



DNDA
Dirección Nacional
de Derecho de Autor
Ministerio del Interior

Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales, Bogotá D.C.
Sentencia del 19 de octubre de 2022

Rad: 1-2019-104163
Ref.: Proceso Verbal Sumario
Demandante: Organización Sayco Acinpro
Demandado: A&S Turísticos S.A.S.

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 24 de octubre de 2019, la Organización Sayco Acinpro – OSA (en adelante OSA), a través de su apoderado, presentó demanda contra la sociedad A&S Turísticos S.A.S., identificada con el NIT 830.054.833-1.
2. Mediante el Auto 1 del 12 de noviembre de 2019, notificado por Estado No. 156 del 13 de noviembre siguiente, este Despacho decidió admitir la demanda referida.
3. El 8 de julio de 2020, la sociedad demandada, contestó la demanda de forma extemporánea.
4. Una vez finalizada la etapa escrita, el 27 de mayo de 2021 se inició de manera virtual la audiencia del artículo 392 del CGP, y en ella, se ordenó la suspensión del proceso hasta recibir la interpretación prejudicial solicitada al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.
5. El día 27 de mayo de 2021 se allegó la interpretación prejudicial 128-IP-2021 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.
6. El día 4 de octubre se continuó con la audiencia del artículo 392 del CGP, y en ella se indicó que el uso de tecnologías de la información y de las comunicaciones eventualmente pueden presentar fallas que no son de control del Despacho, por ello, con el fin de facilitar la comprensión de la sentencia, esta se emitirá escrita pues las posibles fallas en la conexión a internet pueden obstaculizar el derecho de contradicción y defensa de las partes.

CONSIDERACIONES

1. Sobre el objeto de protección

La obra es definida en el artículo 3 de la Decisión Andina 351 de 1993, como toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser reproducida o divulgada por cualquier medio, tal como los libros, los folletos, las conferencias, las composiciones musicales con letra o sin ella, las obras dramáticas, las obras audiovisuales, de bellas artes, los programas de computador, etc.; y de manera congruente con las disposiciones de nuestra norma comunitaria, las composiciones musicales con letra o sin ella fueron señaladas en el listado no taxativo de creaciones protegidas del artículo 2 de la ley 23 de 1982, por lo que es claro que estas se encuentran protegidas por la legislación autoral.

Por otra parte, en el escenario de los derechos conexos, si bien estos últimos evocan cierta analogía con el derecho de autor, no se les puede considerar como símiles entre sí, ya que en las palabras de Desbois, 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.¹

Dentro de los intereses protegidos en el marco de los derechos conexos y que nos interesan en el caso en concreto, encontramos las producciones fonográficas, definidas en el artículo 3 de la Decisión Andina 351 de 1993 como toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una representación o ejecución, o de otros sonidos, así como las interpretaciones y ejecuciones fijadas en dichos fonogramas.

Descendiendo al caso, se indicó en el escrito petitorio que durante la inspección judicial al establecimiento de comercio Hotel Hunza se evidenció la comunicación y almacenamiento de obras y producciones musicales representadas por SAYCO y ACINPRO dentro de las que se encontraban: Don't Let me Down, Titanium, A Thousand Years, Perfect Symphony, Photograph, Bring me to Life, Fade To Black, Centuries, Faded, Just The Way You Are, Could you be Loved, Dance Dance, Lose Yourself de los autores Taggart Andrew, Guetta Pierre David, Perri Christina Judith, Sheeran Matthew Patrik, Mcdaid Jhon, Hodges David, Burton Clifford Lee, Vega Suzanne, Greve Gunnar, Lawrence Philip Martin, Marley Bob, Hurley Andrew Jhon y Resto Luis Edgardo.

De lo anterior, el perito en su dictamen señaló que tomó dos fotografías² de “*algunas canciones*” que se encontraban dentro de una USB en el establecimiento Hotel Hunza,³ que se observa corresponden con las obras que fueron anteriormente enunciadas por la accionada.

Así también, constan las certificaciones en las que la Sociedad de Autores y compositores de Colombia – SAYCO⁴ y la Asociación Colombiana de Interpretes y Productores Fonográficos – ACINPRO⁵ se refieren a las obras musicales y fonogramas antes referidos.

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

2. 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 los derechos peticionados, en ese sentido, se debe determinar que las prerrogativas reclamadas corresponden 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 esta 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 conjunta.⁶

¹ LIPSZYC, Delia. Derecho de Autor y Derechos Conexos. Impresiones Avellaneda S.A., 1993, Pág. 348

² Documento denominado “20190125_141235” dentro de la carpeta “PERITAJE HOTEL HUNZA” del “Cuaderno 2 folio 54” del expediente.

