



**DIRECCIÓN NACIONAL
DE DERECHO DE AUTOR**

Unidad Administrativa Especial
Ministerio del Interior

**Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales, Bogotá D.C.
Sentencia del 17 de febrero de 2021**

Rad.: 1-2019-45466
Ref.: Proceso Verbal
Demandante: Organización Sayco Acinpro
Demandado: Auto Fusa S.A.

Por medio de la presente providencia procede el Despacho a dictar sentencia en el proceso de la referencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 373 del Código General del Proceso (en adelante CGP).

ANTECEDENTES

1. El día 8 de mayo de 2019, la Organización Sayco Acinpro, por medio de apoderado judicial, presentó demanda contra la sociedad Auto Fusa S.A., identificada con el NIT 890.600.020-1.
2. Mediante el Auto 01 del 14 de mayo de 2019, notificado el 15 de mayo siguiente, este Despacho admitió la demanda referida.
3. El 1 de agosto de 2019 la sociedad demandada, contestó la demanda y formuló excepciones de mérito. Esta fue fijada en lista el 2 de septiembre de 2019.
4. El 4 de septiembre del mismo año, el demandante recorrió el traslado mencionado.
5. Mediante Auto 02 del 10 de febrero de 2020, se solicitó la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.
6. Una vez finalizada la etapa escrita, el 30 de septiembre de 2020 se llevó a cabo la audiencia inicial, en la que se decidió sobre las pruebas solicitadas por las partes y se decretó la práctica de un testimonio.
7. La audiencia de instrucción y juzgamiento se realizó el 3 de febrero de 2021 de manera virtual. En esta, se tomó el testimonio decretado, se presentaron los alegatos de conclusión y se anunció el sentido del fallo. Teniendo en cuenta que el uso de tecnologías de la información y de las comunicaciones eventualmente pueden presentar fallas que no son de control del Despacho, y con el fin de facilitar la comprensión de la sentencia, se anunció que esta se emitiría escrita en razón a que las posibles fallas en la conexión a internet pueden obstaculizar el derecho de contradicción y defensa de las partes.

CONSIDERACIONES

Este litigio se origina a partir de la reclamación que presenta la Organización Sayco Acinpro, en su calidad de mandataria de las sociedades de gestión colectiva Sayco y Acinpro. Alegó la demandante que la sociedad de transporte público terrestre de pasajeros Auto Fusa S.A., utiliza obras musicales y prestaciones que forman parte del repertorio que representan sus mandantes, sin la correspondiente licencia para ello y sin pagar la correspondiente remuneración. No obstante, la demandada arguyó en su defensa estar pagando los correspondientes derechos a un gestor diferente y, a su juicio, indica que la actora no está legitimada para realizar el cobro pretendido por cuanto no detenta el poder directamente de los autores, artistas y productores de los que se reclama una presunta afectación a sus derechos patrimoniales.

Una vez fijado el litigio y atendiendo a las pruebas aportadas y practicadas, procederá este Despacho a establecer si la sociedad Auto Fusa S.A., comunicó obras y/o fonogramas en su flota de transporte público terrestre de pasajeros. Así mismo se estudiará si la Organización Sayco Acinpro, en este caso, está legitimada para iniciar acciones como las que nos ocupa. Seguidamente, se analizará si los pagos realizados por la sociedad Auto Fusa S.A., a una sociedad diferente al gestor colectivo permite dar por cumplida las obligaciones derivadas de la enunciada comunicación pública en sus vehículos, en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2016 al 31 de diciembre de 2018. Por último, se examinará si el actuar de la sociedad demandada, en el caso concreto, se enmarca en los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual y si hay lugar al pago del lucro cesante pretendido.

1. El objeto de protección

Coinciden la Ley 23 de 1982, en su artículo 2, y la Decisión Andina 351 de 1993, artículo 4, en establecer que las composiciones musicales con letra o sin ella son objeto de protección por el derecho de autor. De acuerdo con el Glosario de la OMPI¹ “obra musical es aquella que comprende: “(...) *toda clase de combinaciones de sonidos (composición) con o sin texto (*letra o *libreto), para su ejecución por instrumentos, músicos y/o la voz humana.*”. No obstante, dicha ejecución puede ser efímera o duradera. Esta permanencia se logra gracias a la fijación de los sonidos. El artículo 3 de la citada Decisión, define el *fonograma* como la fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una representación o ejecución de otros sonidos.

De estos conceptos de obra musical y de fonograma, la legislación atribuye unos derechos a diferentes titulares. Mientras que del primero se reconocen derechos exclusivos a los autores y/o compositores o a quienes hayan transferido sus derechos patrimoniales, del segundo, se reconocen derechos conexos² a los artistas intérpretes o ejecutantes y al productor fonográfico. Así lo establece la normativa autoral nacional³ y andina.⁴

En el caso en juicio, la Organización Sayco Acinpro reclamó la utilización⁵ de las obras pertenecientes al catálogo de Sayco como: “Gitana”, “La Bicicleta”, “Juntos”, “La Casa en el Aire”, “La ley del Amor”, “Ya no me duele más”, “Amigos con derechos”, “Qué día es hoy”, entre otras, como lo certificó a folios 49 y 50 del cuaderno 1.

En relación con las interpretaciones y producciones fonográficas encontradas siendo utilizadas por la demandada, la actora arrió dos certificaciones de Acinpro (folios 45 al 48), en los que esta sociedad de gestión colectiva hace constar que artistas intérpretes, ejecutantes y productores fonográficos como Willie Colón y Rubén Blades, Carlos Vives y Shakira, Grupo Niche, Fernando Burbano, Silvestre Dangón, John Alex Castaño, Yeison Jimenez, Sony Music Entertainment Colombia S.A., La Música F.M., JM World Music, entre otras, pertenecen a los repertorios que esta representa.

