



**Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales, Bogotá D.C.  
Sentencia del 15 de noviembre de 2022**

**Rad:** 1-2019-121171  
**Ref.:** Proceso Verbal Sumario  
**Demandante:** Organización Sayco Acinpro  
**Demandado:** Club de Ingenieros

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 13 de diciembre de 2019, la Organización Sayco Acinpro, por intermedio de su apoderada judicial, la abogada Julie Carolina Armenta Calderón, presentó demanda contra CLUB DE INGENIEROS, identificada con el NIT 860.007.897-1.
2. Mediante el Auto 2 del 27 de enero de 2020, notificado el 28 de enero siguiente, este Despacho decidió admitir la demanda referida.
3. La notificación del auto admisorio se surtió el 1 de marzo de 2021 y mediante Auto 5 del 29 de marzo de 2021 se designó curador ad litem.
4. El 11 de junio de 2021 el curador de la sociedad demandada contestó la demanda y formuló excepciones de mérito.
5. Mediante Auto 7 del 1 de julio de 2021, tuvo por no presentada la objeción al juramento estimatorio.
6. Mediante Auto 8 del 15 de julio de 2021, se solicitó la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.
7. Una vez finalizada la etapa escrita, el 25 de enero de 2022 se llevó a cabo la audiencia inicial, en la que se adecuó el trámite a un verbal sumario y se suspendió el proceso.
8. El 27 de mayo de 2021, el Tribunal de Justicia dio respuesta, enviando la interpretación prejudicial 168-IP-2021 del 6 de mayo de 2022.
9. El 10 de noviembre 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 CLUB DE INGENIEROS, 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 actuó de buena fe pues no se concertó tarifa alguna.

Así las cosas, para resolver el litigio, este Despacho procederá a establecer si en el establecimiento CLUB DE INGENIEROS se comunicaron obras y/o fonogramas, en tal caso, se determinará si su propietaria 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 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.

## 1. 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 un listado no taxativo de obras protegidas por la legislación autoral 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 OMPI<sup>1</sup> 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.

Por otro lado, 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<sup>2</sup>.

Dentro de los intereses protegidos en el marco de los derechos conexos y que nos interesan en el caso aquí analizado, 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 en estudio, la demandante afirmó en el hecho sexto del escrito petitorio, que en el establecimiento CLUB DE INGENIEROS se 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: “*La player*” interpretada por Rivera Vazquez Juan G, “*Ven devórame otra vez*” interpretada por Hernández Parmenides M, “*Estamos melos*” interpretada por Cordoba Murillo Nerson, “*Cuando el amor se daña*” interpretada por Cruz Fernando Antonio, “*Una y otra vez*” interpretada por Cruz Santiago, “*La embarraste*” interpretada por Dangond Corrales Silvestre Francisco, “*Nuestra canción*” interpretada por Valbusa Danilo, “*Díganle*” interpretada por Gomez Rebecca Marie, “*Cuenta pendiente*” interpretada por Alfanno Omar, “*Sigo siendo el papa*” interpretada por Suarez Merino Melquiades Enrique, “*Hula hoop*” interpretada por Romero Luis Jorge, “*Yo me llamo cumbia*” interpretada por García Pena Jesus Arturo, “*Menea tu chapa*” interpretada por Baez Will Reymond, “*Carro de fuego*” interpretada por Caicedo Córdoba Saturnino, “*Work Feat Drake*” interpretada por Stephenson Richard Anthony, “*Sentimientos de cartón*” interpretada por Perez Marco Antonio, “*Mala*” interpretada por Robledo Londono Andres Felipe y “*Clandestino*” interpretada por Barrera Edgar.

De lo anterior, consta a folio 6 y 10 del cuaderno 2, certificaciones en las que la Sociedad de Autores y compositores de Colombia – Sayco y la Asociación Colombiana

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

<sup>2</sup> Lipszyc, D. Derecho de Autor y Derechos Conexos. 2006. Página 348

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.

