



**DIRECCIÓN NACIONAL
DE DERECHO DE AUTOR**

Unidad Administrativa Especial
Ministerio del Interior

**Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales, Bogotá D.C.
Sentencia del 10 de diciembre de 2021**

Rad.: 1-2019-116421
Ref.: Proceso Verbal Sumario
Demandante: Organización Sayco Acinpro - OSA
Demandado: Transportes Tatama 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 392 del Código General del Proceso (en adelante CGP).

ANTECEDENTES

1. El día 2 de diciembre de 2019, la Organización Sayco Acinpro, por intermedio de su apoderado judicial, el abogado Adolfo Rodríguez Garzón, presentó demanda contra la sociedad Transportes Tatama S.A., identificada con el NIT 891.401.747-7.
2. Mediante el Auto 02 del 27 de enero de 2020, notificado el 28 de enero siguiente, este Despacho decidió admitir la demanda referida.
3. El 13 de marzo de 2020 la sociedad demandada, contestó la demanda y formuló excepciones previas y de mérito.
4. Mediante Auto 08 del 09 de febrero de 2021, se solicitó la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.
5. Una vez finalizada la etapa escrita, el 15 de junio de 2021 se llevó a cabo la audiencia inicial, en la que se adecuó el trámite a un verbal sumario y se suspendió el proceso.
6. El 24 de junio de 2021, el Tribunal de Justicia dio respuesta, enviando la interpretación prejudicial 47-IP-2021 del 24 de junio del mismo año.
7. El 1 de diciembre de 2021 se continuó la Audiencia establecida en el artículo 392 del CGP de manera virtual. En esta, se presentaron los alegatos de conclusión y se leyó 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 pues 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, en donde alega que la sociedad de transporte público terrestre de pasajeros Tatama S.A., utiliza obras musicales y fonogramas 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 que no existe prueba de que exista comunicación pública dentro de los 14 buses afiliados, además que no corresponde a su objeto social el uso de música sino que se limita a un contrato de transporte y a su juicio, el cobro realizado por la demandante es arbitrario.

Una vez fijado el litigio y atendiendo a las pruebas aportadas y practicadas, procederá este Despacho a establecer si la sociedad Tatama S.A., comunicó obras y/o fonogramas en su flota de transporte público terrestre de pasajeros, en tal caso, se determinará si esta estaba obligada a solicitar autorización a la demandante. 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 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.

Para esto, desarrollaremos el tema de la siguiente manera: **i)** el objeto de protección; **ii)** la legitimación para actuar de la demandante; **iii)** si se configura la infracción alegada, **iv)** los elementos de la responsabilidad en este caso, lo cual nos permitirá determinar si el demandado es responsable civilmente por el no pago de lo reclamado por el demandante y **v)** se determinará si hay lugar al pago de costas.

i) Sobre el objeto de protección

El artículo 2 de la Ley 23 de 1982 y el literal c), del artículo 4 de la Decisión Andina 351 de 1993, contemplan las obras protegidas por esta disciplina y entre ellas, ampara a las composiciones musicales con letra o sin ella como objeto de protección del 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.

Es por esto que, 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, siendo, pues, el medio a través del cual una obra musical usualmente es fijada. De estos objetos protegidos, la legislación atribuye unos derechos a diferentes titulares. Mientras que del primero se reconocen derechos exclusivos a los autores y/o compositores² o a quienes hayan cedido sus derechos patrimoniales, del segundo, se reconocen derechos conexos³ a los artistas intérpretes o ejecutantes⁴ y al productor fonográfico⁵. Así lo establece la normativa autoral nacional⁶ y andina.⁷

Descendiendo al caso en estudio, la demandante afirmó en el hecho segundo del escrito petitorio, que la sociedad Tatama S.A., a través de vehículos afiliados de transporte público terrestre de pasajeros comunicó al público obras musicales y fonogramas que hacen parte de los repertorios que representan sus mandantes. Relacionó como obras musicales y fonogramas, que estaban siendo comunicadas, las siguientes: “*Su veneno*” interpretada por Aventura, “*Pecadora*” interpretada por Grupo Néctar, “*Justicia*” interpretada por Silvestre Dangond y Natti Natasha, “*Imitadora*” interpretada por Romeo Santos, “*Tuyo*” interpretada por Tito Nieves, “*Pa que vuelvas*” interpretada por Lyanno, “*Déjala*” interpretada por Tito Gómez, “*Andan diciendo*” interpretada por Ventino, Lalo Ebratt y Yera, “*Acércate al amor*” interpretada por Jorge Celedón y Sergio Luis Rodríguez, “*Te parece poco*” interpretada por Toby Love, “*Hoy se bebe*” interpretada por Nio Garcia, “*Corazón partió*” interpretada por Alejandro Sanz, “*La niña*” interpretada por Aventura, “*1.000 pedazos*” interpretada por Christina y los Subterráneos y “*Sin miedo a nada*” interpretada por Alex Ubago.