Los documentos mencionados se presumen⁶ auténticos y por lo tanto constituyen plena prueba de los hechos que respaldan en tanto que no fueron controvertidos por el demandado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 244 y 246 del CGP. Con lo

¹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. Glosario de derecho de autor y derechos Conexos. Ginebra, 1980. Págs. 159 y 160.

² “Por otra parte, respecto a los derechos conexos, si bien estos guardan una relación cercana con el derecho de autor, no se les puede considerar como similares entre sí, ya que en las palabras del autor Henri Desbois, quien a su vez es citado por la doctrinante Delia Lipszyc en su obra *Derecho de Autor y Derechos Conexos*, el objeto de la protección en este caso son actividades que concurren a la difusión, mas no a la creación de obras literarias y artísticas.” Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales - DNDA. Sentencia del 21 de agosto de 2019. Proceso 1-2018-64115

³ Artículos 12, 30, 166 -modificado por el artículo 7 de la Ley 1915 de 2018-, 168 -modificado por el artículo 1 de la Ley 1403 de 2010, 171, 172 -modificado por el artículo 8 de la Ley 1915 de 2018- y 173 -modificado por el artículo 69 de la Ley 44 de 1993- de la Ley 23 de 1982.

⁴ Artículos 11, 13, 34 al 37 de la Decisión Andina 351 de 1993.

⁵ Esto, de acuerdo a seis formatos de inspección realizados en vehículos pertenecientes a la sociedad Auto Fusa S.A., a folios 32 a 36 del cuaderno 1. Así como 4 videos tomados al interior de los buses en los que se aprecia la comunicación de algunos fonogramas. Folio 60 del mismo cuaderno.

⁶ De acuerdo con lo expresado por Hernando Devis Echandía, en su obra “Compendio de Derecho Procesal. Tomo II, Prueba judiciales”, editorial Temis, Bogotá 2012, páginas 501 a 503, citando a Carnelutti, expresa que la presunción legal es un juicio lógico del legislador en virtud de la cual se considera como cierto un hecho, “con fundamento en las máximas generales de la experiencia, que le indican cuál es el modo normal como se suceden las cosas y los hechos”, y tiene como finalidad “(...) dar seguridad a ciertas situaciones de orden social, político, familiar y patrimonial, reconociendo ciertos derecho sustanciales que permitan su ejercicio.”

anterior se acredita que se reclama la protección de prestaciones protegidas por el derecho de autor y los derechos conexos.

2. Sobre los actos de comunicación pública por parte de Auto Fusa S.A.

Respecto de los derechos reclamados, pretende el actor que se declare que la sociedad demandada comunicó al público en sus vehículos de transporte terrestre de pasajeros, obras musicales y fonogramas de titulares afiliados a sus mandantes sin haber obtenido la respectiva autorización y sin efectuar el pago correspondiente por el uso de la música.

En el caso concreto nos encontramos ante dos tipos de titulares, uno que reclama un derecho patrimonial exclusivo, que puede dar autorización previa para el uso de sus obras y otro, que reclama el pago por el hecho de haber utilizado sus interpretaciones fijadas en fonogramas. En cuanto al primero, el titular del derecho de autor en ejercicio de sus derechos patrimoniales⁷ autoriza o prohíbe de manera previa y expresa cada utilización de la obra a título gratuito u oneroso. Frente al segundo, corresponde a los titulares de derechos conexos, como lo son los artistas intérpretes o ejecutantes y productores fonográficos, que tienen el derecho, en virtud de la utilización del fonograma con fines comerciales, a recibir una remuneración equitativa. La gestión de estos derechos puede hacerla los titulares de manera directa o a través de las sociedades de gestión colectiva que creen o decidan asociarse. Esto de acuerdo con lo establecido en el artículo 173 de la Ley 23 de 1982.

Sobre el derecho de comunicación pública, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina⁸ ha establecido unos criterios para determinar si la comunicación pública efectuada por un tercero constituye infracción a los derechos de los titulares mencionados. Para esto se deberá: i) establecer si el demandado comunicó al público obras musicales y fonogramas, representados por la demandante, y ii) determinar si contaba con autorización o no de sus titulares o había realizado el correspondiente pago a estos o si se encontraba amparado en una limitación y excepción.

Según el artículo 15 de la Decisión 351 de 1993 “*Se entiende por comunicación pública, todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, (...)*”. Es preciso dilucidar que la comunicación pública, conforme a esta definición, debe entenderse como un género que admite varias especies o modalidades, como la representación, la ejecución o la difusión por cualquier procedimiento conocido o por conocerse, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes. Siendo la ejecución una forma de comunicación pública de las obras musicales, con o sin letra, entre otras, se puede dar de manera directa a través de intérpretes o ejecutantes, o bien de manera indirecta, por medio de cualquier dispositivo, a partir de la previa fijación de la obra por cualquier medio o procedimiento.⁹

En el caso en juicio, para demostrar la comunicación pública, el actor aportó las copias de siete formatos diligenciados en los años de 2016 y 2017, obrantes a folios 32 al 36 del cuaderno 1. En estos se consignó información relacionada con el lugar donde se hizo la verificación, la empresa a la que pertenece el vehículo, identificación del vehículo, número de pasajeros, número del viaje, nombre e identificación del conductor, los dispositivos de comunicación o entretenimiento encontrados en el vehículo y los fonogramas que se estaban comunicando en ese momento. En estos se relacionaron obras musicales y fonogramas como “Amigos con derechos”, “Celos”, “La Bicicleta”, “La Ley del amor”, “Qué día es Hoy”, “La Casa en el Aire”, “Juntos” “Ya no me duele más”, “Pequeñas cosas” y “Gitana”. Respecto de los dispositivos de comunicación, se relacionaron pantallas de video o televisores y, principalmente, radio.