## **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 el derecho petitionado, 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 conjunta<sup>3</sup>; 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.

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 a folio 34 y 52 del cuaderno 1. De igual manera, consta en el cuaderno 1 a folio 50, la Resolución número 001 y a folio 101 la Resolución número 002 en las que la DNDA

---

<sup>3</sup> 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.

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.

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 folio 134 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”*; sin embargo, 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 la demandada 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 19 a 27 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 18 del cuaderno 1.

Posteriormente, la OSA estableció un contrato de mandato con las sociedades de gestión colectiva SAYCO, y ACINPRO, obrante en folios 28 a 33 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”*.

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 ante 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.

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

Dentro de los estatutos de SAYCO puede apreciarse en el numeral 2.1 del artículo 3 que dicha sociedad tiene por objeto:

*“Prestar servicios de Recaudo con el fin realizar la Gestión Operativa y de Recaudo de las remuneraciones provenientes de los siguientes derechos, y que se causen con posterioridad al 31 de diciembre de 2012; previa autorización de su Consejo Directivo por el servicio prestado:*

*2.1 El almacenamiento digital de obras, fonogramas, videos musicales, e interpretaciones artísticas y de la interpretación de obras audiovisuales en establecimientos abiertos al público”*

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.

## **2.2. 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*”, 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 párrafo 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.

En suma, es diáfano que ACINPRO no se encuentra legitimada para solicitar la reivindicación sobre el derecho de reproducción en relación con dichas prestaciones protegidas.

Por lo mencionado y teniendo en cuenta que solo se acredita que la OSA se encuentra facultada para reivindicar en el presente proceso el derecho de comunicación al público de obras musicales, fonogramas y ejecuciones, solo se analizará lo relacionado con dicha prerrogativa.

### **3. Sobre la materialización de la infracción**

Para establecer la existencia o no de la infracción alegada, debe establecerse **i)** si la demandada comunicó al público obras musicales, fonogramas y ejecuciones, representados por la demandante 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.

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 esta.

En relación con los derechos patrimoniales<sup>4</sup>, 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

<sup>4</sup> 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.*”

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.

### 3.1. 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.<sup>5</sup>

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 con el 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 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*”.

En caso bajo análisis, se observa una prueba extraprocesal de inspección judicial, y de acuerdo con lo consignado en el acta del 17 de julio de 2018, en su práctica se diferenciaron las zonas del establecimiento, señalando que **i)** en la recepción y hall “*no se encuentran equipos o dispositivos aptos para que la música suene*”, **ii)** en los salones milenio y biblioteca se encontró un televisor sin señal, **ii)** en los salones dorado, presidencial e integración se observó un televisor con señal del operador DIRECTV, **iv)** en el salón chimenea se halló un computador y un televisor con señal de DIRECTV, **v)** en el primer piso se encontró un minicomponente que sintoniza una emisora, y **vi)** en la recepción se observó un computador sin sistema de sonido.

Ahora, si bien esto no nos permite determinar cuáles obras musicales, fonogramas o ejecuciones se comunican al público, se estudiará la posibilidad de probar lo

<sup>5</sup> Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales. DNDA. Sentencia del 21 de agosto de 2019. Proceso. 1-2018-64115.

mencionado mediante indicios, atendiendo lo descrito en los artículos 240 y 242 de nuestro estatuto procesal, en tanto, el hecho indicador debe estar probado y la apreciación de estos debe hacerse en conjunto teniendo en cuenta su gravedad, concordancia y convergencia con las demás pruebas.

Así, tenemos como hecho indicador que, desde que el establecimiento CLUB DE INGENIEROS tiene dispositivos de sonidos en los que se pueden sintonizar emisoras, dicho elemento fáctico se encuentra plenamente probado con la inspección judicial.

Ahora, tenemos como regla de experiencia que los programar radiales que se emiten cuentan incluyen en su programación obras musicales y fonogramas.

