35, del 27:38 al 27:40 y del 27:42 al 27:44.

Ahora, debemos señalar que si bien obra en el expediente un segundo dictamen pericial, diferente al analizado previamente, fuente de información del anterior, y aportado con la demanda en el que se señala un número superior de segundos, esto se debe a que el auxiliar de la justicia incluyó segundos en los que no se ven las obras sino partes de ellas que hacen imposible identificarlas, esto es reconocido por el perito cuando señala que



“aunque no se observa la totalidad de la obra en esta escena, se pudo comprobar que se trata de una obra de CARLOS ALBERTO MASSÓ VASCO, al observa otra escena que fue grabada en la misma locación”, es decir, de ver la toma no es posible identificar el cuadro sino hasta observar otra escena desarrollada en el mismo lugar.

En este sentido, se volverá a realizar la operación matemática establecida por el perito Fernando Alonso Vélez, sin el factor multiplicador y reemplazando el número de segundos en los que las obras son visibles por los que corresponden con la realidad, manteniendo el valor promedio que señala el dictamen, por considerarlo este Despacho, lo más justo para las partes.

De la operación matemática se obtienen los siguientes resultados: en el caso de la obra “*Tres Caballos en la Playa*”, de multiplicar \$293.044 por los 89 segundos durante los cuales fue visible se obtiene como resultado el monto de VEINTISÉIS MILLONES OCHENTA MIL NOVECIENTOS DIECISÉIS PESOS (\$26'080.916); de otra parte, para la obra “*Cabeza de Caballo III*”, de multiplicar \$293.044 por los 54 segundos durante los cuales fue visible, se obtiene como resultado el monto de QUINCE MILLONES OCHOCIENTOS VEINTICUATRO MIL TRECIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS (\$15'824.376); finalmente, para la obra “*Composición para expresiones en movimiento*” de multiplicar \$293.044 por los 24 segundos durante los cuales fue visible, se obtiene como resultado el monto de SIETE MILLONES TREINTA Y TRES MIL CINCUENTA Y SEIS PESOS (\$7'033.056).

No se debe perder de vista que en el primer peritaje analizado se señala que los valores se obtienen a partir de acuerdos de transacción celebrados en el 2015, de modo que los mismos deben ser indexados. En este sentido, Obdulio Velásquez Posada señala en su libro “*Responsabilidad Civil Extracontractual*” que la fórmula que se apoya en el índice de precios al consumidor (IPC), que es mayormente utilizada por la jurisprudencia y la más recomendada por la doctrina es, dividir el IPC al momento de la liquidación (también llamado final) entre el IPC en la fecha del monto a indexar (también llamado inicial) y este resultado multiplicarlo por el valor que se quiere actualizar; Ahora, sobre el índice de precios al consumidor, debemos señalar que este mantiene el poder adquisitivo del dinero y es un indicador económico, así que debemos atenernos a lo consagrado en el artículo 180 del CGP, que consagra que estos son de carácter notorio, por lo que están exentos de prueba.

Así las cosas, procede este Despacho a realizar la actualización referida de acuerdo con la tabla denominada “*serie de empalme de 2003 a 2019*” emitida por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE, que señala que el IPC inicial es de 85,21 y el actual de 103,80; de este modo, el valor de la obra “*Tres Caballos en la Playa*” indexado a fecha del fallo es de TREINTA Y UN MILLONES SETECIENTOS SETENTA MIL NOVECIENTOS OCHO PESOS (\$31'770.908), el de la obra “*Cabeza de Caballo III*” es de DIECINUEVE MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS TREINTA PESOS (\$19'276.730) y el de la obra “*Composición para expresiones en movimiento*” es de OCHO MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS (\$8'567.435).



En este punto es preciso mencionar que, respecto del primer dictamen analizado, la demandada presentó un peritaje de contradicción en el cual el señor Milton Camilo Chico Triana avalúa el costo de los cuadros teniendo como criterio, entre otros, los precios en los que el señor Massó ha comercializado los soportes que incorporan sus obras; no obstante lo anterior, el experticio no se refiere al valor de la licencia para la reproducción en audiovisuales de las obras en su faceta inmaterial, transacción que en el caso particular no es comprable, habida cuenta la diferencia entre el *corpus mechanicum* y el *corpus mysticum* explicada previamente.