⁷ El artículo 13 de la Decisión Andina de 1993 establece una lista enunciativa mas no taxativa de los derechos exclusivos a favor de los autores o sus derechohabientes permitiéndoles autorizar o prohibir “*La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir , las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes.*”

⁸ *Ibíd.*

⁹ Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales. DNDA. Sentencia del 21 de agosto de 2019. Proceso. 1-2018-64115.

Así también, a folio 60 del mismo cuaderno, reposa un DVD que contiene cuatro archivos MP4, identificados como “auto fusa 2”, “VID_20181122_074827”, “VID_20181122_094558” y “WhatsApp Video 2018-11-22 at 8.29.12 AM”. En estos videos se aprecia cómo personas que se identifican como funcionarios de la demandante abordan o se movilizan en tres vehículos de transporte público de pasajeros que se identifican claramente que pertenecen a la sociedad demandada. En estos, registran los dispositivos como radio y televisor. También se observa que en estos vehículos se estaban comunicando al público fonogramas de géneros musicales como salsa, vallenato y champeta que estaban siendo difundidos por emisoras de radio.

Estas pruebas, si bien fueron cuestionadas por la demandada en su contestación y en los alegatos, a su juicio, por no haber mediado autorización judicial, es claro que acorde con la filosofía del Código General del Proceso, las partes pueden acudir a los medios probatorios que consideren útiles para formar el convencimiento del juez.¹⁰ En el caso de las inspecciones judiciales extraprocesales, estas no son obligatorias, al tenor del artículo 189 del estatuto procesal, además porque estas solo se ordenarán “(...) cuando sea imposible verificar los hechos por medio de videograbación, fotografías u otros documentos (...)”¹¹. Así las cosas, las pruebas mencionadas, a la luz de la normativa procesal se adecúan a su finalidad, pudiéndose juzgar que estos documentos gozan de plena legalidad.

Aunado a las pruebas comentadas, consta la declaración de la representante legal de la demandada, en la que indicó al minuto 17:25 *“Nosotros creemos o hasta el momento creo tener la certeza de que podíamos usar ya como derechos de autor lo que se está empleando dentro de los vehículos. Muchos emplean radio y van con el radio los conductores. Ellos llevan su radio, porque efectivamente el trayecto hace que no sea una distracción, sino que sea algo que los lleve también despiertos.”*

Así mismo, manifestó que Auto Fusa S.A., tiene un acuerdo con la sociedad Anaicol y Angedaycol para los temas relativos al derecho de autor, a quienes le hacen el pago desde el año 2016, como se corrobora con las copias de los recibos, visibles a folios 89 al 93 del cuaderno 1.

Ahora, del documento a folio 92 y de la declaración rendida se deduce que la demandada suscribió un acuerdo con una asociación para comunicar obras y/o fonogramas protegidos por el derecho de autor y derechos conexos en los vehículos activos de la empresa, considerando que con ello cumplía su deber de pagar a los titulares por el uso de tales prestaciones protegidas. Sumado a esto la confesión por apoderado judicial¹² en la contestación al hecho tercero, en la que manifestó que no se hizo el pago a la demandante por cuanto la ley no establece que el pago deba hacerse única y exclusivamente a sociedades de gestión colectiva o ante la entidad recaudadora que estas constituyan.

De lo anterior, se debe tener por probado que la sociedad Auto Fusa S.A., comunicó al público al interior de sus vehículos de transporte público terrestre de pasajeros obras y/o fonogramas protegidos por el derecho de autor y los derechos conexos. De otra forma no se explica el porque hubiera buscado obtener una autorización para tal acto, así la misma no hubiera sido solicitada a la hoy demandante.

3. Los titulares de los derechos de comunicación pública que se discuten.

Como se indicó, los derechos reclamados por la demandante radican en dos titulares con derechos de diferente naturaleza. Por una parte, los de los autores que tienen el derecho exclusivo de autorizar o prohibir el uso de sus obras, para lo cual es necesaria la autorización previa y expresa de estos. Por otra parte, el derecho de los titulares de derechos conexos, el cual se circunscribe a recibir el pago por el uso del fonograma. Es decir, la autorización y/o el recaudo para el uso de las obras o de los fonogramas radica precisamente en los autores, artistas intérpretes, ejecutantes y productores fonográficos.

¹⁰ Artículo 165 del CGP.

¹¹ Artículo 236 del CGP.

¹² Artículo 193 del CGP.

Los artículos 12 y 158 de la Ley 23 de 1982 establecen una obligación para quien haga el uso de una obra de pagar al respectivo titular del derecho. Así también, el artículo 173 de la Ley 23 de 1982, modificado por el artículo 69 de la Ley 44 de 1993, que indica que, como consecuencia de la utilización mediante la comunicación de un fonograma publicado con fines comerciales, el utilizador abonará una remuneración equitativa y única a los titulares ya sea directamente a estos o por medio del mecanismo que se acuerde libremente¹³, pero dentro del marco de las normas legales pertinentes vigentes o a través de las sociedades de gestión colectiva a las que estos se asocien.

a. La legitimación presunta de los mandantes del demandante

Habiendo establecido que nos encontramos frente a prerrogativas protegidas por el derecho de autor y los derechos conexos, procederemos a analizar si quienes reclaman aquí su protección están legitimados para ello. Frente a la legitimación de la demandante y sus mandatarias, señaló el demandado que, si bien es cierto que las sociedades de gestión colectiva gozan de una legitimación presunta, es también cierto que su mandato está circunscrito a los derechos, obras y prestaciones que los titulares u otras SGC le hayan entregado para su gestión.

Conforme a esto, expresó el demandado que la demandante debió demostrar que los autores y artistas como Vicente Fernández, Willie Colón, Carlos Vives, Grupo Niche, Rafael Escalona, entre otros, le otorgaron la gestión de sus obras y específicamente para el recaudo en el servicio de transporte público. Adicionalmente, menciona que la legitimación presunta opera para las sociedades de gestión colectiva y la demandante no hace parte de esta categoría, debiendo demostrar que Sayco y Acinpro están autorizadas por sus asociados para entregar a un tercero la facultad que presuntamente les han otorgado.