El análisis efectuado permite realizar una inferencia lógica con alto grado de probabilidad que lleva a concluir que a través de los dispositivos de sonido ubicados en el establecimiento de comercio CLUB DE INGENIEROS se comunican al público obras musicales y fonogramas.

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.

En síntesis, luego del análisis jurídico y probatorio realizado en el presente proceso, se puede establecer con un grado de certeza suficiente, que en el establecimiento CLUB DE INGENIEROS, tienen dispositivos como minicomponentes, que sirven para la comunicación generalmente de obras y prestaciones protegidas por el derecho de autor y los derechos conexos<sup>6</sup>.

### **3.2. 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, señala la 168-IP-2021 que *“no se requiere la autorización recurrente de estos para comunicar públicamente sus interpretaciones o ejecuciones previamente fijadas, debe tomarse en que los artistas intérpretes o ejecutantes podrán tener a su favor el reconocimiento –en las legislaciones nacionales de los Países Miembros- del derecho a una remuneración por cada uno de los actos de comunicación o disposición al público”*. Así también, sobre el productor fonográfico señala que *“este percibirá una remuneración única por cada utilización de sus fonogramas o copias con fines comerciales”*.

En el caso de marras, encuentra este juzgador que no obra en el expediente prueba de que la entidad CLUB DE INGENIEROS hubiere pagado una remuneración equitativa a los productores de fonogramas y las artistas intérpretes o ejecutantes por el uso de sus prestaciones protegidas.

### **3.3. 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, a folios 1 y 2 del cuaderno 2, 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*

<sup>6</sup> Por ejemplo, a través de la radio se pueden escuchar interpretaciones y ejecuciones fonograbadas o no, programas radiales, la declamación de una obra escrita.

*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 se hiciera con la correspondiente autorización de los titulares de las obras.

Ahora, frente el **deber de concertación** alegado por la demandada, efectivamente en Colombia las sociedades de gestión colectiva tienen la carga de fijar un valor base de concertación, y deben iniciar un proceso de negociación para que el mismo se convierta en un precio de licencia una vez la misma se concreta. Dicho deber se cumplió como puede apreciarse de la mencionada constancia de no acuerdo

Por lo anterior, no considera este Despacho que la imposibilidad de acuerdo sobre la tarifa de la licencia tenga la entidad de desnaturalizar la esencia exclusiva del derecho patrimonial en cabeza de los autores, máxime cuando dicho acuerdo no es posible debido a la renuencia de la contraparte.

De tal manera que las excepciones propuestas por el extremo pasivo de la litis están llamadas a fracasar.

#### **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 extracontractual<sup>7</sup>, y la lesión a los derechos de crédito, que nacen de los contratos, a la responsabilidad contractual<sup>8</sup>.

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 causal<sup>9</sup>.

Tomando en consideración lo mencionado anteriormente, se analizará si en el presente caso la entidad CLUB DE INGENIEROS, 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.

<sup>7</sup> Artículos 2341 a 2360 del Código Civil.

<sup>8</sup> Artículos 1602 a 1617 del Código Civil

<sup>9</sup> Valencia Zea, Arturo; Ortiz Monsalve, Álvaro. Derecho Civil Tomo III. Bogotá D.C.: Temis. 2010 pág. 182.

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.<sup>10</sup> 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.<sup>11</sup>

En el caso del derecho de autor, como ya lo hemos mencionado, el objeto de protección son las obras, los fonogramas y las ejecuciones, y la protección jurídica de estos se ve reflejada a través de una serie de derechos otorgados por la legislación autoral. 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, 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 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 CLUB DE INGENIEROS a pagar la suma de DOCE MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS M/CTE (\$12'498.548), por concepto de lucro cesante.

Ahora, respecto de la objeción al juramento estimatorio, debemos recordar que en el Auto 7 del 1 de julio de 2021 se señaló que 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.

De otra parte, dado que se evidenció que la demandante no se encuentra legitimada para solicitar el pago por almacenamiento digital, es necesario señalar que este concepto no se incluyó en el juramento estimatorio.