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

² Decisión Andina 351 de 1993, artículo 3. “*Autor: Persona física que realiza la creación intelectual.*”

³ “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

⁴ Decisión Andina 351 de 1993, artículo 3. “*Artista intérprete o ejecutante: Persona que representa, canta, lee, recita, interpreta o ejecuta en cualquier forma una obra.*”

⁵ Decisión Andina 351 de 1993, artículo 3. “*Productor de fonogramas: Persona natural o jurídica bajo cuya iniciativa, responsabilidad y coordinación, se fijan por primera vez los sonidos de una ejecución u otros sonidos.*”

⁶ 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.

⁷ Artículos 11, 13, 34 al 37 de la Decisión Andina 351 de 1993.

De lo anterior, se observa en las carpetas denominadas “Cuaderno 1 folio 63” y “Cuaderno 1 folio 64” obran los videos VTS_01_1.VOB, VID_20190606_154126, VID_20190607_091221 y SJS 890 (2), en los que se pueden escuchar diferentes obras y prestaciones protegidas, dentro de las que se encuentran “Su veneno” interpretada por Aventura, “Pecadora” interpretada por Grupo Néctar, y “Justicia” interpretada por Silvestre Dangond y Natti Natasha.

Así también, consta a folio 34, 37, 40 y 43 del cuaderno 1, certificaciones en las que la Sociedad de Autores y compositores de Colombia – Sayco y la Asociación Colombiana de Interpretes y Productores Fonográficos – Acinpro se refieren a las obras musicales y fonogramas antes enunciados.

Lo anterior demuestra que estamos frente a prestaciones protegidas por el derecho de autor y los derechos conexos.

ii) Sobre la legitimación para actuar de la Organización Sayco Acinpro

Identificado el objeto, este Despacho debe determinar si la entidad demandante está facultada para reivindicar en el presente proceso el derecho peticionado, en ese sentido, se debe determinar que la prerrogativa reclamada corresponde a la parte actora, como titular o como representante de él.

En el presente caso, el demandante orienta sus pretensiones a obtener la protección de los derechos patrimoniales y conexos que detentan sus mandantes, la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia - SAYCO, y la Asociación Colombiana de Intérpretes y Productores Fonográficos - ACINPRO; por lo tanto, considera el Despacho que debe analizar la naturaleza jurídica de la OSA, así como la legitimación de los mandantes.

Abordemos el tema inicialmente mencionando que el legitimado para reivindicar un derecho respecto de una obra o prestación protegida, es en efecto, el titular de la misma, ya sea este originario o derivado, sin embargo, de conformidad con el artículo 211 de la Ley 23 de 1982, el artículo 10 de la Ley 44 de 1993 y el artículo 2.6.1.2.2 del Decreto 1066 de 2015, los titulares del derecho de autor y de los derechos conexos pueden gestionar sus derechos de manera individual o de forma conjunta⁸. 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.

Dicha legitimación tiene su origen en la naturaleza de la gestión colectiva del derecho de autor y los derechos conexos, la cual es realizada por sociedades sin ánimo de lucro, con personería jurídica y autorización de funcionamiento concedidas por la Dirección Nacional de Derecho de Autor, las cuales se encargan de representar a una pluralidad de titulares afiliados a ellas, para ejercer frente a terceros los derechos exclusivos o de remuneración que correspondan con ocasión del uso de sus obras, interpretaciones, ejecuciones o fonogramas, de acuerdo con el artículo 13 de la Ley 44 de 1993; con el fin de realizar el recaudo y la posterior distribución de las remuneraciones de las sociedades de gestión colectiva se entienden mandatarias de sus asociados por el simple acto de la afiliación.

⁸ La Corte Constitucional en sus sentencia C-509 de 2004 y C-424 de 2005 los titulares del derecho de autor y de los derechos conexo o a quienes hayan cedido sus derechos, están en libertad de escoger la manera de cómo gestionaran sus derechos patrimoniales, 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 al derecho constitucional de asociación, precisando que estos mecanismos deberán ajustarse a las normas legales pertinentes vigentes.

Al respecto, este Despacho debe ser enfático en que la sociedad de gestión colectiva no es titular de los derechos, pero la ley le otorga esta facultad para iniciar acciones como la que nos ocupa, tendientes a proteger o restablecer los derechos de autor o conexos que gestiona en virtud de sus estatutos o de los contratos celebrados con entidades de gestión extranjeras.

Ahora, teniendo en cuenta que las sociedades de gestión colectiva acreditan su legitimación presunta allegando copia de sus estatutos y prueba de su existencia, observa esta Subdirección que los estatutos de SAYCO y los de ACINPRO obran en un CD a folio 63 del cuaderno 1. De igual manera, consta en el cuaderno 1 a folio 18, la Resolución número 001 y a folio 19 la Resolución número 002 en las que la DNDA reconoció personería jurídica a las sociedades de gestión colectiva SAYCO y ACINPRO, respectivamente.

Respecto de los contratos de reciprocidad, es importante resaltar que mediante dichos acuerdos una sociedad de gestión colectiva nacional representa en su territorio a una sociedad extranjera del mismo tipo en lo que atañe a la gestión de sus obras y prestaciones, estando obligada la sociedad extranjera a hacer lo mismo en su territorio, como lo menciona Ernst-Joachim Mestmäcker en su artículo publicado en el número 203 de la Revista Internacional de Derecho de Autor (RIDA). La razón de ser de dichos acuerdos es el carácter territorial del derecho de autor y en consecuencia de la gestión colectiva.

Sobre el particular, consta en el expediente certificado de registro expedido por el Jefe de Registro de la DNDA que acredita la existencia de ciento cuarenta acuerdos de reciprocidad entre SAYCO Colombia y otras sociedades de gestión colectiva, como consta a folios 27 del cuaderno 1.

De otra parte, es menester señalar que, el inciso final del artículo 2.6.1.2.9. del Decreto 1066 de 2015, refiere que quien tiene la carga de desvirtuar la presunción analizada, es el demandado, pues a él le *“corresponderá acreditar la falta de legitimación de la sociedad de gestión colectiva”*.

En el caso bajo examen, encuentra este juzgador que la accionada no probó en contrario sobre tal legitimación presunta.

En conclusión, los documentos en mención acreditan el cumplimiento de los requisitos legales para demostrar la legitimación presunta de las mandantes del actor para adelantar las acciones de recaudo y cobro en nombre de sus asociados, en el caso concreto: autores, artistas, intérpretes, ejecutantes, y productores fonográficos, por la comunicación pública de las obras musicales y los fonogramas de los que son titulares. Dado que estos documentos no fueron desacreditados por el demandado en la correspondiente oportunidad procesal, tiene como efecto lo establecido en los artículos 244, 246 y 257 del CGP, dotando de plena validez probatoria las pruebas en mención.

Ahora, frente a la relación de las sociedades de gestión colectiva SAYCO y ACINPRO con la OSA y dado que la última afirma actuar en virtud de un contrato de mandato otorgado por aquellas, debemos iniciar mencionando que de acuerdo con el artículo 2142 del Código Civil *“el mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.”*

En ese sentido, el artículo 27 de la Ley 44 de 1993 dispone que, con el propósito de garantizar el debido recaudo de las remuneraciones provenientes de la ejecución pública de las obras musicales y de la comunicación al público de los fonogramas, las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos pueden constituir una entidad recaudadora en la que tendrán asiento todas las sociedades con idéntico objeto que sean reconocidas por la DNDA.

En ejercicio de dicha facultad legal, mediante Resolución 291 del 18 de octubre de 2011, visible a folios 13 a 17 del cuaderno 1, la Dirección Nacional de Derecho de Autor reconoció personería jurídica y confirió autorización a la OSA, cuyo objetivo específico es encargarse del recaudo de las remuneraciones provenientes de la ejecución pública de las obras musicales y de la comunicación al público de los fonogramas. Junto con esta, el demandante aportó la certificación expedida por la DNDA de su existencia y representación legal, visible a folio 20 del cuaderno 1.

Posteriormente, la OSA estableció un contrato de mandato con las sociedades de gestión colectiva SAYCO, y ACINPRO, obrante en folios 21 a 26 del cuaderno 1, en cuyo objeto establece que en razón de dicho acuerdo de voluntades la OSA recauda *“las percepciones pecuniarias provenientes de la ejecución y comunicación pública de las obras literario musicales, interpretaciones, ejecuciones y producciones fonográficas, que según la ley corresponden a los autores y compositores asociados a Sayco y a los artistas, intérpretes, ejecutantes y productores del fonograma, asociados a Acinpro”*.

A su vez, el literal *b)* de la cláusula primera del contrato de mandato celebrado entre la OSA, SAYCO y ACINPRO establece que una de las funciones de ese mandato consiste en celebrar contratos con los distintos usuarios de las obras musicales, interpretaciones y ejecuciones artísticas y fonogramas.

Por su parte, el literal *c)* de la mencionada cláusula primera señala que la OSA está facultada para *“Representar a sus asociadas antes las autoridades judiciales, policivas y administrativas sobre cuestiones que se susciten con el cobro o recaudo y sobre toda otra materia relacionada con su objeto social.”*

Por lo tanto, si bien la OSA no es una sociedad de gestión colectiva, está autorizada para realizar el recaudo de los derechos patrimoniales y conexos que le confían sus asociados a través de un contrato de mandato, celebrar contratos con los usuarios de las obras y prestaciones protegidas que sus mandantes representan, y en virtud de dicha gestión tiene la capacidad para ejercer las acciones legales pertinentes para la defensa de esos derechos ante una presunta vulneración.

Adicionalmente, en la cláusula cuarta del ya mencionado contrato de mandato, acordaron que la naturaleza del mandato es con representación, por lo que, la aquí demandante está asumiendo la personería de las sociedades mandantes como si fueran estas las que demandaran en este proceso.

Con esto de presente, se puede afirmar que la OSA se encuentra facultada para reivindicar en el presente proceso los derechos que le han sido encomendados, habida cuenta de su calidad de representante de las sociedades de gestión colectiva SAYCO y ACINPRO, respecto de las cuales se encuentra verificada la legitimación presunta reconocida en nuestra norma comunitaria.

iii) Sobre la materialización de la infracción

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.

Para establecer la existencia o no de la infracción alegada, siguiendo con lo planteado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina⁹, en la interpretación prejudicial emitida dentro de este proceso, debe establecerse **i)** si la sociedad demandada comunicó al público obras musicales y fonogramas, representados por la demandante, en sus vehículos de transporte terrestre de pasajeros y, en caso de haberse efectuado, **ii)** deberá determinarse si esta contaba con autorización o no de sus titulares o si se encontraba amparado por una limitación y excepción que lo eximiera de la respectiva licencia.

⁹ 47 IP 2021 del 21 de junio de 2021, visible en el folio 254 a 267 del Cuaderno 1.

Con tal propósito, es necesario distinguir los derechos que se reclaman. De una parte, que el derecho de autor presenta un doble contenido, del cual se derivan dos tipos de prerrogativas, unas de carácter moral, que tienen como fin proteger la relación inseparable o personal que tiene el creador con su obra, y otros de carácter patrimonial, que siendo de contenido económico, facultan al autor o titular de una obra a autorizar o prohibir de manera exclusiva cualquier forma de uso, explotación o aprovechamiento conocido o por conocer respecto de la misma.

En relación con los derechos patrimoniales¹⁰, 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.

De otra parte, los titulares de derechos conexos, concretamente en este proceso, los artistas intérpretes o ejecutantes y productores fonográficos, tienen el derecho, en virtud de la utilización del fonograma con fines comerciales, a recibir una remuneración equitativa. La administración de estos derechos, en cualquiera de los casos, pueden hacerlo a través de las sociedades de gestión colectiva a las que se encuentren afiliados. Esto de acuerdo con lo establecido en el artículo 173 de la Ley 23 de 1982.

a. Sobre los actos de comunicación pública efectuados por la sociedad demandada

De acuerdo con 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 aclarar 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.

En este sentido, la ejecución es 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.¹¹

Así, los autores de obras musicales tienen la facultad exclusiva de autorizar o prohibir actos de comunicación al público de sus creaciones. Sin embargo, el productor fonográfico y los artistas intérpretes o ejecutantes no son titulares de dicha facultad, por lo que en favor de ellos solo existe un derecho a recibir una remuneración equitativa cuando un fonograma publicado con fines comerciales, o una reproducción de este, sean utilizados directamente para la radiodifusión o para cualquier otra forma de comunicación al público, de acuerdo al artículo 69 de la Ley 44 de 1993.

Conforme a lo señalado, ha de tenerse en cuenta que mientras la sociedad de gestión colectiva SAYCO tiene la facultad de oponerse a la comunicación pública de las obras que administra, la sociedad de gestión colectiva ACINPRO solo posee la facultad de exigir una remuneración por dicha forma de explotación, dejando descartada la posibilidad de que esta última sociedad pueda prohibir el uso del repertorio de fonogramas e interpretaciones y ejecuciones que administra.

Teniendo claro lo anterior, debemos determinar si la sociedad demandada, realiza actos de comunicación pública de obras musicales cuyos titulares son representados por

¹⁰ 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.*”

¹¹ Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales. DNDA. Sentencia del 21 de agosto de 2019. Proceso. 1-2018-64115.

SAYCO, sin la autorización previa y expresa, y si se está haciendo alguna utilización en forma de comunicación al público de los fonogramas y las interpretaciones fijadas, cuyos derechos son gestionados por ACINPRO, sin que se esté abonando la correspondiente remuneración

En este sentido, para que se configure la comunicación pública de acuerdo a nuestra normatividad, debe existir una 1) actividad o actuación del sujeto infractor, 2) por medio de la cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a las obras, 3) sin que concurra el requisito negativo “*sin la previa distribución de ejemplares*”.

En caso bajo análisis, se encuentran a folio 63 del cuaderno 1, dos CDs que contienen, entre otros, el video denominado “*WHK-705*” en el que se observa que la filmación la realiza una persona que se identifica como funcionario de la demandante, quien narra que el video se realiza el 22 de octubre de 2018 y muestra la parte externa de un vehículo automotor donde se distinguen las palabras “*Transportes Tatama*” y la placa WHK 705, seguido de esto, ingresa al vehículo y en su interior se puede apreciar un radio y un parlante, finalmente se escuchan fonogramas que contienen obras musicales como “*Su veneno*” interpretada por Aventura, “*Justicia*” interpretada por Silvestre Dangond y Natti Natasha, entre otros.

Adicionalmente, a folios 63 y 64 del cuaderno 1 obran los videos denominados “*VID_20190606_153607*”, “*VID_20190606_154126*” y “*SJS 890 (2)*”. Estos contienen un registro similar al mencionado del día 6 de junio de 2019 y en el vehículo con placa SJS 890, allí se escuchan los fonogramas en los que se fijaron las obras “*Imitadora*” interpretada por Romeo Santos, “*Tuyo*” interpretada por Tito Nieves, “*Pa que vuelvas*” interpretada por Lyanno, “*Déjala*” interpretada por Tito Gómez, “*Andan diciendo*” interpretada por Ventino, Lalo Ebratt y Yera, “*Acércate al amor*” interpretada por Jorge Celedón y Sergio Luis Rodríguez, etc.

Lo mismo sucede en el video “*VID_20190607_091421*” en el que se menciona como fecha de creación el 7 de julio, se ingresa al vehículo con placas WMA814 y se escuchan las obras “*Corazón partido*” interpretada por Alejandro Sanz, “*La niña*” interpretada por Aventura, “*1.000 pedazos*” interpretada por Christina y los Subterráneos, “*Sin miedo a nada*” interpretada por Alex Ubago, entre otras.

Ahora, es importante aclarar que si bien en algunos videos, así como en las fotografías que los acompañan, no se aprecia la fecha en que fueron captados, se observa que en los videos en los que sí se señala la fecha, el interior de los vehículos es idéntico al de los videos en los que no se hace alusión al día en que fueron tomados, lo que permite concluir que es una continuidad de los videos en los que si se menciona la fecha y que se trata del mismo vehículo.

En este punto, se debe hacer referencia a las alegaciones de la demandada respecto de la legalidad de las pruebas documentales (video y fotográficas), obtenidas por la demandante. Al respecto, es preciso mencionar que esto fue propuesto como la excepción de mérito “*Indebida proposición jurídica entre el hecho generador de cobro y la relación de causalidad. Carencia de valor probatorio de los videos y fotografías aportadas al proceso por la actora*”, por lo que de conformidad con lo señalado en el artículo 173 del CGP¹², durante la Audiencia Inicial celebrada el 15 de junio de 2021 este juzgador resolvió admitir dichas pruebas por gozar de plena legalidad y contra dicha decisión no se interpusieron recursos.

Ahora, es importante reiterar que en dicha oportunidad este Despacho señaló que en virtud de la filosofía del Código General del Proceso, las partes pueden acudir a los medios probatorios que consideren útiles para formar el convencimiento del juez.¹³ En el caso de las inspecciones judiciales extraprocesales, estas no son obligatorias, al

¹² Artículo 173 del Código General del Proceso: “(...) En la providencia que resuelva sobre las solicitudes de pruebas formuladas por las partes, el juez deberá pronunciarse expresamente sobre la admisión de los documentos y demás pruebas que estas hayan aportado. (...)”

¹³ Artículo 165 del CGP.

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 (...)”¹⁴.

Aunado a lo anterior, se señaló que el Tribunal Superior De Bogotá - Sala Civil en sentencia del 18 de mayo de 2021, en el proceso con radicado 11001319900520192998501, se pronunció sobre las actuaciones de recolección de pruebas realizadas por la OSA en los vehículos de transporte intermunicipal y señaló que lo recaudado fue en “entornos públicos, es decir, no se afectó la intimidad de ningún individuo (...) tampoco revela, respecto de alguna persona o grupo de personas, “origen racial o étnico, orientación política, convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, organizaciones sociales de derechos humanos o que promueva intereses de cualquier partido político o que garanticen los derechos y garantías de partidos políticos de oposición así como los datos relativos a la salud, a la vida sexual y a los datos biométricos”, pues su tratamiento se encuentra expresamente prohibido por el artículo 6º de la Ley 1581 de 2012, con las excepciones allí previstas”. Así también señala que “Los documentos no están relacionados con personas, sino con elementos físicos, como la placa del carro, la factura de venta, la identificación externa del vehículo, la emisión de sonidos [fonogramas], la identificación de la empresa a la cual está adscrito, entre otros aspectos conexos, de ninguna manera se buscó captar la apariencia física o la comunicación privada de un sujeto al que no se le hubiere tomado su consentimiento.”

Todo lo señalado llevó a concluir que, si bien este argumento fue esbozado nuevamente por el apoderado de la demandada en sus alegatos de conclusión, este Despacho se pronunció en la oportunidad correspondiente sobre las pruebas de video y fotográficas recaudados, las cuales, a la luz de la normativa procesal se adecúan a su finalidad y gozan de plena legalidad, por lo que, esta decisión quedó en firme desde la audiencia inicial.

Aunado a lo anterior, no se debe perder de vista que, en la contestación al hecho segundo de la demanda el apoderado de la demandada confiesa que al interior de los vehículos se comunica al público música al señalar que “La reproducción de música que se hace al interior de los vehículos de servicio público vinculados a la demanda es para el acompañamiento de la labor de los conductores”¹⁵.

De otro lado, no sobra señalar que el acto de comunicación efectuado por la demandada presenta el carácter de público, por cuanto no es realizado dentro de un ámbito doméstico, y le permite a un número plural e indeterminado de personas tener acceso a las obras.

Ahora, observa esta Subdirección que la sociedad demandada excepcionó en su defensa “la inexistencia de la causal legal que legitime la declaración pretendida en la acción”, argumentando que en el artículo 159 de la Ley 23 de 1982, no se señala que las empresas de transporte estén obligadas al pago de derechos de autor como si lo hace sobre la ejecución pública en teatros, cines, establecimientos comerciales.

Sobre esto debemos resaltar que, el artículo 159 *eiusdem*, al que hace referencia la demandada, contiene una lista no exhaustiva de lugares donde comúnmente se hacen actos de ejecución pública de obras, y finaliza con una clausula abierta al consagrar “(...) y en fin donde quiera que se interpreten o ejecuten obras musicales, o se transmitan por radio y televisión, sea con la participación de artistas, sea por procesos mecánicos, electrónicos, sonoros o audiovisuales”.

En este sentido, la norma que se analiza entiende que el acto de la comunicación puede ejecutarse en cualquier lugar. Al respecto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina precisó, en el caso concreto que: “el acto de comunicación será público cuando

¹⁴ Artículo 236 del CGP.

¹⁵ Se observa a folio 91 del Cuaderno 1

*se produzca para una colectividad, exceptuándose el ámbito familiar o doméstico*¹⁶. Es decir, no es determinante el lugar en el que se realiza, sino que no se efectúe en un espacio doméstico o familiar.

También es preciso mencionar que, el lucro no es un factor determinante a la hora de establecer si existe o no comunicación al público. Sobre esto, resalta Delia Lipszyc que *“se entiende por comunicación pública de una obra todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda obtener acceso a todo o parte de ella, en su forma original o transformada, por medios que no consisten en la distribución de ejemplares.*

*La comunicación se considera pública, cualesquiera que fuera sus fines, cuando tiene lugar dentro de un ámbito que no sea estrictamente familiar o doméstico y, aun dentro de este, cuando está integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo (...)*¹⁷. (Subrayado fuera del texto)

En este sentido y según lo señalado por el Tribunal Andino de Justicia en la interpretación prejudicial que atañe a este proceso¹⁸, el pago de la remuneración equitativa por el uso de fonogramas se encuentra condicionado a: *“(i) Que el fonograma haya sido publicado con fines comerciales, y (ii) que el fonograma sea utilizado única y directamente para: - la radiodifusión o – cualquier forma de comunicación al público.”* Así pues, es determinante que el productor fonográfico publique el fonograma con fines comerciales, y una vez lo haga, todo el que utilice dicho fonograma tendrá la obligación realizar el pago de la remuneración equitativa o adquirir licencia correspondiente para las obras protegidas por el derecho de autor, sin importar si del uso se obtiene un provecho económico.

Con todo, no puede negarse el hecho de que la música influye en la comodidad de los usuarios del servicio de transporte, pues se ofrece para entretener o distraer a los clientes durante el viaje, lo que se verá reflejado en el precio de los pasajes, de tal manera que estamos aquí ante una forma de explotación de las obras y prestaciones, a través de la cual se está percibiendo u obteniendo un provecho económico y por lo cual se debe remunerar de manera equitativa y proporcional a los correspondientes titulares.

Por todo lo mencionado, las excepciones *“la inexistencia de la causal legal que legitime la declaración pretendida en la acción”* y *“Cobro de lo no debido”* no están llamadas a prosperar.

En síntesis, luego del análisis jurídico y probatorio realizado en el presente proceso, se puede establecer con un grado de certeza suficiente, que los buses a través de los cuales presta el servicio de transporte la sociedad Transportes Tatama S.A., tienen dispositivos como radios y parlantes, que sirven como medios de entretenimiento a través de la utilización o comunicación generalmente de obras y prestaciones protegidas por el derecho de autor y los derechos conexos¹⁹.

b. Sobre la obligación legal frente a los titulares de derecho conexo

En el caso de los titulares del derecho conexo de mera remuneración consagrado en el artículo 69 de la Ley 44 de 1993, explicado anteriormente, no es posible hablar en sentido estricto de un uso no autorizado, ya que, al no tratarse de un derecho de exclusiva, lo que surge al probarse el efectivo uso, es una obligación de dar por parte del usuario, que se traduce en abonar una remuneración equitativa y única.

Al respecto, encuentra este juzgador que no obra en el expediente prueba de que la sociedad Transportes Tatama S.A. hubiere pagado una remuneración equitativa a los

¹⁶ Tribunal Andino de Justicia. Proceso 47-IP-2021.

¹⁷ Delia Lipszyc, Derecho de autor y derechos conexos, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) – Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe (CERLALC)- Víctor P. de Zavalia S.A., Buenos Aires, 1993, p.183.

¹⁸ Tribunal Andino de Justicia. Proceso 47-IP-2021.

¹⁹ Por ejemplo, a través de la radio se pueden escuchar interpretaciones y ejecuciones fonogramadas o no, programas radiales, la declaración de una obra escrita.

productores de fonogramas y las artistas intérpretes o ejecutantes por el uso de sus prestaciones protegidas.

c. Sobre la obligación legal frente a los titulares de derecho de autor

Recordemos en este momento que los titulares de derechos patrimoniales de autor ostentan el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la utilización de sus creaciones, por lo que, acreditada la comunicación pública de las obras, es necesario determinar si la accionada contaba con la autorización necesaria para llevar a cabo dichos actos.

Observa el Despacho que la demandante asevera que envió ofertas, liquidaciones y realizó visitas al extremo pasivo de la litis, puntualmente se observa a folio 46 del cuaderno 1, copia de la liquidación realizada por la Organización Sayco Acinpro a la sociedad Transportes Tatama S.A. por el periodo comprendido en los años 2018 y 2019, y con fecha límite de pago del 5 de diciembre de 2019, sin embargo, no se acreditó que esta hubiera sido enviada al domicilio de la sociedad ni prueba de su recibido. Así tampoco, se puede inferir que la sociedad demandada tuvo conocimiento de dicha oferta.

Ahora bien, a folios 61 a 64 del cuaderno 1, obra copia de la constancia de no acuerdo resultado de la audiencia de conciliación convocada por el demandante con el objeto de *“conciliar las diferencias surgidas entre las partes con relación con la presunta utilización de obras musicales representadas por la ORGANIZACIÓN SAYCO ACINPRO-OSA sin la correspondiente autorización”*. Este documento da cuenta de los acercamientos propiciados entre las partes para que se obtuviera la autorización para el uso de las obras y se concertara la tarifas.

Así, no obran en el plenario medios de convicción que permitan concluir que la comunicación pública de obras representadas por la Organización Sayco Acinpro, efectuada por la demandada en sus vehículos de transporte público terrestre de pasajeros, se hiciera con la correspondiente autorización de los titulares de las obras. De esta manera se cumplen los criterios establecidos por el Tribunal de Justicia Andino, para establecer la materialización de la infracción a los derechos representados por la demandante, por parte de la sociedad Transportes Tatama S.A.

iv) 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, la infracción es el daño en sí mismo que se demostró en la comunicación pública de obras musicales y prestaciones protegidas en los vehículos de transporte de pasajeros de la empresa demandada sin que esta hubiere solicitado la respectiva licencia de sus titulares o representantes ni se hubiere pagado el derecho de remuneración.

Sobre el particular, alega el apoderado de la demandada en sus alegatos de conclusión, que no se aportó prueba suficiente de la comunicación pública de obras musicales en todos los vehículos vinculados a la Sociedad de Transportes Tatama S.A., por cuanto solo se aportó prueba de los operativos realizados en dos de los buses afiliados y algunas fotografías en las que no se logra determinar la existencia de comunicación pública. Sin embargo, es pertinente recordar que los documentos obrantes en el proceso están dirigidos a probar la infracción de la sociedad demandada por la utilización de obras musicales sin la autorización requerida, y en consecuencia, su

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.

responsabilidad; por lo que no resulta necesario individualizar dicha utilización por parte de cada uno de los vehículos y en cada trayecto, pues basta con probar que la demanda cometió la infracción que se alega.

El demandante demostró que sus mandantes, Sayco, como administradora de los derechos patrimoniales de comunicación pública, recauda y entrega a sus socios *“las percepciones pecuniarias proveniente de los derechos de autor de las obras.”*²² Y con base en el recaudo obtenido por cada afiliado, se le reconoce unos derechos y obligaciones. Así también, dentro de sus atribuciones está la de conceder o negar autorizaciones a los usuarios para utilizar las obras de sus socios y las que le encomienden entidades similares extranjeras.²³

Respecto de Acinpro, aportó reforma de sus estatutos a folio 63 del Cuaderno 1, en el archivo denominado “ESTATUTOS ACINPRO”, en donde contempla como objeto principal de la sociedad, en su artículo 3, *“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 de derechos que estén afiliados a la entidad, (...)”*. Dentro de sus facultades está el de autorizar o prohibir la comunicación al público de los derechos de sus asociados, *“y las que por delegación o representación se le encomienden mediante contratos o autorizaciones especiales, tanto en Colombia como en el exterior.”*²⁴. A su vez, sus asociados tienen derecho a recibir periódicamente los derechos que genere la ejecución pública de sus interpretaciones fonogramadas y de sus fonogramas.²⁵

De acuerdo con lo anterior, en el caso concreto, la consecuencia del daño se materializa en el lucro cesante dejado de recibir alegado por el demandante; ya que 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 transportes²⁶. Pago que, como se constata de los estatutos de sus mandatarias, posteriormente es distribuido a sus afiliados. Dineros que dejó de percibir la demandante por el no pago del valor que usualmente recibe por concepto de la gestión de los derechos de remuneración y que cobra por otorgar la respectiva autorización de uso.

Respecto de la cuantificación del daño, el artículo 57 de la Ley 44 de 1993 da 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 hipotética, el demandante presentó bajo juramento la estimación de los perjuicios. A pesar de que el demandado objetó dicha cuantificación, esta no fue considerada en tanto no se adecuó a lo establecido en el artículo 206 del CGP, también, la misma fue cuestionada nuevamente en los alegatos de conclusión por parte del apoderado de la sociedad demandada, sin embargo, no era esta la etapa procesal oportuna para tal reproche.

En consecuencia, en firme el juramento estimatorio, se tiene como efecto que el monto jurado por SEIS MILLONES CIENTO TREINTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS CUARENTA PESOS (\$6.135.640) sea prueba de la cuantificación del daño.

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.

²² Estatutos de Sayco. Artículo 5 literales a y d. Folio 63 cuaderno 1, archivo denominado “ESTATUTOS SAYCO”

²³ Estatutos de Sayco. Artículo 5 literal i. Folio 63 cuaderno 1, archivo denominado “ESTATUTOS SAYCO”

²⁴ Artículo 4°, literal e.

²⁵ Artículo 12°, literal a.

²⁶ Se observa a folio 63 del cuaderno 1, en el archivo denominado “8. REGLAMENTO DE TARIFAS”

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 constituir para quienes usan estas prestaciones la obligación de solicitar la autorización y en el caso de los derechos conexos enunciados pagar la remuneración correspondiente.

Así, del análisis de la materialización de la infracción, se estableció que la demandada comunicó al público obras representadas por el actor sin haber solicitado la respectiva autorización a su contraparte, teniendo la obligación legal de hacerlo. Este uso de prestaciones protegidas por el derecho de autor y conexos, representados en este escenario por la demandante, causaron el perjuicio alegado, pues el estándar de comportamiento señala que, para el uso de obras musicales, interpretaciones y/o fonogramas debe solicitarse la respectiva autorización y/o realizar el correspondiente pago, según corresponda. Es decir, que el comportamiento de la demandada demuestra que no se adecuó al estándar general de cuidado y que esta omisión produjo el daño alegado por su contraparte. De esta manera se acreditan los supuestos de la responsabilidad civil extracontractual de la sociedad demandada.

v) 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 Transportes Tatama S.A.S., identificada con NIT 891401747-7, 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 5% de lo concedido fruto de las pretensiones pecuniarias, esto es TRESCIENTOS SEIS MIL SETESCIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS M/CTE (\$306.782 m/cte).

En mérito de lo expuesto, María Fernanda Cárdenas Nieves, Profesional Universitario 2044 grado 08, de la Subdirección Técnica de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar que la sociedad Transportes Tatama S.A., identificada con NIT 891401747-7, 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 2018 y hasta el 31 de octubre de 2019, sin haber obtenido la autorización previa y expresa ni haber realizado el pago de la remuneración correspondiente.

SEGUNDO: Condenar a la sociedad Transportes Tatama S.A., identificada con NIT 891401747-7, a pagarle a la Organización Sayco Acinpro – OSA, dentro de los noventa (90) días siguientes a la ejecutoria de este fallo, la suma de SEIS MILLONES CIENTO TREINTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS CUARENTA PESOS (\$6,135,640), 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: Condenar en costas a la sociedad Transportes Tatama S.A., identificada con NIT 891401747-7.

QUINTO: Fijar agencias en derecho por el 5% de lo concedido fruto de las pretensiones pecuniarias, esto es, TRESCIENTOS SEIS MIL SETESCIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS M/CTE (\$306.782 m/cte).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARIA FERNANDA CÁRDENAS NIEVES
Profesional Universitario 2044 grado 08
Dirección Nacional de Derecho de Autor