Para resolver estos interrogantes empecemos mencionando que el artículo 10 de la Ley 44 de 1993 y el artículo 2.6.1.2.2 del Decreto 1066 de 2015, autorizan a los titulares del derecho de autor y de los derechos conexos a gestionar sus derechos de manera individual o de forma conjunta. En este último caso, pueden formar sociedades de gestión colectiva sin ánimo de lucro con el fin de ejercerlos de manera efectiva.

Establece en particular el artículo 2.6.1.2.9 del Decreto citado, en concordancia con el artículo 49 de la Decisión Andina 351 de 1993 que las sociedades de gestión colectiva, una vez obtengan la personería jurídica y la autorización de funcionamiento, estarán legitimadas en los términos de sus estatutos para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales. Para acreditar esta legitimación la ley ordena que estos deberán aportar con la demanda la copia de sus estatutos y del certificado de existencia y representación legal expedida por la DNDA.

Frente a la prueba de su existencia, a folios 17 y 18 del cuaderno 1, constan las Resoluciones 001 y 002 de la DNDA mediante las cuales se reconoce personería y se ordena el registro de los estatutos de las sociedades de gestión colectiva Sayco, y Acinpro, respectivamente. En cuanto a los estatutos, a folio 100 del mismo cuaderno, en formato DVD, la demandante aportó copia de estos, correspondientes a cada una de estas sociedades. En este sentido, la demandante satisfizo las condiciones normativas para acreditar la legitimación que la ley les confiere. Estos documentos que no fueron desacreditados por el demandado de acuerdo con los artículos 244, 246 y 257 del CGP, gozan de plena validez probatoria.

No obstante, por tratarse de una presunción legal, esta podía ser derruida si se demuestra que las respectivas sociedades no están legitimadas. Carga que en el caso sub judice, correspondía al demandado, como lo dispone el artículo 166 del CGP, sin embargo, esto no ocurrió.

¹³ Esto, en referencia a la exequibilidad condicionada del artículo en mención, declarada por la Corte Constitucional en la sentencia C-424 de 2005, con ponencia del Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra.

En cuanto a las facultades ejercidas por estas sociedades, el artículo 3 de los estatutos de Acinpro, indica que su objeto principal es *“Recaudar y distribuir equitativamente los derechos patrimoniales derivados de la comunicación o ejecución pública del fonograma o de sus reproducciones que correspondan a los artistas intérpretes y ejecutantes y a los productores de fonogramas titulares de tales derechos que estén afiliados a la entidad, por su utilización en los establecimientos abiertos al público tales como teatros, cines, salas de concierto o baile, bares, clubes de cualquier naturaleza, estadios, circos, hoteles, restaurantes, establecimientos comerciales, bancarios e industriales y en fin, donde quiera que se interpreten o ejecuten obras musicales, transmitan por radio, televisión, cable, ya sea por procesos mecánicos, electrónicos, computarizados, o por cualquier otro medio conocido o por conocerse, en forma permanente y ocasional.”* Y agrega que: *“Para el ejercicio de esta atribución la ASOCIACIÓN será considerada como mandataria de sus asociados por el mero acto de su afiliación.”*

Consta en el proceso las certificaciones a folios 45 a 48 dos documentos de la sociedad Acinpro en los que hacen referencia a algunos de los fonogramas que fueron encontrados siendo comunicados en vehículos de la sociedad demandada, constando que *“(…) los fonogramas y repertorios de los intérpretes que a continuación se relacionan, se encuentran debidamente acreditados y representados por afiliación directa del Artista Intérprete o Ejecutante o por el Productor Fonográfico (…)”* y relaciona a artistas como Grupo Niche, Silvestre Dangond, John Alex Castaño, Sony Music Entertainment Colombia S.A., JM World Music, Fernando Burbano, Yeison Jimenez, La Música F.M., entre otros.

Por otra parte, de los estatutos de Sayco, en el artículo 4 se señala que su objetivo principal es *“(…) la protección del autor y/o compositor y demás derechohabientes en el ejercicio y mediante la gestión eficaz de los siguientes derechos: 1. Los derechos exclusivos de reproducción, distribución y comunicación pública (…) de las obras literarias (…) musicales (con o sin letra) (…)”*. Y en el artículo 5 literal d, se menciona que es atribución de Sayco *“Recaudar y entregar a sus socios, así como a los autores y/o compositores extranjeros de su rama o correspondiente, las percepciones pecuniarias provenientes de los derechos de autor de las obras. Para el ejercicio de esta atribución, Sayco es mandataria de sus socios para todos los fines de derecho por el simple acto de afiliación.”*

Al respecto, a folios 49 y 50 del cuaderno 1 se aprecian dos certificaciones expedidas por Sayco en los que hace constar que las obras que fueron identificadas estarse comunicando al interior de los vehículos de servicio público de transporte de pasajeros de la empresa Auto Fusa, hacen parte del repertorio que representa la sociedad, ya sea por afiliación directa o por contratos de reciprocidad, de autores como Jairo Varela Martínez, Rafael Calixto Escalona-Martínez, Guianko Gómez, Hernán Darío Hernández Piedrahita, Carlos Alberto Vives, Yeisson Orlando Jimenez Galeano, entre otros.

De lo anterior se colige que cada uno de los autores, artistas intérpretes, ejecutantes y productores fonográficos de las canciones que el demandante identificó que se comunicaron al público en vehículos de la empresa Auto Fusa, están representados por las sociedades de gestión Sayco, y Acinpro.

b. El ente recaudador.

Recordemos que el artículo 27 de la Ley 44 de 1993, modificado por el artículo 35 de la Ley 1915 de 2018, autoriza a las sociedades de gestión colectiva para constituir entidades recaudadoras.

En cuanto a la Organización Sayco Acinpro, si bien no es una sociedad de gestión colectiva, esta se encuentra constituida con base en la facultad legal conferida a las sociedades de gestión colectiva para recaudar las percepciones económicas generadas por la gestión de sus derechos, como lo demuestra con la copia de la Resolución 291 del 18 de octubre de 2011, a folios 12 a 26 del cuaderno 1. En esta se le reconoció personería, se autorizó su funcionamiento y aprobó sus estatutos. Adicionalmente, para probar su

condición de mandataria de las sociedades de gestión mencionadas, se aportó el certificado de existencia y representación legal y copia del contrato de mandato con representación que los autoriza para reclamar lo pretendido en esta contienda en nombre de sus mandantes, como se aprecia a folios 19 a 25 del cuaderno 1.

Todo lo anterior permite concluir que la demandante representa de manera legítima los derechos de los titulares que reclaman la protección de las prestaciones aquí demandadas, derribando así el alegato planteado por la demandada.

c. Sobre la gestión individual u otras formas de gestión

De acuerdo con lo aseverado por la demandante, esta envió comunicaciones a su contraparte con el ánimo de concertar el pago, sin tener respuesta positiva por parte de la sociedad demandada. Esta situación fue confirmada por la representante de Auto Fusa S.A., en el interrogatorio cuando manifestó haber recibido comunicaciones provenientes de su contraparte. No obstante, expresó en su declaración que desde el año 2017 llegaron a un acuerdo con la sociedad Anaicol y Angedaycol para el pago del derecho de autor por lo que considera no tener ninguna obligación vigente respecto de esta temática.

Como prueba de lo anterior, a folios 89 al 93 del cuaderno 1, aportó tres recibos de pago de los años 2017 a 2019 y el acuerdo mencionado. En este se lee que Anaicol es *“la asociación de autores e intérpretes de la canción colombiana”*, identificada con Nit 900007800-2. Debemos resaltar que esta se obligó con la demandada a ubicar un comprobante de pago en cada uno de los vehículos y una calcomanía en cumplimiento a las normas de derecho de autor. Se menciona expresamente que esta es una asociación distinta a la colectiva.

Al respecto debemos manifestar que de acuerdo con lo expresado por la Corte Constitucional en sus sentencias C-509 de 2004 y C-424 de 2005, los titulares del derecho de autor y de los derechos conexos, que para el caso en juicio son los autores, artistas intérpretes, ejecutantes y productores fonográficos o a quienes hayan cedido sus derechos, están en libertad de escoger la manera cómo gestionarán sus prerrogativas, ya sea a través de la sociedad de gestión colectiva, a través de otras formas de asociación distintas a esta o de manera individual, esto en virtud del derecho constitucional de asociación, precisando que estos mecanismos deberán ajustarse a las normas legales pertinentes vigentes.

Al respecto debe resaltarse que quien tiene la libertad de escoger cómo gestionar sus derechos patrimoniales son los titulares exclusivamente, por lo tanto, si estos acuden a la gestión colectiva corresponde a los usuarios entenderse con la respectiva entidad que represente sus intereses y no a otra a escogencia del utilizador.

En el caso en juicio, la demandada alegó que el pago lo realiza a una asociación diferente a la colectiva y que tampoco se cataloga como individual. No obstante, bien lo señaló la Corte¹⁴ que al administrar estas sociedades derechos de contenido patrimonial derivado del derecho de autor y derechos conexos la *“facultad de regulación de este tipo de sociedades deriva de la Constitución económica y no del derecho de asociación en general”*¹⁵. En este sentido, estos mecanismos de recaudo ya sea como gestión colectiva, gestión individual u otro tipo de asociación, deben ajustarse a las normas legales pertinentes y vigentes.

Es decir, las asociaciones que se conforman para administrar los derechos patrimoniales de titulares del derecho de autor y derechos conexos deberán cumplir con los requisitos impuestos por el marco legal pertinente¹⁶, puntualmente el Decreto 1066 de 2015. De acuerdo con este, si una asociación no cumple los requisitos determinados para funcionar

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-509-04

¹⁵ Ver sentencia C-265 de 1994

¹⁶ Señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-509/04 con ponencia del Magistrado Eduardo Montealegre que: “En este punto, cabe anotar que el recaudo de los derechos que corresponden a los autores por concepto de ejecución, representación, exhibición, uso o explotación de las obras generadas en su creatividad o concepción artística o intelectual, son una forma de propiedad constitucionalmente protegida. Por tanto, este es un asunto en el cual se involucra necesariamente la actividad estatal e implica la consagración de normas de orden público no susceptibles de ser contradichas o anuladas mediante pactos bilaterales”.

como sociedad de gestión colectiva, deberá cumplir los requisitos impuestos para la gestión individual¹⁷

Acorde con la interpretación sentada por la Corte, cuando el titular del derecho de autor y/o derechos conexos decida gestionar sus derechos de manera diferente a la colectiva, de acuerdo con el parágrafo del artículo 2.6.1.21 del Decreto 1066 de 2015, deberá especificar en el contrato cuál es el repertorio que representa y la forma de utilización del mismo. Esta enunciación del decreto claramente no es caprichosa, toda vez que los gestores individuales y las otras formas de asociación que realizan una gestión diferente a la colectiva no son beneficiarias de la legitimación presunta de la que ya hemos hablado.

En el caso concreto, en el acuerdo celebrado por Auto Fusa S.A. con Anaicol y Angedaycol, visible a folios 92 y 93 del cuaderno 1, se observa que estas últimas no determinaron al demandado el repertorio que representan. Lo que además es acorde con la respuesta a la pregunta formulada en el interrogatorio efectuado a la representante legal de la demandada al minuto 9:47. Lo que impide a este despacho saber puntualmente sobre qué obras y prestaciones concretas se dio la autorización o se recaudó la remuneración correspondiente. Por lo tanto, no se demuestra que la asociación receptora del pago representa los derechos de autores y/o artistas como Rafael Escalona, Willie Colón o Becky G, entre otros, o que los derechos de estos son representados por otro tipo de gestión.

Claramente, la obligación de obtener autorización y pagar a los titulares del derecho de autor y conexos no se agota con realizar el pago en abstracto a cualquier gestor individual o a cualquier otra asociación creada para la administración de derechos de autor y conexos. Toda vez que estas obligaciones se extinguen con el pago a los titulares directamente, en caso de gestionar sus derechos patrimoniales de manera individual, o a quienes hayan encargado esta labor de administración. Por lo tanto el acuerdo suscrito por Auto Fusa S.A., con la asociación distinta a la colectiva, no comprende ni puede comprender la autorización para comunicar al público obras y fonogramas que no se encuentran en su repertorio.

Con base en lo expuesto, se puede afirmar que si bien la Organización Sayco Acinpro, ni sus mandantes son destinatarias exclusivas del pago por comunicación pública de obras y fonogramas existentes en el mercado, sí lo son de las obras y fonogramas que representan y que se acreditó están siendo usados por la demandada.

d. Las SGC, el ente recaudador y las obras y prestaciones utilizadas por la demandada

En el caso *sub judice*, en adición a la legitimación presunta ya mencionada y que en el presente proceso se encuentra incólume, acreditó la demandante que los titulares de las obras y fonogramas “Amigos con derechos”, “Celos” “La Bicicleta”, “La Ley del amor”, “Qué día es Hoy”, entre otros, así como sus autores, artistas intérpretes, ejecutantes y productores fonográficos, están relacionados de manera directa vía asociación o indirecta por contratos de representación recíproca a las sociedades de gestión colectiva Sayco y/o Acinpro, como se lee de los documentos a folios 45 a 50 del cuaderno 1.

Es decir, las pruebas mencionadas muestran que estos titulares de derechos de autor y conexos tienen un vínculo con estas sociedades para que gestionen o administren la autorización y recaudo de sus derechos patrimoniales, por lo tanto se concluye que la autorización para comunicar al público obras y fonogramas como las ya mencionadas, la otorga la correspondiente sociedad de gestión colectiva en nombre y representación de los autores, artistas intérpretes y ejecutantes y productores fonográficos vinculados a ellas.

Ahora bien, en cuanto a la Organización Sayco Acinpro, esta demostró a través del contrato de mandato que actúa en representación de las sociedades de gestión

¹⁷ De conformidad con el artículo 2.6.1.21 del Decreto 1066 de 2015, inciso cuarto: “La gestión individual será la que realice el propio titular de derecho de autor o de derechos conexos, no afiliado a ninguna sociedad de gestión colectiva.”

mencionadas para recaudar las percepciones pecuniarias provenientes de la ejecución y comunicación pública de las obras literario musicales, interpretaciones, ejecuciones y producciones fonográficas que por ley les corresponde a los autores, artistas intérpretes y productores de fonogramas vinculados a sus mandantes,¹⁸ así como para conceder las respectivas autorizaciones a los usuarios para la comunicación de las obras del repertorio de sus mandantes.

4. El origen legal de la obligación.

Sobre la obligación de pagar a la demandante y/o solicitar autorización a esta, la sociedad demandada alegó que, al no existir una relación contractual con la demandante, no le genera una obligación frente a ella. Que lo reclamado por esta se constituye en un cobro de lo no debido, fundamentado en que no ha llegado a algún acuerdo con la demandante que le genere el deber de pagarle. Expresó que el cobro efectuado es arbitrario por cuanto no surge de un acuerdo mutuo.

Al respecto, como se indicó previamente, la obligación que surge a favor de los autores, artistas intérpretes, ejecutantes y productores fonográficos por la utilización de sus obras, interpretaciones y fonogramas, se afina en los derechos subjetivos de estos. Por lo tanto la fuente de la obligación no es de carácter voluntario o contractual, sino de carácter legal.

Es decir, en el plenario se acreditó que los autores, artistas intérpretes, ejecutantes y productores fonográficos cuyas obras y prestaciones protegidas que usa la demandada, escogieron la gestión colectiva para administrar la autorización y el recaudo por el uso de sus prestaciones. Conforme a esto, le correspondía correlativamente al acá demandado el obtener la autorización y pagar la remuneración correspondiente a estas entidades, puntualmente a través de su mandatario, que en este caso es la entidad que actúa como demandante.

5. Sobre el poder conferido a la demandante

La sociedad Auto Fusa S.A., alegó la falta de legitimación por activa de la Organización Sayco Acinpro argumentando que, en la cláusula primera del literal c del contrato de mandato aportado con la demanda, se pactó que la actora puede representar a los vinculados de las mandatarias *“ante autoridades judiciales, policivas y administrativas sobre cuestiones que se susciten con el cobro o recaudo del derecho de ejecución de obras musicales cualquiera que sea el soporte y sobre toda otra materia relacionada con su objeto social”*. Sin embargo, el estatuto procesal en sus artículos 73 y 75 establecen que la comparecencia al proceso debe hacerse por conducto de abogado, pudiéndose otorgar poder a una persona jurídica que tenga como objeto principal la prestación de servicios jurídicos. Con base en estas disposiciones, el demandado concluye que su contraparte, al no tener como objeto social la prestación de servicios jurídicos, no se encuentra legitimada para actuar en este proceso en nombre de los vinculados de las mandatarias ni en nombre de estas.

Sobre el reproche planteado, se observa que la facultad contenida en el literal c de la cláusula primera del contrato de mandato aportado hace referencia a la sustitución de las mandantes por parte del representante o mandatario frente a autoridades judiciales, policivas y administrativas en cuanto a aquellas cuestiones que se relacionen con el cobro o recaudo autorizado en el objeto del contrato. Es decir, la Organización Sayco Acinpro concurre a este proceso por autorización¹⁹ de las mandantes y en representación de estas, como titular de los derechos que reclama.

Contrario a lo expuesto por el demandado, su contraparte no actúa en ejercicio del mandato regulado por los artículos 73 y siguientes del estatuto procesal, pues este hace

¹⁸ Cláusula primera-objeto del contrato. Folio 21 del cuaderno 1.

¹⁹ Acorde con lo expresado por Fernando Hinestrosa, en su obra *“La Representación”*, Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Bogotá 2008. Pags. 211-212, *“Mediante la procura, el amo de los intereses transfiere al representante el poder de disposición, es decir, le confiere autorización o legitimación para que actúe en su nombre, o sea que la procura tiene vocación para proyectarse no solo en el ámbito externo, sino para volcarse sobre la relación interna cuyo alcance jurídico es el de que, con dicha autorización, quien la confiere se apropia e incluye preventivamente en su propia esfera la regulación de intereses que el representante convendrá con la otra parte. Y, por supuesto, lo habilita para disponer en su nombre.”*

referencia al derecho que tiene toda persona de comparecer al proceso, generalmente, por conducto de un abogado. Encargo que se puede otorgar a una persona natural o jurídica.

Frente este último, precisamente, en ejercicio del contrato de mandato entre las sociedades de gestión colectiva y el ente recaudador, la Organización Sayco Acinpro confiere poder o mandato a la abogada Clara Eugenia Urazán para que asuma su representación en este escenario judicial. Esto, de acuerdo con el poder visible a folio 129 a 132 del expediente digital, el cual se adecúa a las facultades contempladas en el artículo 77 del CGP. Por lo cual, no halla este Despacho sustento jurídico a la censura planteada por el demandado, por lo cual será negada.

6. Sobre la responsabilidad derivada de la infracción

En cuanto a la responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas de derecho privado, la Corte Suprema sentó la posición en cuanto a que estas “(...) *responden siempre de forma directa, pues los actos de sus agentes son sus propios actos, con base en el artículo 2341 (...) del Código Civil.*”²⁰ De acuerdo con la doctrina²¹ todo daño debe producir un menoscabo en un derecho subjetivo.

En el caso en juicio, el daño se configuró con la infracción o vulneración de los derechos de los titulares representados por la actora, demostrada en la comunicación pública de las obras musicales y fonogramas pertenecientes a su repertorio, en los vehículos de transporte de pasajeros de la empresa demandada sin que este hubiere solicitado la respectiva licencia de sus titulares ni pagado la remuneración correspondiente.

Respecto de la tipología, en el caso concreto, la Organización Sayco Acinpro demostró que para el uso de las obras y los fonogramas otorga licencias a los usuarios a cambio de un pago, cuyo valor está establecido en el manual de tarifas de transportes, aportado en un DVD a folio 60 del cuaderno 1. Pago que, como se constató en los estatutos de sus mandatarias, posteriormente es distribuido a sus asociados y vinculados, y que de no ser recibido constituye un lucro cesante.

Respecto a la cuantificación, el artículo 57 de la Ley 44 de 1994 aporta unos elementos, especialmente en sus numerales 2 y 3, que han sido interpretados bajo el concepto de regalía hipotética, entendida como el provecho económico que se hubiera recibido a cambio de conceder la respectiva autorización. Frente al cálculo de esta regalía, el demandante presentó bajo juramento la estimación de los perjuicios. En el caso en juicio el demandado no objetó el monto juramentado por la demandante, teniendo como efecto, en principio que la suma de CIENTO NOVENTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS VEINTICINCO MIL CUATROCIENTOS PESOS M/CTE (\$ 197'325.400.00) es prueba de la cuantificación del daño.

No obstante, debemos resaltar que en la declaración de la representante legal de la demandada en el interrogatorio se confesó que, a la fecha de la presentación de la demanda, es decir, a agosto de 2019, la empresa contaba con ciento veintidós (122) automotores activos. Número que fue aceptado por la demandante mediante su apoderada y se fijó este hecho en esa cantidad. En este sentido, para cuantificar la indemnización o reparación correspondiente al daño causado, se tendrá en cuenta el número de vehículos confesado por la sociedad demandada y aceptado por el demandante y no el enunciado en el juramento estimatorio.

Para estos efectos, tomaremos los valores de las tarifas reclamadas en el juramento estimatorio y que encuentran asidero en los mencionados manuales de tarifas, por el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2016 y el 31 de diciembre de 2018 multiplicado por los ciento veintidós (122) buses.

²⁰ VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. Derecho Civil, Tomo III-De las obligaciones. Décima edición. Editorial Temis. Bogotá – Colombia. Pág. 188.

²¹ Op.Cit. Pág. 231.

Para el año 2016 la tarifa mensual e individual fijada por cada bus es de DIECISIETE MIL CIENTO DOCE PESOS CON CIENTO NOVENTA Y TRES CENTAVOS M/CTE (\$17,112.193). Para un total mensual por los ciento veintidós (122) buses de DOS MILLONES OCHENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y OCHO (\$2,087,688). Para un total anual de VEINTICINCO MILLONES CINCUENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS CIENCUENTA Y UN PESOS (\$25,052,251).

Para el año 2017 la tarifa mensual e individual fijada por cada bus es de DIECIOCHO MIL TRESCIENTOS DIEZ PESOS CON CINCUENTA Y SEIS CENTAVOS M/CTE (\$18,310.056). Para un total mensual por los ciento veintidós (122) buses de DOS MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS VEINTISIETE PESOS (\$2,233,827). Para un total anual de VEINTISEIS MILLONES OCHOCIENTOS CINCO MIL NOVECIENTOS VEINTIDOS PESOS (\$26,805,922).

Para el año 2018 la tarifa mensual e individual fijada por cada bus es de DIECINUEVE MIL TRESCIENTOS NOVENTA PESOS CON TREINTA Y SEIS CENTAVOS M/CTE (\$19,390.036). Para un total mensual por los ciento veintidós (122) buses de DOS MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS (\$2,365,584). Para un total anual de VEINTIOCHO MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL TRECE PESOS (\$28,387,013).

Acorde con lo anterior, se establecerá como cifra de la indemnización la suma de OCHENTA MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL CIENTO OCHENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$80.245.185 m/cte), que estará obligada a cancelar la Sociedad Auto Fusa S.A., por el daño causado a los titulares de derechos de autor representados por la Organización Sayco Acinpro correspondiente al periodo comprendido entre el 1 de enero de 2016 al 31 de diciembre de 2018.

Respecto del nexo de causalidad entre las actuaciones del demandado y el daño, debemos mencionar que las consecuencias negativas que debió soportar el demandante se materializaron en el valor de la licencia que dejó de percibir durante los años 2016, 2017 y 2018 por el uso de las prestaciones que representa, el cual se derivó de manera directa y necesaria de la infracción cometida por la empresa Auto Fusa S.A.

En relación con el elemento de la culpa, se ha reiterado que el juicio de reproche surge de una situación concreta que es valorada a partir de sus posibilidades de realización (como capacidad, potencia o previsibilidad). Esta no radica en haber actuado mal sino en no actuar conforme al estándar de prudencia exigible. En el caso concreto, la ley es el estándar de comportamiento al atribuir a los titulares unas prerrogativas para el uso de sus obras, interpretaciones y fonogramas y al generar la obligación de solicitar la autorización y/o pago para quien los usa directamente a sus titulares o a sus representantes.

Al respecto se estableció que la licencia o autorización para el uso efectuado no se pagó a la representante de estos titulares, a pesar de que la demandante hizo acercamientos para normalizar la situación, y si bien se realizó un pago a una asociación distinta a la colectiva, no se constató que esta actuara en nombre de los titulares de los derechos y prestaciones que efectivamente fueron utilizadas en el marco de la actividad de la demandada, lo que demuestra que el comportamiento de esta, contrariando una disposición legal, no se adecuó al estándar general que le es exigido.

7. Consecuencia de la inasistencia del demandado a la audiencia de conciliación prejudicial

Procede ahora el Despacho a valorar la inasistencia del demandado a la audiencia de conciliación convocada por la Organización Sayco Acinpro, de acuerdo con la constancia que obra a folios 57 al 59 del cuaderno 1. Establece el parágrafo 1 del artículo 35 de la Ley 640 de 2001 que cuando la conciliación sea un requisito de procedibilidad para iniciar la demanda, sin perjuicio de los dispuesto en los artículos 22 y 29 de la misma norma, el

juez impondrá una multa hasta por dos (2) S.M.M.L.V, a favor del Consejo Superior de la Judicatura, a quien no haya justificado su inasistencia a dicha audiencia.

Obsérvese en la constancia referida el conciliador expresó que la parte convocada no presentó ninguna justificación por su inasistencia. Por esta razón, se le impondrá una multa de un (1) S.M.M.L.V., equivalente a NOVECIENTOS OCHO MIL QUINIENTOS VEINTISEIS PESOS M/CTE (\$908.526 m/cte), la cual deberá pagar al Consejo Superior de la Judicatura.

8. De las costas

El numeral 1 del artículo 365 del CGP, señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, las cuales están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho. También se establece en el artículo 361 del CGP, que las costas serán tasadas y liquidadas con criterios objetivos y verificables en el expediente.

Así las cosas, este Despacho condenará en costas a la sociedad Auto Fusa S.A., identificada con NIT 890.600.020-1, cuya liquidación se realizará a través de la secretaría, inmediatamente quede ejecutoriada la presente providencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 366 del CGP.

En lo referente a las agencias en derecho, de acuerdo con lo establecido en el Acuerdo No. PSAA16-10554, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, y teniendo en cuenta 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 las mismas el 3% de lo concedido fruto de las pretensiones pecuniarias, esto es DOS MILLONES CUATROCIENTOS SIETE MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS M/CTE (\$2.407.356 m/cte).

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 Auto Fusa S.A., identificada con NIT 890.600.020-1, ejecutó públicamente obras musicales y/o fonogramas cuyos titulares son representados por la Organización Sayco Acinpro – OSA, mandataria de la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia – SAYCO y de la Asociación Colombiana de Interpretes y Productores Fonográficos – ACINPRO, desde el 1 de enero de 2016 y hasta el 31 de diciembre de 2018, sin haber obtenido la autorización previa y expresa ni haber realizado el pago de la remuneración correspondiente.

SEGUNDO: Condenar a la sociedad Auto Fusa S.A., identificada con NIT 890.600.020-1, a pagarle a la Organización Sayco Acinpro – OSA, dentro de los noventa (90) días siguientes a la ejecutoria de este fallo, la suma de OCHENTA MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL CIENTO OCHENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$80.245.185 m/cte), por concepto de la comunicación pública de obras musicales y de fonogramas, de conformidad con lo mencionado en la parte considerativa de la presente providencia.

TERCERO: Negar las excepciones propuestas por el demandado.

CUARTO: Imponer multa a la parte accionada Auto Fusa S.A., identificada con NIT 890.600.020-1, por valor de un (1) salario mínimo legal mensual vigente en favor del Consejo Superior de la Judicatura equivalente a NOVECIENTOS OCHO MIL QUINIENTOS VEINTISEIS PESOS M/CTE (\$908.526 m/cte), como consecuencia de la inasistencia a la audiencia de conciliación prejudicial.

QUINTO: Condenar en costas a la sociedad Auto Fusa S.A., identificada con NIT 890.600.020-1.

SEXTO: Fijar agencias en derecho por el 3% de lo concedido fruto de las pretensiones pecuniarias, esto es, DOS MILLONES CUATROCIENTOS SIETE MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS M/CTE (\$2.407.356 m/cte).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CACB

CARLOS ANDRÉS CORREDOR BLANCO
Subdirector Técnico de Asuntos Jurisdiccionales