También señala que el valor de licencia no puede ser mayor al valor del soporte material de la obra, sin embargo, en ausencia de contradicción este juzgador encuentra que dicha premisa es falsa, pues como efectivamente se probó, el señor Carlos Alberto Massó otorgó licencias a TELESET S.A. y a FOXTELECOLOMBIA S.A. por un monto mayor que el estimado como precio de la venta del soporte material que incorpora sus obras, además, no sobra resaltar que el valor de transacción de cada negocio jurídico fue determinado por el mercado de manera independiente y diferencial.

El extremo pasivo de la litis también aporta un contrato suscrito entre la sociedad SELLO NARANJA S.A.S. y la señora María del Pilar Cabrera, mediante el cual, la última autoriza el uso de una obra de su autoría en un audiovisual, sin embargo, toda vez que este refleja el valor en el mercado del licenciamiento de obras de un autor diferente al demandante, en nuestro criterio no debe ser, para este caso puntual y en concreto el valor de referencia para calcular el monto a indemnizar, máxime si se tiene en cuenta que obran en el plenario medios de convicción que permiten determinar cómo licencia y cuánto cobra el señor Massó por autorizar la fijación de sus creaciones en obras audiovisuales.

En este sentido, dado que se determinó con plena certeza que el accionante establece el valor de las licencias para el uso de sus obras con base a los segundos en que estas son visibles en un audiovisual, y que es diáfano que las formas de explotación de la obra cinematográfica así como las ganancias que de ella se obtengan no son factores que determinen el monto de las autorizaciones del señor Massó, tampoco se utilizaran para el cálculo descrito los informes que señalan los ingresos percibidos con la obra audiovisual *La Selección* por parte de Caracol, ni la certificación del rating que obtuvo la serie.

En conclusión, se establecerá como indemnización, el valor que hubiera cobrado el señor Carlos Alberto Massó, de haber autorizado los usos infractores, esto es CINCUENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS QUINCE MIL SETENTA Y TRES PESOS M/CTE (\$59'615.073), que deberán ser pagados al demandante dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de este fallo.

En ese orden de ideas, puede apreciarse que entre el valor probado, y la suma originalmente estimada, la cual era CUATROCIENTOS NOVENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS PESOS (\$492.584.200), hay una diferencia de CUATROCIENTOS TREINTA DOS MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL CIENTO VEINTISIETE PESOS (\$432'969.127); en consecuencia, al exceder la cantidad estimada en



más del cincuenta por ciento (50%) a la que se encontró probada, se procederá a condenar a quien hizo el juramento estimatorio, a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, el equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia, es decir, una suma igual a CUARENTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS DOCE PESOS (\$43'296.912).

Frente el **llamamiento en garantía**, recordemos esta figura corresponde a una institución procesal que se fundamenta en la existencia de un derecho legal o contractual, que vincula al llamado al proceso, con el propósito de exigirle que asuma las contingencias de la sentencia. Así, se procura la economía procesal puesto que evita la necesidad de una nueva litis, al ser el fin normal de la relación procesal con llamamiento en garantía la decisión que produce cosa juzgada respecto de demandante, demandado y los llamados.

En el caso que nos ocupa, la sociedad CARACOL TELEVISIÓN llama en garantía a la Asociación Nacional de Criadores de Caballos de Paso Colombianos y Fomento Equino – ASDEPASO y a las aseguradoras MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA y CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A., alegando tener con todas un vínculo contractual que le permite exigir de sus llamados en garantía la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir el llamante como producto de la sentencia.

Recordemos en este momento que, durante la fijación del litigio llevado a cabo en la audiencia inicial, los extremos de la presente litis excluyeron del presente litigio a la sociedad llamada en garantía Zurich Colombia Seguros S.A.

Ahora, teniendo en cuenta que el contrato suscrito con la Asociación Nacional de Criadores de Caballos de Pasos Colombianos y Fomento Equino es diferente a los suscritos con las aseguradoras, estos se analizarán por separado.