Además de eso, debe resaltar el Despacho que la demandante solicita que declare que CLUB DE INGENIEROS ejecutó públicamente obras musicales y fonogramas, solo los años 2018 y 2019, sin embargo, en su juramento estimatorio incluye los años 2014 a 2017.

De esta manera, y teniendo en cuenta que se declarará que la demandada comunicó al público obras musicales y fonogramas, sin haber obtenido la autorización previa y

<sup>10</sup> García Vásquez, Diego Fernando. Manual de Responsabilidad Civil y del Estado, Derecho Civil. Bogotá D.C.: Librería Ediciones del Profesional LTDA. 2009, Pág. 13.

<sup>11</sup> Valencia Zea, Arturo; Ortiz Monsalve, Álvaro. Derecho Civil Tomo III. Bogotá D.C.: Temis. 2010 pág. 229.

expresa ni haber realizado el pago de la remuneración correspondiente, solo desde el 1 de enero de 2018 hasta el 31 de diciembre de 2019, se condenará a la entidad CLUB DE INGENIEROS, a pagarle a la Organización Sayco Acinpro – OSA, la suma estimada para esos dos años, esto es CUATRO MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y UN MIL DOSCIENTOS DIECINUEVE PESOS M/CTE (\$4.681.219).

## 6. Los demás elementos de la responsabilidad

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 el establecimiento CLUB DE INGENIEROS, 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 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 reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico a los creadores y a los titulares de derechos conexos, quien desee utilizar una obra o prestación 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 o sin realizar el pago de la remuneración por su uso. 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.

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.

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 CLUB DE INGENIEROS.

De igual manera, comunicar al público obras musicales y fonogramas a través de sus dispositivos 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 entidad CLUB DE INGENIEROS, se encuentra obligada a reparar el daño causado a los titulares representados por la Organización Sayco Acinpro – OSA.

## **7. 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 entidad CLUB DE INGENIEROS, identificada con NIT 860.007.897-1, cuya liquidación se realizará a través de la secretaría, inmediatamente quede ejecutoriada la presente providencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 366 del CGP.

En lo referente a las agencias en derecho, de acuerdo con lo establecido en el Acuerdo No. PSAA16-10554, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, y teniendo en cuenta criterios como la cuantía y naturaleza del proceso, así como la calidad y la duración de la gestión realizada por el apoderado de la parte demandante, se procederá a fijar como monto de las mismas el 5% de lo concedido fruto de las pretensiones pecuniarias, esto es DOSCIENTOS TREINTA CUATRO MIL SESENTA PESOS M/CTE (\$234.060).

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 CLUB DE INGENIEROS, identificada con NIT 860.007.897-1, ejecutó públicamente obras musicales y 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 hasta el 31 de diciembre de 2019, sin haber obtenido la autorización previa y expresa ni haber realizado el pago de la remuneración correspondiente.

**SEGUNDO: Declarar** que la Organización Sayco Acinpro – OSA no se encuentra legitimada para solicitar el pago por reproducción de obras musicales y fonogramas.

**TERCERO: Condenar** a CLUB DE INGENIEROS, identificada con NIT 860.007.897-1, a pagarle a la Organización Sayco Acinpro – OSA, dentro de los noventa (90) días siguientes a la ejecutoria de este fallo, la suma de CUATRO MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y UN MIL DOSCIENTOS DIECINUEVE PESOS M/CTE (\$4.681.219), 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.

**CUARTO: Negar** las excepciones propuestas por el demandado.

**QUINTO: Condenar** en costas a CLUB DE INGENIEROS, identificada con NIT 860.007.897-1.

**SEXTO: Fijar** agencias en derecho por el 5% de lo concedido fruto de las pretensiones pecuniarias, esto es, es DOSCIENTOS TREINTA CUATRO MIL SESENTA PESOS M/CTE (\$234.060).

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

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