³ Página 54 del documento denominado “Cuaderno 2 folio 54” dentro de “Cuaderno 2” del expediente.

⁴ Página 201 dentro del documento “Cuaderno 1 folio 1 al 212” del “Cuaderno 1” del expediente.

⁵ Páginas 202 y 203 dentro del documento “Cuaderno 1 folio 1 al 212” del “Cuaderno 1” del expediente.

⁶ 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 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.

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 (en adelante DNDA), estas 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.

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 fueron aportados al expediente los estatutos de SAYCO⁷ y de ACINPRO,⁸ así como sus certificados.^{9 10}

Asimismo, consta en las páginas 30 y 32 del “Cuaderno 1 folio 1 al 212”, la Resolución número 001 y la Resolución número 002 en las que la DNDA reconoció personería jurídica a las sociedades de gestión colectiva SAYCO y ACINPRO.

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.

Sobre el particular, consta en el expediente certificado expedido por la Coordinación de Asuntos Internacional de la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia¹¹ que acredita la existencia de noventa y siete acuerdos de reciprocidad entre SAYCO COLOMBIA y otras sociedades de gestión colectiva.

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”, no obstante, en el caso bajo examen, el accionado no acreditó la falta de legitimación.

Así las cosas, 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.

⁷ Página 34 dentro del documento “Cuaderno 1 folio 1 al 212” del “Cuaderno 1” del expediente.

⁸ Página 75 dentro del documento “Cuaderno 1 folio 1 al 212” del “Cuaderno 1” del expediente.

⁹ Página 31 dentro del documento “Cuaderno 1 folio 1 al 212” del “Cuaderno 1” del expediente.

¹⁰ Página 33 dentro del documento “Cuaderno 1 folio 1 al 212” del “Cuaderno 1” del expediente.

¹¹ Página 142 dentro del documento “Cuaderno 1 folio 1 al 212” del “Cuaderno 1” del expediente.

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 por conceptos de derecho de autor y derechos conexos, las sociedades de gestión colectiva pueden constituir una entidad recaudadora en la que tendrán asiento todas las sociedades con idéntico objeto que sean reconocidas por la DNDA.

Ahora, en el ejercicio de dicha facultad legal las sociedades de gestión colectiva SAYCO y ACINPRO decidieron suscribir un contrato de mandato con la OSA,¹² en cuyo objeto establece que en razón de dicho acuerdo de voluntades esta recaudará *“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”*.

Es decir, que SAYCO y ACINPRO optaron de manera voluntaria por restringir a través de dicho contrato el propósito general otorgado por imperio de la ley a la entidad recaudadora, y en ese sentido, únicamente le es permitido gestionar el derecho de comunicación pública respecto de estas sociedades de gestión colectiva.

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 recaudo de la ejecución y comunicación pública de las obras literario musicales, interpretaciones, ejecuciones y producciones fonográficas que le confían sus asociados a través del 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 el derecho de comunicación pública que le han sido encomendado a través de mandato, 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.

2.1. Falta de legitimación de la OSA para reivindicar el derecho de reproducción en la modalidad de almacenamiento digital respecto de SAYCO.

¹² Página 132 dentro del documento *“Cuaderno 1 folio 1 al 212”* del *“Cuaderno 1”* del expediente.

Dentro de los estatutos de SAYCO puede apreciarse en el literal c) del artículo 4 que dicha sociedad se encuentra facultada para:

“Administrar los derechos de sus socios de conformidad con los presentes estatutos y el parágrafo del Artículo 12 de la ley 44/93. En consecuencia, el objetivo principal de Sayco 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 – en el sentido de la ley - de las obras literarias (orales y escritas), musicales (con o sin letra), teatrales (comprendidas las dramáticas, dramático-musicales, coreográficas y pantomímicas (...))”*

En ese sentido, si bien se observa que la sociedad de gestión colectiva se encuentra facultada para administrar el derecho patrimonial de reproducción de sus socios, recordemos que en virtud del contrato de mandato suscrito entre SAYCO y la OSA esta última únicamente se encuentra autorizada para recaudar el derecho de comunicación pública.

Así las cosas, no se encuentra legitimada para reivindicar el derecho de reproducción en la modalidad de almacenamiento digital respecto de SAYCO.

1.2. Falta de legitimación de la OSA para reivindicar el derecho de reproducción en la modalidad de almacenamiento digital respecto de ACINPRO.

Por otra parte, el objeto principal de ACINPRO se encuentra estipulado en el artículo 3 de sus estatutos, el cual determina:

El objeto principal de la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE INTÉRPRETES Y PRODUCTORES FONOGRAFICOS es la reunión de personas naturales, jurídicas, o ambas, que se afilian con el objeto de proteger, gestionar, recaudar, y administrar los derechos conexos de comunicación pública de los artistas intérpretes o ejecutantes musicales y de los productores de fonogramas SOCIOS, correspondientes tanto a titulares originarios, titulares derivados o licenciarios, que se encuentren en cualquiera de los supuestos de protección previstos en el ordenamiento jurídico colombiano, así como promover la racionalización, desarrollo, y proyección de las actividades que les son comunes. (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior puede concluirse que ACINPRO en virtud de sus estatutos tiene como objeto gestionar únicamente el derecho de comunicación pública.

Ahora, si bien se observa una *“solicitud y autorización gestión derecho de reproducción en la modalidad de almacenamiento digital”*,¹³ expedida por ACINPRO y dirigida a la OSA, lo que en gracia de discusión podría entenderse como una extensión al contrato de mandato, recordemos que los estatutos la limitan a gestionar únicamente los derechos conexos de comunicación pública de los artistas intérpretes o ejecutantes musicales y de los productores de fonogramas. Y si bien se observa en el parágrafo segundo del artículo referido que en este se señala que *“De acuerdo a la ley y los estatutos, los SOCIOS podrán encomendar o confiar a la ASOCIACIÓN otros derechos conexos de contenido patrimonial reconocidos por el ordenamiento jurídico y diferentes a la comunicación al público, mediante las modalidades de mandato específico, contrato de reciprocidad o autorización especial”*, lo cierto, es que no fue aportado al proceso alguno de estos documentos que evidencie que en la presente causa los productores fonográficos, artistas intérpretes o ejecutantes de las obras que se utilizaron le encomendaron a ACINPRO la gestión del derecho de reproducción.

Sumado a lo anterior, en la solicitud que fue expedida por ACINPRO¹⁴ respecto de la autorización de la gestión del derecho de reproducción, también se observó que de esta se encuentran excluidos:

“(…) los catálogos de los productores fonográficos socios de APDIF, determinándose que dicha entidad asumirá en forma directa la gestión de los derechos de sus asociados, los cuales se relacionan a continuación:

¹³ Página 198 dentro del documento “Cuaderno 1 folio 1 al 212” del “Cuaderno 1” del expediente

¹⁴ Página 198 dentro del documento “Cuaderno 1 folio 1 al 212” del “Cuaderno 1” del expediente

SONY MUSIC, BMG, UNIVERSAL MUSIC, CODISCOS, JAN MUSIC, FM ENTRETENIMIENTO, DISCOS ORBE, WARNER MUSIC, ORIFIN, STAR ARSIS, DISCOS FUENTES, EMI MUSIC, DISCOS LAGS Y BETOYOU.”

Por lo que al constatarse en el certificado suscrito por la Secretaria General de la ACINPRO,¹⁵ en el cual señalan los fonogramas, intérpretes y productores fonográficos que fueron comunicados al público en establecimiento Hotel Hunza y se observa que los últimos son las sociedades SONY MUSIC, UNIVERSAL MUSIC y WARNER MUSIC, por lo que puede concluirse que ACINPRO no se encuentra legitimada para solicitar la reivindicación sobre el derecho de reproducción en relación con dichas prestaciones protegidas.

3. Sobre la infracción

Es preciso señalar que el derecho de autor presenta un doble contenido, del cual se derivan dos tipos de prerrogativas o derechos, unos 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 conocida o por conocer respecto de la misma.

En relación con los derechos patrimoniales, 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.

Siendo el objeto de análisis en la presente causa los derechos patrimoniales y en especial el de comunicación pública, ya que se menciona en la demanda que en el establecimiento de comercio Hotel Hunza se ha realizado ejecución pública de obras audiovisuales, musicales y/o fonogramas del repertorio administrado por las mandantes de la Organización Sayco Acinpro - OSA, a través de radios, consola de sonido, parlantes y televisores, se procederá a estudiar la posible afectación de este en el caso concreto.

Ahora bien, según lo establece el artículo 15 de la Decisión Andina 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. Este derecho patrimonial, el cual debe entenderse de manera amplia como un género, admite varias especies o modalidades, entre las que encontramos, la representación, la ejecución o 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 que se predica entre otras, respecto de las obras musicales, con o sin letra, que 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.

Frente al derecho de mera remuneración de los productores fonográficos, los intérpretes, ejecutantes, es importante precisar que la infracción debe mirarse desde una óptica diferente, ya que no existe en este caso un derecho exclusivo de autorizar o prohibir, por el contrario, lo que existe es un derecho a recibir una remuneración equitativa por ciertos usos respecto de una obra o prestación protegida.

Así entonces, a parte del derecho exclusivo de comunicación pública, explicado anteriormente, para el caso que nos interesa, encontramos la existencia de un derecho de mera remuneración de titularidad del productor fonográfico y del artista interprete o ejecutante, que surge cuando un fonograma publicado con fines comerciales, o una

¹⁵ Páginas 202 y 203 dentro del documento “Cuaderno 1 folio 1 al 212” del “Cuaderno 1” del expediente

reproducción de este, sean utilizados directamente para radiodifusión o para cualquier otra forma de comunicación al público, y que consiste en que el utilizador deberá abonar una remuneración equitativa y única destinada a ambos tipos de titulares, de acuerdo al artículo 69 de la Ley 44 de 1993.

En este caso, no hay por parte del titular una facultad exclusiva de autorizar o prohibir la utilización del elemento o prestación protegida, por el contrario, solo existe un derecho a recibir una remuneración equitativa cuando se evidencia o materializa el uso correspondiente.

Así las cosas, 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 en el establecimiento de comercio de la sociedad demandada, se realizan actos de comunicación pública de obras musicales cuyos titulares son representados por 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 con nuestra normatividad, debe existir una i) actividad o actuación del sujeto infractor, ii) por medio de la cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a las obras, iii) sin que concurra el requisito negativo *“sin la previa distribución de ejemplares”*.

Antes de realizar un estudio de las pruebas es pertinente resaltar que el extremo pasivo no contestó la demanda, y de conformidad con el artículo 97 del CGP no cumplir con la carga de contestar el escrito petitorio hará presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda.

En este sentido, en virtud de la falta de la contestación de la demanda, se presumirá como cierto el hecho quinto del escrito petitorio, esto es que en el establecimiento de comercio Hotel Hunza, se han realizado ejecuciones públicas de obras musicales y fonogramas del repertorio administrado por SAYCO y ACINPRO.

Aunado a lo anterior, esta Subdirección observó de la prueba extraprocesal de inspección judicial con intervención de perito¹⁶ que en el parqueadero, restaurante, pasillos del hotel, para el momento de la diligencia se escuchaba música y se visualizaron sistemas para la reproducción de la misma. Asimismo, se encontró en los salones Cristales, Bachué, Boyacá *“sistemas para la reproducción de música”*.¹⁷ Igualmente, el perito en su dictamen señaló *“(…) Se deja constancia que si existen dispositivos o aparatos para hacer sonar la música, la que se escucha en el hotel (...) estos equipos son: un equipo de reproducción amplificador (Master), que la reproduce a los parlantes ubicados entre las placas de entepiso y el falso techo, esta música es leída desde el reproductor amplificador, de una memoria de 4 gigas, la cual se reproduce y suena en el día y parte de la noche, de manera repetitiva hasta 4 o 5 veces al día.*¹⁸ Igualmente, durante el interrogatorio el representante legal de la demandada refirió que *“se reproduce música en la zona de recepción en el lobby”*.¹⁹

En relación con las habitaciones, se observó en el acta de la inspección judicial que ingresaron a cinco (5) de ellas donde se encontraron *“(…) televisor y un dispositivo de radio con posibilidad de conectar memoria USB, tienen DIREC TV y funciona, en la*

¹⁶ Páginas 20 a 59 del documento denominado “Cuaderno 2 folio 1 a 70” dentro del “Cuaderno 1” del expediente virtual.

¹⁷ Página 22 del documento denominado “Cuaderno 2 folio 1 a 70” dentro del “Cuaderno 1” del expediente virtual.

¹⁸ Página 53 del documento denominado “Cuaderno 2 folio 1 a 70” dentro del “Cuaderno 1” del expediente virtual.

¹⁹ Minuto 38:40 “Audiencia Artículo 372 CGP – 20210527_085954” dentro de la carpeta denominada “Cuaderno 2 folio 123 Aud 372 CGP”

*habitación 1205 es una SUITE y se encontró allí dos televisores y un dispositivo de radio con puerto para USB, con operador de DIRECT TV, los cuales funcionan.*²⁰ Asimismo, el perito señaló que en las habitaciones del hotel se encontraron televisores *“los cuales tienen canales de música, que son los que incluyen en el plan adquirido por el Hotel (...) y de la misma forma radios Reloj de mesa”*.²¹

Al respecto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en su interpretación prejudicial 128 de 2021 ha señalado que *“Cuando un hotel u otro establecimiento de hospedaje coloca parlantes, televisores, altavoces o cualquier dispositivo capaz de difundir palabras o sonidos (en adelante dispositivos) en las habitaciones de los huéspedes, así como en ambientes como el lobby, el bar, el restaurante, el gimnasio u otros espacios de uso común, y a través de dichos dispositivos se difunden obras musicales o fonogramas ello califica como un acto de comunicación pública de dichas obras musicales o fonogramas en los términos previstos en el Literal f) del Artículo 15 de la Decisión 351.*

A través de la instalación de tales dispositivos por medio de los cuales los huéspedes tienen la capacidad (potencial) de poder acceder a las obras musicales o fonogramas, los hoteles como intermediarios, realizan un acto de comunicación pública de dichas obras para con sus huéspedes. En consecuencia, los hoteles deben obtener la correspondiente autorización de los titulares de las obras musicales o fonogramas (v.g., autores, intérpretes, artistas, compositores, productores, etc.), posiblemente representado por una sociedad de gestión colectiva, lo que significa que esta puede exigir el pago de las remuneraciones correspondientes.

(...) Es importante tener presente, como acertadamente lo sostiene Eduardo de la Parra Trujillo, que:

... lo más relevante para efectos jurídicos, es que los actos de comunicación pública, para ser tales, no requieren el acceso efectivo a las obras por parte de los huéspedes, pues basta solo la mera puesta a disposición de las obras al público para considerarse un acto de comunicación pública sujeto a derechos de autor.”

En síntesis, luego del análisis jurídico y probatorio realizado en el presente proceso, se puede establecer con un grado de certeza suficiente, que en las habitaciones y áreas comunes del Hotel Hunza se realizan actos de comunicación al público de obras y prestaciones protegidas cuyos derechos son gestionados por las sociedades de gestión colectiva mandantes de la organización demandante, sin la correspondiente autorización previa y expresa.

Para finalizar, es preciso señalar que si bien durante el interrogatorio el representante legal de la accionada refirió que pagaba derechos de autor y conexos a ANAICOL,²² ese pagó solo lo faculta para usar las obras que conforman el repertorio de dicha sociedad y no sustituye en ningún momento la autorización exigida para la utilización de obras y/o fonogramas administradas por las sociedades de gestión colectiva SAYCO y ACINPRO.

• **Del derecho de reproducción en la modalidad de almacenamiento digital**

El doctrinante Ernesto Rengifo ha referido que *“el almacenamiento de una obra, en su totalidad o parte de ella, en la memoria interna de un computador (input), constituye un acto de reproducción, como también la inclusión de ella en la unidad de almacenamiento externo de un computador.”*²³

En el caso en concreto, el perito en su dictamen señaló que durante la inspección fue encontrada una memoria USB con capacidad de almacenamiento de cuatro (4) gigas, la cual contiene las canciones que se reproducen con música en el Hotel Hunza.

²⁰ Páginas 22 y 23 del documento denominado “Cuaderno 2 folio 1 a 70” dentro del “Cuaderno 1” del expediente virtual.

²¹ Páginas 54 y 55 del documento denominado “Cuaderno 2 folio 1 a 70” dentro del “Cuaderno 1” del expediente virtual.

²² Minuto 39:56 “Audiencia Artículo 372 CGP – 20210527_085954” dentro de la carpeta denominada “Cuaderno 2 folio 123 Aud 372 CGP”

²³ Rengifo García, Ernesto. Propiedad Intelectual - El Moderno Derecho de Autor. Bogotá D.C.: 1996 pág. 159.

Asimismo, arguyó que *“se captaron dos fotografías, en las que se observa el pantallazo, de algunas canciones, de la mayúscula lista de reproducción contenidas en la memoria enunciada anteriormente y la cual no está a disposición del público, ya que reitero, se reproduce el contenido de todas las canciones de la memoria USB desde la primera hasta la última de manera continua y es repetida cuando se termina el listado de las mismas.”*

Las anteriores afirmaciones permiten concluir que en el establecimiento de comercio del Hotel Hunza existió reproducción en la modalidad de almacenamiento digital de obras musicales y fonogramas, no obstante, la accionante no se encuentra legitimada para reivindicar este derecho en la presente causa.

4. El daño y perjuicio que se causó

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

A pesar de que toda responsabilidad civil parte de la noción antes mencionada, de tiempo atrás se ha diferenciado principalmente entre la responsabilidad civil extracontractual y la contractual, cuya distinción radica en el tipo de derecho que es vulnerado. La lesión causada a un derecho subjetivo da lugar a la responsabilidad extracontractual²⁴, y la lesión a los derechos de crédito, que nacen de los contratos, a la responsabilidad contractual²⁵.

Es pertinente señalar que el fundamento de la responsabilidad puede ser subjetivo, caso en el cual no todo daño causado a otro hace responsable a su autor, ya que tiene un papel determinante el elemento subjetivo o interno del sujeto, es decir, se exige que el autor del daño haya obrado culposamente, de tal manera que los daños causados sin dolo o culpa no son objeto de reparación.

Teniendo claro lo anterior, podemos señalar los cuatro elementos que se deben dar para que exista responsabilidad civil subjetiva: a) una conducta que sea la causa del daño; b) que la conducta haya sido dolosa o culposa; c) un daño o perjuicio; d) que entre el daño y la conducta exista un nexo causal²⁶.

Si bien el Código Civil no menciona de manera expresa la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que, todo daño imputable a culpa de una persona debe ser reparado por ésta, consagrando así la responsabilidad por culpa *aquilliana* para las personas morales²⁷.

Tomando en consideración lo mencionado anteriormente, en torno a la responsabilidad civil de las personas jurídicas, se analizará si en el presente caso la sociedad A&S Turísticos S.A.S., está obligada o no a reparar el daño que le haya podido causar a los titulares de derechos de autor, representados por la entidad demandante. Para tal fin, se tendrá que verificar si se configuran los ya mencionados elementos de la responsabilidad subjetiva.

²⁴ Artículos 2341 a 2360 del Código Civil.

²⁵ Artículos 1602 a 1617 del Código Civil.

²⁶ Valencia Zea, Arturo; Ortiz Monsalve, Álvaro. Derecho Civil Tomo III. Bogotá D.C.: Temis. 2010 pág. 182.

²⁷ Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil del 28 de octubre de 1975, Magistrado Ponente: Humberto Murcia Ballen.

De antaño se ha señalado que el daño es la lesión o menoscabo de algún interés legítimamente protegido o de alguno de los derechos subjetivos de las personas.²⁸ En cuanto a la tipología del daño, podemos afirmar que este es material cuando nos encontramos ante la destrucción o menoscabo de alguno de los derechos patrimoniales de una persona, ya sea en forma directa o indirecta, e inmaterial o moral, cuando se produce una lesión o afectación de orden interno a los sentimientos o al honor de las personas.²⁹

En el caso del derecho de autor, como ya lo hemos mencionado, el objeto de protección son las obras y la protección jurídica de estas se ve reflejada a través de una serie de derechos de carácter exclusivo. Así entonces, la infracción de alguna de estas prerrogativas materializa el daño, precisamente porque se le priva al titular de la facultad de ejercer el derecho que solo le corresponde a este, afectándole así sus intereses legítimos en relación con las obras, como lo sería, por ejemplo, recibir una remuneración proporcional por la explotación o utilización de las mismas.

En este sentido, al haber infringido la sociedad accionada los derechos patrimoniales de los titulares de derechos exclusivos representados en este proceso por la Organización Sayco Acinpro – OSA, se le causo a los mismos un daño de carácter material, ya que no solamente se les impidió ejercer su facultad exclusiva de autorizar o prohibir la utilización de las obras, sino que se vio menoscabado su interés legítimo de obtener una remuneración por la utilización o explotación de las mismas, el cual se manifiesta como lucro cesante por aquellos ingresos que debiendo entrar a su patrimonio en el curso normal de los acontecimientos, esto es, con la licencia correspondiente, nunca lo hicieron debido a la utilización sin autorización previa y expresa de sus obras.

5. La cuantificación del daño y perjuicio

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

En cuanto este aspecto, la accionante solicitó que se condene a A&S Turísticos S.A.S. a pagar la suma de ONCE MILLONES TRESCIENTOS VEINTITRÉS MIL CUATROCIENTOS PESOS M/CTE (\$11.323.400), por concepto de lucro cesante.

Ahora, respecto de la objeción al juramento estimatorio, debemos recordar que en el Auto 2 del 27 de noviembre de 2020 se señaló que en virtud de que el extremo pasivo de la litis no contestó la demanda, se tendría por no presentada la objeción al juramento estimatorio y como consecuencia este Despacho tendría como prueba del monto de la indemnización el valor estimado por la parte demandante.

No obstante, dado que se evidenció que la demandante no se encuentra legitimada para solicitar el pago por almacenamiento digital, el cual asciende al monto de TRESCIENTOS SESENTA MIL QUINIENTOS PESOS M/CTE (\$360.500), este valor será descontado.

De esta manera, se condenará a la sociedad A&S Turísticos S.A.S., a pagarle a la Organización Sayco Acinpro – OSA, la suma de DIEZ MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS PESOS M/CTE (\$ 10.962.900).

6. Los demás elementos de la responsabilidad

²⁸ García Vásquez, Diego Fernando. Manual de Responsabilidad Civil y del Estado, Derecho Civil. Bogotá D.C.: Librería Ediciones del Profesional LTDA. 2009, Pág. 13.

²⁹ Valencia Zea, Arturo; Ortiz Monsalve, Álvaro. Derecho Civil Tomo III. Bogotá D.C.: Temis. 2010 pág. 229.

En lo que respecta al componente subjetivo de la responsabilidad civil, debemos recordar que no basta que la acción generadora del daño se atribuya al artífice como obra suya (*imputatio facti*), sino que hace falta entrar a valorar si esa conducta es meritoria o demeritoria de conformidad con lo que la ley exige, lo que se conoce como *imputatio iuris*, tal como lo establece la sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 30 de septiembre de 2016 con Magistrado Ponente Ariel Salazar Ramírez de referencia SC13925-2016.

De esta forma, la culpa de la responsabilidad extracontractual no es un objeto de la naturaleza ni una vivencia subjetiva que pueda ser percibida o sentida, sino que surge de una situación concreta que es valorada a partir de sus posibilidades de realización, como son la capacidad, potencia o previsibilidad. El reproche civil no radica en haber actuado mal sino en no actuar conforme al estándar de prudencia exigible, el cual se aprecia teniendo en cuenta el modo de obrar del hombre medio, es decir, de aquel hombre que normalmente obra con cierta prudencia y diligencia como lo señala también la sentencia anteriormente mencionada.

Tal como quedó establecido en el análisis correspondiente a la infracción, en las habitaciones y zonas comunes del Hotel Hunza de la sociedad A&S Turísticos S.A.S., se vienen realizando actos de comunicación al público de obras protegidas por el derecho de autor sin la respectiva autorización previa y expresa de sus titulares, representados en este proceso por la Organización Sayco Acinpro – OSA.

Así las cosas, no solo es posible afirmar que estamos ante un acto o conducta propia de la sociedad demandada, sino que dicha conducta tiene un carácter de culposa, en la medida que no se previó el daño habiéndose podido preverlo. En efecto, la protección de la propiedad intelectual no solo se encuentra reconocida en la Constitución sino en una serie de leyes especiales, por lo cual resulta evidente que una sociedad u organización que gestione sus negocios y asuntos de una manera diligente y prudente, está en la posibilidad prever el daño que se causa a los intereses legítimos del autor o titular de una obra, al utilizar o explotar económicamente la misma en el ejercicio de sus funciones, actividades o servicios, sin hacer las averiguaciones y tomar las medidas correspondientes para obtener la correspondiente autorización.

Adicionalmente, es claro que fruto de los derechos exclusivos reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico a los creadores, quien desee utilizar una obra protegida por el derecho de autor, si no se encuentra amparado por una limitación o excepción, tiene el deber de abstenerse de utilizarla o explotarla económicamente sin la respectiva autorización previa y expresa. Por tal motivo, ante la desatención de esta obligación, puede afirmarse que existe una omisión consciente del deber de orientar la conducta según las normas preestablecidas, con el fin de frenar actos y conductas que atenten contra el derecho ajeno.

En este punto, es oportuno mencionar que la inobservancia de reglas o normas preestablecidas de conducta es imprudencia *in re ipsa*, es decir, que implica un juicio automático de culpa cuando tiene una correlación jurídica con el daño resarcible, como es el caso que nos ocupa, siendo claro que el mencionado deber de abstenerse de vulnerar los derechos de autor era bien conocido por la demandada, tanto así que durante el interrogatorio al accionado, este refirió que tuvo una relación fluida de concertación por el pago de derechos de autor con la demandante desde 1997 y hasta 2018.³⁰

Ahora, entre el hecho imputable a una persona física o jurídica y el daño causado, debe existir una relación de causalidad, es decir, que el daño debe ser efecto o resultado de aquel hecho. Al respecto, ha considerado la doctrina que en general son tres las condiciones que se exigen para determinar si dicha conexión permite decretar la responsabilidad por determinado hecho o acto: 1) que sea actual o próximo, 2) necesario o determinante y 3) apto o adecuado para causar determinado daño.

³⁰ Minuto 40:31 "Audiencia Artículo 372 CGP – 20210527_085954" dentro de la carpeta denominada "Cuaderno 2 folio 123 Aud 372 CGP"

Así las cosas, luego de hacer una valoración de las circunstancias y el material probatorio correspondiente al presente caso, se concluye que los hechos atribuidos al extremo pasivo de la litis, no son causas remotas sino actuales o próximas del daño causado a los titulares de derechos de autor representados por la Organización Sayco Acinpro – OSA, en tanto el menoscabo o lesión al derecho subjetivo tutelado en este caso, fue consecuencia directa de los actos de comunicación al público de obras realizados en el establecimiento de comercio Hotel Hunza.

De igual manera, comunicar al público obras musicales a través de sus televisores, parlantes y consolas de sonido, no solo se configura en este caso como un acto necesario o determinante para la materialización del daño, debido a que sin la realización de dicha conducta nunca se hubiera producido el mismo, sino también como un medio apto o adecuado para lesionar o menoscabar el derecho patrimonial de autor, ya que este tipo de conductas ponen en evidencia un uso de los derechos que se han reconocido a los distintos titulares, lo cual requiere la autorización previa y expresa de los mismos o de la sociedad de gestión colectiva que los represente.

Así las cosas, luego de haber encontrado que se cumplen todos los elementos indispensables requeridos para que exista responsabilidad en el presente caso, este Despacho concluye que la sociedad A&S Turísticos S.A.S., se encuentra obligada a reparar el daño causado a los titulares representados por la Organización Sayco Acinpro – OSA.

7. De las costas

De acuerdo con el artículo 361 del CGP las costas están compuestas por: i) las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso; y ii) las agencias en derecho. Al respecto se pronunció la Corte Constitucional señalando que *“Las primeras corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo, pero distintos al pago de apoderados. El artículo 393-2 del C.P.C. señala como expensas los impuestos de timbre, los honorarios de auxiliares de la justicia, y hace referencia genérica a todos los gastos surgidos en el curso de aquel. Por su parte, las agencias en derecho no son otra cosa que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora”*³¹

Ahora, el numeral 1 del artículo 365 del CGP, señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso. También se establece en el artículo 361 del CGP, que las costas serán tasadas y liquidadas con criterios objetivos y verificables en el expediente.

De acuerdo con lo anterior, este Despacho condenará en costas a la sociedad A&S Turísticos S.A.S., identificada con el NIT 830.054.833-1, cuya liquidación se realizará a través de la secretaría, cuando quede ejecutoriada la presente providencia, según lo establecido en el artículo 366 del CGP.

No obstante, no se accederá a la pretensión séptima en la cual se solicitó que adicionalmente a las costas se condenara a la accionada a pagar el valor del peritaje efectuado en el marco de la prueba extraprocesal, por considerar que este concepto hace parte de las costas y será concedido en la medida que pueda comprobarse.

En lo referente a las agencias en derecho, de acuerdo con lo señalado por el artículo 5 del Acuerdo No. PSAA16-10554, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, y considerando criterios como la cuantía y naturaleza del proceso, así como la calidad y la duración de la gestión realizada por el apoderado de la parte demandante, se procederá a fijar como monto de estas el 5% de las pretensiones concedidas, lo cual arrojó la suma de QUINIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL CIENTO CUARENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$548.145).

En mérito de lo expuesto, la Subdirección 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,

³¹ Corte Constitucional, Sentencia C – 089 del 13 de febrero de 2002. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar que en el establecimiento de comercio Hotel Hunza de propiedad de la sociedad A&S Turísticos S.A.S, identificada con el NIT. 830.054.833-1, ubicado en Calle 21 A No. 10 - 66 en la ciudad de Tunja, se han ejecutado públicamente obras musicales y fonogramas cuyos titulares son representados por las Sociedad de Autores y Compositores de Colombia – SAYCO y por la Asociación Colombiana de Interpretes y Productores Fonográficos – ACINPRO, mandantes de la Organización Sayco Acinpro - OSA, desde el 1 de enero de 2018 y hasta el 31 de diciembre de 2019, sin haber obtenido la autorización previa y expresa y haber realizado el pago correspondiente.

SEGUNDO: Declarar que la sociedad A&S Turísticos S.A.S, propietaria establecimiento de comercio Hotel Hunza realizó la reproducción en la modalidad de almacenamiento digital de obras musicales y fonogramas.

TERCERO: Condenar a la sociedad A&S Turísticos S.A.S ya identificada, a pagarle a la Organización Sayco Acinpro – OSA, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de este fallo, la suma de DIEZ MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS PESOS M/CTE (\$ 10.962.900), por concepto de la comunicación pública de obras musicales y fonogramas.

CUARTO: Ordenar a sociedad A&S Turísticos S.A.S, que cese la ejecución pública con fines de comunicación, del repertorio de obras musicales y fonogramas administrados por la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia – SAYCO y por la Asociación Colombiana de Interpretes y Productores Fonográficos – ACINPRO, hasta tanto no obtenga la autorización de la Organización Sayco Acinpro – OSA.

QUINTO: Condenar en costas a la sociedad A&S Turísticos S.A.S.

SEXTO: Fijar agencias en derecho en favor de la Organización Sayco Acinpro - OSA por el valor de QUINIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL CIENTO CUARENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$548.145).

SÉPTIMO: No acoger la pretensión dirigida a condenar a la demandada a pagar el valor del peritaje practicado en el marco de la prueba anticipada, por considerar que este concepto de estar comprobado hará parte de las costas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ANGIE ESTEFANNY RODRÍGUEZ FONSECA
Profesional Especializado 2028 Grado 15