El extremo pasivo de la litis señala que en razón al contrato denominado “*autorización para uso de locación*” suscrito entre ella y ASDEPASO el 25 de junio de 2013, la última pactó mantener indemne a CARACOL TELEVISIÓN S.A. por reclamaciones de terceros; así, de revisar el documento al que se hizo referencia es posible leer que acuerdan lo siguiente: “*Ante cualquier autoridad y tercero, seré el único responsable por la integridad, conservación, accidentes reparaciones, reclamaciones de terceros, comparendos y sanciones administrativas, judiciales y de cualquier otro tipo relativas al inmueble, así como del mantenimiento y buen estado de la LOCACIÓN durante los días en que CARACOL lo utilice, salvo que tales daños hubieren sido causados por culpa exclusiva de CARACOL*”.

En este sentido, siendo claro que el objeto de la demanda presentada por el señor Carlos Alberto Massó no es el inmueble y que sus reclamaciones no fueron presentadas durante los días que CARACOL utilizó el predio para las grabaciones del audiovisual *La Selección*, sino con posterioridad a ello, se colige que los elementos facticos no se ajustan a las condiciones contractuales necesarias para que ASDEPASO esté obligado a asumir las consecuencias negativas que pudiere sufrir el extremo activo de la litis con la presente providencia.



Adicionalmente, la demandada afirma tanto en la contestación de la demanda como en su llamamiento en garantía que ASDEPASO autorizó, entre otras cosas, la reproducción de las obras objeto de debate a CARACOL TELEVISIÓN S.A., y sustenta sus dichos en el contrato mencionado, el cual, como ya se mencionó, tiene por objeto el uso de un inmueble y no autorizar la reproducción de las obras pictóricas que nos ocupan en el presente proceso.

Puntualmente, si bien en el documento se puede leer que *“Las fijaciones audiovisuales resultantes serán de exclusiva propiedad de CARACOL y podrán ser destinadas por CARACOL en forma exclusiva para todo el mundo para su (...) reproducción (...) y explotación general relacionada con LA OBRA”*, es importante resaltar que en dicha cláusula, en criterio de este fallador, los contratantes hacen referencia a la reproducción de la obra audiovisual *La Selección*, no a la reproducción de cualquier otro material protegido por derecho de autor que pudieran haber utilizado en el marco de la grabación en el inmueble en mención, por lo que mal haría este juzgador en entender el contrato del 25 de junio de 2013 como una licencia para la reproducción de los cuadros *“Tres Caballos en la Playa”*, *“Composición para expresiones en movimiento”* y *“Cabeza de Caballo III”*.

Adicionalmente, dado que la transferencia del derecho patrimonial de reproducción debe pactarse de manera expresa y no encuentra este Despacho medios de convencimiento que acrediten dicha transferencia a ASDEPASO, ni obra en el expediente prueba alguna que acredite que ASDEPASO se atribuyera la titularidad del derecho referido, no era posible asumir por Caracol, que era este el llamado a autorizar dicho uso, razón por la cual, tanto el llamamiento como la segunda y octava excepción de mérito, están llamadas a fracasar.

En este punto, se debe hacer referencia a que si bien la falta de contestación de ASDEPASO y su inasistencia a la audiencia del artículo 372 del CGP, hace presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión en que se funda el llamamiento; después del análisis probatorio expuesto en el presente fallo, se encontraron medios de convicción que prueban en contrario a la presunción referida e infirman las confesiones derivadas del actuar del llamado, que si bien es negligente frente al proceso, no puede tener como resultado un pronunciamiento contrario a derecho y a las pruebas en la presente causa.

De otra parte, en relación con los contratos suscritos entre la demandada y las sociedades MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA y CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A., encuentra este Despacho que las aseguradoras reiteran en sus contestaciones que sus pólizas fueron contratadas según el sistema *claims made*, por tanto, procederá este juzgador a analizar lo mencionado.

La modalidad de seguros *claims made* encuentra su sustento jurídico en el artículo 4 de la ley 389 de 1997 que consagra la posibilidad de que, por un pacto expreso entre los contratantes, se limite temporalmente la cobertura de un contrato de seguros, o incluso, se extienda a hechos anteriores a su vigencia, siempre que en ambos casos se cumpla con la exigencia de que la reclamación se haga dentro del lapso de vigencia de la convención.



A partir del precepto normativo mencionado se permitió, no sólo los seguros basados en la ocurrencia del daño, sino también los que se fundamentan en la reclamación, caracterizados porque el amparo únicamente se activa si, durante la vigencia del seguro, se hace el reclamo. Esto no significa que el requerimiento sea requisito para que se configure el siniestro, sino que, por el acuerdo de las partes, la aseguradora únicamente pagará aquellos cuya reclamación sea realizada en el marco de la póliza, siempre y cuando se haya configurado la situación originadora de la responsabilidad cubierta.

Así, con independencia de los elementos requeridos para la configuración del siniestro, consagró una formalidad adicional, a efectos de que la aseguradora quede obligada a su pago, que es la radicación de la reclamación dentro del espacio temporal pactado. Así lo manifiesta la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre el particular, en su sentencia SC10300-2017, del 18 de julio de 2017, en la cual señala que *“las cláusulas «claims made» o «reclamo hecho» constituyen una limitación temporal al cubrimiento, porque no basta que los sucesos generadores de responsabilidad civil ocurran, sino que también es menester que la reclamación por parte del damnificado se materialice durante la vigencia de la póliza o en el periodo adicional y específico estipulado, de tal suerte que si esta no se presenta oportunamente, se excluye el referido débito a cargo del asegurador, a pesar de presentarse el hecho dañoso”*.

Con lo anterior de presente y descendiendo sobre el particular, se observa a folio 30 a 42 del cuaderno 4, la póliza número 12/17164, que el asegurado deberá pagar en exceso del deducible los daños y/o costos a cargo del asegurado provenientes de una reclamación presentada por primera vez en contra del asegurado, durante el periodo contractual, por causa de un acto erróneo.

Ahora, encuentra este juzgador en las condiciones particulares de la póliza referida que su período de vigencia es del 1 de diciembre de 2014 al 30 de noviembre de 2015; así también, la cláusula 27 define *“acto erróneo”* como cualquier acto real o supuesto, error, omisión, falsa declaración, declaración engañosa o incumplimiento negligente del asegurado en la prestación de sus servicios profesionales cuando surja, entre otras cosas, de violación de derechos de autor.

De este modo, lo primero a destacar en el plenario es que durante la fijación del litigio las partes acordaron que es cierto que la sociedad accionada Caracol Televisión S.A., en desarrollo de su objeto social, en el año 2013 realizó, terminó y emitió la obra audiovisual *“La Selección”*, por lo tanto, esta Subdirección tendrá dicho año como el de la ocurrencia del suceso perjudicial.

Así también, los extremos de la litis convinieron tener por cierto que el señor Carlos Alberto Massó contactó a los representantes legales de CARACOL TELEVISIÓN S.A., y de conformidad con el mensaje de datos visible a folio 127 del cuaderno 2, y es posible determinar que la reclamación versó sobre una infracción a sus derechos como autor y fue presentada ante la demandada el 13 de abril de 2015.



Ahora, sobre las condiciones para notificar a la aseguradora de la primera reclamación, se vislumbra en la cláusula sexta, que es obligación del asegurado avisar al asegurador acerca de la presentación de cualquier reclamación judicial o extrajudicial al asegurado, o de cualquier circunstancia que pueda dar lugar a daños y/o costos a cargo del asegurado, dentro de los diez días calendario siguientes a la fecha en la que los haya conocido o debido conocer. Así las cosas, siendo la primera reclamación del 13 de abril de 2015, CARACOL TELEVISIÓN S.A. debió informar a las aseguradoras dentro de los diez días calendario siguientes, sin embargo, la comunicación que obra en el expediente a folio 24 del cuaderno 4, data del 30 de agosto de 2018, es decir, más de tres años después.

Aunado a lo anterior, el contrato de seguro señala en su quinta cláusula que el asegurador será exclusivamente responsable de pagar los daños y/o costo en exceso del deducible, el cual de acuerdo con las condiciones particulares de la póliza es de US\$50.000, esto es CIENTO SESENTA Y NUEVE MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$169'350.000), a fecha de hoy, suma que es superior a la condena establecida en el presente fallo.

En definitiva, por ser inferior la condena al deducible pactado y por tratarse de una póliza que opera según un sistema de reclamación hecha (*claims made*), y que las aseguradoras no fueron notificadas de conformidad con lo pactado, se excluye el referido débito a cargo de MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA y CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A., a pesar de presentarse el hecho dañoso, razón por la cual no están llamadas a asumir las contingencias de esta sentencia.

Finalmente, teniendo presente que el presente proceso declarativo finalizó con una sentencia favorable al demandante y que persisten las situaciones de hecho que dieron lugar a su decreto, procederá este despacho a mantener **la medida cautelar** decretada, toda vez que la misma garantiza el derecho que tiene el demandante a impedir la reproducción no autorizada de sus obras.

De las costas.

El numeral 1 del artículo 365 del CGP, señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, Así las cosas, este Despacho condenará en este concepto a la sociedad Caracol Televisión S.A.

En lo referente a las agencias en derecho, de acuerdo con lo señalado por el artículo 05 del Acuerdo No. PSAA16-10554, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, y considerando criterios como la cuantía y naturaleza del proceso, así como la calidad y la duración de la gestión realizada por el apoderado de la parte demandante, se procederá a fijar como monto de estas el 5% de lo concedido, es decir DOS MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS M/CTE (\$2'980.753).

En mérito de lo expuesto, el Subdirector Técnico de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, Carlos Andrés Corredor Blanco, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,



RESUELVE:

PRIMERO: Declarar que la sociedad CARACOL TELEVISIÓN S.A., identificada con el NIT: 860025674-2, reprodujo en la producción audiovisual “La Selección” las obras artísticas “Tres Caballos en la Playa”, “Composición para expresiones en movimiento” y “Cabeza de Caballo III”, sin la correspondiente autorización previa y expresa del autor, el señor Carlos Alberto Massó, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Negar las excepciones de mérito propuestas por la sociedad demandada, en lo referente a la ausencia de titularidad del demandante respecto del derecho patrimonial de reproducción; así como la relativa a la aplicación de la excepción contemplada en el literal *h*) del artículo 22 de nuestra norma comunitaria; también la relacionada a la existencia de autorización dada por ASDEPASO, y la denominada como aplicación del principio *minimis lex non regit*.

TERCERO: Ordenar a la sociedad CARACOL TELEVISIÓN S.A. que se abstenga de reproducir y divulgar las obras referidas en el audiovisual *La Selección*, lo cual implica mantener en el tiempo las medidas adoptadas por el demandado como consecuencia de la cautela decretada en el presente proceso.

CUARTO: Acoger las excepciones de mérito propuestas por la sociedad demandada en lo referente a la ausencia de titularidad del demandante de los derechos patrimoniales de comunicación pública y distribución; a la inexistencia de vulneración del derecho moral de paternidad e ineditud, por lo tanto, **negar** la segunda pretensión propuesta en la demanda de conformidad con la parte motiva de la presente providencia.

QUINTO: Condenar a la sociedad CARACOL TELEVISIÓN S.A., ya identificada, a pagarle al señor Carlos Alberto Massó, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de este fallo, la suma de CINCUENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS QUINCE MIL SETENTA Y TRES PESOS M/CTE (\$59'615.073).

SEXTO: Condenar al señor Carlos Alberto Massó, identificado con cédula número 85.452.334, a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada. Es decir, una suma igual a CUARENTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS DOCE PESOS (\$43'296.912).

SÉPTIMO: Negar la totalidad de las pretensiones formuladas en contra de los llamados en garantía por la sociedad CARACOL TELEVISIÓN S.A., de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

OCTAVO: Condenar en costas a la sociedad CARACOL TELEVISIÓN S.A.



NOVENO: Fijar agencias en derecho por el valor de DOS MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS M/CTE (\$2'980.753).

APELACIÓN. Corriéndosele traslado a las partes, de acuerdo con lo establecido por el artículo 322 del CGP, ambas presentan recurso de apelación contra la presente decisión el cual será resuelto por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá.